Autoriteit
Consument & Markt

Openbaar besluit

Ons kenmerk: 2014200067
Zaaknummer: 13.0612.53
Datum: 07 JAN. 2014

Besluit van het Bestuur van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 49a van de Mededingingswet

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info @acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

1 AANVRAGEN

1. Op respectievelijk 1 augustus 2013, 14 augustus 2013 en 10 september 2013 heeft het Bestuur van de Autoriteit Consument en Markt (hierna ook: ACM) een aanvraag ontvangen tot bindendverklaring van toezeggingen als bedoeld in artikel 49a, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw).

2. De aanvragen zijn ingediend door respectievelijk T-Mobile Netherlands B.V. (hierna: T-Mobile), Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone) en Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN). Tegen deze ondernemingen was sinds december 2011 een onderzoek ingesteld terzake van een mogelijke overtreding van de mededingingsregels.

3. Van het ontwerp-toezeggingsbesluit is mededeling gedaan in de Staatscourant met kenmerk 33172 van 22 november 2013. Het ontwerp-besluit heeft van 22 november 2013 tot en met 2 januari 2014 bij de ACM ter inzage gelegen. Naar aanleiding van deze terinzagelegging hebben zich geen belanghebbenden gemeld.

2 WETTELIJK KADER

4. Het toezeggingsbesluit is geregeld in hoofdstuk 5A Mw. Op basis van artikel 49a, eerste lid, Mw kan een onderneming vóór het opmaken van een rapport of, indien een rapport is vastgesteld, tot het moment waarop een beslissing als bedoeld in artikel 62 Mw is genomen, bij de Autoriteit Consument en Markt een aanvraag doen tot het nemen van een besluit waarmee de Autoriteit Consument en Markt een in die aanvraag opgenomen toezegging voor de onderneming bindend verklaart. De bindendverklaring strekt ertoe te voorkomen dat gehandeld wordt in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw of artikel 24, eerste lid, Mw of dat het handelen in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw of artikel 24, eerste lid, Mw wordt gestaakt.

Openbaar besluit

5. Op grond van artikel 49a, tweede lid, Mw kan de Autoriteit Consument en Markt een toezegging bindend verklaren, indien naar het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt:

a) verzekerd is dat de onderneming als gevolg van het besluit zal handelen in overeenstemming met artikel 6, eerste lid, Mw of artikel 24, eerste lid, Mw;
b) de onderneming aannemelijk maakt dat zij het besluit op controleerbare wijze zal naleven; en
c) in een concreet geval het nemen van het besluit uit oogpunt van handhaving van de wet doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.

6. Bij een besluit tot bindendverklaring besluit de Autoriteit Consument en Markt ingevolge artikel 49a, derde lid, Mw tevens af te zien van onderzoek, van een rapport, of van een boete of last onder dwangsom. Het besluit bevat geen oordeel over de verenigbaarheid van het gedrag met de mededingingsvoorschriften.

7. Nadat de Autoriteit Consument en Markt een besluit tot bindendverklaring heeft genomen, dient de onderneming zich overeenkomstig het besluit te gedragen (artikel 49a, vierde lid, Mw). Het besluit wordt voor een bepaalde periode gegeven en kan door de Autoriteit Consument en Markt worden verlengd (artikel 49a, vijfde lid, Mw).

8. Op de voorbereiding van het toezeggingsbesluit is op grond van artikel 49b Mw de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Teneinde belanghebbenden de gelegenheid te bieden hun zienswijze naar voren te brengen, is het ontwerpbesluit met bijbehorende stukken voor hen ter inzage gelegd.

3 DE AANVRAGERS

9. KPN, Vodafone en T-Mobile exploiteren een netwerk voor mobiele telecommunicatie in Nederland. Zij zijn onder meer actief in de verkoop van mobiele telecommunicatiediensten, inclusief spraak-, sms-, data- en contentdiensten, via eigen distributiekanalen en onafhankelijke dealers. In het vervolg van dit besluit worden KPN, Vodafone en T-Mobile gezamenlijk wel aangeduid als mobiele netwerkoperators, ofwel "MNO's".

4 PROCEDURE

10. ACM heeft in de periode december 2011 tot juni 2013 diepgaand onderzoek verricht naar de contacten tussen de MNO's en de wijze waarop de MNO's in de periode 2008-2011 hun prijsbeleid en concurrentiepositie bepaalden. Er is tijdens het onderzoek geen bewijs voor een overtreding van

de Mededingingswet gevonden.

11. Wel heeft ACM geconstateerd dat uitingen van MNO's in het publieke domein over maatregelen ten nadele van de consument risico's voor de mededinging met zich brengen wanneer nog niet zeker is dat deze publiekelijk aangekondigde maatregelen daadwerkelijk worden doorgevoerd en daarmee eigen gedrag afhankelijk wordt gemaakt van de wijze waarop concurrenten zullen reageren. ACM is vervolgens met de MNO's in contact getreden naar aanleiding van de bevindingen in het onderzoek en heeft de geconstateerde mededingingsrisico's aan hen voorgelegd. Daarop hebben de MNO's aangegeven toezeggingen te zullen doen. Deze toezeggingen zijn er op gericht de mededingingsrisico's die dergelijke uitlatingen met zich brengen in de toekomst te voorkomen.

5 MEDEDINGINGSRISICO'S

12. De toezeggingen houden verband met de mededingingsrisico's van uitingen in het publieke domein[1] door de MNO's over maatregelen die ten nadele van de consument zijn en waarvan niet zeker is dat deze ook daadwerkelijk worden doorgevoerd (hierna: **publieke aankondigingen**). In paragraaf 5.1 wordt in dit verband ingegaan op het feit dat op de mobiele telecommunicatiemarkt in Nederland een mogelijkheid van gecoördineerde effecten bestaat. In paragraaf 5.2 wordt vanuit een economische invalshoek beschreven op welke wijze publieke aankondigingen van invloed kunnen zijn op het concurrentieproces dat plaatsvindt tussen ondernemingen. In de paragrafen 5.3 en 5.4 wordt ingegaan op twee aangetroffen praktijkvoorbeelden die in de ogen van ACM illustreren hoe publieke aankondigingen op de mobiele telecommunicatiemarkt in Nederland het risico met zich brengen van daadwerkelijke coördinatie van marktgedrag. In paragraaf 5.5 wordt afgesloten met de conclusie dat publieke aankondigingen in het licht van hetgeen is beschreven in de paragrafen 5.1 tot en met 5.4 op de mobiele telecommunicatiemarkt in Nederland een risico voor de mededinging vormen.

5.1 Mogelijkheid van gecoördineerde effecten op de mobiele telecommunicatiemarkt in Nederland

13. Op de Nederlandse telecommunicatiemarkt bestaat er een mogelijkheid dat gecoördineerde effecten optreden of, anders gezegd, dat de MNO's elkaar in mindere mate beconcurreren dan mogelijk, met hogere prijzen, lagere kwaliteit of minder keuze tot gevolg (hierna: "hogere prijzen").

---

[1] Tot communicatie in het publieke domein behoren uitlatingen in de media, toespraken, presentaties en paneldiscussies tijdens (telecom)congressen, alsmede interviews en beantwoording van vragen voor (digitale) vakmedia.

Openbaar besluit

Dit wordt aldus beschreven in een (tamelijk) recent concentratiebesluit van ACM: "*De huidige marktomstandigheden, met name de hoge concentratiegraad, de geringe concurrentiekracht van buitenstaanders en de vrij grote transparantie en producthomogeniteit, kunnen bevorderlijk zijn voor het ontstaan van een stilzwijgende verstandhouding tussen KPN, Vodafone en T-Mobile, en daarmee van een collectieve machtspositie van hen, op de mogelijke markt voor de levering van postpaid diensten aan particuliere en kleinzakelijke eindgebruikers.*"[2]

14. Uitingen van ondernemingen die actief zijn op markten waarop zich gecoördineerde effecten kunnen voordoen dienen zorgvuldig te worden geëvalueerd. Hieronder wordt hierop nader ingegaan.

5.2 Het economisch perspectief op publieke aankondigingen

15. In oktober 2012 is een document van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) verschenen met de titel '*Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*'. In dit document wordt geschetst wat de mogelijk nadelige effecten op de mededinging kunnen zijn van het bekendmaken van concurrentiegevoelige informatie door ondernemingen.

16. In zijn algemeenheid kunnen ondernemingen meer of minder intensief met elkaar concurreren. De mate van concurrentie hangt samen met een reeks van *strategische variabelen* zoals de prijs, de kwaliteit van het product, de garantie en het verkoopkanaal. Van deze variabelen is de prijs doorgaans het belangrijkste. Het is voor ondernemingen aantrekkelijk als alle concurrenten een hoge prijs vragen, maar die uitkomst levert mogelijk geen evenwicht op. Het kan voor een individuele onderneming namelijk winstgevender zijn om, gegeven dat alle anderen een hoge prijs in rekening brengen, een iets lagere prijs te vragen. Dit leidt tot een iets lagere marge, maar ook tot een toename van de vraag en daardoor per saldo meer winst. Dit wordt in de economische literatuur ook wel *cheating* genoemd. Gevolg is dat ondernemingen met elkaar concurreren en niet in staat zijn een hogere prijs te handhaven. Rationele ondernemingen weten dat de concurrentie een prikkel heeft om te *cheaten* en zal hierop anticiperen door ook een lage prijs te vragen. Dit kan zo leiden tot een stabiel evenwicht met lage prijzen. Deze redenering kan worden geïllustreerd aan de hand van het *prisoner's dilemma*, zie Tabel 1.

---

[2] Besluit van de NMa in zaak 7177/Vodafone-BelCompany van 14 juli 2011, randnummer 91.

Openbaar besluit

Tabel 1. Prisoner's dilemma tussen ondernemingem

		Onderneming B	
		Lage prijs	Hoge prijs
Onderneming A	Lage prijs	0, 0	2, -1
	Hoge prijs	-1, 2	1, 1

17. Tabel 1 geeft de winsten weer voor de ondernemingen "A" en "B" bij verschillende prijzen. In elke cel geeft het eerste getal de winst voor onderneming "A" en het tweede getal de winst voor onderneming "B". Het is voor de ondernemingen in dit voorbeeld winstgevender als ze allebei een hoge prijs kiezen dan wanneer ze beiden een lage prijs kiezen. In het eerste geval hebben beide ondernemingen een winst van 1, in het tweede geval een winst van 0. Als onderneming "B" een hoge prijs zal zetten en onderneming "A" besluit te *cheaten*, dan heeft bedrijf "A" een hoge winst van 2. Dat is hoger dan 1, en daarom is het voor onderneming "A" rationeel om niet de hoge, maar de lage prijs te hanteren. Punt is dat dit ook voor onderneming "B" geldt, zodat uiteindelijk beide ondernemingen voor de lage prijs kiezen, ook al zouden ze gezamenlijk beter af zijn met de hoge prijs.[3]

18. Vanwege het risico op *cheating* lijkt het onmogelijk voor de ondernemingen om tot een gezamenlijk voor hen betere uitkomst te komen zonder bindende contracten. Uit de economische theorie is echter bekend dat op markten waarop ondernemingen doorlopend met elkaar in contact staan er meerdere uitkomsten mogelijk zijn.[4] Een stabiele uitkomst kan bijvoorbeeld zijn dat ondernemingen elkaar intensief beconcurreren (in de tabel de cel linksboven), maar een andere en eveneens stabiele uitkomst kan zijn dat ondernemingen tot een stilzwijgende verstandhouding komen om de prijzen duurzaam te verhogen (in de tabel de cel rechtsonder). Een situatie met hoge prijzen is stabiel als ondernemingen weten dat *cheating* wordt bestraft met een prijzenoorlog, waarbij beide ondernemingen lage prijzen en lage winsten hebben. Alleen als een spel herhaald wordt is zo'n bestraffing mogelijk.[5]

---

[3] Het hanteren van de lage prijs is voor beide ondernemingen een zogeheten 'dominante' strategie in een "one shot prisoner's' dilemma"-spel. Ook als het spel een bekend eindig aantal keren wordt gespeeld, is het hanteren van een lage prijs een 'dominante strategie'.

[4] Dit is een bekend en algemeen aanvaard inzicht uit de Industriële Organisatie. Friedman (1971) toonde dit zogeheten '*Folk Theorem*' als eerste formeel aan. Collusie kan een stabiel evenwicht worden als bedrijven weten dat *cheating* zal worden gestraft door de concurrent met een (tijdelijke) prijsoorlog. Kern van dit resultaat is dat het '*prisoner's dilemma*'-spel typisch niet 'one shot' is (d.w.z eenmalig, dan wel een bekend aantal keren wordt gespeeld). Vertaald naar concurrentie: ondernemingen komen elkaar een groot (onbekend) aantal keren tegen op dezelfde of op verschillende markten.

[5] Een bestraffing bij een spel met herhalingen is overigens alleen mogelijk wanneer het aantal concurrentiemomenten onbekend is. Bij een bekend aantal spelmomenten is het immers de dominante strategie om de laatste keer te *cheaten*.

19. Als er meerdere stabiele uitkomsten mogelijk zijn, met verschillende gevolgen voor de winst, dan hebben ondernemingen er belang bij hun gedrag te coördineren. Een mogelijkheid om dit te bewerkstelligen kan zijn door vooraf in het publieke domein te communiceren over de te verkiezen strategie. Dergelijke communicatie wordt in de economische literatuur *cheap talk* genoemd.[6] Deze communicatie is *cheap*, omdat praten geen geld kost en de onderneming geen verplichting heeft om zich aan een eventueel gemaakte belofte te houden. Als een onderneming *zegt* de prijs te verhogen, betekent dat nog niet dat ze dat daadwerkelijk zal doen.

20. Als ondernemingen niet weten wat de ander zal doen, is er *strategische onzekerheid*. "Ziet mijn concurrent ons gezamenlijke belang van hoge prijzen of zal hij intensief concurreren?" Deze strategische onzekerheid kan worden verminderd of zelfs weggenomen door communicatie (ofwel door *cheap talk*). Als onderneming "A" vooraf aangeeft een hoge prijs te kiezen, dan kan coördinatie ontstaan in die zin dat het voor onderneming "B" optimaal is om ook een hoge prijs te kiezen. Uit economische laboratoriumexperimenten komt naar voren dat spelers makkelijker kunnen coördineren als communicatie vooraf mogelijk is.[7] Kühn (2001) concludeert na een analyse van de literatuur dat er een sterk verband bestaat tussen communicatie en coördinatie en hogere prijzen.[8]

21. Uit het voorgaande volgt dat publieke aankondigingen een instrument kunnen zijn om strategische onzekerheid tussen ondernemingen te verminderen en gedrag te coördineren.

5.3 Twee publieke aankondigingen in de praktijk

22. In het onderzoek is naar voren gekomen dat er binnen de MNO's in algemene zin het besef bestaat dat uitingen in het publieke domein worden waargenomen door concurrenten. Hieronder wordt nader ingegaan op twee praktijkvoorbeelden van publieke aankondigingen op de mobiele telecommunicatiemarkt in Nederland. De beide voorbeelden illustreren de mogelijke risico's voor de mededinging van de in dit besluit bedoelde publieke aankondigingen.

Wat vervolgens weer betekent dat spelers in de voorlaatste periode ook zullen cheaten, omdat ze voorzien dat in de laatste ronde iedereen intensief zal concurreren. Dit geldt automatisch telkens voor elke eerdere periode, zodat afstraffing alleen kan werken in het geval van een onbekend aantal concurrentiemomenten. In dit geval is het echter onrealistisch aan te nemen dat het aantal spelmomenten bekend is, aangezien dit zou in houden dat partijen weten wanneer ze voor het laatst met elkaar te maken zouden krijgen.

[6] Whinston (2006) definieert *cheap talk* als "speech that has no direct payoff consequences".

[7] Zie bijvoorbeeld Cooper e.a. (1989) of Blume en Ortmann (2007).

[8] Kühn, K. (2001), "Fighting collusion by regulating communication between firms, *Economic Policy*,16, pp. 167-204.

Openbaar besluit

Publieke aankondiging van de herintroductie van aansluitkosten op de mobiele telecommunicatiemarkt

23. In een paneldiscussie met vertegenwoordigers van andere MNO's maakte de (toenmalige) directeur Mobiel van KPN op 10 december 2008 op een congres van Telecom Time in Utrecht bekend dat KPN (weer) aansluitkosten zou gaan berekenen.[9] Telecom Time afficheert zich als de grootste en belangrijkste telecom beurs in Nederland en hét platform voor de gehele sector.[10]

24. De publieke aankondiging over de herintroductie van aansluitkosten door de toenmalige directeur Mobiel van KPN op het congres van Telecom Time was niet gepland. KPN had op basis van deze aankondiging nog geen verplichting richting consumenten om zich aan de herintroductie van aansluitkosten te houden.[11]

25. De publieke aankondiging van de (toenmalige) directeur Mobiel van KPN vond plaats tegen een achtergrond waarbij KPN in juli 2008 in reactie op de aangekondigde herintroductie van het in rekening brengen van aansluitkosten door T-Mobile voor abonnementen voor de i-Phone expliciet in het publieke domein had gecommuniceerd dat zij geen plannen had om aansluitkosten te herintroduceren. KPN meldde in reactie op vragen uit de pers: "*Heel vroeger gebeurde dat nog wel, maar dat doen we eigenlijk nooit meer. Het zou niet netjes zijn om daar weer mee te beginnen*". Ook Vodafone meldde destijds in de pers dat zij geen plannen had tot herintroductie van het in rekening brengen van aansluitkosten. T-Mobile kondigde vervolgens diezelfde dag aan dat de aansluitkosten op abonnementen voor de i-Phone met 50 procent zouden worden verlaagd.[12]

26. Op 10 december 2008, op hetzelfde congres van Telecom Time in Utrecht, stelde een directeur van Vodafone te hopen dat KPN zou doorzetten met dit voornemen.[13] Eén dag na de publieke aankondiging van KPN op het congres van Telecom Time maakt een medewerker van Vodafone een interne analyse over het herintroduceren van aansluitkosten.[14] In deze analyse was

---

[9] Zie o.a. http://www.connexie.nl/actueel/1817/8216aansluitkosten-kpn-spoedig-terug-8217.html.

[10] www.telecomtime.nl.

[11] Zie http://webwereld.nl/algemeen/39710-kpn-voert-aansluitkosten-mobiele-telefonie-weer-in: "Een woordvoerder van KPN bevestigt de plannen, maar stelt dat de kogel nog niet door de kerk is. "Het is nog niet zo ver dat we dit gaan doen, het is in overweging op dit moment", aldus de zegsman tegenover Webwereld."

[12] http://webwereld.nl/mobility/38074-t-mobile-rekent-53-euro--aansluitkosten--voor-iphone.

[13] Zie o.a. http://www.connexie.nl/actueel/1817/8216aansluitkosten-kpn-spoedig-terug-8217.html.

[14] Zie document met dossiernummer D_730603_02570, interne memo van Vodafone van 11 december 2008. Overigens vermeldt het document als datum 9/12. Op basis van de metadata wordt duidelijk dat het memo 11/12 is opgesteld. Vermoedelijk heeft de auteur de inhoud van een oude memo van 9/12 genaamd "memo ondernemersbundel" op 11/12 gewist en er een nieuwe tekst in heeft gezet, zonder de datum in de header aan te passen.

een voorstel weergegeven om de aansluitkosten te herintroduceren, op voorwaarde dat KPN aankondigt om aansluitkosten in te voeren op alle consumentenmerken: *The Commercial Committee is kindly asked to approve the proposal to reintroduce a connection fee for new connections in the future provided KPN will announce the introduction for all its consumer brands*. Daarnaast wordt voorgesteld om daarbij dezelfde contractsvoorwaarden te gaan hanteren als KPN: *"new subscriptions and all channel at the same conditions as KPN (e.g. contract duration and online/telesales promotions".*

27. Op 13 januari 2009 besluit Vodafone intern om weer met het in rekening brengen van aansluitkosten te starten per 1 april 2009, onder een aantal voorwaarden, waaronder een check op de hoogte van de aansluitkosten bij KPN.[15]

28. Uit het dossier blijkt dat ook intern binnen T-Mobile de herintroductie van het in rekening brengen van aansluitkosten onderwerp van gesprek is en dat bij de overwegingen in dit verband een rol speelt dat daarmee het signaal dat KPN heeft gegeven om de markt gezonder te maken door T-Mobile wordt gevolgd:[16] *"Zoals beloofd: inzet voor MLT[17] wordt (na overleg met [...] vanochtend):*
Ja, we willen voorzichtig volgen met de volgende redenen:
Bewaken van onze marge
Signaal KPN om markt gezonder te maken volgen met de volgende voorwaarden:
In eerste instantie op SIM-only, mits Telfort ook volgt
Ook op 1-jaars (doen we al vanaf Q2), liever niet op 2-jaars (zolang het niet nodig is)".

29. KPN herintroduceerde de aansluitkosten gefaseerd. De eerste stap werd gezet op 1 januari 2009.[18] Op 6 april 2009 introduceerde Vodafone aansluitkosten en op 1 april 2009 voerde T-Mobile aansluitkosten in voor een deel van haar abonnementen. De bij de consument in rekening gebrachte aansluitkosten van KPN, Vodafone en T-Mobile lagen qua hoogte dicht bij elkaar in de buurt en bedroegen circa 25 euro per nieuw af te sluiten eenjarig abonnement.[19]

---

[15] Zie document met dossiernummer D_730603_0240554, notulen van vergadering Commcerical Committee d.d. 13 januari 2009.

[16] Document met dossiernummer D73060260030, interne e-mail binnen T-Mobile van 9 februari 2009.

[17] Het MLT staat voor Management Level Team. Dit betreft een managementsoverleg bij T-Mobile met zowel sales als marketingmanagers.

[18] Zie document met dossiernummer A7306_0133_7306_01_20111221104943953_13, document betreffende communicatie rondom herinvoering aansluitkosten mobiele telefonie.

[19] http://tweakers.net/nieuws/59477/ook-vodafone-en-t-mobile-berekenen-weer-aansluitkosten.html. en http://www.bellen.com/nieuws/ook-aansluitkosten-bij-vodafone-en-t-mobile.aspx

Openbaar besluit

Publiek interview in telecom vakblad Telecom Update

30. Een tweede praktijkvoorbeeld van een publieke aankondiging zoals bedoeld in dit besluit betrof een interview aan het telecomblad Telecom Update in mei 2009. De eerder genoemde directeur van KPN blikte hierin terug op de prijsstrategie van KPN en van de gehele sector, en trok daaruit de conclusie dat er voor de toekomst andere maatregelen nodig zijn: "*de industrie zit gevangen in haar eigen model*". Hij kondigde aan welke maatregelen KPN overwoog te nemen, zoals het invoeren van een inflatiecorrectie, en merkte onder andere op dat KPN minder zal sturen op marktaandeel, maar meer op marktwaarde. Daarbij gaf hij aan tevreden te zijn met een marktaandeel van 50 procent. Deze maatregelen werden door hem gezien als het inzetten van een nieuwe koers en een revolutionair besluit, zo blijkt uit delen van het interview:

"Zijn strategisch plan voor 2009 is minder te sturen op marktaandeel, maar meer op marktwaarde. "KPN heeft een marktaandeel van zo'n 50 procent geeft hij weg, "en daar zijn we tevreden mee. De afgelopen jaren hebben de operators zich te sterk gefocust op het vergroten van het markaandeel door de SAC/SRC steeds te verhogen en de prijzen te verlagen. We hebben eigenlijk allemaal geprobeerd marktaandeel te kopen. Alle concurrenten volgen echter dezelfde weg, dus per saldo schiet je er niets mee op. De industrie zit gevangen in haar eigen model." Hoe denkt de topman daar dan uit te komen? [...] antwoordt: "Op basis van die observatie volgen we een nieuwe strategie. We gaan dit jaar langzaam beginnen met de SAC/SRC te verlagen en de prijzen te verhogen. Het gaat echt om een paradigmaverschuiving." Dat is een kentering van gedachten, een revolutionair besluit. De topman is zich daar terdege van bewust: "We zetten nu echt een nieuwe koers in."

[...]

Als de markt ons afstraft en het marktaandeel gigantisch onder druk komt te staan, dan zullen we andere plannen moeten maken. We moeten de toets van de consument en de concurrent inderdaad doorstaan. Wij kijken ook naar andere maatregelen, zoals het jaarlijks doorberekenen van een inflatiecorrectie. Er zijn al veel industrieën die daarmee werken. Bij gas, energie en water hebben consumenten dat geheel geaccepteerd.""

31. Daarnaast blikt de oud directeur van KPN in datzelfde interview terug op het herinvoeren van het in rekening brengen van de aansluitkosten. Hierover geeft hij aan dat T-Mobile en Vodafone inmiddels eenzelfde stap hebben gezet. Hij vervolgt dat concurrenten van KPN de noodzaak om het roer om te gooien ook moeten voelen: "*KPN werkt in een open en zeer competitieve markt. Iedereen kent zijn eigen strategie en eigen prisoner's dilemma. De partijen zijn afzonderlijk bezig met op een eigen manier hun huishouding op orde te houden." Hoewel operators van onder andere de NMa niet samen mogen optreden worden sommige maatregelen wel van elkaar gekopieerd. Neem het herintroduceren van aansluitkosten. Uiteindelijk draait de consument toch voor de kosten van het overstappen naar een andere aanbieder op, want het rondpompen van die kosten is uiteindelijk niet*

economisch. Ik constateer dat T-Mobile en Vodafone inmiddels eenzelfde stap hebben gezet." De concurrenten van KPN hebben dezelfde uitdagingen en moeten volgens de KPN-topman de noodzaak het roer om te gooien ook voelen."

32. Uit het dossier blijkt dat bepaalde passages uit het interview zijn gehighlight door een T-Mobile medewerker en vervolgens zijn doorgestuurd naar de top van de organisatie die verantwoordelijk is voor mobiele telefonie.[20] In een andere interne e-mail van T-Mobile komt naar voren komt dat de strategie van KPN een dilemma voor haar vormt gezien de groeiambitie.[21]

"[..] geeft aan dat KPN tevreden is met het huidige marktaandeel van rond de 50%. Het wil de commissies langzaam verlagen, en zal aktie onder nemen als dat aandeel onder druk komt. Een zelfde uitspraak deden ze in 2006, alleen was het toen "gefaseerd verlagen van commissies" – met andere woorden: we beginnen, en als de concurrentie volgt dan zetten we door. [...] geeft aan dat de concurrentie de druk ook moet voelen om het anders te doen. Iets dat hij bevestigt ziet in het herintroduceren van aansluitkosten bij alle operators.

Kort door de bocht wil KPN dus de marktaandelen handhaven, maar groeien in winstgevendheid door sturing op waarde en verlaging van commissies. Een dilemma voor T-Mobile gezien de groeiambitie."

5.4 Mededingingsrisico's

33. In deze subparagraaf wordt, mede in het licht van de economische theorie over publieke aankondigingen en het bij de MNO's levende besef dat deze aankondigingen kunnen worden waargenomen door concurrenten, uitgelegd op welke wijze zij risico's voor de mededinging met zich kunnen brengen.

Herinvoering van de aansluitkosten

34. Zoals hierboven genoemd, kondigde marktleider KPN in december 2008 aan om weer aansluitkosten te zullen berekenen. KPN kon later alsnog afzien van daadwerkelijke invoering. Met de aankondiging, in aanwezigheid van vertegenwoordigers van andere MNO's, worden concurrenten op de hoogte gebracht van het voorgenomen marktgedrag van KPN. Dit kan leiden tot coördinatie met als gevolg benadeling van consumenten. Het is voor de MNO's immers voordeliger als elke MNO weer aansluitkosten in rekening gaat brengen, maar voor een individuele MNO is het mogelijk

[20] Document met dossiernummer D73060232305, interne e-mail binnen T-Mobile van 20 mei 2009.

[21] Document met dossiernummer D73060231415, interne e-mail binnen T-Mobile van 26 mei 2009.

Openbaar besluit

riskant om plotseling en unilateraal aansluitkosten in te voeren. MNO's verkeren altijd in enige mate van onzekerheid over de voorkeuren en besluiten van de concurrenten. Als een concurrent besluit om niet te volgen, kan dat ertoe leiden dat klanten zo massaal weglopen naar deze concurrent dat het invoeren van aansluitkosten verlieslatend is.[22]

35. Een publieke aankondiging van – in dit geval – het voornemen tot herintroductie van het in rekening brengen van aansluitkosten verandert dit speelveld. Door de herintroductie van aansluitkosten aan te kondigen, maar nog niet meteen daadwerkelijk in te voeren, kon KPN verwachtingen wekken bij de concurrentie.

36. Zoals opgemerkt in randnummer 26, merkte een directeur van Vodafone in een gesprek met een journalist in een reactie op de publieke aankondiging van KPN op te hopen dat KPN nu wel zou doorzetten met haar voornemen aansluitkosten te introduceren. Een dag na de publieke aankondiging van KPN werd binnen Vodafone een analyse gemaakt betreffende de herintroductie van aansluitkosten. T-Mobile hield bij haar opstelling betreffende de herintroductie van aansluitkosten rekening met het signaal van KPN "om de markt gezonder te maken" (zie randnummer 28).

Publiek interview over aankomende strategiewijzigingen in telecom vakblad Telecom Update

37. De toenmalige directeur mobiel van KPN gaf in het interview aan geen groeiambities te hebben en dus geen agressieve prijsstrategie te volgen en gaf daarnaast aan van plan te zijn kostenverlagingen als een lagere SAC/SRC en prijsverhogingen als een inflatiecorrectie door te voeren. Na dit interview kon KPN hier alsnog vanaf zien. Dat dit door in elk geval T-Mobile ook op een dusdanige manier is gepercipieerd valt op te maken uit randnummer 32. Evenals in de casus van aansluitkosten is het voor de MNO's winstgevender als elk van hen hogere prijzen doorvoert. Voor een individuele MNO is het daarentegen mogelijk riskant om plotseling en unilateraal prijsverhogingen en kostenverlagingen door te voeren. Als een concurrent besluit om niet te volgen, kan dat ertoe leiden dat klanten zo massaal weglopen naar deze concurrent dat de hogere prijzen verlieslatend zijn.

38. Door de publieke publieke aankondigingen van marktleider KPN zoals in dit besluit bedoeld kan de status quo veranderen. Een belangrijke component hierbij is de opmerking dat KPN tevreden is met haar huidige marktaandeel van 50 procent en van plan was te sturen op marktwaarde, maar dat haar strategie de toets van de concurrent moest doorstaan. Deze opmerking over het

---

[22] Zie ook *OECD* (2012), p. 43: *"A firm might announce that it will increase its price to a certain level at a specific date in the future, but then revert to the current price if other firms do not follow suit with similar announcements of price changes. This way, firms might arrive at a commonly agreed price without incurring the risk of losing market shares or triggering price wars during the period of adjustment to the new prices."*

Openbaar besluit

marktaandeel geeft een indicatie dat KPN, wanneer de concurrent volgt, zij vervolgens ook zal doorzetten met de prijsverhogingen.

39. In de voorgaande twee praktijkvoorbeelden komt naar voren dat van publieke aankondigingen op de mobiele telecommunicatiemarkt in Nederland risico's voor de mededinging kunnen uitgaan.

5.4.1 Publieke aankondigingen en mogelijke efficiënties

40. Transparantie op de markt is een noodzakelijke voorwaarde voor het model van volledige mededinging.[23] In dat licht kan communicatie ook positieve effecten hebben. Deze voordelen zouden op drie manieren kunnen worden bereikt:[24]

1. de communicatie bevat waardevolle informatie voor consumenten;
2. de communicatie is van belang voor investeerders of
3. de communicatie betreft efficiëntie-bevorderende informatie-uitwisseling over de markt tussen ondernemingen.

41. Het is in dit geval niet duidelijk op welke manier publieke aankondigingen zoals in dit besluit bedoeld voordelen met zich brengen voor consumenten.[25] Het is voor een consument immers niet kenbaar of het aangekondigde gedrag ook daadwerkelijk zal plaatsvinden. In dat geval kan hij daar zijn aankoopbeslissingen niet rationeel op baseren. Als publieke aankondigingen worden gedaan in op de telecomsector gerichte vaktijdschriften of congressen in plaats van op consumenten gerichte podia zoals dagbladadvertenties of de eigen website, lijken zij ook niet bedoeld te zijn geweest voor consumenten.

42. De aanvragen om een toezeggingsbesluit hebben geen betrekking op specifieke bijeenkomsten, fora, analistencalls[26] en dergelijke, die zijn gericht op (potentiële) investeerders en analisten. ACM heeft er oog voor dat MNO's (potentiële) beleggers en analisten moeten kunnen informeren over de bedrijfsstrategie. Tijdens de genoemde specifieke bijeenkomsten is de inhoud, presentatie en plaats waarop de informatie ter beschikking wordt gesteld duidelijk gericht tot beleggers. Informatie die op die wijze wordt verstrekt zal derhalve minder snel leiden tot coördinatie dan informatie die wordt aangekondigd in bijvoorbeeld op de telecomsector gerichte fora en media.

---

[23] *OECD Policy roundtables, Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects,* pagina 11.

[24] Kühn, K. (2001), "Fighting collusion by regulating communication between firms, *Economic Policy,*16, pp. 167-204.

[25] Zie ook de definitie in randnummer 12: het is nog niet zeker dat de wijziging ook daadwerkelijk wordt doorgevoerd.

[26] Een analist is iemand die bepaalde bedrijven of sectoren onderzoekt en analyseert. Een analist komt met adviezen over bedrijven en sectoren voor klanten van bijvoorbeeld zakenbanken of vermogensbeheerders. Hij kan onder meer adviseren of een bepaald aandeel moet worden gekocht of niet.

Uiteraard dienen de MNO's zich ook tijdens dit type bijeenkomsten te gedragen binnen de grenzen van artikel 6 van de Mededingingswet.

43. Een publieke uitlating als zodanig zou tot slot efficiency-bevorderend kunnen zijn als bijvoorbeeld informatie wordt verstrekt over toekomstige vraag. Het is echter moeilijk in te zien hoe informatie over mogelijke toekomstige prijzen informatie geeft over de komende vraagontwikkelingen. Reeds om die reden is niet aannemelijk dat dit efficiëntievoordeel zich voordoet ten aanzien van publieke aankondigingen zoals in di besluit bedoeld.

44. In het voorgaande komt naar voren dat van publieke aankondigingen op de mobiele telecommunicatiemarkt in de fase voorafgaand aan het moment waarop de interne besluitvorming is afgerond weinig efficiëntievoordelen te verwachten zijn. Zij bevatten geen waardevolle informatie voor consumenten of algemeen bruikbare informatie over toekomstige vraagontwikkelingen.

5.5 Conclusie mededingingsrisico's publieke aankondigingen

45. Publieke aankondigingen als bedoeld in dit besluit creëren op de mobiele telecommunicatiemarkt, waarop vanwege haar karakteristieken toch al de mogelijkheid bestaat dat gecoördineerde effecten ontstaan - een risico van daadwerkelijke coördinatie van marktgedrag. In het onderzoek komt naar voren dat MNO's zich ervan bewust zijn dat bedoelde publieke aankondigingen worden gezien door concurrenten. Tegen deze achtergrond kunnen zij verwachtingen wekken bij de concurrentie en strategische onzekerheid verminderen. Publieke aankondigingen als bedoeld in dit besluit kunnen dan ook leiden tot benadeling van consumenten door hogere prijzen of een lagere kwaliteit van dienstverlening. Er zijn weinig efficiëntievoordelen van te verwachten. Om die reden vormen zij een risico voor een werkzame mededinging op de mobiele telecommunicatiemarkt.

6 DE TOEZEGGINGEN

46. De MNO's hebben zich gedurende het traject dat heeft geleid tot het onderhavige toezeggingsbesluit bewust getoond van het feit dat publieke aankondigingen over mogelijk toekomstig marktgedrag risico's met zich kunnen brengen voor de mededinging. Om die reden hebben de MNO's onderstaande toezeggingen gedaan, die erop zijn gericht de mededingingsrisico's die deze uitlatingen kunnen oproepen voor de toekomst te voorkomen.

Openbaar besluit

47. De MNO's zeggen ieder voor zich toe dat hun senior management[27] geen mondelinge of schriftelijke uitingen doen in het publieke domein[28] over toekomstige prijzen en andere commerciële voorwaarden voor mobiele communicatiediensten op de Nederlandse markt die een verslechtering inhouden voor consumenten voordat de interne besluitvorming over deze toekomstige prijzen en commerciële voorwaarden is afgerond en vastgelegd, waarmee eigen gedrag afhankelijk wordt gemaakt van de wijze waarop concurrenten zullen reageren.

48. De MNO's zeggen voorts toe dat zij zullen zorg dragen voor een complianceprogramma waarin is vastgelegd dat hun Senior Management zich zal onthouden van de in het vorige randnummer genoemde uitingen. De MNO's zullen in dat kader zorg dragen voor bewustzijn bij het Senior Management ten aanzien van het hierboven beschreven gedrag door gerichte training ter zake. De MNO's zullen binnen drie maanden na de datum van het onderhavige toezeggingsbesluit een kopie van hun compliance programma aan ACM verstrekken.

7 BEOORDELING

49. In dit hoofdstuk wordt vastgesteld dat voornoemde toezeggingen van de MNO's voldoen aan de in artikel 49a, tweede lid van de Mededingingswet genoemde vereisten. Hiertoe wordt eerst beoordeeld of verzekerd is dat de MNO's als gevolg van het besluit in overeenstemming met artikel 6, eerste lid van de Mededingingswet zullen handelen. Vervolgens wordt beoordeeld of aannemelijk is dat de MNO's het besluit op controleerbare wijze zullen naleven en of het nemen van het toezeggingsbesluit in het onderhavige geval uit het oogpunt van handhaving van de wet doelmatig is.

---

[27] Senior Management betekent de navolgende specifieke functies binnen de MNO's en hiermee vergelijkbare mogelijke functies in de toekomst:
i. Voor KPN: Leden van de Raad van Bestuur, leden van het management team KPN Nederland (NL Exco) en leden van het management team Consumentenmarkt (Mobiel). De personen, die voorheen de functie bekleedden van directeur marketing of directeur sales van de merken KPN, Hi en Telfort, vallen hieronder
ii. Voor T-Mobile: leden van de directie en leden van het consumer management team
iii. Voor Vodafone: leden van het General Management Team (GMT) en uit het Consumer Management Team (CBU): Head of Postpaid Marketing, Head of Prepaid Marketing, Head of Market Insights, Head of Commercial Online / Indirect Sales, Head of Discount Management.

[28] Uitingen in het publieke domein betreffen uitlatingen in de media, toespraken, presentaties en paneldiscussies tijdens (telecom)congressen, alsmede interviews en beantwoording van vragen voor (digitale) vakmedia. Uitingen tijdens specifieke bijeenkomsten, fora, analistencalls en dergelijke, die zijn gericht op (potentiële) investeerders en analisten, behoren niet tot het publieke domein.

Openbaar besluit

50. De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 49a, tweede lid, sub a van de Mededingingswet in een concreet geval een toezeggingsbesluit nemen, indien naar het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt verzekerd is dat de betrokken ondernemingen als gevolg van het besluit in overeenstemming met artikel 6, eerste lid van de Mededingingswet zullen handelen. Daarvoor is niet vereist noch is daarmee gezegd dat de betrokken ondernemingen in strijd met artikel 6 Mededingingswet hebben gehandeld. Met een toezeggingsbesluit wordt immers geen overtreding van de mededingingsregels vastgesteld. In het onderhavige geval betekent dit dat aannemelijk dient te zijn dat de betrokken ondernemingen, als gevolg van het toezeggingsbesluit, geen uitlatingen zullen doen waaraan de in hoofdstuk V besproken mededingingsrisico's zijn verbonden.

51. Dit is naar het oordeel van ACM het geval. De MNO's zeggen expliciet toe dat het Senior Management van de ondernemingen geen uitlatingen doen in het publieke domein over toekomstige prijzen en andere commerciële voorwaarden voor mobiele communicatiediensten op de Nederlandse markt die een verslechtering inhouden voor consumenten waarmee eigen gedrag afhankelijk kan worden gemaakt van de wijze waarop concurrenten zullen reageren. Hiertoe houden zij zich aan de in randnummers 46 en verder opgenomen toezeggingen. Juist Senior Management van MNO's is in de positie om tijdens toespraken of paneldiscussies tijdens congressen of bij interviews in schriftelijke media uitspraken te doen die risico's voor de mededinging kunnen opleveren. Het is gelet op hun positie binnen de onderneming niet aannemelijk dat andere vertegenwoordigers van de MNO's interviews geven en toespraken houden op congressen, laat staan dat zij daar uitspraken doen over voorgenomen marktgedrag waarover intern nog niet is besloten. Indien ACM niettemin zou blijken dat anderen dan senior management in de toekomst bedoelde uitlatingen zouden doen, dan kan ACM besluiten hiernaar een onderzoek op basis van artikel 6 van de Mededingingswet in te stellen.

52. De toezeggingen hebben rechtstreeks betrekking op uitlatingen over voorgenomen marktgedrag ten nadele van de consument door de MNO's in het publieke domein waartoe binnen de onderneming nog niet definitief is besloten. Gegeven deze toezegging aan ACM ontstaat zekerheid over het feit dat maatregelen die worden aangekondigd door een van de MNO's ook daadwerkelijk zullen worden doorgevoerd. Het risico dat uitlatingen in het publieke domein worden gedaan om gezamenlijk te komen tot hogere prijzen wordt hierdoor effectief weggenomen.

53. De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 49a, tweede lid, sub b van de Mededingingswet in een concreet geval een toezeggingsbesluit nemen, indien de onderneming naar het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt aannemelijk maakt dat zij het besluit op controleerbare wijze zal naleven. In het onderhavige geval hebben de MNO's dit naar het oordeel van ACM Markt gelet op de in randnummer 46 en verder toegezegde maatregelen voldoende aannemelijk gemaakt. De MNO's hebben immers toegezegd dat hun toezeggingen worden

opgenomen in een complianceprogramma. Van de complianceprogramma's wordt een afschrift aan ACM verstrekt.

54. Daarnaast wordt opgemerkt dat de toezeggingen zien op uitingen in het publieke domein. Hetgeen plaatsvindt in het publieke domein is transparant en door ACM te monitoren. ACM heeft daarbij altijd de mogelijkheid om naar aanleiding van de waarneming van communicatie in het publieke domein inzage te verkrijgen in de onderliggende besluitvorming.

55. De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 49a, tweede lid, sub c van de Mededingingswet in een concreet geval een toezeggingsbesluit nemen, indien dit vanuit het oogpunt van handhaving van de Mededingingswet doelmatig is. Dat is hier het geval. Mededingingsrisico's die samenhangen met publieke aankondigingen die kunnen leiden tot coördinatie ten koste van de consument, worden met dit toezeggingsbesluit direct voorkomen. Daarbij is van belang dat de aanvraag voor het bindend verklaren van de toezeggingen door alle MNO's is ingediend. Het toezeggingsbesluit bewerkstelligt derhalve op een snelle en effectieve wijze dat de in hoofdstuk V gesignaleerde mededingingsrisico's op de mobiele telecommunicatiemarkt integraal weggenomen worden.

56. Daarnaast is het nemen van een toezeggingsbesluit in dit geval doelmatig, omdat uitstralingseffecten naar mogelijk andere sectoren waarin het voorkomt dat publieke aankondigingen worden gedaan sneller gerealiseerd kunnen worden, doordat de hierin werkzame ondernemingen sneller kennis kunnen nemen van de hiermee verband houdende mededingingsrisico's zoals verwoord in dit besluit.

57. ACM acht het op grond van het voorgaande aannemelijk dat de betrokken ondernemingen in overeenstemming met artikel 6, eerste lid van de Mededingingswet zullen handelen. Tevens hebben de betrokken ondernemingen naar het oordeel van ACM aannemelijk gemaakt dat zij het besluit op controleerbare wijze zullen naleven. Ten slotte acht ACM een toezeggingsbesluit in het onderhavige geval doelmatig.

8 BINDENDVERKLARING

58. Gelet op artikel 49a, tweede, derde respectievelijk vijfde lid, Mw deelt de Autoriteit Consument en Markt mede dat hij de hierboven in punten 46 tot en met 48 genoemde toezeggingen bindend verklaart voor KPN, Vodafone en T-Mobile.

59. De Autoriteit Consument en Markt besluit tevens het in december 2011 ingestelde mededingingsrechtelijke onderzoek naar mogelijke overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw en

Autoriteit
Consument & Markt

Openbaar besluit

artikel 101, eerste lid, Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, in de mobiele telecommunicatiesector niet verder voort te zetten, een en ander onverlet de ambtelijke bevoegdheden tot toezicht op de naleving van de toezeggingen.

60. Dit besluit geldt voor een periode van drie jaren vanaf de bekendmaking ervan.

Datum: 07 JAN. 2014

De Autoriteit Consument en Markt,

namens deze,

mr. C.A. Fonteijn
Bestuursvoorzitter

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. De termijn voor het indienen van een beroepschrift is zes weken; de termijn vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit overeenkomstig artikel 3:44, eerste lid, onderdeel a, Algemene wet bestuursrecht ter inzage is gelegd.

7717