

**Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit van  
29 september 1999 inzake Denda Multimedia B.V. en Topware CD-service A.G. versus  
KPN Telecom B.V.**

<b>1. INLEIDING .....</b>	<b>1</b>
1.1 KLACHT.....	2
1.2 PARTIJEN.....	2
1.3 VOORLOPIGE BEOORDELING.....	3
1.4 OVERDRACHT VAN DE BEHANDELING VAN DE KLACHT AAN OPTA .....	3
1.5 PROCEDURE.....	3
1.6 CIVIELE PROCEDURES.....	4
1.7 KERN VAN DE BEOORDELING VAN DE KLACHT .....	4
<b>2. ZIENSWIJZE PARTIJEN .....</b>	<b>4</b>
2.1 ZIENSWIJZE VAN DENDA OP DE VOORLOPIGE BEOORDELING .....	5
2.2 ZIENSWIJZE VAN KPN OP DE VOORLOPIGE BEOORDELING .....	6
<b>3. OVERWEGINGEN COLLEGE .....</b>	<b>9</b>
3.1 OVERGANGSRECHT .....	9
3.2 BEVOEGDHEID OPTA .....	9
3.3 WETTELIJK BEOORDELINGSKADER.....	9
3.3.1 <i>Telecommunicatiewet</i> .....	9
3.3.2 <i>Privacyregelgeving</i> .....	11
3.3.3 <i>Ontwerp Databankenwet</i> .....	13
3.4 BEOORDELING KLACHT .....	13
3.4.1 <i>Op wie rust de verplichting van artikel 43 Boht?</i> .....	13
3.4.2 <i>Strekking artikel 43 Boht</i> .....	14
3.4.3 <i>Welke gegevens moeten worden geleverd</i> .....	15
3.4.4 <i>Voorwaarden van artikel 43 Boht</i> .....	15
3.4.5 <i>Non-discriminatiebeginsel</i> .....	16
3.4.6 <i>Billijke voorwaarden</i> .....	16
3.4.7 <i>Kostengeoriënteerde voorwaarden</i> .....	18
3.5 CONCLUSIE .....	20
<b>4. BESLUIT .....</b>	<b>21</b>
<b>5. RECHTSMIDDELEN .....</b>	<b>22</b>
<b>Bijlage I: Voorlopige beoordeling van NMa en OPTA inzake Denda e.a./KPN</b>	
<b>Bijlage II: Samenwerkingsprotocol tussen NMa en OPTA</b>	
<b>Bijlage III: Oordeel van het college van OPTA over tariefplafonds voor de telefoontarieven van KPN 1999 - 2002</b>	

## **Besluit van het college van de onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake Denda Multimedia B.V. en Topware CD-service A.G. versus KPN Telecom B.V.**

**Nummer: OPTA/EGM/99/7593**

**Datum: 29 september 1999**

### **1. Inleiding**

#### **1.1 Klacht**

1. Op 11 december 1997 hebben Denda Multimedia B.V. te Oldenzaal en Topware CD-Service A.G. te Mannheim (BRD), (hierna gezamenlijk aan te duiden als Denda), een klacht ingediend bij de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) over de Koninklijke KPN N.V. en KPN Telecom B.V. (hierna: beide of ieder afzonderlijk aan te duiden als KPN). Een vergelijkbare klacht heeft zij op 8 januari 1998 ingediend bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa).
2. Denda is voornemens een elektronische telefoongids uit te geven. De klachten van Denda betreffen de prijs die KPN in rekening brengt, en de voorwaarden die KPN stelt voor het leveren van de vermeldingsgegevens van de abonnees van haar vaste openbare telefoondienst. KPN vraagt f 0,85 per gegeven, dit komt voor Denda neer op een totaalbedrag van 6,5 miljoen gulden. Verder stelt KPN de volgende voorwaarden:
  - de gegevens mogen uitsluitend gebruikt worden voor het uitgeven van een telefoongids;
  - zoeken op adres of telefoonnummer ('omgekeerd zoeken') en het onbeperkt downloaden van gegevens moet onmogelijk zijn;
3. Denda heeft aan OPTA gevraagd een aanwijzing te geven ex artikel 43 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen<sup>1</sup> (hierna: Wtv). Denda heeft NMa verzocht om te onderzoeken of KPN misbruik maakt van economische machtspositie en/of KPN het verbod van mededingingsbeperkende afspraken overtreedt en om, als dit zo is, een last onder dwangsom op te leggen als bedoeld in artikel 56 Mededingingswet.

#### **1.2 Partijen**

4. Denda Multimedia B.V. te Oldenzaal is een onderneming die zich bezig houdt met het verkopen van zogenoemde "yellow pages", bedrijfs-directories, adresbestanden, handelsinformatie, databases en overige software. Denda heeft diverse CD-ROMs op de markt gebracht, waarop genoemde informatie per land (o.a. UK, Canada, Italië, Duitsland en België) is vervat. Topware CD-Service AG te Mannheim is een onderneming die in Duitsland eveneens dergelijke CD-ROMs op de markt brengt. Topware is degene die de CD-ROM, die Denda op de markt wil brengen met gegevens van Nederlandse telefoonabonnees (NL-Info genaamd), zal produceren.

---

<sup>1</sup> Stb. 1988, 520.

5. De klachten van Denda zijn gericht tegen KPN. KPN biedt onder andere telecommunicatiediensten aan. KPN is marktleider in Nederland op het gebied van telecommunicatie. Tot 1 juli 1997 was KPN de enige aanbieder van telefoondiensten in Nederland.

### **1.3 Voorlopige beoordeling**

6. De klachten betreffen een onderwerp dat tot de bevoegdheid van zowel OPTA als NMa behoort. In eerste instantie is besloten gezamenlijk onderzoek te verrichten in het kader van deze klachten. Bij de behandeling van de klachten is NMa als penvoerder opgetreden. Dit onderzoek heeft op 14 december 1998 geleid tot een gezamenlijke voorlopige beoordeling van OPTA en NMa. Deze voorlopige beoordeling is geen voor bezwaar of beroep vatbare beslissing; zij beoogde slechts de op dat moment heersende opvattingen van beide toezichthouders te verwoorden. Voor de inhoud van de voorlopige beoordeling volstaat het college met de verwijzing naar de voorlopige beoordeling die is gevoegd als bijlage I bij dit besluit.

### **1.4 Overdracht van de behandeling van de klacht aan OPTA**

7. Na de voorlopige beoordeling van de klachten is de Telecommunicatiewet<sup>2</sup> (hierna: Tw) in werking getreden. Artikel 18.3, vierde lid, Tw bepaalt dat OPTA en NMa in het belang van een effectieve en efficiënte besluitvorming gezamenlijke afspraken maken over de wijze van behandeling van aangelegenheden van wederzijds belang. Ter uitvoering van dit artikel hebben OPTA en NMa een samenwerkingsprotocol<sup>3</sup> opgesteld. Op grond van de onderdelen B en C van dit samenwerkingsprotocol hebben NMa en OPTA besloten dat de verdere behandeling van deze zaak door OPTA zal geschieden. Dit is op 17 februari 1999 zowel aan Denda als aan KPN medegedeeld. Het samenwerkingsprotocol tussen NMa en OPTA is als bijlage II gevoegd bij dit besluit.

### **1.5 Procedure**

8. Het openbare dossier van de voorlopige beoordeling heeft vanaf 4 januari 1999 gedurende vier weken ter inzage gelegen ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Belanghebbenden hebben de gelegenheid gekregen, binnen de hier boven genoemde termijn, hun zienswijze over de voorlopige beoordeling, naar keuze schriftelijk of mondeling, naar voren te brengen. Hiervan is op 18 december 1998 mededeling gedaan in de Staatscourant<sup>4</sup>.
9. Zowel Denda, bij brief van 2 februari 1999, met kenmerk 981695, als KPN, bij brief van 9 februari 1999, met kenmerk F:\388\10472177\B034.388\mw, hebben inhoudelijk gereageerd op de voorlopige beoordeling van NMa en OPTA. Tevens hebben beide partijen te kennen gegeven mondeling te willen worden gehoord. Andere mogelijke belanghebbenden hebben geen zienswijze kenbaar gemaakt.

---

<sup>2</sup> Stb. 1998, 610.

<sup>3</sup> Stcr. 1999, nr. 2, p. 5.

<sup>4</sup> Stcr. 1998, nr. 243, p. 58.

10. Op 29 april 1999 heeft het college van OPTA (hierna: college) Denda en KPN zowel gezamenlijk als afzonderlijk gehoord.
11. Op 7 mei 1999 heeft het college KPN schriftelijk verzocht nadere informatie te verschaffen op welke wijze de kosten van het verwerken van abonneegegevens ten behoeve van de gidsdienst en de abonnee-informatiedienst worden toegerekend. Op 28 mei 1999 heeft KPN aan dit verzoek gehoor gegeven. Op 28 juni 1999 heeft KPN op verzoek van het college de verstrekte gegevens mondeling toegelicht. Tijdens dit gesprek is wederom een verzoek gedaan om de kosten nader te specificeren. Deze kostentoelichting is op 6 juli 1999 ontvangen.

## 1.6 Civiele procedures

12. Voor de procedures zoals die hebben plaats gevonden voor de bekendmaking van de voorlopige beoordeling verwijst het college naar overweging 33 tot en met 38 van de voorlopige beoordeling.
13. Op 5 februari 1999 heeft Denda KPN in kort geding gedagvaard. De zitting heeft plaatsgevonden op 23 februari 1999. Denda heeft, naar aanleiding van de voorlopige beoordeling, primair de terbeschikkingstelling van de abonneegegevens tegen een bedrag van f 0,005 per gegeven gevorderd. Op 9 maart 1999 heeft de president van de rechtbank te 's-Gravenhage vonnis gewezen<sup>5</sup>. De vordering van Denda is door de president afgewezen omdat er op procedurele en inhoudelijke gronden geen sprake is van een nieuw feit. Slechts indien er sprake is van een nieuw feit kan een in kracht van gewijsde gegane uitspraak<sup>6</sup> ontkracht worden.

## 1.7 Kern van de beoordeling van de klacht

14. Het onderhavige besluit betreft de uitleg van artikel 7.5 Tw en artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie<sup>7</sup> (hierna: Boht). Op grond van dit laatste artikel moet elke aanbieder de nummers met bijbehorende informatie van zijn abonnees in een overeengekomen formaat tegen billijke, non-discriminatoire en kostengeoriënteerde voorwaarde ter beschikking stellen ten behoeve van de beschikbaarheid van telefoongidsen bedoeld in artikel 2, onderdeel c, van het Besluit universele dienstverlening<sup>8</sup> (hierna: Bud).

## 2. Zienswijze partijen

---

<sup>5</sup> President Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage, Vonnis van 9 maart 1999, Rolnummer KG 99/59.

<sup>6</sup> Gerechtshof Arnhem, 15 april 1997 en 5 augustus 1997, Mediaforum 1997/9, Computerrecht 1997/6 en AMI 1997/10.

<sup>7</sup> Stb. 1998, 639.

<sup>8</sup> Stb. 1998, 637.

## 2.1 Zienswijze van Denda op de voorlopige beoordeling<sup>9</sup>

15. Denda kan zich in grote lijnen vinden in de voorlopige beoordeling. In het licht van de voorlopige beoordeling heeft Denda haar eerdere verzoek tot het geven van een aanwijzing aangepast tot het opleggen van een last onder dwangsom. Denda verzoekt OPTA, KPN een last onder dwangsom op te leggen en deze dwangsom zo toe te passen dat deze verschuldigd is voor iedere dag dat KPN blijft weigeren de gegevens in kwestie ter beschikking te stellen tegen andere dan de hieronder (i) en (ii) aangegeven voorwaarden:

Denda heeft het verzoek als volgt geformuleerd:

OPTA dient "KPN en KPN Telecom te bevelen binnen 72 uur na verzending van de last de door hen aangehouden lijsten van abonnees op de spraaktelefoondienst in een bruikbaar formaat aan Denda en Topware ter beschikking te stellen, zonder:

- (i) daarvoor een hogere vergoeding te verlangen dan een bedrag van f 0,005 per basisvermelding;
- (ii) daarbij nadere beperkende voorwaarden te stellen die in de voorlopige beoordeling door OPTA en NMa als ontoelaatbaar zijn gekwalificeerd."

16. Tijdens de hoorzitting d.d. 29 april 1999 heeft Denda het verzoek als volgt nader aangevuld:

- a) de voorlopige beoordeling zo spoedig mogelijk definitief maken door het opleggen van een last onder dwangsom als hiervoor aangegeven;
- b) zo spoedig mogelijk, nog eerder dan de onder (a) bedoelde eindbeschikking, een last onder dwangsom af te geven met betrekking tot een proefbestand, dat nodig is om onder andere het formaat waarin de gegevens worden afgegeven, te testen op compatibiliteit.

17. Denda geeft aan een proefbestand nodig te hebben om haar database-software te testen. Een proefbestand ter grootte van ten minste 30.000 basisvermeldingsgegevens, verdeeld over vijf gemeenten en twee provincies moet daarvoor in de ogen van Denda voldoende zijn.

18. In de reactie op de voorlopige beoordeling merkt Denda op dat alle gegevens over kosten van verzameling en onderhoud van de basisvermeldingsgegevens en over exploitatie van het bestand door KPN als vertrouwelijk zijn aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat Denda geen zinvol commentaar kan geven op de berekeningen die aan de voorlopige beoordeling ten grondslag liggen. Dit geldt tevens voor de contra-expertise van PricewaterhouseCoopers (hierna: PwC) die KPN heeft laten uitvoeren. Denda verzoekt OPTA hiermee in de verdere procedure rekening te houden en kritisch te beoordelen welke gegevens wel en niet als vertrouwelijk kunnen worden aangemerkt.

19. Denda heeft aangegeven genoeg te nemen met de basisvermeldingsgegevens van de eigen aansluitingen van KPN. Basisvermeldingsgegevens zijn de gegevens die KPN verzamelt bij de abonnee ten behoeve van vermelding in de gids. Voor gegevens die zijn 'veredeld' heeft Denda geen belangstelling. Veredelde gegevens zijn de basisvermeldingsgegevens waar extra gegevens aan zijn toegevoegd en die aan een kwaliteitscontrole onderworpen zijn.

---

<sup>9</sup> Het betreft hier een weergave van de zienswijzen die zowel mondeling, tijdens de hoorzitting, als schriftelijk door Denda zijn gegeven.

20. Artikel 43 Boht ziet naar het oordeel van Denda niet enkel op persoonsgegevens maar op alle gegevens die de abonnee verstrekt bij het aanvragen van een aansluiting van vaste telefonie. Gelet op de wetsgeschiedenis en de toepasselijke Europese richtlijnen is er geen enkele reden om te veronderstellen dat KPN een concurrentievoordeel zou moeten krijgen doordat zij niet alle gegevens hoeft te verstrekken die zij verzamelt.
21. Naar de mening van Denda behoeft KPN geen wezenlijke extra inspanning te verrichten om de basisvermeldingsgegevens te verkrijgen. Het verzamelen van basisvermeldingsgegevens door KPN is volgens Denda niet vermijdbaar. Abonnees op een later tijdstip naar deze gegevens vragen is niet zinvol.
22. Denda beschouwt de mogelijkheid dat een partij, op grond van artikel 9.2 Tw, de opdracht krijgt de telefoongids als universele dienst aan te bieden niet reëel. De Tw gaat ervan uit dat slechts in het geval dat er geen aanbieders zijn voor dit soort diensten, de dienst kan worden opgedragen aan een daartoe aangewezen aanbieder. Alleen als de dienst niet rendabel kan worden aangeboden is het denkbaar dat er geen aanbieders zijn van telefoongidsen. Volgens Denda moet KPN de investeringskosten voor het basisvermeldingsgegevensbestand ruimschoots kunnen terugverdienen aangezien het verlenen van gidsdiensten een lucratieve bezigheid is.
23. Het leveren van gidsdiensten moet ten opzichte van de spraaktelefoondienst als een bijproduct worden gezien. Het is derhalve redelijk de kosten voor een belangrijk deel toe te rekenen aan de spraaktelefoondienst, te meer gezien telefoongidsen een zeer belangrijk hulpmiddel zijn bij het genereren van spraakverkeer. Indien de kosten van het verzamelen van de basisvermeldingsgegevens niet geheel mogen worden toegerekend aan de spraaktelefoondienst, verandert dat niets aan het feit dat het aanbieden van telefoongidsen een 'bijproduct' is van de spraaktelefoondienst. Het is derhalve naar de mening van Denda redelijk dat de kosten die gemoeid zijn met het verwerken van aanvragen voor aansluitingen geheel, of voor het grootste gedeelte ten laste te brengen van de spraaktelefoondienst en maar voor een zeer klein deel ten laste van de telefoongids.
24. Naar de mening van Denda verdient het aanbeveling de vergelijking met de integrale kosten in de voorlopige beoordeling cijfermatig verder uit te werken.

## **2.2 Zienswijze van KPN op de voorlopige beoordeling<sup>10</sup>**

25. Naar de mening van KPN is artikel 7.5 Tw de implementatie van artikel 6, derde lid, ONP spraakrichtlijn<sup>11</sup> en niet van 'diverse ONP-richtlijnen'. Naar het oordeel van KPN strekt artikel 7.5 Tw ter bescherming van de universele dienstverlening. Het artikel legt derhalve geen verplichting op aan aanbieders van telefoondiensten om derden "nummers met bijbehorende gegevens" te verschaffen ten behoeve van een commerciële telefoongids. Dit blijkt uit de formulering van artikel 43 Boht waar enkel wordt verwezen

---

<sup>10</sup> Het betreft hier een weergave van de zienswijzen die zowel mondeling, tijdens de hoorzitting, als schriftelijk door KPN zijn gegeven.

<sup>11</sup> Richtlijn 98/10/EG van het Europese Parlement en de raad van 26 februari 1998, inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat, PbEG 1998, L 101.

naar de universele dienstverlening en niet naar derden. Kortom, artikel 43 Boht verplicht de aanbieders van telefoondiensten haar nummers met bijbehorende gegevens aan de universele dienstverlener ter beschikking te stellen ten behoeve van de aan haar opgedragen taak terzake van telefoongidsen en de abonnee-informatiedienst. KPN is van mening dat Denda, als uitgever van een commerciële gids, niet rechtstreeks aan artikel 43 Boht rechten kan ontleen. KPN betwist dan ook dat OPTA bevoegd is om van de klacht van Denda kennis te nemen.

26. De zinsnede 'nummers met bijbehorende gegevens' dient, naar het oordeel van KPN, beperkt te worden uitgelegd. Om de universele dienstverlener in staat te stellen telefoongidsen samen te stellen zijn niet meer dan alleen de NAWT-gegevens<sup>12</sup> vereist. Kortom, artikel 43 Boht betreft slechts de basisgegevens en niet de veredelde gegevens. Een andere aanwijzing dat deze zinsnede beperkt moet worden uitgelegd, ziet KPN in artikel 11.6 Tw. Dit artikel bepaalt dat de uitgever van een telefoongids niet meer gegevens mag opnemen dan nodig is voor de identificatie van de abonnee.
27. KPN betoogt dat de basisvermeldingsgegevens niet noodzakelijk zijn voor de verlening van vaste en mobiele telefoondiensten. De rechtstreeks toerekenbare kosten van het genereren van de basisvermeldingsgegevens staan los van de verlening van de telefoondienst; zij worden daarvoor niet gemaakt en zijn in dat kader vermijdbaar en mogen dus niet primair aan de telefoondienst worden toegerekend.
28. KPN is van oordeel dat artikel 43 Boht slechts ziet op de aan de universele dienstverlener in rekening te brengen prijs. Met betrekking tot derden behoeft de prijs niet kostengeoriënteerd te zijn. Artikel 43 stelt een minimum; het voor derden geldende tarief mag niet lager zijn dan het aan de universele dienstverlener in rekening gebrachte tarief. De voor derden geldende prijs hoeft niet kostengeoriënteerd te zijn en mag derhalve hoger zijn dan het tarief dat aan de universele dienstverlener in rekening wordt gebracht.
29. De prijs moet naar het oordeel van KPN als volgt worden bepaald:
- (i) bepaling van de met het genereren van de gegevens gemoeide kosten;
  - (ii) vermeerdering met een redelijk rendement op geïnvesteerd vermogen;
  - (iii) het totaal delen door het aantal licentienemers c.q. gebruikers.
30. KPN ontkent dat de basisvermeldingsgegevens een bijproduct vormen van de verleende telefoondienst. Het genereren van de basisvermeldingsgegevens brengt kosten met zich mee. Omdat de marginale kosten lager liggen dan de gemiddelde kosten, en volgens de marginale-kostenmethode dus ook de prijs lager ligt, blijft een deel van de kosten van het genereren en leveren van deze gegevens ongedekt. De marginale-kostenmethode, gehanteerd in de voorlopige beoordeling, is derhalve naar het oordeel van KPN niet bruikbaar om de prijs van de gegevens te bepalen.

---

<sup>12</sup> NAWT-gegevens: dit zijn gegevens m.b.t. naam, adres, woonplaats en telefoonnummer.

31. In overweging 169 en volgende van de voorlopige beoordeling hebben NMa en OPTA door middel van de Efficient Component Pricing-methode de vergoeding voor de verzonken kosten vastgesteld. Deze dient volgens KPN hoger te zijn dan in de voorlopige beoordeling is vastgesteld. Door teruglopende verkoop van de CD-ROMs kan KPN de vaste kosten niet terug verdienen. Verder is KPN van mening dat er niet gekeken dient te worden naar de terugloop van de verkoop van het aantal cd-foongidsen in vergelijking tot de huidige verkopen, maar naar de terugloop in vergelijking tot de verwachte verkopen.
32. De universele dienstverlening terzake van telefoongidsen en de abonnee-informatiedienst is niet onderworpen aan bijzondere kwaliteitseisen. Volgens KPN is het niet noodzakelijk de te verstrekken gegevens te controleren op juistheid en behoeven de gegevens niet te worden veredeld. Daarnaast is KPN van mening dat de door haar verrichte veredeling van de op basis van artikel 43 Boht verkregen informatie niet nodig is voor de universele dienstverlening. De veredeling vindt primair plaats met het oog op de commerciële diensten. Dit impliceert dat de met deze veredeling gemoede kosten niet geheel mogen worden toegerekend aan de universele diensten, maar met name moeten worden toegerekend aan de commerciële diensten.
33. KPN betwist dat de eenheid die binnen KPN de gegevens koopt niet beperkt zou worden in haar gebruiksmogelijkheden en dat zij zou discrimineren indien zij de beperking “niet onbeperkt downloaden” ook niet aan Denda zou opleggen. Op de CD-foongids van KPN is immers het exporteren van bestanden ook onmogelijk gemaakt.
34. KPN is van mening dat zij op grond van de huidige en toekomstige privacyregelgeving en de privacybelangen van haar abonnees wel gerechtigd is van haar licentienemers te verlangen dat deze de bestanden beveiligen tegen omgekeerd zoeken.



### 3. Overwegingen college

#### 3.1 Overgangsrecht

35. Ten tijde van het indienen van de klacht door Denda was de Wtv nog van kracht. In het kader van de voorlopige beoordeling is de klacht beoordeeld op grond van de Wtv. Op 15 december 1998 is de Tw in werking getreden.<sup>13</sup> In dit specifieke geval “doorlopende behandeling van een klacht” is er geen overgangsrecht van toepassing. Bij gebreke aan een overgangsbepaling is sinds 15 december het nieuwe recht van toepassing. Weliswaar heeft er op 14 december 1998 een voorlopige beoordeling plaatsgevonden maar dit was geen voor bezwaar en beroep vatbare beschikking. Artikel 20.15 Tw is in casu derhalve niet van toepassing.

#### 3.2 Bevoegdheid OPTA

36. Op grond van artikel 15, onder a, sub 2, Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit<sup>14</sup> is aan het college het toezicht opgedragen op de naleving van de bepalingen van de Tw, voor zover deze taak bij artikel 15.1, derde lid van de Tw aan het college is toebedeeld. Conform artikel 15.1, derde lid, van de Tw is het college het bevoegde toezichthoudende orgaan op de terreinen waar zowel de minister van Verkeer en Waterstaat als het Commissariaat voor de Media dat niet zijn krachtens respectievelijk het eerste en tweede lid van de genoemde bepaling. Lezing van artikel 15.1 leert dat OPTA bij uitsluiting bevoegd is om toezicht op de naleving te houden op het bij of krachtens artikel 7.5 Tw gestelde. Zowel de artikelen 42 en 43 van het Boht als artikel 2 van het Bud geven uitvoering aan artikel 7.5 van de Tw. Het college acht zich derhalve bevoegd om kennis te nemen van de klacht van Denda.

#### 3.3 Wettelijk beoordelingskader

##### 3.3.1 Telecommunicatiewet

37. De Tw verplicht de wetgever regels op te stellen ten behoeve van het beschikbaar stellen van abonneegegevens door de uitgevers van nummers. Dit is geregeld in artikel 7.5 Tw, dit artikel luidt:  
*“De in artikel 7.1, eerste lid, bedoelde regels hebben voorts betrekking op het, met inachtneming van het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk 11, aan derden ter beschikking stellen van bij die regels aan te wijzen categorieën van nummers met bijbehorende gegevens ten behoeve van de beschikbaarheid van telefoongidsen en van een abonnee-informatiedienst.”*

38. Aan dit artikel is gevolg gegeven in artikel 42 en 43 Boht. Artikel 42 luidt:

*“Als categorieën van nummers als bedoeld in artikel 7.5 van de wet worden aangewezen:*

- a) nummers van de vaste openbare telefoondienst*
- b) nummers van de mobiele openbare telefoondienst, en*
- c) nummers van de persoonlijke nummerdienst.”*

<sup>13</sup> Besluit inwerkingtreding Tw, Stb. 1998, 664.

<sup>14</sup> Stb. 1997, 320.

39. Artikel 43 Boht luidt:

*“Degene, die een nummer als bedoeld in artikel 42, onderdeel a, b en c, in gebruik geeft, stelt op verzoek in een overeengekomen formaat, op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden die nummers met bijbehorende informatie beschikbaar ten behoeve van de beschikbaarstelling van telefoongidsen en de abonnee- informatiedienst, bedoeld in artikel 2, onderdelen c en d, van het Besluit universele dienstverlening.”*

In de Nota van toelichting bij het Boht is aangegeven dat de artikelen 42 en 43 tot doel hebben uitvoering te geven aan artikel 6, derde lid, van richtlijn 98/10/EG. In overweging 7 van richtlijn 98/10/EG wordt bepaald dat de levering van gidsdiensten een aan concurrentie onderworpen activiteit is, waarbij rekening dient te worden gehouden met het in richtlijn 95/46/EG<sup>15</sup> en richtlijn 97/66/EG<sup>16</sup> bepaalde. Om er voor te zorgen dat er telefoongidsen beschikbaar zijn waarin alle abonnees vermeld staan, bepaalt artikel 6 lid 3 van richtlijn 98/10/EG dat alle organisaties die telefoonnummers toewijzen aan abonnees alle redelijke verzoeken honoreren om de relevante informatie in een overeengekomen formaat beschikbaar te stellen op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden.

40. Artikel 43 Boht bepaalt dat degene die nummers in gebruik geeft alleen verplicht is deze nummers met bijbehorende gegevens onder de voorwaarden genoemd in punt 39 te verlenen, ten behoeve van een telefoongids als bedoeld in artikel 2 Bud. Het Bud is de uitvoering van artikel 9.1, eerste lid, Tw. Artikel 9.1, eerste lid, Tw luidt:

*“In het algemeen maatschappelijk belang worden bij algemene maatregel van bestuur openbare telecommunicatiediensten of daarmee samenhangende voorzieningen aangewezen die voor eenieder tegen een betaalbare prijs en voor een bepaalde kwaliteit beschikbaar moeten zijn.”*

41. In artikel 2 Bud worden de diensten en voorzieningen aangewezen. Dit artikel luidt:

*“Als openbare telecommunicatiediensten of daarmee samenhangende voorzieningen als bedoeld in artikel 9.1, eerste lid, van de wet worden aangewezen:*

- a. het naar aanleiding van een redelijk verzoek aansluiten op het vaste openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie en het bieden van toegang tot de vaste openbare telefoondienst;*
- b. het beschikbaar stellen van openbare betaaltelefoons;*
- c. het beschikbaar stellen van telefoongidsen;*
- d. het beschikbaar stellen van een abonnee-informatiedienst.”*

42. De materiële eisen die aan een telefoongids in de zin van artikel 2, onderdeel c, Bud worden gesteld staan in artikel 5 Bud. Dit artikel luidt:

*“1. Onverminderd artikel 11.6, eerste lid, van de wet bevatten de telefoongidsen, bedoeld in artikel 2, onderdeel c, de gegevens van de abonnees van aanbieders van vaste en mobiele openbare telefoondiensten met inbegrip van hun vaste, mobiele en persoonlijke nummers.*

---

<sup>15</sup>Richtlijn 95/46/EG, 24 oktober 1995, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, PbEG 1995, L 281.

<sup>16</sup>Richtlijn 97/66/EG, 15 december 1997, betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, PbEG 1998, L 24.

2. De telefoongidsen zijn beschikbaar in een door het college goedgekeurde gedrukte of elektronische vorm.

3. De telefoongidsen worden ten minste eenmaal per jaar bijgewerkt.

4. Een aanbieder van de in dit artikel bedoelde telefoongidsen is gehouden bij de behandeling en de presentatie van de hem verstrekte informatie non-discriminatoir te handelen.”

43. In artikel 11.6 Tw staan de eisen met betrekking tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer waaraan een telefoongids of een abonnee-informatiedienst moet voldoen. Artikel 11.6 Tw luidt:

*“Eenieder die een algemeen beschikbare telefoongids uitgeeft of een algemeen beschikbare abonnee-informatiedienst verzorgt, draagt er zorg voor dat:*

*a. in de telefoongids en in het door de abonnee-informatiedienst gebruikte abonneebestand slechts die persoonsgegevens worden opgenomen die noodzakelijk zijn om een abonnee te kunnen identificeren, tenzij de abonnee er ondubbelzinnig mee heeft ingestemd dat er bijkomende persoonsgegevens worden opgenomen;*

*b. op verzoek van de abonnee:*

*1° zijn persoonsgegevens kosteloos niet of niet meer worden opgenomen in de telefoongids en in het door de abonnee-informatiedienst gebruikte abonneebestand;*

*2° zijn persoonsgegevens kosteloos niet of niet meer beschikbaar worden gesteld voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden;*

*3° bij de vermelding van zijn persoonsgegevens in de telefoongids en in het door de abonnee-informatiedienst gebruikte abonneebestand zijn adres niet volledig wordt vermeld;*

*4° bij de vermelding van zijn persoonsgegevens in de telefoongids en in het door de abonnee-informatiedienst gebruikte abonneebestand elke verwijzing naar zijn geslacht achterwege wordt gelaten, tenzij dit uit taalkundig oogpunt onvermijdelijk is.”*

44. In artikel 20.1, tweede lid, wordt KPN, tot een jaar na opzegging, verplicht de diensten uit te oefenen die zijn aangewezen door artikel 9.1, eerste lid, Tw j° Artikel 2 Bud. Artikel 20.1, tweede lid, Tw luidt:

*“In afwijking van de artikel 9.2 tot en met 9.4, biedt PTT Telecom B.V. tot een jaar nadat zij Onze Minister schriftelijk heeft medegedeeld dit niet langer te doen, aan een ieder aan de krachtens artikel 9.1, eerste lid, aangewezen diensten en daarmee samenhangende voorzieningen die met betrekking tot de kwaliteit en prijs voldoen aan de krachtens artikel 9.1, tweede lid gestelde regels.”*

### **3.3.2 Privacyregelgeving**

45. De Wet persoonsregistraties<sup>17</sup> (hierna: Wpr) regelt hoe een houder van een persoonsregistratie om moet gaan met de persoonsgegevens in deze registratie. Abonneegegevens zijn persoonsgegevens in de zin van de Wpr. KPN en Denda, na verkrijging van de gegevens, zijn houders van een persoonsregistratie. Artikel 14 Wpr regelt de verstrekking van NAW-gegevens aan derden. Artikel 14 Wpr luidt:

*“1. Uit een persoonsregistratie, niet begrepen onder artikel 13, eerste lid, kunnen ook in andere gevallen dan omschreven in artikel 11, eerste en tweede lid, bestanden persoonsgegevens, alleen bestaande uit*

<sup>17</sup>Wet op de persoonsregistraties, Stb. 1988, 665.

*naam, adres, woonplaats, postcodes en soortgelijke voor communicatie benodigde gegevens aan derden worden verstrekt. De artikelen 11, derde lid, en 13, derde en vierde lid, zijn van overeenkomstige toepassing.*

*2. De houder laat op verzoek van de geregistreeerde of, ingevallen bedoeld in artikel 11, vierde lid, van zijn wettelijke vertegenwoordiger zodanige verstrekking ten aanzien van diens gegevens achterwege.”*

46. Een houder van een persoonsregistratie is verplicht de persoonsregistratie te beveiligen. De verplichting staat in artikel 8 Wpr. Dit artikel luidt:

*“De houder draagt zorgt voor de nodige voorzieningen van technische en organisatorische aard ter beveiliging van een persoonsregistratie tegen verlies of aantasting van de gegevens tegen onbevoegde kennisneming, wijziging of verstrekking daarvan. Gelijke plicht rust op de bewerker voor het geheel of het gedeelte van de apparatuur die hij onder zich heeft.”*

47. De procedure in het geval dat een natuurlijke persoon schade lijdt is opgenomen in artikel 9 Wpr. Dit artikel luidt:

*“1. Indien iemand schade lijdt doordat ten opzichte van hem in strijd wordt gehandeld met de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften ter bescherming van de belangen van geregistreeerde of te registreren personen, zijn de volgende leden van toepassing onverminderd de aanspraken op grond van andere wettelijke regels.*

*2. Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding.*

*3. De houder van een persoonregistratie is aansprakelijk voor de schade of het nadeel, voortvloeiende uit het niet-nakomen van de in het eerste lid bedoelde voorschriften in verband met die persoonsregistratie. De bewerker is aansprakelijk voor die schade of dat nadeel, voor zover ontstaan door zijn werkzaamheid.”*

48. De Wpr wordt binnenkort vervangen door de Wet bescherming persoonsgegevens<sup>18</sup> (hierna: Wbp). Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van richtlijn 97/66/EG. De richtlijn had op 24 oktober 1998 in nationaal recht moeten worden omgezet. De Wbp legt verplichtingen op aan de verantwoordelijke.<sup>19</sup> KPN en Denda, na verkrijging van de gegevens, zijn verantwoordelijke in de zin van de wet. Gegevens kunnen aan derden verstrekt worden. Artikel 9, eerste lid, ontwerp Wbp luidt:

*“Persoonsgegevens worden niet verder verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen.”*

Verwerking van persoonsgegevens houdt elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens in.

49. De Wbp legt, net als de Wpr, een plicht op de verantwoordelijke om persoonsgegevens te beveiligen. Artikel 13 Wbp luidt:

---

<sup>18</sup>Wetsvoorstel Wet bescherming persoonsgegevens, Tweede Kamer 1997-1998, 25 892, nrs. 1-2.

<sup>19</sup>Verantwoordelijke: de natuurlijke- of rechtspersoon die of het bestuursorgaan dat, alleen of tezamen met anderen het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt (artikel 1 aanhef en onderdeel d).

*“De verantwoordelijke legt passende technische en organisatorische maatregelen ten uitvoer om persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies of tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking. Deze maatregelen garanderen, rekening houdend met de stand van de techniek en de kosten van de tenuitvoerlegging, een passend beveiligingsniveau gelet op de risico’s die de verwerking en de aard van de te beschermen gegevens met zich meebrengen.”*

### **3.3.3 Ontwerp Databankenwet**

50. De Databankenwet strekt ter implementatie van de Europese Databankrichtlijn 96/9/EG.<sup>20</sup> De richtlijn en de wet beogen de rechtsbescherming van databanken. Van belang voor het onderhavige besluit is artikel 3 ontwerp Databankenwet (dit is de implementatie van artikel 8, eerste lid, van de richtlijn). Dit artikel luidt:

*“1. De producent van een databank welke op enigerlei wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld mag de rechtmatige gebruiker van die databank niet verhinderen in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud ervan op te vragen of te hergebruiken. Voorzover de rechtmatige gebruiker toestemming heeft om slechts een deel van de databank op te vragen of te hergebruiken, geldt de eerste zin slechts voor dat deel.*

*2. Bij overeenkomst kan niet ten nadele van de rechtmatige gebruiker van de eerste lid worden afgeweken.”*

## **3.4 Beoordeling klacht**

### **3.4.1 Op wie rust de verplichting van artikel 43 Boht?**

51. Artikel 43 Boht verplicht alleen degene die nummers in gebruik geeft<sup>21</sup> als bedoeld in artikel 42, onderdeel a, b en c, om deze nummers met bijbehorende informatie ter beschikking te stellen ten behoeve van een telefoongids en abonnee-informatiedienst. De verplichting betreft alleen nummers met bijbehorende informatie van de eigen abonnees.

De verplichting van artikel 43 Boht rust uitdrukkelijk niet op de gegevens die KPN verzamelt in het kader van het uitgeven van een ‘universele’ telefoongids. Voor het uitgeven van deze telefoongids moet KPN ook de gegevens van andere aanbieders verkrijgen. Indien Denda aanspraak wil maken op artikel 43 Boht, is zij verplicht een aanvraag tot verstrekking van de gegevens in te dienen bij alle in gebruikgevers van nummers.

52. De klacht van Denda ziet derhalve uitsluitend op de gegevens van de abonnees van de vaste openbare telefoondienst van KPN, niet op de gegevens die KPN verzamelt in het kader van de haar opgelegde verplichting tot het leveren van de universele dienst.

---

<sup>20</sup> Richtlijn 96/9/EG van het Europees parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, PbEG 1996, L 77.

<sup>21</sup> Uitgevers van nummers zullen in het algemeen telecommunicatiebedrijven zijn waarbij de beller een abonnement of een prepaid-card heeft.

### 3.4.2 Strekking artikel 43 Boht

53. Bij de beoordeling van de klacht zijn naar het oordeel van het college twee aspecten van essentieel belang. Ten eerste de beschikbaarheid van telefoongidsen, ten tweede het ter beschikking stellen van abonneegegevens ten behoeve van telefoongidsen. De beschikbaarheid van telefoongidsen is geregeld in artikel 9.1, eerste lid, Tw, artikelen 2 en 5 Bud en artikel 20.1, tweede lid, Tw. Het ter beschikking stellen van abonneegegevens is geregeld in hoofdstuk 7 Tw en artikelen 42 en 43 Boht. De laatst genoemde bepalingen dragen er zorg voor dat de eerst genoemde bepalingen uitgevoerd kunnen worden. Met andere woorden: artikel 43 Boht verplicht telecommunicatieaanbieders tot verstrekking van de abonneegegevens zodat telefoongidsen beschikbaar kunnen zijn.
54. In artikel 2, onderdeel c, Bud worden telefoongidsen aangewezen als universele dienst. Een dienst of voorziening wordt aangewezen als universele dienst indien in het kader van het algemeen maatschappelijk belang deze dienst of voorziening tegen een redelijk tarief en met een bepaalde kwaliteit voor een ieder beschikbaar moet zijn.<sup>22</sup> Indien de diensten en voorzieningen die in artikel 2 Bud zijn aangewezen niet door het normaal functioneren van de markt tegen een betaalbare prijs en tegen een bepaalde kwaliteit voor een ieder worden of kunnen worden gegarandeerd, kan deze dienst worden opgedragen aan één partij.<sup>23</sup> Deze partij kan hier een vergoeding voor krijgen. Eenieder die een openbare telecommunicatiedienst aanbiedt behorende tot een krachtens artikel 9.1, eerste lid, Tw aangewezen categorie is een bijdrage verschuldigd. De wetgever gaat er vanuit dat een verplichting tot het verzorgen van de universele dienst pas aan de orde is als de vrije marktwerking op dit punt te kort schiet.<sup>24</sup>
55. Als overgangsbepaling is in de wet opgenomen dat KPN, zonder recht op vergoeding van de netto kosten, tot een jaar na opzegging gehouden is de diensten en voorzieningen aangewezen krachtens artikel 9.1, eerste lid, Tw, te leveren.<sup>25</sup> Er is geen wettelijke verplichting voor partijen die nummers in gebruik geven om bij te dragen aan voorzieningen en diensten die KPN levert op basis van artikel 20.1, tweede lid, Tw.
56. Artikel 2, onderdeel c, Bud wijst telefoongidsen aan als universele dienst. KPN is derhalve bij wijze van overgangsmaatregel gehouden deze voorziening tot een jaar na opzegging te leveren. De minister van Verkeer en Waterstaat heeft uitdrukkelijk aangegeven dat het niet de bedoeling is dat dit gebeurt op basis van exclusiviteit.<sup>26</sup> Onder punt 39 van onderhavig besluit is reeds gesteld dat in de overwegingen bij richtlijn 98/10/EG het aanbieden van gidsdiensten een aan concurrentie onderhevige activiteit is. Er kunnen derhalve meerdere aanbieders zijn van telefoongidsen.
57. Concurrentie op de markt voor telefoongidsen is alleen mogelijk indien de uitgever van telefoongidsen toegang krijgt tot de gegevens van de abonnees van de verschillende operators. Artikel 43 Boht regelt deze terbeschikkingstelling van gegevens. Uit de laatste zinsnede van artikel 43 Boht 'ten behoeve van

---

<sup>22</sup> Zie artikel 9.1, tweede lid, Tw.

<sup>23</sup> Zie artikel 9.2, eerste lid, Tw.

<sup>24</sup> Eerste kamer, 1997-1998, 25 533, nr. 309b, p. 43.

<sup>25</sup> Artikel 20.1 Tw ; zie ook: Eerste Kamer, 1997-1998, 25 533, nr. 309b, p. 20 en 43.

<sup>26</sup> Zie ook: Tweede Kamer, 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 37.

de beschikbaarstelling van telefoongidsen en de abonnee-informatiedienst, bedoeld in artikel 2, onderdeel c en d, Bud', blijkt dat niet iedere uitgever van telefoongidsen recht heeft op levering van de gegevens conform de voorwaarde van artikel 43 Boht. Alleen de uitgever die een telefoongids conform artikel 2, onderdeel c, j° artikel 5 Bud uitgeeft, heeft recht op levering van de gegevens conform artikel 43 Boht.

58. Artikel 5 Bud eist dat telefoongidsen zoals bedoeld in artikel 2, onderdeel c, Bud alle abonnees van Nederland moeten vermelden. Denda heeft ten overstaande van het college kenbaar gemaakt voornemens te zijn een telefoongids op de markt te brengen waarin alle abonnees van Nederland vermeld staan.

59. Het college is van oordeel dat Denda aanspraak kan maken op verstrekking van nummers met bijbehorende informatie conform artikel 43 Boht voorzover zij een telefoongids op de markt brengt die voldoet aan de eisen van artikel 2, onderdeel c, Bud j° artikel 5 Bud.

### **3.4.3 Welke gegevens moeten worden geleverd**

60. Artikel 43 Boht ziet op de gegevens die nodig zijn om een 'universele' telefoongids uit te geven. De bepalingen met betrekking tot de universele dienstverlening garanderen basisdiensten en voorzieningen. De gegevens die op grond van artikel 43 Boht beschikbaar moeten worden gesteld betreffen derhalve slechts de gegevens om een 'basis' telefoongids uit te geven, de zogenoemde basisvermeldingsgegevens. Het betreft in ieder geval de NAWT-gegevens. Een operator is niet verplicht op grond van enig wettelijke bepaling, de gegevens aan een kwaliteitscontrole te onderwerpen of er extra gegevens aan toe te voegen.

61. Het non-discriminatiebeginsel van artikel 43 Boht eist dat KPN dezelfde gegevens aan Denda levert als KPN intern aan zich zelf levert. Uit de informatie die door KPN is verstrekt, is af te leiden dat dit in ieder geval betreft NAWT-gegevens (inclusief postcode) en het gebruik van het nummer (fax). Deze gegevens worden door de Business Unit Vast Telefonie (hierna: BU VT) verzameld en onderhouden. BU VT verstrekt deze gegevens aan Business Unit Telecommerce (hierna: BU TC). BU TC maakt de gegevens geschikt voor publicatie. Dit laatste betreffen de veredelde gegevens. Denda heeft derhalve recht op levering van dezelfde gegevens als BU TC te weten: De NAWT-gegevens (inclusief postcode) en het gebruik van het nummer.

### **3.4.4 Voorwaarden van artikel 43 Boht**

62. Artikel 43 Boht stelt drie voorwaarden waaronder de gegevens ter beschikking dienen te worden gesteld. De gegevens moeten op billijke, non-discriminatoire en kostengeoriënteerde voorwaarden ter beschikking worden gesteld.

### 3.4.5 Non-discriminatiebeginsel

63. Het non-discriminatiebeginsel houdt in dat KPN haar abonneegegevens aan een ieder die recht heeft op levering van de gegevens conform artikel 43 Boht onder dezelfde voorwaarden ter beschikking stelt, inclusief aan zichzelf. KPN stelt momenteel alleen aan zichzelf de gegevens ter beschikking op grond van artikel 43 Boht. KPN brengt hierbij voor zichzelf een bedrag van f 0,85 in rekening. De basisvermeldingsgegevens worden vanuit de database ARIS<sup>27</sup>, die onderhouden wordt door de BU VT, verstrekt aan BU TC. Deze gegevens komen bij BU TC in een nieuwe database terecht, IVP genaamd. Vanuit IVP worden deze gegevens door BU TC voor diverse doeleinden gebruikt, waaronder direct marketing en het uitgeven van een cd-foongids. Aan dit gebruik is door BU VT aan BU TC geen beperkingen opgelegd, althans niet in de zin dat de gegevens slechts voor bepaalde doeleinden gebruikt mogen worden.
64. De levering van BU VT aan BU TC is van dezelfde aard als de levering die aan Denda gaat plaatsvinden. BU VT stelt de gegevens ter beschikking aan BU TC ten behoeve van een telefoongids zoals bedoeld in artikel 2, onderdeel c, Bud. In overweging 59 heeft het college vastgesteld dat Denda aanspraak kan maken op levering van de gegevens conform artikel 43 Boht. Denda heeft derhalve recht op ter beschikking stelling van de gegevens op gelijke wijze als BU VT de gegevens aan BU TC levert. In overweging 63 is gesteld dat KPN intern zichzelf geen beperkingen in het gebruik van de gegevens oplegt. KPN kan derden (zoals Denda) die op basis van artikel 43 Boht de gegevens verkrijgen, op grond van het non-discriminatiebeginsel, ook geen beperkingen opleggen. Indien BU TC de gegevens verkregen van BU VT bijvoorbeeld gebruikt voor direct-marketingdoeleinden mogen derden die op grond van artikel 43 Boht de gegevens verkrijgen, dat ook. Het college is derhalve van oordeel dat aan de levering van de gegevens aan Denda geen andere beperkingen kunnen worden gesteld dan BU VT aan BU TC stelt.
65. Naast de voorwaarden die KPN wil stellen bij de levering van de gegevens aan Denda, is KPN voornemens voorwaarden te stellen aan de wijze waarop Denda de gegevens ontsluit voor het publiek. KPN wil Denda verbieden dat haar CD-ROM de functie "omgekeerd zoeken"<sup>28</sup> heeft en een verbod om de gegevens onbeperkt te downloaden. KPN legt zichzelf bij het openbaar maken van de gegevens deze beperkingen ook op. Met andere woorden de CD-foongids van KPN heeft deze functies niet. Het stellen van de voorwaarden met betrekking tot het omgekeerd zoeken en het onbeperkt downloaden is derhalve niet in strijd met het non-discriminatiebeginsel.

### 3.4.6 Billijke voorwaarden

66. Artikel 43 Boht stelt naast de eis van non-discriminatie ook de eis dat de voorwaarden billijk moeten zijn. Het college weegt bij de beoordeling of een voorwaarde billijk is de belangen van beide partijen.

---

<sup>27</sup> ARIS: Abonnee Registratie en Informatie Systeem.

<sup>28</sup> Dit is het zoeken op telefoonnummer of adres in plaats van op naam en adres.



67. KPN beroept zich, bij het opleggen van het verbod op omgekeerd zoeken, in de eerste plaats op de geldende en toekomstige privacyregelgeving (zie punt 34). In de memorie van toelichting bij de Wbp<sup>29</sup> wordt de beveiliging van de CD-foongids tegen omgekeerd zoeken als voorbeeld genoemd. KPN is op grond van de Wpr en de Wbp verplicht haar CD-ROM te beveiligen tegen omgekeerd zoeken. Indien Denda haar eigen CD-ROM met telefoongegevens op de markt brengt, heeft ze dezelfde verplichting. KPN is op grond van de privacyregelgeving niet verplicht om er zorg voor te dragen dat partijen aan wie zij gegevens verstrekken, de wet naleven. Denda heeft als houder van een persoonsregistratie in de zin van de Wpr en in de toekomst als verantwoordelijke in de zin van de Wbp een eigen verplichting de wet na te leven.
68. In de tweede plaats vreest KPN (zie punt 34) dat door het toelaten van deze zoekfunctie de privacy van haar abonnees geschonden kan worden of dat abonnees deze zoekfunctie als een inbreuk op hun privacy zullen voelen. KPN vreest dat dit tot gevolg kan hebben dat er een toename zal plaatsvinden van het aantal afgeschermd nummers waardoor het primaire doel van het bestand - nummerinformatie - zal worden geschaad.
69. Alhoewel de privacywetgeving zowel KPN als Denda, als houder van een persoonsregistratie/ verantwoordelijke in de zin van de Wbp, een zelfstandige plicht om de persoonsgegevens te beveiligen oplegt (zie punten 47, 50 en 67) acht het college het een gerechtvaardigd belang van KPN om de privacy van haar eigen abonnees te waarborgen door middel van het stellen van bepaalde voorwaarden aan het openbaar maken van de gegevens. Het belang van Denda om haar CD-ROM deze functie te geven, en de kennelijke behoefte van de consument,<sup>30</sup> acht het college niet van dien aard dat het in de weg staat aan het stellen van deze voorwaarde door KPN.
70. KPN is voornemens de voorwaarde te stellen dat de CD-ROM van Denda niet geschikt mag zijn voor het onbeperkt downloaden van de gegevens.
71. Zowel KPN als Denda kunnen op grond van de Databankenrichtlijn<sup>31</sup>, en het wetsvoorstel van de Databankenwet<sup>32</sup>, niet verhinderen dat de verkrijger van hun CD-ROM er in kwalitatief en kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de CD-ROM opvraagt en gebruikt. Het college acht zich zelf niet over de benodigde kennis te bezitten om invulling te geven aan de materiële vraag wat 'in kwalitatief en kwantitatief opzicht niet-substantieel is'.
72. De vraag die overblijft is of KPN mag verbieden dat het gehele bestand kan worden gekopieerd. Het college erkent het belang van KPN dat de gegevens van hun abonnees niet zozegd 'op straat komen te liggen'. Daarnaast is het voor het college onduidelijk wat het belang van Denda is om hun product onbeschermd op de markt te zetten. Het college is derhalve van oordeel dat KPN een gerechtvaardigd

---

<sup>29</sup> Tweede Kamer, 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 24.

<sup>30</sup> Artikel Telegraaf van 11 juni 1999, "Illegaal internet-telefoonboek gewild".

<sup>31</sup> Richtlijn 96/9/EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken. PbEG, 1996, L 77.

<sup>32</sup> Eerste kamer, 1998-1999, 25108, nr. 227.

belang heeft bij het stellen van de voorwaarde dat de CD-ROM van Denda niet geschikt is om de gegevens onbeperkt te downloaden.

73. Aan het stellen van beide voorwaarden (verbod omgekeerd zoeken en onbeperkt downloaden) stelt het college de volgende eisen:

- de voorwaarden mogen niet meer omvatten dan de voorwaarden die BU VT aan BU TC oplegt;
- de voorwaarden mogen niet meer omvatten dan op grond van de Wpr (Wbp) geëist kan worden;
- de voorwaarden kunnen slechts contractueel worden opgelegd.

### **3.4.7 Kostengeoriënteerde voorwaarden**

74. Artikel 43 Boht eist dat de voorwaarden waaronder de gegevens worden verstrekt, kostengeoriënteerd zijn. Onder kostengeoriënteerde tarieven wordt in het algemeen verstaan dat de tarieven een afspiegeling moeten zijn van de onderliggende kosten inclusief een redelijke winstopslag. De redelijkheid van de winstopslag wordt gerelateerd aan het vermogen dat ten behoeve van de betreffende dienst is geïnvesteerd.

75. In de voorlopige beoordeling zijn NMa en OPTA onder andere tot de conclusie gekomen dat de set gegevens van de telefoonabonnees onlosmakelijk verbonden is met het uitoefenen van de telefoondienst. KPN hoeft geen extra inspanning te verrichten om de basisvermeldingsgegevens te verstrekken. Hieruit volgde dat de prijs die Denda moet betalen gelijk is aan de marginale kosten van KPN voor het ter beschikking stellen van de gegevens (zie overweging 165 en 166 van de voorlopige beoordeling).

76. KPN heeft in haar reactie op de voorlopige beoordeling aangegeven dat ze wel degelijk een extra inspanning verricht om de basisvermeldingsgegevens te genereren. Voor een vermelding in de gids moeten er apart gegevens worden opgevraagd en verwerkt. Deze activiteit is in het kader van het aanbieden van de telefoondienst vermijdbaar. De kosten die met deze extra inspanning gepaard gaan, moeten naar de mening van KPN worden toegerekend aan het bestand waar de gegevens in terecht komen en niet aan de telefoondienst (zie overweging 27, 28 en 29).

77. Naar het oordeel van het college mag KPN, indien zij op een transparante wijze kan aantonen dat zij extra kosten maakt om de basisvermeldingsgegevens te genereren, deze zogenaamde incrementele kosten, in de prijs van de basisvermeldingsgegevens doorberekenen.

78. NMa en OPTA hebben eerst gezamenlijk, en daarna heeft OPTA afzonderlijk, een aantal verzoeken tot KPN gericht om inzicht in de wijze van kostentoekening te verkrijgen. Dit is gebeurd bij brief van 19 februari 1998, met kenmerk 16/5.b36, bij brief van 18 augustus 1998, met kenmerk 16/23.b36, bij brief van 7 mei 1999, met kenmerk OPTA/EGM/99/5723 en mondeling tijdens een bijeenkomst tussen medewerkers van KPN en medewerkers van OPTA op 28 juni 1999 ten kantore van OPTA, Babyloncomplex, Den Haag.

79. KPN heeft in reactie op bovenstaande verzoeken, bij brief van 19 maart 1998, met kenmerk 98-U-253-RVB, bij brief van 6 oktober 1998, met kenmerk JZ/PK/98000215, bij brief van 28 mei 1999, met kenmerk f:\388\10472177\b001-388.doc\mw en bij fax van 7 juli 1999, informatie verstrekt. Het college heeft de verstrekte informatie onderzocht.
80. De gegevens die KPN heeft verstrekt zijn naar de mening van het college onvoldoende onderbouwd. De opgegeven hoogte van de kostenposten verandert op niet duidelijk aangegeven gronden. De wijze waarop KPN de kosten heeft toegerekend aan de database, is niet transparant en lijkt een grote mate van willekeur te bevatten. Op basis van de verstrekte gegevens heeft KPN niet kunnen aantonen dat zij extra kosten maakt ten behoeve van het genereren van de basisvermeldingsgegevens.
81. Naar het oordeel van het college heeft KPN haar reactie op de voorlopige beoordeling (zie overweging 76) niet kunnen onderbouwen. Het college concludeert dat KPN niet heeft kunnen aantonen extra kosten te maken om de basisvermeldingsgegevens te verstrekken naast de kosten die gemaakt worden om de gegevens daadwerkelijk ter beschikking te stellen. Het college houdt derhalve onverkort vast aan de methode van kostenoriëntatie op basis van de marginale kosten voor het daadwerkelijk ter beschikking stellen van de basisvermeldingsgegevens aan derden zoals die gehanteerd en gemotiveerd is in de voorlopige beoordeling.<sup>33</sup> Het college verwijst hierbij naar de berekeningen in de voorlopige beoordeling. Deze berekeningen wezen uit dat de prijs lager dient te zijn dan  $f$  0,005 per gegeven. Voor de vergoeding van het omzetverlies van CD-ROMs van KPN op de downstreammarkt verwijst het college naar overweging 83.
82. Indien KPN kan aantonen dat er investeringen gedaan zijn om de basisvermeldingsgegevens daadwerkelijk ter beschikking te stellen mag de prijs voor de basisvermeldingsgegevens worden vermeerderd met een redelijke rendement op dit geïnvesteerd vermogen (zie overweging 74). KPN moet bij het bepalen van het redelijk rendement het bepaalde in het oordeel van het college inzake price caps<sup>34</sup> volgen (zie bijlage III).
83. In de voorlopige beoordeling is aangegeven dat KPN de marginale kosten voor het daadwerkelijk ter beschikking stellen van de gegevens aan derden eventueel mag combineren met een vergoeding van het omzetverlies van CD-ROMs van KPN op de downstreammarkt.<sup>35</sup> De voorlopige beoordeling is zowel op de telecomunicatieregelgeving als op de Mededingingswet gebaseerd. Het college is echter van oordeel dat enkel de Telecommunicatiewet- en regelgeving geen ruimte biedt voor het in rekening brengen van bovengenoemde vergoedingen bij nieuwe toetreders op de markt. Het college is derhalve niet bevoegd een vergoeding voor het omzetverlies van CD-ROMs op de downstreammarkt toe te kennen.

---

<sup>33</sup> Voorlopige beoordeling overwegingen 162 t/m 167 en overweging 200.

<sup>34</sup> Oordeel van het college van OPTA van 27 september 1999 over tariefplafonds voor de telefoontarieven van KPN 1999 - 2002 (hoofdstuk 5.4, Redelijk rendement).

<sup>35</sup> Voorlopige beoordeling overweging 200.

84. Het verzoek van Denda om zo spoedig mogelijk over een proefbestand te beschikken ter grootte van ten minste 30.000 basisvermeldingsgegevens, verspreid over vijf gemeenten en twee provincies om haar database-software te testen acht het college redelijk.

### **3.5 Conclusie**

85. Uit het voorgaande concludeert het college dat Denda aanspraak kan maken op levering van de basisvermeldingsgegevens conform de voorwaarden gesteld in artikel 43 Boht. Hieruit volgt dat KPN verplicht is de basisvermeldingsgegevens van haar abonnees ter beschikking te stellen aan Denda conform non-discriminatoire, billijke en kostengeoriënteerde voorwaarden. Levering conform deze voorwaarden houdt in dat KPN bij het verstrekken van de basisvermeldingsgegevens geen beperkingen zal mogen opleggen in het gebruik van de basisvermeldingsgegevens. KPN mag wel de voorwaarden stellen dat de CD-ROM met gegevens van Denda niet geschikt zal zijn voor het omgekeerd zoeken en het onbeperkt downloaden van de basisvermeldingsgegevens. De prijs van de basisvermeldingsgegevens moet bepaald worden aan de hand van de marginale kosten voor het daadwerkelijk ter beschikking stellen van de basisvermeldingsgegevens. De prijs mag, indien aan de voorwaarde van overweging 82 is voldaan, vermeerderd worden met een redelijk winstopslag.

86. Het college erkent het belang van Denda om zo spoedig mogelijk te kunnen beschikken over een proefbestand. Het college is daarom van mening dat KPN dit proefbestand ter beschikking zal moeten stellen aan Denda.

87. Voor wat betreft de verzochte last onder dwangsom voor de terbeschikkingstelling van het gehele bestand, merkt het college het volgende op. Het college ziet vooralsnog geen aanleiding KPN onder een dwangsom te gelasten het bestand aan Denda te leveren. Het college is echter wel voornemens, na het verstrijken van een in het navolgende besluit genoemde termijn, toe te zien op de naleving van de wettelijke voorschriften op grond waarvan dit besluit tot stand is gekomen. Hiertoe staan het college verscheidene handhavingsmiddelen ter beschikking.

#### 4. Besluit

88. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, rekening houdend met de voorgaande overwegingen, besluit dat:

- a) Denda Multimedia B.V., voorzover zij de beschikbaar gestelde nummers met bijbehorende informatie gebruikt voor het op de markt brengen van een telefoongids als bedoeld in artikel 2, onder c, van het Besluit universele dienstverlening, aanspraak kan maken op het bepaalde in artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie;
- b) KPN Telecom B.V. de NAWT-gegevens (inclusief postcode) en het gebruik van het nummer (fax) van haar abonnees aan Denda Multimedia B.V. ter beschikking moet stellen;
- c) KPN Telecom B.V. hierbij de voorwaarden mag stellen dat de CD-ROM van Denda Multi Media B.V. niet geschikt is voor het zoeken op telefoonnummer of adres en voor het onbeperkt downloaden van de gegevens;
- d) KPN Telecom B.V. aan Denda Multimedia B.V. geen beperkingen in het gebruik van de aan Denda Multimedia B.V. verstrekte gegevens mag opleggen;
- e) De prijs die KPN Telecom B.V. in rekening brengt voor de basisvermeldingsgegevens niet hoger mag zijn dan de marginale kosten van de daadwerkelijke terbeschikkingstelling van de basisvermeldingsgegevens eventueel verhoogd met een redelijke winstopslag. Het college verwijst hierbij naar de berekeningen in de voorlopige beoordeling. Deze berekeningen wezen uit dat de prijs lager dient te zijn dan f 0,005 per gegeven;
- f) KPN Telecom B.V. binnen een week na dagtekening van dit besluit een proefbestand dient te leveren aan Denda Multimedia B.V. ter grootte van ten minste 30.000 basisvermeldingsgegevens, verspreid over vijf gemeenten en twee provincies met in achtneming van bovengenoemde voorwaarden;
- g) KPN Telecom B.V. binnen twee weken na dagtekening van dit besluit het gehele bestand van basisvermeldingsgegevens van abonnees van de vaste openbare telefoondienst ter beschikking dient te stellen aan Denda Multimedia B.V. met in achtneming van bovengenoemde voorwaarden.

## 5. Rechtsmiddelen

89. Belanghebbenden, die zich niet met dit besluit kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken, aanvangende met ingang van de dag na die waarop dit besluit is bekendgemaakt, daartegen een bezwaarschrift indienen.

Het bezwaarschrift moet worden gericht aan:

Het college van de Onafhankelijk Post en Telecommunicatie Autoriteit  
Postbus 90240  
2509 LK Den Haag

onder vermelding van "Bezwaarschrift". Het bezwaarschrift dient te zijn ondertekend en dient in ieder geval de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, alsmede de gronden van het bezwaar te bevatten. Zo mogelijk dient een afschrift van het besluit en de overige op het bezwaar betrekking hebbende stukken te worden meegezonden.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,  
namens het college,

prof. dr. J.C. Arnbak, voorzitter

VOORLOPIGE BEOORDELING VAN NMA EN OPTA INZAKE DENDA e.a / KPN

INHOUDSOPGAVE

I	INLEIDING.....	1
II	PARTIJEN .....	2
	A. Klagers.....	2
	B. Beklaagde.....	3
III	PROCEDURE.....	3
IV	FEITEN.....	5
	Civiele procedures tussen partijen.....	5
	Contacten tussen KPN en Denda i.v.m. een licentie.....	6
	De markt voor telefonie.....	7
V	WETTELIJK EN REGELGEVEND KADER.....	8
	Telecommunicatiewetgeving.....	8
	Kader van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen.....	9
	Kader van de Telecommunicatiewet.....	10
	Mededingingswetgeving.....	11
	Privacyregelgeving.....	11
	Wet op de persoonsregistratie.....	11
	Wetvoorstel Wet bescherming persoonsgegevens.....	11
	Auteurswetgeving.....	12
	Auteurswet.....	12
	Databankrichtlijn.....	12
VI	GRIEVEN EN VERZOEK VAN KLAGER.....	12
VII	VERWEER BEKLAAGDE.....	14
VIII	RAPPORT NERA.....	15
IX	REACTIES VAN PARTIJEN OP HET RAPPORTVAN NERA.....	17
	Reactie van Denda.....	17
	Reactie KPN.....	18
X	JURIDISCHE EN ECONOMISCHE BEOORDELING.....	19
	Wet op de telecommunicatievoorzieningen.....	19
	Telecommunicatiewet.....	20
	Mededingingswet.....	20
	Onderneming.....	20
	Relevante markt.....	21
	Relevante productmarkt.....	21
	Relevante geografische markt.....	22
	Economische machtspositie.....	22
	Misbruik.....	25
	Leveringsplicht voor KPN?.....	25
	Voorwaarden levering gegevens.....	28

	Bepaling van prijs waartegen door KPN geleverd moet worden.....	30
	i) upstreamkosten.....	30
	ii) downstreamkosten .....	31
	iii) vergelijking met integrale kosten.....	33
	iv) wijze van prijsstelling.....	34
	v) redelijkheid gevraagde prijs.....	34
	vi) conclusie met betrekking tot prijsstelling.....	35
	Overige voorwaarden bij verstrekken gegevens.....	36
XI	CONCLUSIE.....	37



## VOORLOPIGE BEOORDELING

Voorlopige beoordeling van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit

Betreft: Denda c.s. versus KPN

### I INLEIDING

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: "NMa") en het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: "OPTA") hebben deze voorlopige beoordeling opgemaakt in het kader van een onderzoek naar aanleiding van klachten van Denda international v.o.f. te Oldenzaal en Topware CD-Service AG te Mannheim (hierna: "Denda") tegen Koninklijke PTT Nederland NV en PTT Telecom B.V. (hierna: "KPN").
2. Denda heeft op 11 december 1997 een klacht ingediend bij OPTA. Daarin is OPTA gevraagd om aan KPN een aanwijzing ex art. 43 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: "Wtv") te geven.
3. Op 8 januari 1998 heeft NMa een klacht van gelijke strekking van Denda ontvangen. Denda verzocht NMa te onderzoeken of KPN misbruik maakt van een economische machtspositie en/of het verbod van mededingingsbeperkende afspraken overtreedt en om, als dit zo is, een last op te leggen als bedoeld in art. 56 Mededingingswet (hierna: "Mw").
4. Met betrekking tot de terbeschikkingstelling van lijsten van abonnees op de spraaktelefoondienst voor het door Denda beoogde gebruik heeft Denda aan NMa en OPTA meer specifiek het volgende gevraagd:  
Primair, dat KPN met Denda in onderhandeling treedt om te komen tot een licentieovereenkomst, waarbij de licentievergoeding wordt gesteld op [...<sup>1</sup>...] van de opbrengst van door Denda verkochte CD Roms met aansluitgegevens uit het 8008-bestand (op basis van zgn "netto uitgevers omzet"), althans op een zodanig percentage als NMa en OPTA redelijk en billijk zullen oordelen;  
Subsidiair, met Denda in onderhandeling te treden om te komen tot een licentieovereenkomst, waarbij de licentievergoeding wordt gesteld op de door NMa en OPTA vast te stellen prijs per aansluitgegeven die NMa en OPTA als redelijk en billijk beschouwen.
5. Het dispuut tussen Denda en KPN draait om de verstrekking van gegevens van telefoonabonnees. KPN vraagt voor de verstrekking van deze gegevens een vaste prijs van f 0,85 per gegeven. Voor alle gegevens van telefoonabonnees van KPN komt dit voor Denda neer op een bedrag van circa f 6 miljoen gulden. Denda is van mening dat deze prijsstelling

---

<sup>1</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

misbruikbaar van aard is en heeft KPN aangeboden een vergoeding te betalen die is gebaseerd op de opbrengst van de door Denda verkochte CD Roms.

6. Toezicht op het gebied van telecommunicatieregelgeving is aan OPTA toebedeeld, terwijl algemeen mededingingstoezicht aan NMa is toebedeeld. De bij OPTA en de bij NMa ingediende klachten hebben betrekking op eenzelfde gedraging van KPN. De klachten hebben betrekking op een onderwerp dat tot de bevoegdheid van beide toezichtshouders behoort.
7. De verschillende wetten<sup>2</sup> voorzien niet in een materiële invulling, noch in een procedurele uitwerking van de wijze waarop moet worden samengewerkt. Wel is voorzien in de mogelijkheid om gegevens uit te wisselen<sup>3</sup>. Omdat er sprake is van "overlappende bevoegdheden" hebben NMa en OPTA besloten gezamenlijk onderzoek te verrichten in het kader van deze klachten, met inachtneming van eenieder's wettelijk kader en bevoegdheden. Teneinde de administratieve lasten van partijen te verlichten is gekozen voor één penvoerder, NMa. Alle correspondentie is mede namens OPTA gevoerd<sup>4</sup>. Partijen hebben tegen deze praktische werkwijze geen bezwaren geuit. Alle stukken die door partijen aan NMa zijn gezonden, zijn in afschrift aan OPTA (door)gezonden.
8. Dit document is door NMa en OPTA gezamenlijk opgesteld. Het betreft een gezamenlijke voorlopige beoordeling van de klachten van Denda op grond van het door NMa en OPTA uitgevoerde onderzoek.

## II PARTIJEN

### A. Klagers

9. Denda International v.o.f. te Oldenzaal is een onderneming die zich bezig houdt met het verkopen van zogenoemde "yellow pages", bedrijfs-directories, adresbestanden, handelsinformatie en databases. Denda heeft diverse CD Roms op de markt gebracht, waarop genoemde informatie per land (o.a. UK, Canada, Italië, Duitsland en België) is vervat.
10. Topware CD-Service AG te Mannheim is een onderneming die in Duitsland eveneens dergelijke CD Roms op de markt brengt. Topware is degene die de CD Rom die Denda op de markt wil brengen met gegevens van Nederlandse telefoonabonnees (NL-Info genaamd), zal produceren.
11. De klacht is ingediend door Denda en Topware gezamenlijk. Partijen worden, zoals gezegd, in het navolgende aangeduid als "Denda".

### B. Beklaagde

---

<sup>2</sup> Mededingingswet, Wet op de telecommunicatievoorzieningen, Telecommunicatiewet, OPTA-wet.

<sup>3</sup> Artikel 91, tweede lid, Mededingingswet, artikel 24 OPTA-wet.

<sup>4</sup> Telkens waar in het document NMa wordt genoemd (vanwege het feit dat NMa de brieven heeft verstuurd en de reactie van partijen dus ook aan de NMa gericht is), wordt NMa en OPTA begrepen.

12. De klacht van Denda is gericht tegen KPN. Na indiening van de klacht heeft een wijziging plaatsgevonden in de structuur van KPN. KPN is nu de holdingmaatschappij (moedermaatschappij) van KPN Telecom. Volgens de Machtigingswet<sup>6</sup> is KPN concessiehouder voor de vaste telefonie in Nederland. Tot voor enige jaren was KPN (PTT Telecom) de enige aanbieder van telefoondiensten in Nederland. Op dit moment zijn er meer aanbieders van telefoondiensten op de Nederlandse markt.

### III PROCEDURE

13. Op 5 februari 1998 heeft - op verzoek van Denda- een gesprek plaatsgevonden met NMa en OPTA waarin Denda haar klacht nader heeft toegelicht.
14. Op 6 maart 1998 heeft Denda - conform een verzoek, gedaan tijdens voornoemde bespreking - aan NMa een afschrift verstrekt van de volgende stukken: de processtukken van het hoger beroep van de kort geding procedure tussen Denda en KPN bij het Gerechtshof te Arnhem<sup>7</sup> de processtukken van de bodemprocedure die nog aanhangig is bij de Rechtbank te Almeløen van de correspondentie tussen Denda en KPN.
15. Op 19 februari 1998 heeft NMa schriftelijk vragen gesteld aan KPN. Op 20 maart 1998 zijn de antwoorden van KPN ontvangen.
16. Op 29 april 1998 heeft NMa externe expertise ingehuurd. Zij heeft het onderzoeksbureau NERA gevraagd een conceptueel kader te ontwikkelen voor de prijsstelling van abonneegegevens. Op 22 juli 1998 heeft NERA een rapport opgeleverd.
17. Op 22 mei 1998 heeft Denda ter nadere feitelijke onderbouwing van haar klacht aanvullende informatie aan NMa en OPTA verstrekt.
18. Op 11 juni 1998 is door KPN de concept-licentieovereenkomst, die zij op 16 april 1998 aan Denda had voorgelegd, aan NMa gestuurd.
19. Op 16, 24 en 30 juli 1998 is door Denda nog nadere informatie verstrekt aan NMa en OPTA ter verdere onderbouwing van haar klacht.
20. Op 18 augustus 1998 heeft NMa het rapport van NERA aan beide partijen gestuurd. Daarbij heeft NMa aangegeven bezig te zijn zich een oordeel te vormen over de prijsstelling van de gegevens. Zij heeft aangegeven wat haar voorlopig oordeel is omtrent de basis voor de

---

<sup>5</sup> Zie overweging 1.

<sup>6</sup> Machtigingswet Koninklijke PTT Nederland N.V., Stb. 1988, 521, laatstelijk gewijzigd bij Stb 1998, 362.

<sup>7</sup> Tussenarrest Gerechtshof te Arnhem, 15 april 1997, rolnummer 96/773 KG, Eindarrest Gerechtshof te Arnhem, 5 augustus 1997, rolnummer 96/773 KG.

<sup>8</sup> Arrondissementsrechtbank te Almelo, rolnummer 123/97.

## openbare versie

prijstelling van dergelijke gegevens. KPN en Denda zijn in de gelegenheid gesteld te reageren op het rapport en er zijn tevens aanvullende vragen aan beide partijen gesteld.

21. Op 9 september 1998 heeft KPN een voorlopige reactie op het rapport van NERA gegeven en een aantal van de gestelde vragen beantwoord. KPN heeft aangegeven zelf een tegenonderzoek te willen uitvoeren en heeft NMa gevraagd haar definitief oordeel op te schorten totdat het tegenonderzoek zou zijn afgerond. KPN heeft aangegeven dat het onderzoek enkele maanden in beslag zou nemen. Tevens heeft KPN gevraagd om een substantieel uitstel voor de beantwoording van de vragen die te maken hebben met het verkrijgen van inzicht in de kosten van KPN voor het verstrekken van gegevens aan Denda en de kosten die gemoeid zijn met het op de markt brengen van haar eigen CD Rom, CD-Foongids geheten.
22. Bij faxbericht van 15 september 1998 heeft NMa aan KPN een uitstel van drie weken verleend voor de beantwoording van een aantal bij brief van 18 augustus 1998 gestelde vragen.
23. Bij fax van 9 september 1998 heeft Denda aangegeven enig uitstel nodig te hebben voor het geven van de door NMa en OPTA gevraagde reactie op het rapport van NERA.
24. Bij fax van 15 september is door NMa en OPTA aan Denda een uitstel verleend tot 30 september 1998.
25. NMa heeft bij brief van 28 september 1998 aan KPN laten weten haar oordeel niet op te schorten totdat KPN een tegenonderzoek heeft laten verrichten. Daarbij heeft zij als reden aangevoerd dat het dossier zich in de onderzoeksfase naar aanleiding van een klacht bevindt. Indien de klacht zou leiden tot het opmaken van een rapport in de zin van artikel 56 Mededingingswet, is er in de verdere procedure (artikel 60 Mededingingswet) voorzien in de mogelijkheid om te reageren op de bevindingen van de NMa. Daarbij heeft NMa overigens aangegeven dat het KPN vrijstaat om nadere informatie ter hand te stellen.
26. Op 30 september 1998 werd de bij brief van 18 augustus 1998 gevraagde informatie van Denda ontvangen.
27. Op 6 oktober 1998 werd de aanvullende informatie van KPN ontvangen.
28. Op 15 oktober 1998 is aan Denda verzocht om te reageren op de door KPN in april 1998 aan Denda gezonden concept-licentieovereenkomst, welke door KPN in afschrift aan NMa was gezonden.
29. Op 29 oktober 1998 heeft Denda haar reactie op de concept-licentieovereenkomst aan NMa doen toekomen.

30. Op 11 november 1998 heeft KPN een afschrift gezonden van het in haar opdracht uitgevoerde tegenonderzoek door PricewaterhouseCoopers ("The pricing of directory data, a response to NERA's advice to NMa, november 1998) in het reactie op het rapport van NERA.
31. Op 8 december heeft Denda laten weten dat de civiele bodemprocedure tussen partijen bij de Rechtbank te Almelo verwezen is naar de rolzitting van 24 maart 1999.
32. Op 9 december heeft Denda, ter aanvulling op haar brief van 29 oktober 1998, een nadere reactie gestuurd met betrekking tot de concept-licentieovereenkomst die door KPN aan haar is aangeboden. Daarbij heeft Denda tevens een brief van 2 november 1998 overlegd aan de raadsman van KPN inzake de licentie.

#### IV FEITEN

##### Civiele procedures tussen partijen

33. Denda heeft eind 1996 een CD Rom (NL-info genaamd) uitgebracht met een vrijwel volledige verzameling abonneegegevens van telefoonaansluitingen in Nederland. De gegevens die daarvoor gebruikt zijn, zijn afkomstig uit de verzamelde telefoongidsen en - volgens Denda - handmatig overgetypt in China en opgeslagen in een elektronisch bestand.
34. KPN heeft in kort geding procedure een verbod gevraagd op de verspreiding van de CD Rom van Denda op grond van bescherming van de telefoongidsen als onpersoonlijk geschrift op grond van artikel 10 lid 1 onder 1 Auteurswet.
35. Bij vonnis van de President van de Rechtbank te Almelo<sup>9</sup> is KPN in het gelijk gesteld en heeft de rechter een verbod gelast voor Denda ten aanzien van de verspreiding van de door Denda op de markt gebrachte CD Rom, NL-Info genaamd.
36. Denda heeft in rechte een tegenvordering ingesteld die betrekking heeft op het door KPN in onderhandeling treden met Denda over een juiste prijs voor de gegevens.
37. Het vonnis van de President van de Rechtbank te Almelo is in hoger beroep in stand gebleven. De rechter heeft echter geen uitspraak gedaan over eventuele strijdigheid met de Mededingingswet en over de prijsstelling van de gegevens van telefoonabonnees.
38. De bodemprocedure tussen partijen over het voornoemde is nog aanhangig bij de Rechtbank te Almelo. Daarbij is ook het mededingingsrecht aan de orde. Denda meent - met verwijzing naar de zaak Magill<sup>10</sup> - dat KPN misbruik maakt van een economische machtspositie. Door partijen zijn de schriftelijke stukken in de eerste ronde gewisseld (conclusie van eis en de conclusie van

<sup>9</sup> Vonnis President van de Arrondissementsrechtbank te Almelo, 5 december 1996, KG 17860/17875 KG ZA 96-241.

<sup>10</sup> Hof van Justitie EG, 6 april 1995, RTE en ITP t. Commissie, C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. 1995, I-743.

antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in reconventie). De civiele procedure ligt sinds 13 augustus 1997 stil. KPN heeft enkele malen uitstel verzocht voor het indienen van de conclusie van repliek in conventie, tevens antwoord in reconventie. De zaak is verwezen naar de (rol)zitting van 24 maart 1999.

Contacten tussen KPN en Denda in verband met een licentie

39. Denda heeft KPN reeds diverse malen verzocht om een licentie. Voor het eerst is dat gebeurd in oktober 1996. Van de zijde van KPN is toen aangegeven dat aan een licentie de volgende beperkende voorwaarden gesteld zouden worden: "omgekeerd zoeken"<sup>11</sup> zou niet worden toegestaan en het downloaden van gegevens zou niet mogelijk moeten zijn. Tevens werd van de zijde van KPN aangegeven dat het niet mogelijk was om over een eventuele licentieverlening voor Kerstmis 1996 een besluit te nemen.
40. Begin 1997 heeft Denda opnieuw een verzoek tot licentie gedaan bij KPN. KPN heeft daarop geantwoord met een uitnodiging aan Denda om zelf met een voorstel te komen. Denda heeft daarop in februari 1997 het voorstel gedaan om tot ter beschikking stelling van het zogenoemde 8008-bestand van KPN te komen tegen een licentievergoeding van [...]<sup>12</sup>% van de door Denda te realiseren verkopen (i.e. netto uitgevers omzet). Denda heeft daarbij aan KPN gevraagd te reageren voorafgaand aan het pleidooi van Denda in de procedure in hoger beroep tegen het eerdergenoemde vonnis van de President van de Rechtbank te Almelo, aan welk verzoek door KPN geen gehoor werd gegeven.
41. In de loop van maart 1997 heeft KPN aangegeven bereid te zijn tot het verlenen van een licentie op basis van f 0,95 per aansluitgegeven of f 0,85 voor de kale basisgegevens per aansluiting. Uitgaande van f 0,85 per gegeven betekent dit een totaalbedrag van ongeveer 6 miljoen gulden.
42. Na afloop van de kort geding procedures heeft Denda besloten te onderzoeken of het mogelijk was om op basis van het door KPN genoemde bedrag per gegeven te komen tot een rendabele exploitatie van een CD Rom. Denda heeft daartoe op 12 augustus 1997 aan KPN gevraagd welke bijkomende voorwaarden aan een licentie gesteld zouden worden. KPN heeft volgens Denda niet binnen een aanvaardbare termijn voldoende duidelijkheid verschaft over de voorwaarden en bleek niet bereid of in staat om een concept-overeenkomst ter verdere bespreking voor te leggen. Tussen partijen is gecorrespondeerd over het al dan niet zinnig zijn van een gesprek zonder dat vooraf door KPN een concept-licentieovereenkomst was overlegd. KPN wilde eerst praten, terwijl Denda zich op het standpunt stelde dat dit na het voorafgaande weinig zinvol zou zijn als er niet een concrete concept-licentieovereenkomst zou liggen waarover gepraat zou kunnen worden.

---

<sup>11</sup> Het zichtbaar maken van naam- en adresgegevens bij het zoeken op telefoonnummer.

<sup>12</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

43. Op 11 december 1997 heeft Denda een klacht ingediend bij OPTA en op 8 januari 1998 heeft Denda een vrijwel gelijklopende klacht ingediend bij NMa.
44. Op 16 april 1998 is door KPN aan Denda een concept-licentieovereenkomst voorgelegd. Op 11 juni heeft KPN een afschrift hiervan aan NMa doen toekomen. Denda heeft richting KPN niet gereageerd op de door KPN aangeboden concept-licentieovereenkomst, omdat de zaak inmiddels bij NMa aanhangig was en zij het oordeel van NMa wenste af te wachten.
45. Op 2 november 1998 heeft Denda een brief gezonden aan de raadsman van KPN met betrekking tot de licentieverlening.

#### De markt voor telefonie

46. Op de telefoniemarkt in Nederland kan een onderscheid gemaakt worden tussen vaste telefonie en mobiele telefonie.
47. KPN was volgens de Machtigingswet<sup>13</sup> tot 15 december 1998 de houder van de concessie voor de vaste telefonie in Nederland. In die hoedanigheid beschikt KPN over de aansluitgegevens van alle abonnees die een vaste telefoonaansluiting van KPN hebben. Tot enige jaren geleden was KPN de enige aanbieder van telefoondiensten in Nederland. Sinds de liberalisering zijn er inmiddels naast KPN ook andere aanbieders van vaste telefonie. Op dit moment is KPN, met ongeveer [.....]<sup>14</sup> abonnees de grootste speler op deze markt. Het marktaandeel van KPN op de markt voor vaste telefonie bedraagt meer dan 90%.
48. Op de markt voor mobiele telefonie zijn meerdere aanbieders, ook wel "providers" genoemd, actief. Op dit moment zijn KPN en Libertel de twee grootste aanbieders van mobiele telefonie in Nederland. Zij hebben respectievelijk ongeveer [.....]<sup>15</sup> en [.....]<sup>16</sup> abonnees. In termen van marktaandelen (gemeten naar abonnees) heeft KPN ongeveer 60% en Libertel ongeveer 40% van de markt in handen.

#### V WETTELIJK EN REGELGEVEND KADER

49. Voor de beoordeling van deze zaak is de regelgeving met betrekking tot telecommunicatie, mededinging, privacy en auteursrecht van belang. Daartoe behoort naast de Nederlandse wet-en regelgeving ook de Europese regelgeving. Deze zal hieronder, voor zover relevant voor deze zaak, besproken worden.

#### Telecommunicatiewetgeving

---

<sup>13</sup> Zie voetnoot 6.

<sup>14</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens. Uit de concessierapportage van 1997 (blz. 20) blijkt dat per eind 1997 het totale aantal aansluitingen 8,9 miljoen bedroeg.

<sup>15</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>16</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

50. In onderstaande beschrijving van het wettelijk kader is een onderscheid gemaakt tussen het wettelijk kader van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en het wettelijk kader van de Telecommunicatiewet. Het eerstgenoemde is het kader dat gold ten tijde van de indiening van de klacht en het daarop volgende onderzoek door NMa en OPTA. Omdat dit kader op 15 december 1998<sup>17</sup> deels vervangen wordt door het kader van de Telecommunicatiewet wordt ook aandacht besteed aan het kader van de Telecommunicatiewet.

Kader van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen

51. De houder van de concessie was op grond van artikel 4 eerste lid van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv<sup>18</sup>), in het belang van het algemeen maatschappelijk en economisch verkeer, verplicht bij algemene maatregel van bestuur te omschrijven diensten welke betrekking hebben op het directe transport van gegevens van en naar netwerkaansluitpunten, te verzorgen en een ieder tegen vergoeding het gebruik daarvan ter beschikking te stellen.
52. In het Besluit opgedragen telecommunicatiediensten (hierna: "Bot") van 1 december 1988<sup>19</sup> was in artikel 1 van dit besluit aan de houder van de concessie opgedragen de telefoondienst, de telexdienst en de telegraafdienst. Artikel 10 onder c Bot bepaalde dat 'het beheren van de gegevens van de aansluitingen (gidsen)' ook tot de opgedragen diensten behoort.
53. In het Besluit vergunningen mobiele telecommunicatie van 4 augustus 1994<sup>20</sup> werd in artikel 15 lid 3 bepaald dat de houder van een vergunning verplicht is inlichtingen te verstrekken over de nummers van zijn gebruikers.
54. Krachtens artikel 8 Wtv gaf de Minister van Verkeer en Waterstaat aan de houder van de concessie algemene richtlijnen ter uitvoering van artikel 4 Wtv. Gelet op artikel 8 Wtv had de Minister van Verkeer en Waterstaat bij besluit van 16 december 1988<sup>21</sup> vastgesteld het Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie (hierna: "Bart").
55. Op grond van artikel 2a.1 Bart was de houder van de concessie verplicht, onverminderd het bij of krachtens de Wet persoonregistraties bepaalde, op verzoek tegen redelijke en billijke en niet-discriminerende voorwaarden bijgewerkte openbare lijsten van abonnees op de spraaktelefoondienst in een geschikte vorm ter beschikking te stellen. Blijkens de Toelichting bij het besluit Wijziging Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie van 30 juni 1997<sup>22</sup> was deze

---

<sup>17</sup> Besluit van 26 november 1998, houdende vaststelling van de datum van gedeeltelijke inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet alsmede van de datum van inwerkingtreding van daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur en vaststelling van de datum van gedeeltelijke intrekking van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en van de Vergunningenwet kabelgebonden telecommunicatie-infrastructuur, Stb. 1998, 664.

<sup>18</sup> Wet op de telecommunicatievoorzieningen, Stb. 1988, 520, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 1997, 580.

<sup>19</sup> Stb. 1988, 520, laatstelijk gewijzigd op 15 december 1995, Stb. 1995, 94.

<sup>20</sup> Stb. 1994, 629, laatstelijk gewijzigd op 17 december 1997, Stb. 1997, 726.

<sup>21</sup> Stcrt. 1988, 252, laatstelijk gewijzigd op 9 december 1997, Stcrt. 1997, 239.

<sup>22</sup> Stcrt. 1997, 125.



bepaling in het Bart opgenomen om uitvoering te geven aan artikel 16 onderdeel c, van richtlijn 95/62/EG<sup>23</sup>. Artikel 16 onderdeel c van richtlijn 95/62/EG bepaalt dat de Lid-Statens er voor zorg dienen te dragen dat telecommunicatieorganisaties, op aanvraag, openbare lijsten van abonnees op de spraaktelefoon dienst tegen vooraf gepubliceerde en billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden ter beschikking stellen. Deze richtlijn is inmiddels vervangen door richtlijn 98/10/EG<sup>24</sup>. Deze richtlijn gaat uit van het ter beschikking stellen van abonneegegevens tegen billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden. Deze richtlijn had op 30 juni 1998 omgezet moeten zijn in nationale regelgeving. Het Bart is echter - vanwege de op handen zijnde nieuwe Tw - niet aangepast.

Kader van de Telecommunicatiewet

56. Artikel 7.5 van de Telecommunicatiewet (hierna: "Tw"<sup>25</sup>) bepaalt dat de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgestelde regels ter uitvoering van de diverse ONP-richtlijnen tevens betrekking hebben op het aan derden ter beschikking stellen van bij die regels aan te wijzen categorieën van nummers met bijbehorende gegevens ten behoeve van de beschikbaarheid van telefoongidsen en van een abonnee-informatiedienst.
57. Uit artikel 42 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie<sup>26</sup> blijkt dat als categorieën van nummers als bedoeld in artikel 7.5 Tw worden aangewezen de categorie nummers van de vaste openbare telefoon dienst, die van de mobiele openbare telefoon dienst en die van de persoonlijke nummer dienst. In artikel 43 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie wordt bepaald dat degene die voornoemde nummers in gebruik geeft op verzoek in een overeengekomen formaat, op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden die nummers met bijbehorende informatie beschikbaar stelt ten behoeve van telefoon diensten en de abonnee-informatiedienst.
58. In de Nota van toelichting bij het Besluit ONP huurlijnen en telefonie is aangegeven dat de artikelen 42 en 43 tot doel hebben uitvoering te geven aan richtlijn 98/10/EG<sup>27</sup> In overweging (7) van richtlijn 98/10/EG wordt overwogen dat de levering van gidsdiensten een aan concurrentie onderworpen activiteit is, waarbij rekening dient te worden gehouden met het in richtlijn 95/46/EG<sup>28</sup> en richtlijn 97/66/EG<sup>29</sup> bepaalde. Artikel 6 lid 3 van richtlijn 98/10/EG bepaalt dat de

<sup>23</sup> Richtlijn 95/62/EG, inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie, PbEG L321, ingetrokken op 30 juni 1998, wegens vervanging door Richtlijn 98/10/EG, zie voetnoot 23.

<sup>24</sup> Richtlijn 98/10/EG, 26 februari 1998, inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat, PbEG 1998, L 101/4.

<sup>25</sup> Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie (Telecommunicatiewet), Stb. 1998, 610.

<sup>26</sup> Besluit ONP huurlijnen en telefonie, Stb. 1998, 639.

<sup>27</sup> Zie voetnoot 24.

<sup>28</sup> Richtlijn 95/46/EG, 24 oktober 1995, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, PbEG 1995, L 281.

<sup>29</sup> Richtlijn 97/66/EG, 15 december 1997, betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, PbEG 1998, L24/1.

Lid-Staten ervoor dienen te zorgen dat alle organisaties die telefoonnummers toewijzen aan abonnees alle redelijke verzoeken honoreren om de relevante informatie in een overeengekomen formaat beschikbaar te stellen op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden.

59. Richtlijn 98/10 EG moest - zoals gemeld in overweging 55 - op 30 juni 1998 omgezet zijn in nationale wetgeving. Dit is pas gebeurd bij het Besluit ONP huurlijnen en telefonie, dat gebaseerd is op de Tw en dat op 15 december 1998 in werking treedt.<sup>30</sup>

#### Mededingingswetgeving

60. Op 1 januari 1998 is een nieuwe Mededingingswet (hierna: "Mw") in werking getreden. Op basis van artikel 24 Mw is het ondernemen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.
61. Voor de uitleg van deze bepaling wordt blijkens de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, aangesloten bij de Europese jurisprudentie en beschikkingspraktijk
62. Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een inbreuk op artikel 24 Mw moet bepaald worden wat de relevante markt is, of de betreffende onderneming een economische machtspositie op deze markt heeft en of zij misbruik maakt van deze machtspositie.

#### Privacyregelgeving

63. Artikel 11.6 lid 1 Tw<sup>32</sup> - opgenomen ter uitvoering van richtlijn 97/66/EG<sup>33</sup> - verplicht kort gezegd eenieder die een algemeen beschikbare telefoongids uitgeeft of een algemeen beschikbare abonnee-informatiedienst verzorgt, er voor zorg te dragen dat slechts die gegevens worden opgenomen die noodzakelijk zijn om een abonnee te kunnen identificeren. Hiervan kan alleen worden afgeweken indien de abonnee ondubbelzinnig heeft aangegeven dat er bijkomende gegevens mogen worden opgenomen. Verder wordt bepaald dat ervoor dient te worden zorg gedragen dat op verzoek van de abonnee persoonsgegevens niet of niet meer worden opgenomen in de telefoongidsen, gebruikt worden voor de abonnee-informatiedienst of ter beschikking worden gesteld voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden. Ook dient de abonnee de mogelijkheid te hebben aan te kunnen geven dat bij bedoeld gebruik van zijn persoonsgegevens bijvoorbeeld zijn adres niet volledig wordt vermeld.

#### Wet op de persoonsregistratie

---

<sup>30</sup> Zie voetnoot 17.

<sup>31</sup> Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 3, par. 5.1.2.

<sup>32</sup> Volgens artikel 20.12 Tw geldt artikel 11.6 Tw alleen voor algemeen beschikbare telefoongidsen en de bestanden van algemeen beschikbare abonnee-informatiediensten die worden uitgegeven na de inwerkingtreding van artikel 11.6 Tw.

<sup>33</sup> Zie voetnoot 29.

64. De Wet persoonsregistraties (Wpr)<sup>34</sup> legt verplichtingen op aan de houder van een persoonsregistratie. De houder is degene die zeggenschap heeft over een persoonsregistratie. Op grond van art. 9 Wpr kan een natuurlijk persoon die schade lijdt doordat ten opzichte van hem in strijd wordt gehandeld met de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften ter bescherming van de belangen van de geregistreerde of te registreren personen, de houder van een persoonsregistratie aansprakelijk stellen. Art. 14 Wpr geeft regels omtrent het verstrekken van gegevens aan derden. Krachtens dit artikel kunnen NAW-gegevens<sup>35</sup> en soortgelijke voor communicatie benodigde gegevens verstrekt worden aan derden, zonder dat dat voortvloeit uit het doel van de registratie. Verder worden in het artikel een aantal voorwaarden gesteld omtrent verstrekking.

#### Wetsvoorstel Wet bescherming persoonsgegevens

65. De Wet persoonsregistraties wordt binnenkort vervangen door de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp)<sup>36</sup>. Op grond van artikel 9 Wbp kunnen alleen gegevens aan derden worden verstrekt indien deze verstrekking niet onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor de gegevens zijn verkregen.

#### Auteurswetgeving

##### Auteurswet

66. Artikel 1 van de Auteurswet 1912<sup>37</sup> bepaalt dat het auteursrecht het uitsluitend recht is van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtsverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens beperkingen, bij wet gesteld. De rechtspraak kent voorts de zogenaamde geschriftenbescherming, welke geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter<sup>38</sup> beschermt tegen ontlening. Ontlening is de overneming (ook wel omschreven als “eenvoudige herhaling” of “nadrukking”) van een gepubliceerd (c.q. voor publicatie bestemd) geschrift zonder toestemming van de rechthebbende.

##### Databankrichtlijn

67. Op basis van deze richtlijn<sup>39</sup> wordt onder bepaalde voorwaarden een bescherming gegeven aan databanken. Een databank wordt door het auteursrecht beschermd indien de databank door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormt (art. 3). Aan de fabrikant van een databank die aan deze eisen voldoet, komt het recht toe om de opvraging en/of hergebruik van het geheel of een substantieel deel van de inhoud te verbieden, wanneer de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud ervan in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering (art. 7). Deze richtlijn had op 1 januari

---

<sup>34</sup> Wet op de persoonsregistraties, Stb. 1988, 665.

<sup>35</sup> NAW-gegevens zijn gegevens met betrekking tot naam, adres en woonplaats.

<sup>36</sup> Wetsvoorstel Wet bescherming persoonsgegevens, Kamerstukken II 1997-1998, 25 890 (1-2).

<sup>37</sup> Auteurswet 1912, Stb. 1912, 308.

<sup>38</sup> In de MvT bij artikel 10 Auteurswet worden als voorbeelden genoemd lijsten van waterstanden, feest- of schouwburgprogramma's.

<sup>39</sup> Richtlijn 96/9/EG, betreffende de rechtsbescherming van databanken, PbEG 1996, L77/20.

1998 geïmplementeerd moeten zijn. Op dit moment ligt een wetsvoorstel voor in de Tweede Kamer dat voorziet in implementatie<sup>40</sup>

## VI GRIEVEN EN VERZOEK VAN KLAGER

68. De argumenten van Denda zijn - voor wat betreft de telecommunicatiewetgeving - gebaseerd op de op het moment van indiening van de klacht geldende wettelijke kader, de Wtv. Denda is van mening dat KPN op grond van de Wtv verplicht is de gegevens ter beschikking te stellen.
69. Denda meent tevens dat KPN een economische machtspositie in de zin van de Mw heeft ten aanzien van abonneegegevens (van Nederlandse telefoonabonnees). KPN is het enige bedrijf dat jarenlang dit soort gegevens heeft verzameld en een centraal databestand heeft onderhouden.
70. Denda stelt zich op het standpunt dat KPN inbreuk maakt op de Wtv en op de Mw. Zij voert daarvoor de volgende redenen aan.
71. Allereerst stelt zij dat het tarief c.q. de voorwaarden waarvoor KPN de gegevens aan Denda ter beschikking zou willen stellen niet redelijk en billijk is. Volgens Denda volgt uit de telecommunicatieregelgeving dat KPN dergelijke gegevens op redelijke en billijke en niet-discriminerende voorwaarden ter beschikking moet stellen aan eenieder die daarom verzoekt.
72. Denda meent dat de prijs die door KPN gevraagd is onredelijk is omdat deze niet op kosten gebaseerd is, maar volgens zeggen van KPN tijdens de gerechtelijke procedures, historisch gegroeid. Volgens Denda zijn door KPN tijdens de tussen partijen gevoerde gerechtelijke procedures, verschillende bedragen genoemd in verband met de kosten voor instandhouding van het bestand waarin de door Denda gevraagde gegevens zijn opgeslagen.
73. Denda verwijst verder naar de verschillende exploitatievormen van het bestand, zoals telefonische inlichtingendiensten, de telefoongids en verkoop van gegevens aan derden, waardoor tegenover de kosten diverse inkomsten staan.
74. Zij meent dat het tarief een onoverkomelijke barrière is voor een "nieuw product waar vraag naar is". Zij baseert zich hierbij op de in het arrest Magill ontwikkelde doctrine. Indien er een markt is voor bepaalde nieuwe, nog niet verkrijgbare producten en voor het maken van die producten de NAW- en telefoonnummergegevens nodig zijn die alleen met toestemming van KPN kunnen worden verkregen, mag KPN haar feitelijke machtspositie niet gebruiken op een manier die het beschikbaar komen van dit nieuwe product verhindert, aldus Denda.  
Op basis van een inschatting van het aantal te verkopen CD Roms door Denda meent zij dat het

---

<sup>40</sup> Aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 96/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, Kamerstukken 1997-1998, 26 108, 1-2.

door KPN gevraagde tarief prohibitief is en de introductie op de markt van een nieuw en concurrerend<sup>41</sup> product tegen gaat. Denda pleit dan ook voor een omzet-gerelateerde royalty in plaats van een vaste prijs.

75. Tenslotte meent Denda dat het tarief discriminerend is. Zij stelt dat andere ondernemingen, waaronder Libertel, de betreffende gegevens tegen een aanmerkelijk lagere prijs krijgen dan de prijs van f 0,85 die KPN aan Denda heeft aangeboden.
76. Denda heeft, ter ondersteuning van haar pleidooi dat een vergoeding voor de gegevens aan KPN op basis van een omzet-gerelateerde royalty zou moeten plaatsvinden, aanvullende informatie verstrekt in de vorm van contracte<sup>42</sup>. Daaruit blijkt volgens Denda dat het, in tegenstelling tot wat KPN beweerd heeft, niet ongebruikelijk is om bij verstrekking van data, zoals postcodes, cartografische- of straatnaamgegevens of soortgelijke gegevens als Denda vraagt, een licentie op basis van een royalty te verstrekken.

## VII VERWEER BEKLAAGDE

77. KPN heeft aangevoerd dat rekening moet worden gehouden met de veranderingen in de markt. Oorspronkelijk was zij de enige aanbieder van telefoondiensten, maar dat is nu niet meer het geval. Ten aanzien van de aan afzonderlijke activiteiten toe te rekenen kosten en opbrengsten was er tot voor kort geen aanleiding om alle afzonderlijke middelen, systemen en vormen van beschikbaarstelling te onderscheiden.
78. KPN heeft aangegeven dat zij nooit een algemeen aanbod voor het ter beschikking stellen van gegevens van telefoonabonnees heeft gedefinieerd. Reden hiervoor is dat dat niet nodig was, omdat er nauwelijks vraag naar was. Verzoeken om gegevens werden altijd individueel afgehandeld.
79. KPN heeft ter vergelijking van de door haar aan Denda voorgestelde prijs van f 0,85 per basisvermelding de tarieven voor vergelijkbare gegevens in diverse landen genoemd.
80. KPN heeft aangegeven dat een situatie waarin er meerdere aanbieders van telefoondiensten zijn, reden voor haar is de interne processen en systemen waarin klantgegevens zijn opgeslagen, aan te passen. KPN zal daarbij een duidelijk onderscheid maken tussen een primair klantensysteem en een systeem voor basisvermeldingen. Volgens KPN wordt intern ook f 0,85 afgerekend voor de verkrijging van basisvermeldingsgegevens.
81. KPN heeft vervolgens aangegeven hoe de huidige situatie is in verband met de processen en systemen waarin gegevens van telefoonabonnees zijn opgenomen en hoe het toekomstige

---

<sup>41</sup> Ten opzichte van de door KPN zelf uitgebrachte CD-Foongids

<sup>42</sup> Deze zijn uiteraard alle vertrouwelijk.

systeem er uit zal zien.

82. KPN heeft aangegeven dat zij basisvermeldingsgegevens van haar contractanten tegen dezelfde tarieven aan derden ter beschikking zal stellen als dat intern zal worden verrekend. KPN stelt dat de afnemers van dergelijke bestanden met andere aanbieders van telefoondiensten vergelijkbare overeenkomsten moeten sluiten om een volledig bestand te krijgen. Het is echter ook mogelijk een gebruiksrecht te krijgen op het bestand van KPN waarin gegevens van andere aanbieders van de telefoondienst zijn opgenomen. De voorwaarden en tarieven waartegen dat kan geschieden zijn echter nog niet bekend, omdat op dit moment een dergelijk systeem gebouwd wordt, hierin gegevens van andere aanbieders zijn opgenomen en nog niet duidelijk is hoeveel afnemers een dergelijk gebruiksrecht wensen.
83. KPN betwist niet dat zij een "zekere machtspositie" heeft op de markt voor telefoongegevens van alle telefoonaansluitingen in Nederland, maar tekent daarbij aan dat zij sedert enige tijd niet meer de enige aanbieder van telefoondiensten in Nederland is. KPN stelt dat zij tegenover andere aanbieders zelf in een afhankelijke positie verkeert.
84. KPN betwist de opvatting van het Hof (in het hoger beroep van het kort geding) dat de CD Rom die Denda op de markt wil brengen (NL-Info genaamd) als een nieuw product in de zin van het arrest Magill moet worden beschouwd. De functionaliteit van omgekeerd zoeken<sup>43</sup> en de mogelijkheid om grote aantallen gegevens te transporteren zijn inderdaad nieuw, maar zouden volgens KPN niet moeten worden toegestaan. Zij ondersteunt dit met argumenten die gebaseerd zijn op privacy voor de klanten.
85. Het primaire doel van het bestand met gegevens van telefoonabonnees is - zo heeft KPN aangegeven - het kunnen genereren van nummerinformatie. KPN heeft daarnaast aangevoerd dat het stellen van voorwaarden aan het verstrekken van gegevens, zoals een verbod op omgekeerd zoeken nodig is om te voorkomen dat genoemd doel in gevaar komt. Volgens KPN zullen abonnees wanneer omgekeerd zoeken wel mogelijk is, massaal gaan besluiten een geheim nummer te nemen.
86. KPN heeft met betrekking tot de prijs voor het verstrekken van de gegevens aan Denda opgemerkt dat de prijs een minder dan evenredig deel van de kosten beslaat. KPN meent dat het, gezien de levenscyclus van een product vrijwel nooit mogelijk is de prijs een rechtstreeks verband te laten hebben met de onderliggende kosten. Volgens KPN kan dat alleen als er sprake is van constante kosten en constante opbrengsten. Daarnaast verwijst KPN naar de hoge kosten die gemoeid zijn met de eerder aangehaalde interne aanpassing van de systemen waarin dergelijke gegevens zijn opgenomen.

---

<sup>43</sup> Zie voetnoot 11.

VIII RAPPORT NERA

87. NMa heeft, zoals hiervoor aangegeven, aan NERA gevraagd een conceptueel kader te ontwikkelen voor de prijsbepaling van abonneegegevens zoals gevraagd in onderhavige <sup>44</sup>zaak
88. Binnen het gevraagde conceptuele kader heeft NERA de volgende, deels overlappende toetsingselementen geformuleerd en gehanteerd voor de beoordeling van methoden van prijsbepaling van abonneegegevens:
- efficiëntie van de prijsvorming (allocatieve efficiëntie)
  - dynamische efficiëntie / stimulering van toetreding tot de markt
  - "revenue sufficiency" (fairness)
  - praktische toepasbaarheid (gemak van implementatie)
  - "ONP-proof" (transparant, kostengeoriënteerd en non-discriminatoir).
89. NERA is met betrekking tot het conceptuele kader uitgegaan van de volgende (product)karakteristieken:
- Bijproduct
- De gegevens waar het om gaat, althans die Denda wil hebben, zijn voor het gebruiksdoel van Denda te kwalificeren als een zuiver bijproduct van de primaire taak van KPN, het aanbieden van een telefoondienst. Volgens NERA zou KPN doorgaan met het verzamelen en up to date houden van de database, zelfs als zij geen inkomsten zou krijgen door bijvoorbeeld de verkoop van de CD-Foongids. Deze gegevens worden immers verzameld in het kader van het aanbieden van telefoondiensten en de daarmee onlosmakelijk verbonden facturering aan abonnees.
- Non-rivaliteit
- De database is "non-rival" als het gaat om raadpleegbaarheid. Het feit dat een bepaalde klant gebruik maakt van de database betekent niet dat een ander daarvan is uitgesloten.
- Onderscheid upstream- en downstream-activiteiten van KPN
- KPN is een verticaal geïntegreerde onderneming. Upstream beheert KPN telefoongegevens en downstream produceert en distribueert KPN CD Roms.
90. NERA kwalificeert de gegevens van KPN waar het in casu om gaat als een essential facility: de data-set van KPN is onmisbaar voor ondernemingen die op de markt willen komen met "public directories". Upstream beschikt KPN dus over essentiële input voor een concurrent downstream.
91. NERA komt tot de conclusie dat de prijs die Denda aan KPN zou moeten betalen uit twee componenten dient te bestaan. De eerste component is een vergoeding voor de upstream-activiteit van KPN, namelijk voor het feit dat de markttoetreder op de markt van CD Roms gegevens van KPN als telefoondienstenaanbieder gebruikt. De tweede component is een vergoeding voor de downstream-activiteit van KPN, namelijk voor het feit dat KPN door

---

<sup>44</sup> "Pricing directory data", A report for the NMa, prepared by NERA, July 1998, London.

markttoetreding op de markt van CD Roms bepaalde kosten niet kan terugverdienen<sup>45</sup>.

92. Met betrekking tot de vergoeding voor de upstream-activiteit is NERA van mening dat dit moet geschieden op basis van marginale kosten. Dit verklaart NERA met verwijzing naar de karakteristieken van het product waar het om gaat. Bij een zuiver bijproduct is er, aldus NERA, geen enkele kosten-allocatie-regel die ten aanzien van toerekening van kosten van de dataverzameling aan telefoondiensten en CD Rom-activiteiten, enige economische betekenis heeft.
93. De downstream-vergoeding moet, aldus NERA, verzekeren dat de toetreding efficiënt is. Dit wil zeggen dat de kosten van de toetreders lager moeten zijn dan de kosten die KPN uitspaart in geval van een geringere verkoop van haar CD-Roms. NERA meent dat als er een downstream-compensatie betaald moet worden, dit moet gebeuren op basis van de methode van Efficient Component Pricing (ECP). De ECP-methode schrijft voor dat de prijs die de toetreders als compensatie voor afzetverlies van KPN aan KPN moet betalen onder bepaalde voorwaarden gelijk is aan de gemiddelde kosten van KPN voor haar downstream-activiteiten minus de incrementele kosten van de downstream-activiteit van KPN, berekend per CD Rom<sup>46</sup>. Het zo berekende bedrag dient het verlies aan niet-compenseerbare kosten, ontstaan door toetreding, te compenseren.
94. Als het product van de toetreders geen perfect substituum is van het product van de “zittende” onderneming dan dient de compensatie die op grond van de ECP-methode door de toetreders aan KPN betaald moet worden, lager te zijn. Ingeval er helemaal geen sprake is van substitutie, dan is de compensatie nul. KPN's downstream activiteit wordt dan immers niet beïnvloed door een nieuwe toetreders.
95. Naast de methode van prijsstelling is er de implementatie van de methode. Met betrekking tot de wijze van implementatie concludeert NERA dat een royalty (een bedrag dat afhankelijk is van het aantal verkochte CD Roms) te verkiezen is boven een fixed fee (een vast bedrag). Immers, bij een vast bedrag zijn de barrières om tot de markt toe te treden in het algemeen groter dan bij een royalty.
96. NERA stelt voor de royalty te bepalen per verkochte CD Rom en niet als percentage van de prijs van de CD Rom. Immers, als de royalty betaald zou worden als percentage van de prijs van een CD Rom dan zou het bedrag dat KPN ontvangt, mede afhankelijk zijn van de extra (of lagere) toegevoegde waarde van de CD Rom van de nieuwkomer.

---

<sup>45</sup> Voor een uitgebreide bespreking van de voor- en nadelen van de diverse door NERA beschreven methoden zijn verwezen naar het NERA-rapport.

<sup>46</sup> De incrementele kosten per CD Rom zijn de kosten die bespaard worden als er één CD Rom minder wordt geproduceerd.



IX REACTIES VAN PARTIJEN OP HET RAPPORT VAN NERA

97. Door NMa is het rapport van NERA aan beide partijen voorgelegd. Daarbij heeft NMa aangegeven bezig te zijn zich een oordeel te vormen over de prijsstelling. NMa heeft aangegeven als voorlopige visie de opvatting van NERA te delen dat met betrekking tot de upstream-activiteiten de prijsstelling op basis van marginale kosten moet geschieden.

Reactie Denda

98. Denda heeft in reactie op het rapport van NERA laten weten de visie van NERA te delen dat de dataset van telefoonabonnees van KPN een essentiële faciliteit is. Ook deelt zij de visie van NERA dat de gegevens van telefoonabonnees waar Denda om vraagt, een zuiver bijproduct zijn van de hoofdactiviteit van KPN, het verrichten van de telefoondienst.
99. Denda is het eens met de opvatting dat voor de upstream-activiteiten een marginale kostenbenadering moet worden gehanteerd. Op dit punt refereert Denda ook nog eens aan de praktijk in Denemarken waar - volgens Denda - "kostengeoriënteerd" wordt uitgelegd als zijnde de extractiekosten voor het ter beschikking stellen van de gegevens aan derden.
100. Denda is het niet eens met NERA waar het gaat om een vergoeding die gerelateerd is aan de downstream-zijde van de markt. Denda meent dat - als het uitgangspunt is dat het aanbieden van gidsproducten en gidsdiensten een activiteit is die door eenieder in vrije concurrentie mag worden ondernomen en dat KPN aan eenieder op verzoek de daarvoor benodigde gegevens ter beschikking moet stellen - er geen aanleiding is om de partij die dit soort producten of diensten als eerste is gaan leveren (in casu KPN) te compenseren voor het feit dat er meer aanbieders op de markt komen.

Reactie KPN

101. KPN is het niet eens met het rapport van NERA en meer in het bijzonder niet met de conclusie van NERA als het gaat om het bepalen van een prijs voor de onderhavige gegevens van telefoonabonnees.
102. KPN heeft aangegeven nog geen goede inhoudelijke reactie op het rapport van NERA te kunnen geven. KPN meent dat aan de theoretische modellen en conclusies van NERA slechts betrekkelijk weinig waarde toekomt. Zij zal zelf een (tegen)onderzoek laten verrichten. Vooruitlopend op haar definitieve oordeel heeft KPN wel een aantal punten aangedragen die naar haar oordeel niet buiten beschouwing hadden mogen worden gelaten.
103. Zo meent KPN dat NERA te veel aannames doet die onvoldoende gemotiveerd zijn. Bijvoorbeeld het feit dat NERA "aanneemt" dat er sprake is van een essential facility. Ook is de constatering dat CD Rom-uitgaven een bijproduct van de telefoondienst zijn, nauwelijks gemotiveerd. KPN verwijst opnieuw naar het feit dat de databestanden die daarvoor gebruikt worden qua gegevens en bedrijfsproces niet gelijk zijn. KPN verwijst ook naar het feit dat de markt niet eenvormig is en

dat KPN zelf ook van andere aanbieders afhankelijk is om een compleet bestand van basisvermeldingen te kunnen bieden. Ook verwijst KPN naar internationale aspecten. Tenslotte meent KPN dat ongelimiteerde toegankelijkheid tot de gegevens ertoe zal leiden dat meer telefoongebruikers van vermelding afzien en een geheim nummer wensen. KPN verwijst naar privacy-aspecten.

104. Het door KPN uitgevoerde tegenonderzoek naar aanleiding van het rapport van NERA is inmiddels gereed. Volgens KPN wijken de conclusies van het in opdracht van haar uitgevoerde onderzoek op belangrijke punten af van de conclusies van NERA. Volgens KPN blijkt uit dat onderzoek dat de methode van marginale kosten ongeschikt is voor het bepalen van een prijs voor de abonneegegevens. Als redenen daarvoor voert zij aan dat er geen relatie wordt gelegd tussen de feitelijke kosten en de prijs, dat het economisch inefficiënt is en dat de benadering van marginale kosten onredelijk is. Volgens KPN verdienen "Ramsey-technieken" en de ECP-methode verreweg de voorkeur voor een vaststelling van de prijs.

## X JURIDISCHE EN ECONOMISCHE BEOORDELING

### Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv)

105. Op basis van artikel 4 Wtv was KPN verplicht o.a. de telefoondienst te verzorgen en een ieder tegen vergoeding het gebruik daarvan ter beschikking te stellen. Krachtens artikel 2a.1 Bart was KPN verplicht om op verzoek tegen redelijke en billijke en niet-discriminerende voorwaarden bijgewerkte openbare lijsten van abonnees op de spraaktelefoniedienst ter beschikking te stellen<sup>47</sup>. Dit was ter uitvoering van richtlijn 95/62/EG, de voorloper van Richtlijn 98/10/EG, welke op 26 februari 1998 is vastgesteld.

106. Volgens vaste Europese jurisprudentie gelden de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen van de Lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook verplichtingen van de Lidstaten krachtens artikel 5 EG-Verdrag om alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lidstaten<sup>48</sup>. Uit deze jurisprudentie volgt dat bij de toepassing van nationaal recht, de bepalingen van dit recht zoveel mogelijk uitgelegd moeten worden in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken<sup>50</sup>.

107. De genoemde richtlijnconforme interpretatie kent echter grenzen. Zij mag er niet toe leiden dat verplichtingen aan particulieren worden opgelegd en zij mag geen strijdigheid opleveren met het

---

<sup>47</sup> Zie overweging 55.

<sup>48</sup> Zie voetnoot 24.

<sup>49</sup> HvJ EG, 10 april 1984, 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, 1891, HvJ EG, 8 oktober 1997, 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Jurispr. 1987, 3969.

<sup>50</sup> HvJ EG, 13 november 1990, C-106/89, Marleasing t. Commercial Internacional de Alimentation, Jurispr 1990, I-4135, HvJ EG, 10 april 1984, 14/83, Von Colson en Kamann, Jurspr. 1984, 1891.

beginsel van rechtzekerheid en het verbod van terugwerkende kracht. Ook moet het mogelijk zijn de nationale regelgeving richtlijnconform uit te leggen (dus niet een interpretatie die contra-legen is). Als gekeken wordt naar de bewoordingen van artikel 2a.1 Bart en naar de voorwaarden van de richtlijn, kunnen de woorden “redelijk en billijk” als “kostengeoriënteerd” geïnterpreteerd worden. Wat betreft de invulling van deze voorwaarden wordt verwezen naar de overwegingen 156 en verder.

Telecommunicatiewet (Tw)

108. Op basis van artikel 7.5 Tw juncto artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie, zijn degenen die vaste, mobiele of persoonlijke nummers in gebruik geven, verplicht om op verzoek van derden in een overeengekomen formaat op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden die nummers met bijbehorende informatie beschikbaar te stellen ten behoeve van telefoongidsen en abonnee-informatiediensten.
109. Op basis van de Tw en het Besluit ONP huurlijnen en telefonie moet KPN (evenals elke andere telecomoperator) haar abonneegegevens ter beschikking stellen aan Denda, met inachtneming van bovengenoemde voorwaarden. Voor wat betreft de invulling van deze voorwaarden wordt verwezen naar de overwegingen 156 en verder.

Mededingingswet (Mw)

110. Krachtens artikel 24 Mw is het ondernemen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.
111. Teneinde te kunnen beoordelen of er sprake is van een inbreuk op artikel 24 Mw moet achtereenvolgens bevestigd worden of de gedraging verricht is door een onderneming, wat de relevante markt is, of de betrokken onderneming op deze relevante markt een economische machtspositie heeft en of de betrokken onderneming misbruik maakt van deze economische machtspositie.

Onderneming

112. Krachtens artikel 1 sub f Mw is de definitie van het begrip onderneming gelijk aan het begrip onderneming in de zin van artikel 85, eerste lid EG-Verdrag. Aangezien dit ondernemingsbegrip gelijk is aan dat van artikel 86 EG geldt het ook voor artikel 24 Mw. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG is een onderneming elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht rechtsvorm of wijze van financiering<sup>51</sup>
113. KPN is onmiskenbaar een onderneming in de zin van artikel 1 Mw. Het is een entiteit die tal van economische activiteiten verricht. In casu gaat het om het verstrekken van gegevens aan derden

---

<sup>51</sup> Zie onder andere het HvJ EG, 23 april 1991, arrest Höffner en Elser t. Macrotron, C-41/90, Jur. 1991, I-1979.

tegen betaling. Ook voor deze handeling kan KPN<sup>52</sup> als onderneming worden aangemerkt.

Relevante markt

114. Om te bepalen of er sprake is van een economische machtspositie moet eerst de relevante markt bepaald worden. Daarbij moet zowel naar de relevante productmarkt als naar de relevante geografische markt gekeken worden.

Relevante productmarkt

115. De relevante productmarkt betreft de producten ten aanzien waarvan de mededingingsrechtelijk te beoordelen gedraging van ondernemingen zich afspeelt. In algemene zin geldt dat de relevante productmarkt alle producten omvat die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor ze bestemd zijn, door de afnemer als onderling uitwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd<sup>53</sup>.

116. De gedraging van KPN die ter beoordeling staat is de prijs die zij vraagt en de voorwaarden die zij wenst op te leggen voor de verstrekking van gegevens van telefoonabonnees aan Denda. De producten waar het in deze zaak om gaat zijn derhalve de abonneenummers met bijbehorende informatie van telefoonaansluitingen van KPN. De gegevens waarom het gaat worden door KPN verzameld in het kader van het aangaan van een contract met een telefoonabonnee. De gegevens zijn nodig voor het kunnen vervullen van de telefoondienst, zoals het uitsturen van rekeningen, het bijhouden van nummerwijzigingen, etc.

117. De productmarkt bestaat derhalve uit de gegevens zoals die door KPN worden verzameld ten behoeve van het verrichten van de telefoondienst. Partijen spreken ook wel van basisvermeldingen. Er bestaan geen substituten voor deze gegevens vanwege de geschriftenbescherming en vanwege de zeer hoge kosten om die gegevens voor eigen rekening te verzamelen.

118. Aangezien de markt voor gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen van iedere telefoonaanbieder niet onderling uitwisselbaar zijn (ieder heeft een eigen abonneebestand) vormen de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen van iedere afzonderlijke telefoonaanbieder een aparte relevante markt.

119. Concluderend kan gesteld worden dat de relevante productmarkt in casu omschreven moet worden als de actuele set van gegevens (dus inclusief wijzigingen nadien) die door KPN wordt verzameld ten behoeve van haar eigen telefoondienst bij het aangaan van een contract.

---

<sup>52</sup> Zie overweging 12.

<sup>53</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PbEG 1997, C372, overweging 7.

120. Behalve voor het verrichten van de telefoondienst, kunnen de producten waar het in deze zaak om gaat ook gebruikt worden voor bijvoorbeeld het vervaardigen van gidsen, CD Roms, inlichtingen, of direct marketing. Naast de relevante productmarkt (upstream; de markt voor telefoongegevens van KPN) bestaat er dus een afgeleide markt (downstream) die hier in het geding is, namelijk de markt voor aanbidding van gidsdiensten of publicatie in enigerlei vorm van abonneeoverzichten. Voor toegang tot deze markt is het beschikken over gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen onontbeerlijk.

#### Relevante geografische markt

121. In het algemeen is de geografische markt het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van de aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen<sup>54</sup>

122. De geografische markt wordt gevormd door het gebied dat bestreken wordt door de gegevens van telefoonaansluitingen van KPN. KPN verzorgt telefoonaansluitingen in heel Nederland. De relevante geografische markt omvat in dit geval heel Nederland.

#### Economische machtspositie

123. Artikel 1, onderdeel i, Mw definieert het begrip economische machtspositie als een positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.

124. De relevante markt bestaat uit de gegevens behorende bij nummers van telefoonabonnees van telefoonaansluitingen van KPN in Nederland. Zoals gezegd is de markt voor deze gegevens onlosmakelijk verbonden met het aanbieden van telefoondiensten door KPN. Deze gegevens worden immers verzameld in het kader van het uitoefenen van de telefoondienst.

125. Volgens het Hof van Justitie leveren aanzienlijke marktaandeelen op zichzelf reeds bewijs op van een machtspositie, behoudens uitzonderingsomstandigheden<sup>55</sup>. Ondernemingen die over een monopolie beschikken kunnen te meer worden geacht een economische machtspositie in te nemen<sup>56</sup>.

126. Alle aanbieders van telefoondiensten hebben een feitelijk monopolie en daarmee een economische machtspositie als het gaat om de gegevens behorende bij de nummers van de bij

---

<sup>54</sup> Zie overweging 8 in de Bekendmaking genoemd in de vorige voetnoot.

<sup>55</sup> HvJ EG 13 februari 1979, Hofmann-La Roche t. Commissie, C 85/76, Jur. 1978, 520.

<sup>56</sup> Zie bijv. HvJ EG 31 mei 1979, Hugin t. Commissie, C 22/78, Jur. 1979, 1869.

hen aangesloten telefoonabonnees. Zij alleen beschikken over hun eigen set gegevens.

127. Bovendien is het praktisch onmogelijk om deze gegevens te dupliceren. Er rust immers geschriftenbescherming op. Ook kunnen de gegevens van bijvoorbeeld KPN niet worden uitgewisseld met gegevens van een andere telefoonaanbieder, omdat elk abonneebestand uniek is. De gegevens die behoren bij nummers van telefoonabonnees kunnen dan ook beschouwd worden als een essentiële faciliteit<sup>57</sup> om tot de afgeleide markt<sup>58</sup> te kunnen toetreden.
128. Resultaat is dat derden deze gegevens alleen kunnen verkrijgen van de beschikkingsbevoegden, dat wil zeggen van de aanbieders van telefoniediensten die deze gegevens in het kader van het aanbieden van de telefoondienst hebben verkregen<sup>59</sup>. Derden, zoals Denda, verkeren derhalve in een economisch afhankelijke positie ten opzichte van de telefoonaanbieders zoals KPN als het gaat om het verkrijgen van gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen in Nederland. Een dergelijke economisch afhankelijke positie is kenmerkend voor het bestaan van een economische machtspositie.
129. KPN heeft, evenals andere aanbieders van de telefoniedienst, een economische machtspositie als het gaat om de gegevens van abonnees van haar eigen vaste en mobiele telefoondienst.
130. Door deze positie is KPN in staat een daadwerkelijke mededinging op de afgeleide markt voor publicatie van die gegevens in enigerlei vorm te verhinderen. Er kan geen concurrent voor de CD-Foongids van KPN op de markt komen als deze concurrent van KPN niet de beschikking krijgt over de gegevens van de telefoonaansluitingen van KPN (zowel vast als mobiel).
131. Voor deze zaak is het met het oog op de machtspositie ook van belang de inhoud van het product (de gegevens van telefoonaansluitingen van KPN) nader te specificeren en te bepalen uit welke elementen dit product bestaat.
132. Volgens KPN<sup>60</sup> bestaat een zogenoemde basisvermelding uit de volgende elementen: naam-, adres-, en telefoonnummergegevens waarmee contractanten op de telefoondienst als standaardvermelding vermeld willen worden in telefoongidsen en bij nummerinformatiediensten

---

<sup>57</sup> Zie voor jurisprudentie inzake essential facilities o.a. Beschikking Commissie 94/19/EG, 21 december 1993, Sea Containers v. Stena Sealink, PbEG, als ook HvJ EG 26 november 1998, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG t. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., nog niet gepubliceerd en conclusie AG Jacobs in deze zaak d.d. 28 mei 1998. Zie tevens J. Temple Lang, Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities, Fordham International Law Journal, Vol. 18 (1994). Zie ook HvJ EG, 15 september 1998, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, European Night Services Ltd (ENS) e.a. t. Commissie, nog niet gepubliceerd.

<sup>58</sup> Zie overweging 120.

<sup>59</sup> Een telefonieaanbieder kan onder omstandigheden ook beschikkingsbevoegd zijn om gegevens van een andere telefonieaanbieder te verstrekken. Tussen beide aanbieders moet dan een contract met betrekking tot deze gegevens zijn gesloten dat de mogelijkheid biedt deze gegevens ook aan een derde ter beschikking te stellen.

<sup>60</sup> Concept-licentieovereenkomst van KPN aangeboden aan Denda d.d. 16 april 1998.

van KPN.

133. Uit het aanvraagformulier van KPN<sup>61</sup> voor een nieuwe telefoonaansluiting blijkt het te gaan om:

- naam en voorletters, eventueel bedrijfsnaam;
- volledig adres waaronder de postcode;
- een eventuele extra vermelding (tegen betaling) van het telefoonnummer onder een andere naam;
- de vermelding of de aansluiting (uitsluitend) als faxlijn wordt gebruikt.

Uit het aanvraagformulier voor ISDN2-aansluiting<sup>62</sup> blijkt dat naast vragen omtrent de aard van de vermelding eveneens de volledige NAW-gegevens worden gevraagd (inclusief postcode en eventueel bedrijfsnaam).

134. KPN heeft zich op het standpunt gesteld dat de gegevens die zij aan Denda dient te verstrekken uitsluitend betrekking hebben op de (gratis) standaardvermelding (zonder postcode) in de gids, en niet de (betaalde) extra vermeldingen.

135. Afgezien van het feit dat de gratis vermelding diverse extra's kan bevatten (fax, beroep, extra regels), is de stelling van KPN onjuist. Op basis van artikel 7.5 Tw juncto artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie gaat het om alle informatie behorende bij een nummer. Het gaat dus niet alleen om de 'kale' naam-, adres-, woonplaatsgegevens en telefoonnummer (NAWT-gegevens), maar ook om alle toevoegingen die een contractant al of niet tegen betaling kan laten opnemen blijkens het aanvraagformulier.

136. Als concurrerende aanbieders van KPN op een afgeleide markt<sup>63</sup> slechts de 'kale' NAWT-gegevens zouden kunnen krijgen, terwijl uitsluitend KPN over de aanvullende gegevens beschikt, dan zou KPN alleen hierom al een voorsprong kunnen hebben op haar concurrenten. Zo'n voorsprong heeft KPN dan uitsluitend te danken aan haar positie als telefonie-aanbieder en de aanbieder-klantrelatie die daaruit voortvloeit. Het is die relatie die het KPN mogelijk maakt gegevens te vragen die andere partijen niet (bijv. vermelding fax, betaalde extra vermeldingen), of alleen met relatief veel inspanning (postcode) kunnen verwerven.

137. Indien KPN aan andere aanbieders van gidsdiensten minder gegevens zou behoeven te verstrekken dan die zij zelf uit hoofde van het uitvoeren van de telefoondienst vraagt en waarover zij derhalve op de afgeleide markt kan beschikken, dan betekent dit dat KPN op de afgeleide markt een concurrentievoordeel ten opzichte van concurrenten heeft<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Formulier "Nieuwe telefoonaansluiting", nr. Td 4700-97 8467/(04-97).

<sup>62</sup> Formulier Standaard Aanvraagformulier ISDN2-aansluiting, nr. Td 5060-97 9391/(4-98).

<sup>63</sup> Zie overweging 120.

<sup>64</sup> Vergelijk HvJ EG 12 februari 1998, C-163/96, S.Raso e.a., nog niet gepubliceerd.

138. Tegen deze achtergrond is het verder niet van belang wat KPN precies verstaat onder basisgegevens. Het zijn al de hiervoor genoemde gegevens die behoren tot de inhoud van het product. Daaronder vallen ook postcodes, evenals eventuele faxvermeldingen en andere vermeldingen zoals beroep. Deze gegevens worden immers "kant en klaar" door de klant aan KPN verstrekt.

Misbruik

139. Uit de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet volgt dat de voorbeelden van misbruik genoemd in artikel 86 EG-verdrag eveneens te beschouwen zijn als voorbeelden van misbruik in de zin van artikel 24 Mededingingswet<sup>65</sup>. Artikel 86 EG-verdrag, onder a, bepaalt dat misbruik met name kan bestaan in het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden. Artikel 86 EG-verdrag, onder b, bepaalt dat misbruik kan bestaan in het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling, ten nadele van de verbruikers.

140. Bij de vraag of KPN in dit geval misbruik maakt van haar machtspositie door f 0,85 per gegeven dan wel circa 6 miljoen gulden voor alle aansluitgegevens te vragen aan Denda, moet allereerst beslist worden of KPN mag weigeren deze gegevens te leveren. Hierna zal dus eerst ingegaan worden op de grond van artikel 86, onder b EG-Verdrag en vervolgens op de vraag of f 0,85 een onbillijke prijs is.

Leveringsplicht voor KPN?

141. De eerste vraag die beantwoord moet worden is of KPN verplicht is tot levering.

142. Zoals hiervoor is aangegeven<sup>66</sup> is op grond van de telecommunicatiewetgeving iedere telecomoperator die nummers uitgeeft verplicht de bij een nummer behorende gegevens op verzoek aan een derde te verstrekken ten behoeve van informatiediensten.

143. Afgezien van de telecomwetgeving is KPN - op grond van de navolgende overwegingen - ook op grond van de mededingingswetgeving verplicht de bij een nummer behorende gegevens ter beschikking te stellen.

144. Op de gegevens van telefoonabonnees (welke zijn opgenomen in telefoongidsen) rust zogenoemde onpersoonlijke geschriftenbescherming krachtens de Auteurswet. Het bezit van een auteursrecht biedt de rechthebbende echter niet de bevoegdheid om in strijd met de wet te handelen. Dit wordt tot uitdrukking gebracht in artikel 1 van de Auteurswet, in de verwijzing naar beperkingen bij de wet gesteld. De Mededingingswet is een wet als in deze bepaling bedoeld.

---

<sup>65</sup> Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, pag. 71.

<sup>66</sup> Zie overwegingen 105 tot en met 109.



145. Het Hof van Justitie van de EG heeft als uitgangspunt gekozen dat het bezit van een intellectueel eigendomsrecht als zodanig niet automatisch en altijd een machtspositie in het leven roept en dat gebruik binnen het doel waarvoor het intellectueel eigendomsrecht door de nationale wetgever is gecreëerd, behoudens bijzondere omstandigheden, geen misbruik oplevert.<sup>67</sup> Dit doel wordt wel aangeduid als de wezenlijke functie van het intellectuele eigendomsrecht. Uit die wezenlijke functie kan een bundel van kernbevoegdheden worden afgeleid, het zogenaamde specifieke voorwerp van het intellectuele eigendomsrecht. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG dat het bestaan van intellectuele eigendomsrechten niet kan worden aangetast, maar dat de uitoefening ervan wel geraakt kan worden door het mededingingsrecht.
146. Op grond van het bovenstaande moet nagegaan worden wat in dit geval tot het specifieke voorwerp van het recht behoort. Door de rechter in kort geding is vastgesteld, en dit is in hoger beroep bevestigd, dat telefoongidsen waarin de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen zijn opgenomen zogenoemde “andere geschriften”, als bedoeld in artikel 10, onder 1 van de Auteurswet zijn. KPN kan zich ten aanzien van de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen dan ook met recht beroepen op deze zogenoemde geschriftenbescherming van artikel 10, onder 1, Auteurswet.<sup>68</sup> Dit brengt mee dat aan KPN als maker van die geschriften op grond van de Auteurswet 1912 geen verder reikende bescherming toekomt dan tegen het door ontlening aan die geschriften zelf overnemen van de inhoud daarvan.<sup>69</sup> Het specifieke voorwerp van het intellectueel eigendomsrecht van KPN is dat zij zich kan verzetten tegen ontlening.
147. Het Hof van Justitie van de EG heeft bepaald dat van misbruik in de zin van artikel 86, onder b EG-verdrag sprake kan zijn wanneer een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt, een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming(en) voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld.<sup>70</sup> Dit groundbeginsel is ook terug te vinden in de richtsnoeren voor de toepassing van de mededingingsregels op de telecommunicatiesector.<sup>71</sup> In de richtsnoeren stelt de Commissie dat indien levering van niet-gereserveerde diensten wordt verhinderd, dit kan leiden tot een beperking van de productie, de afzet en vooral van de technische vooruitgang die in de telecommunicatiesector een sleutelrol speelt.

---

<sup>67</sup> HvJ EG 5 oktober 1988 CICRA, C 53/87, Jur. 1988, p. 6069; HvJ EG 5 oktober 1988 Volvo, C 238/87, Jur. 1988, p. 6232.

<sup>68</sup> Zie voetnoten 37 en 38.

<sup>69</sup> HR, NJ 1962/355. In gelijke zin Pres. Rb Den Bosch 5 november 1996, Mediaforum 1997, B-12 en J.H. Spoor/D.W.F. Verkade, Auteursrecht, 2e druk Deventer 1993, pp 70-82.

<sup>70</sup> HvJ EG, 3 oktober 1985, CBEM t. CLT en IbP, C 311/84, Jur. 1985, 3261, r.o. 27. Vergelijk ook HvJ EG, 12 februari 1998, C-163/96, S. Raso e.a., nog niet gepubliceerd.

<sup>71</sup> Richtsnoeren 1991, C 233/02, punt 86.

148. De weigering om aan een onderneming te leveren kan onder het verbod van artikel 86 EG-verdrag vallen, indien de geweigerde levering betrekking heeft op een product of een dienst die essentieel is voor de uitoefening van de betrokken activiteit, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel substituut voor dat product of die dienst bestaat.<sup>72</sup> De eigenaar van een noodzakelijke voorziening die zijn macht op een markt gebruikt om zijn positie op een andere verwante markt te beschermen of te versterken, met name door te weigeren aan een concurrent toegang te verlenen of door toegang te verlenen onder minder gunstige voorwaarden dan die van zijn eigen diensten, waarbij de concurrent dus een concurrentienadeel wordt opgelegd, maakt inbreuk op artikel 86 EG-Verdrag.<sup>73</sup> Onder bepaalde omstandigheden kan het weigeren van een licentie misbruik van een economische machtspositie inhouden. Als bijzondere omstandigheid werd in de zaak Magill genoemd het beletten van het op de markt komen van een nieuw product.<sup>74</sup> Uit het arrest van het tussen partijen gevoerde geding van het Gerechtshof te Arnhem blijkt dat een nieuwe wijze van aanbieden volstaat om in de Nederlandse context te kunnen spreken van een nieuw product in de zin van het arrest Magill.<sup>75</sup>
149. Daargelaten wat de NMa zou oordelen omtrent de nieuwigheid van het door Denda op de markt te brengen product, acht zij voor haar oordeel omtrent het gedrag van KPN vooral van belang dat - zoals hiervoor is aangegeven - de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen een essentiële faciliteit vormen en onontbeerlijk zijn voor het vervaardigen van een CD Rom die een overzicht geeft van telefoonaansluitingen in Nederland.
150. KPN (alsmede elke andere telefoonaanbieder) heeft een feitelijk monopolie ten aanzien van deze gegevens vanwege het feit dat deze gegevens onlosmakelijk verbonden zijn met het uitoefenen en het kunnen uitoefenen van de telefoondienst. KPN heeft derhalve de exclusieve beschikking over deze gegevens, die essentieel zijn voor het kunnen voortbrengen van een CD Rom. Zoals in het arrest Magill, waar bepaald is dat programma-overzichten onontbeerlijk zijn voor de productie van omroepgidsen, zijn hier gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen onontbeerlijk voor het vervaardigen van een CD Rom met dergelijke gegevens.
151. Een hoofdactiviteit van KPN is het aanbieden van telefoondiensten. In het kader van deze hoofdactiviteit worden door KPN gegevens van abonnees verzameld. Zij kan deze hoofdactiviteit niet uitvoeren zonder de genoemde gegevens te verzamelen, omdat die nodig zijn voor bijvoorbeeld het sturen van rekeningen.
152. Hoewel betwist kan worden of alle gegevens die KPN in het kader van een telefoonaansluiting van klanten verzamelt nodig zijn voor het kunnen uitoefenen van de telefoondienst, staat vast dat

---

<sup>72</sup> GvEA EG, 12 juni 1997, Ladbroke, T-504/93, Jur. 1997, r.o. 131; zie ook beschikking Commissie EG 4 november 1988, London European – Sabena, Pb 1988, L 317/47.

<sup>73</sup> Beschikking 21 december 1993, Sea Containers t. Stena Sealink, PbEG 1994, L15/8.

<sup>74</sup> zie voetnoot 10.

<sup>75</sup> Zie voetnoot 7.

zij deze gegevens verzamelt in dat kader.

153. Op basis van zowel de Wtv als de Tw is KPN opgedragen een telefoongids en een abonnee-informatiedienst ter beschikking te stellen. Voor de vervaardiging daarvan maakt zij gebruik van de gegevens die zij in het kader van het aanbieden van de telefoondienst verzamelt en van gegevens die zij van andere aanbieders van telefoondiensten verkrijgt.
154. Deze nevenactiviteit kan echter ook door derden verricht worden. Dit is ook de uitdrukkelijke bedoeling van de Europese wetgever. De eerder aangehaalde Richtlijn ONP spraak<sup>76</sup> gaat er namelijk vanuit dat er concurrentie op gidsdiensten ontstaat. Deze concurrentie kan er alleen zijn als de bestaande telefoonaanbieders onderling concurrerende producten maken voor het opzoeken van gegevens van telefoonabonnees, dan wel ook anderen, zoals Denda, in staat gesteld worden dergelijke producten op de markt te brengen. In beide gevallen is daarvoor noodzakelijk dat concurrerende aanbieders en derden toegang krijgen tot de lijsten van gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen van elke aanbieder. De verplichting tot het leveren van dergelijke gegevens is opgenomen in de eerder aangehaalde telecommunicatiewetgeving<sup>77</sup>.
155. Uit het bovenstaande volgt dat KPN, zowel op grond van de telecommunicatiewetgeving, als op grond van het mededingingsrecht, verplicht is de gegevens aan derden, zoals Denda, te leveren.

#### Voorwaarden levering gegevens

156. Nu vaststaat dat KPN de gegevens moet leveren is het vervolgens de vraag tegen welke voorwaarden dat moet gebeuren. Meer specifiek is het de vraag of de voorwaarden die KPN stelt, misbruikelijk zijn.
157. In casu heeft KPN niet geweigerd de gegevens aan Denda ter beschikking te stellen. Zij heeft echter een vergoeding van f 0,85 per gegeven gevraagd en aanvullende voorwaarden gesteld. Deze voorwaarden komen er op neer dat de CD Rom die Denda op de markt wil brengen geen mogelijkheid tot omgekeerd zoeken mag bevatten en dat het databestand beveiligd dient te zijn tegen het geheel of gedeeltelijk kopiëren door anderen (er kunnen maar een beperkt aantal records per opvraging gedownload worden). Daarnaast bestaat tussen partijen onenigheid over de inhoud van de zogenoemde basisvermeldingsgegevens. Volgens KPN behoort zelfs de postcode niet tot deze gegevens.
158. Volgens Denda zijn deze voorwaarden prohibitief en hebben zij tot gevolg dat Denda niet in staat is een CD Rom op de markt te brengen die kan concurreren met de CD-Foongids van KPN. Daar komt bij dat KPN een bedrag ineens wil krijgen en het aanbod van Denda om te praten op

---

<sup>76</sup> Zie voetnoot 24.

<sup>77</sup> Zie overwegingen 105 tot en met 109.

basis van een vergoeding gebaseerd op een royalty heeft afgewezen.

159. KPN voert in feite als verweer aan dat f 0,85 de prijs is die zij ook intern rekent en ook aan andere aanbieders van telefoondiensten betaalt voor het verkrijgen van gegevens van abonnees van die andere telefoonaanbieder. Die andere aanbieders van telefoondiensten betalen vervolgens aan KPN een vergoeding voor de opname van hun abonnees in een telefoongids of in het bestand van de inlichtingendienst.

160. Nagegaan moet worden of KPN misbruik maakt van haar machtspositie nu zij aan Denda f 0,85 vraagt voor de gegevens en tevens een aantal beperkende voorwaarden oplegt met betrekking tot het gebruik van de gegevens.

161. De vraag is of de voorwaarden (inclusief prijs) die KPN stelt, in feite niet gelijk gesteld kunnen worden met een weigering tot het verlenen van een licentie. Deze vraag kan beantwoord worden aan hand van een toets aan verplichtingen die voortvloeien uit de telecommunicatieregelgeving met betrekking tot het ter beschikking stellen van de hier aan de orde zijnde gegevens. Bij de beoordeling of sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw wordt aangesloten bij de uitleg van artikel 86 EG-Verdrag. In artikel 86 EG-Verdrag, sub a wordt als een vorm van misbruik aangemerkt het stellen van onbillijke prijzen of voorwaarden. Bij de bepaling wat onbillijk is kan aangesloten worden bij de verplichtingen van de telecommunicatiewetgeving met betrekking tot de voorwaarden voor het verstrekken van de gegevens. Op grond van artikel 4 Wtv juncto artikel 2a.1 Bart moeten de gegevens op redelijke en billijke voorwaarden ter beschikking worden gesteld en op grond van artikel 7.5 Tw juncto artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie moeten de gegevens tegen kostengeoriënteerde voorwaarden ter beschikking worden gesteld.

Bepaling van de prijs waartegen de gegevens door KPN geleverd moeten worden

i) upstream kosten

162. De set van gegevens van telefoonabonnees is onlosmakelijk verbonden met het kunnen uitvoeren van de telefoondienst. Immers, het gebruik van de telefoon moet op naam gesteld worden en de rekening moet op gezette tijden naar het woon-/werkadres verstuurd worden.

163. Op de markt voor telefoondiensten van KPN (upstream) ontstaat een bijproduct voor een afgeleide markt (downstream). Deze afgeleide markt is de markt voor het opzoeken van telefoonabonnees. Op deze markt kunnen meerdere aanbieders actief zijn. Dit hoeven niet uitsluitend telecomaandieners zoals KPN te zijn, maar kunnen ook derden zijn die enkel informatiediensten aanbieden, zoals Denda.

164. De aanbieders op deze afgeleide markt zijn voor het aanbieden van hun producten afhankelijk van de telefoonaanbieders. Immers, elke aanbieder is, zoals gezegd, de enige die de beschikking

heeft over de gegevens, behorende bij de nummers van de eigen telefoonabonnees. Met andere woorden, de set van gegevens van telefoonabonnees van elke aanbieder afzonderlijk is voor Denda een essentiële faciliteit om de door haar beoogde CD Rom te produceren. Zij kan die gegevens niet op een andere wijze verkrijgen, omdat op de gegevens een geschriftenbescherming rust. Immers, het overtypen van telefoonboeken van KPN wordt als inbreuk op het auteursrecht van KPN gezien.<sup>78</sup>

165. KPN hoeft geen wezenlijke extra inspanningen te verrichten om de gegevens van telefoonabonnees te verstrekken. KPN verricht op de markt voor telefoondiensten (upstream) geen inspanningen anders dan de inspanningen die zij moet verrichten in het kader van het op orde (actueel) houden van haar klantenbestand voor ondermeer het versturen van rekeningen.

166. Door KPN zijn de kosten voor het bestand waarin de gegevens zijn opgenomen reeds verwerkt in de tarieven voor de telefoondienst. In dat geval is de prijs die Denda upstream aan KPN zou moeten betalen gelijk aan de marginale kosten van KPN voor het ter beschikking stellen van de gegevens, eventueel verhoogd met een redelijke winstopslag.

167. De marginale kosten voor het verstrekken van de gegevens zijn laag. Uit gegevens van KPN blijkt dat deze kosten [.....]<sup>79</sup> bedragen.

168. De vraag is of deze kosten tevens de kosten zijn die KPN maximaal in rekening mag brengen. Op economische gronden zou gesteld kunnen worden dat rekening dient te worden gehouden met inkomstenderving/kosten van KPN op de downstreammarkt door teruglopende verkopen van haar CD-Foongids. Als daar geen rekening mee zou worden gehouden, is de kans groot dat er inefficiënte toetreding tot die markt plaatsvindt. In de volgende overwegingen wordt hierop inhoudelijk nader ingegaan.

#### ii) downstream kosten

169. In het onderzoek betoogt NERA dat Efficient Component Pricing (ECP) gebruikt dient te worden om te verzekeren dat de toetreding die plaatsvindt efficiënt is. Efficiënt wil (grosso modo) zeggen dat de kosten die de toetreders maakt om marktaandeel te veroveren lager zijn dan de kosten die KPN bespaart doordat zij minder CD Roms verkoopt. De ECP-methode is ontwikkeld in een reeks academische publicaties<sup>80</sup> en is een aanvaarde methode die zich in het bijzonder leent voor prijsbepaling en die bovendien praktisch uitvoerbaar is. De ECP-methode komt er kort gezegd op

---

<sup>78</sup> Zie voetnoot 9. Denda had om de door haar beoogde CD Rom te maken, telefoonboeken van KPN laten overtypen in China.

<sup>79</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>80</sup> W. Baumol en J.G. Sidak (1994), *Toward Competition in Local Telephony*, Cambridge: MIT Press; W. Baumol en J.G. Sidak (1994), *The Pricing of Inputs Sold to Competitors*, *Yale Journal of Regulation*, 11; R. Willig (1979), *The Theory of Network Access Pricing*, H.M. Trebing (ed.), *Issues in Public Utility Regulation*, Michigan State University Public Utilities Papers.

neer dat er op de downstream markt een zekere compensatie betaald wordt voor de door toetreding veroorzaakte kosten van de zittende onderneming.

170. Bij het toepassen van de ECP-methode is het ten eerste van belang dat geen compensatie gegeven wordt voor eventuele monopoliewinsten van KPN op de markt van CD Roms. In casu wordt dit probleem opgelost door uit te gaan van de gemiddelde gemaakte kosten, zodat monopoliewinsten als vanzelf buiten beschouwing blijven.
171. Toegepast op KPN is het betoog als volgt. KPN is tot nu toe de enige die zich heeft begeven op de markt voor het opzoeken van telefoongegevens via CD Rom. Zij heeft daarvoor investeringen gepleegd die mogelijk door nieuwe toetreding niet helemaal kunnen worden terugverdiend. Het is dan efficiënt om in ieder geval de "sunk-costs" oftewel verzonken kosten van KPN te compenseren.<sup>81</sup> Immers, op deze manier wordt voorkomen dat er sprake is van inefficiënte toetreding, waardoor geïnvesteerd kapitaal verloren gaat.
172. Omdat de totale kosten van het maken (persen) en promoten van een CD Rom laag zijn en deze kosten nog de met het aantal CD's variërende kostenelementen bevatten, zijn de vaste kosten voor het maken van CD Roms (berekend per CD Rom en beschouwd in relatie tot de verkoopprijs) gering. Bij teruglopende verkopen dient met betrekking tot deze vaste kosten bepaald te worden, welke kosten niet terugverdiend zouden kunnen worden en dus verzonken zijn. Afgaand op de hoogte van de vaste kosten kan in casu wel geconcludeerd worden dat de verzonken kosten op een laag niveau liggen.
173. Om een indicatie te verkrijgen van de verzonken kosten wordt het verschil berekend tussen de directe kosten en de marginale kosten per CD Rom. Dit verschil bedraagt [...].<sup>82</sup> Omdat KPN geen inzage heeft gegeven in de gemiddelde kosten is in de berekening uitgegaan van de door KPN opgegeven directe kosten. De gemiddelde kosten kunnen evenwel wat hoger zijn, maar daar staat tegenover dat de vaste kosten niet alle verzonken zullen zijn.
174. Ten tweede is het met betrekking tot de genoemde downstream compensatie van belang te bepalen in hoeverre een nieuwe CD Rom een substituuat is van de bestaande CD Foongids van KPN. In het algemeen geldt immers dat hoe minder een nieuwe CD Rom een substituuat is van de CD-Foongids, hoe minder KPN door toetreding getroffen wordt. Additioneel is het van belang om vast te stellen of hier sprake is van een zodanige groeiemarkt, dat door nieuwe toetreding het aantal CD Foongidsen van KPN helemaal niet terugloopt. In dit laatste geval hoeft in het geheel niet bepaald te worden in welke mate de CD Rom van Denda een substituuat is van de CD

---

<sup>81</sup> Onder sunk costs (verzonken kosten) worden in casu de kosten verstaan die KPN niet kan terugverdienen door een terugloop in de afzet van CD-Foongidsen. Let wel, als kosten ook maar op een of andere manier terugverdiend kunnen worden, bijvoorbeeld door machines te verkopen of voor andere processen in te zetten, dan zijn ze niet of slechts gedeeltelijk verzonken.

<sup>82</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

Foongids van KPN (er zijn dan geen verzonken kosten).

175. Om een schatting van de totale verzonken kosten te maken moet een schatting gemaakt worden van het aantal CD Roms dat KPN minder zal verkopen als gevolg van het op de markt komen van een CD Rom van Denda.
176. Ten aanzien van de substitueerbaarheid tussen de CD Rom van KPN en de CD Rom die Denda op de markt wil brengen merkt Denda op dat er in elk geval geen sprake is van een zogenoemd perfect substituuut.
177. Uitgaande van gegevens uit het verleden over het aantal verkopen van de CD-Foongids van KPN<sup>83</sup> en recente publicaties van KPN over de nieuwste CD-Foongids kan gesteld worden dat de markt nog steeds groeit. Door KPN is in de civiele procedure met Denda aangegeven dat zij in 1996 in totaal 63.000 exemplaren van de CD-Foongids heeft verkocht. In de eerste vier maanden van 1997 waren dat er 40.000, waarvan 32.000 particuliere CD-Foongidsen, 3000 netwerkversies voor bedrijven en 5000 stand alone versies voor bedrijven. Uit openbare publicaties<sup>84</sup> blijkt dat de verwachte verkoop van de CD-Foongids in 1998 100.000 exemplaren bedraagt. Daarvan werden er op voorhand al 75.000 gereserveerd.
178. Denda verwacht dat zij ongeveer 50.000 exemplaren van haar CD Rom op de markt zal afzetten. Uitgaande van verkoopcijfers van 63.000 CD-Foongids in 1996 en ruim 100.000 in 1998 betekent dit een groei van het aantal CD Roms van circa 40.000 per twee jaar oftewel 20.000 per jaar. Ervan uitgaande dat Denda een niet-perfect substituuut maakt en dat de komst van Denda concurrentie brengt (hetgeen in het algemeen tot lagere prijzen en hogere verkopen leidt) mag verwacht worden dat het afzetverlies van KPN gering is. Dit betekent dat de totale verzonken kosten voor KPN gering zullen zijn. Bij een verondersteld verlies van 10.000 CD Roms voor KPN<sup>85</sup> en verzonken kosten van enkele guldens per CD Rom zou de compensatie ca. [...<sup>86</sup>] gulden bedragen. Aangezien de markt sterk groeit zou na 1 jaar door KPN alweer het oorspronkelijke aantal gehaald kunnen worden, waardoor slechts gedurende korte tijd compensatie hoeft te worden gegeven (of een lager bedrag over een reeks van jaren).

iii) vergelijking met integrale kosten

---

<sup>83</sup> Gegevens zijn afkomstig uit de civiele procedure tussen KPN en Denda, meer specifiek uit het proces verbaal van comparatie van partijen, Gerechtshof Arnhem, rolnr. 96/773, 20 mei 1997.

<sup>84</sup> KPN nieuwsblad, 14 mei 1998, "Twee meter telefoongids op één CD Rom", pag.5. Zie ook BTG-magazine, nummer 23, zesde jaargang, derde kwartaal 1998, pag 19.

<sup>85</sup> Bijvoorbeeld bij een veronderstelde trendmatige marktgroei van 20.000 CD Roms per jaar, een veronderstelde extra groei van 10.000 CD Roms door meer concurrentie en een veronderstelde aanvangsafzet van 40.000 CD Roms door Denda.

<sup>86</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

179. Het is de vraag of de prijs die betaald moet worden in casu anders zou zijn indien zou worden gekozen voor een integrale kosten benadering. In dat geval moet in de eerste plaats een toerekening plaatsvinden van de kosten die gemaakt worden ten behoeve van de verschillende gebruiksdoeleinden. De kosten die KPN maakt voor het bestand waarin de gegevens van abonnees van telefoonaansluitingen zijn opgenomen moeten dus verdeeld worden over de telefoondienst en andere diensten zoals het verkopen en exploiteren van het bestand op de downstreammarkt.

180. Een kostentoedeling is in zekere zin arbitrair, maar gezien de aard van het product kan in dit geval zonder meer gezegd worden dat tenminste het leeuwendeel van de kosten (bijvoorbeeld naar rato van omzet of toegevoegde waarde van de activiteit) moet worden toegerekend aan de telefoondienst en slechts een klein deel van de kosten aan andere exploitatievormen van de gegevens, waaronder de CD-Foongids. Daarbij moet met name bij dit type non-rival product rekening worden gehouden dat KPN de gegevens op diverse manieren exploiteert, zowel op verschillende markten als voor verschillende afnemers. De kosten dienen dan verdeeld te worden over deze verschillende markten alsmede de afnemers daarop. Het zal duidelijk zijn dat ook in dat geval de kosten die Denda moet betalen laag zijn (de CD Rom markt is een markt van vele miljoenen; de telefoondienst een markt van enkele miljarden guldens).

iv) wijze van prijsstelling

181. Vanuit oogpunt van concurrentie is markttoegankelijkheid van groot belang. Met dat oogmerk verdient een wijze van prijsstelling die toetredingsbarrières zo laag mogelijk maakt, de voorkeur.

182. Een nieuwkomer treedt gemakkelijker toe tot de markt van CD Roms voor telefoongegevens wanneer hij een royalty per CD Rom moet betalen dan wanneer een vast bedrag ineens betaald moet worden. Immers, bij een royalty per CD Rom is het te betalen bedrag afhankelijk van het aantal verkochte CD Roms. Dit betekent dat een nieuwkomer bij een relatief klein aantal verkochte CD Roms al een economisch rendabele exploitatie kan hebben waardoor zijn overlevingskans groter is. Uit door Denda aangedragen voorbeelden blijkt ook dat een dergelijke wijze van afrekening zeker niet vreemd is en misschien zelfs wel gebruikelijk genoemd mag worden in licentiecontracten voor de verkrijging van databases. De royalty moet zodanig vastgesteld worden dat de kosten die KPN in rekening mag brengen, terugverdiend kunnen worden. Daarvoor moet er dus een reële inschatting gemaakt worden van de marktpotentie van de door Denda op de markt te brengen CD Rom.

183. Bij een royalty-benadering dient de royalty per verkochte CD Rom vastgesteld te worden en niet als percentage van de prijs van de CD Rom. Immers, als de royalty betaald zou worden als percentage van de prijs van een CD Rom dan zou de royalty samenhangen met het prijsniveau van de CD Rom van de nieuwkomer. Omdat het prijsniveau in het algemeen een functie van de kwaliteit van het product is, zou extra of lagere toegevoegde waarde van de CD Rom van de



## openbare versie

nieuwkomer extra dan wel minder compensatie voor KPN inhouden. Beide zijn ongewenst.

184. Indien de totale kosten voor het gegevensbestand laag zijn, beïnvloedt de wijze van prijsstelling de markttoegankelijkheid waarschijnlijk niet. In dat geval kan de prijsstelling ook anders geschieden, bijvoorbeeld via een bedrag ineens. Een royalty is dan niet noodzakelijk om concurrentie te bevorderen.

### v) redelijkheid gevraagde prijs

185. Teneinde de redelijkheid van de door KPN aan Denda gevraagde prijs van f 0,85 per gegeven te kunnen beoordelen is het van belang de door KPN gevraagde prijs te vergelijken met de prijs die KPN zichzelf in rekening zou moeten brengen indien zij geen winst maar ook geen verlies op de verkoop van CD Roms maakt. Hiertoe wordt uitgegaan van de gegevens die KPN heeft verstrekt.

186. KPN vraagt Denda een bedrag van f 0,85 per gegeven (excl. btw), hetgeen neerkomt op een bedrag van ca. 6 miljoen gulden (excl. btw). Gegeven het feit dat er ca. 100.000 CD Roms verkocht worden waarvan de meest voorkomende verkoopprijs voor de consumentenversie f 79,- (incl. btw) voor de consumentenversie, levert dit ca. 8 miljoen gulden (incl. btw) op aan inkomsten. KPN geeft aan dat de bruto detailhandelsmarge [.....<sup>87</sup>%] bedraagt, hetgeen een inkoopwaarde voor de detailhandel van ca. [.....<sup>88</sup>] gulden inhoudt. Excl. btw ca. [.....<sup>89</sup>] gulden. Aangezien de directe kosten per CD volgens opgave van KPN [.....<sup>90</sup>] per CD Rom en derhalve ruim [.....<sup>91</sup>] gulden in totaal bedragen (excl. btw), betekent dit dat KPN bij een winst van nul hooguit 2,5 miljoen gulden voor het gebruik van de gegevens betaalt. Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat wanneer wordt aangenomen dat KPN geen winst en geen verlies maakt op de verkoop van CD Roms, zij zichzelf met betrekking tot de markt voor CD Roms aanmerkelijk minder in rekening brengt dan de f 0,85 die zij aan Denda heeft gevraagd.

### vi) conclusie met betrekking tot prijsstelling

187. Als KPN alleen de marginale kosten voor het ter beschikking stellen van het bestand van telefoonabonnees op de spraaktelefonie aan Denda in rekening brengt, dan zou Denda voor dit bestand, op basis van de beschikbare gegevens, een bedrag van [.....<sup>92</sup>] (verhoogd met een (redelijke) winstopslag) aan KPN moeten betalen.

---

<sup>87</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>88</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>89</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>90</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>91</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>92</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

188. In dit bedrag zijn geen updates meegenomen. Uit gegevens van KPN blijkt dat een update in de vorm van een geheel nieuw bestand moet worden geleverd. Gesteld dat Denda 3 updates per jaar zou willen hebben, komt dit neer op een totaalbedrag van tussen de [.....]<sup>93</sup> en [.....]<sup>94</sup>.

189. Indien op basis van de ECP-methode downstream compensatie wordt verdisconteerd, dan zou de prijs gedurende enkele jaren volgens globale berekeningen niet meer dan [.....]<sup>95</sup> (minder dan de marginale kosten plus 3 updates per jaar) hoger mogen zijn.

190. Dit betekent dat KPN in z'n totaliteit minder dan f 0,005 per gegeven mag vragen.

Overige voorwaarden bij verstrekken gegevens

191. Behalve de prijs worden er door KPN ook nadere voorwaarden gesteld aan de ter beschikkingstelling van gegevens die behoren bij nummers van telefoonabonnees. Volgens de telecomregelgeving moeten deze voorwaarden niet-discriminerend zijn. Ook bij de beoordeling van misbruik in het kader van de Mededingingswet moet van dezelfde criteria worden uitgegaan<sup>96</sup>.

192. KPN stelt zich op het standpunt dat omgekeerd zoeken niet mogelijk moet zijn vanwege privacy-overwegingen. Verder stelt zij beperkingen aan de extractiemogelijkheden.

193. Eerder is het wettelijk kader met betrekking tot de privacyregelgeving uiteengezet. Zowel de Wet persoonsregistraties (Wpr) als het wetsontwerp van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) verplichten<sup>97</sup> KPN niet tot het beveiligen van de gegevens tegen omgekeerd zoeken. KPN is niet verantwoordelijk voor de wijze waarop Denda met de verstrekte gegevens omgaat. Er is dus vanuit de privacy-wetgeving geen aanknopingspunt voor KPN om omgekeerd zoeken te verbieden. Degene die de gegevens openbaar maakt is zelfstandig verantwoordelijk voor de naleving van de wettelijke bepalingen.

194. Overigens zij opgemerkt dat het door middel van speciaal geschreven software ook bij de CD-Foongids van KPN mogelijk is om omgekeerd te zoeken.

195. In de door KPN verstrekte gegevens stelt KPN dat zij de gegevens behorende bij de nummers van telefoonabonnees ook aan zichzelf, KPN niet zijnde de aanbieder van de telefoondienst, verkoopt tegen dezelfde prijs die aan Denda is aangeboden, f 0,85. De eenheid die deze gegevens binnen KPN koopt wordt niet beperkt - althans volgens de beschikbare gegevens - in

---

<sup>93</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>94</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>95</sup> Bevat vertrouwelijke gegevens.

<sup>96</sup> Richtsnoeren voor de toepassing van de EG-mededingingsregels in de telecommunicatiesector, PbEG 1991, C 233/2, nr 86-88.

<sup>97</sup> Zie overweging 64 en 65.

haar gebruiksmogelijkheden van de gegevens. Een van de voorwaarden voor het verstrekken van de gegevens aan derden is dat dit niet discriminerend mag zijn. Nu KPN de gegevens aan zichzelf verkoopt zonder enige beperking met betrekking tot het gebruik van de gegevens op te leggen, is het opleggen van beperkingen aan Denda - in de vorm van een maximaal aantal extractiemogelijkheden - in strijd met de regel van non-discriminatie.

## XI CONCLUSIE

196.KPN is op grond van artikel 4 Wtv juncto artikel 2a.1 Bart verplicht om op verzoek openbare lijsten van abonnees op de spraaktelefoniedienst ter beschikking te stellen. Ook onder de nieuwe telecommunicatiewetgeving (artikel 7.5. Telecommunicatiewet juncto artikel 43 Besluit ONP huurlijnen en telefonie) is KPN verplicht om de gegevens aan een derde ter beschikking te stellen.

197.KPN beschikt over een economische machtspositie in de zin van de Mw op de markt voor gegevens, behorende bij nummers van telefoonabonnees. KPN moet deze gegevens op grond van artikel 24 Mw eveneens ter beschikking stellen.

198.Deze gegevens omvatten:

- naam en voorletters, eventueel bedrijfsnaam;
- volledig adres waaronder de postcode;
- een eventuele extra vermelding van het telefoonnummer onder een andere naam;
- de vermelding of de aansluiting (uitsluitend) als faxlijn wordt gebruikt.

199.Zowel op grond van de in overweging 196 genoemde artikelen van de telecommunicatiewetgeving als op grond van artikel 24 Mededingingswet moet de terbeschikkingstelling geschieden tegen kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden. Indien aan één van de voorwaarden niet is voldaan, is dit voldoende voor een inbreuk.

200.Kostengeoriënteerd wordt in dit kader uitgelegd als (voor de upstreammarkt) marginale kosten voor het daadwerkelijk ter beschikking stellen van de gegevens aan derden, eventueel gecombineerd met een vergoeding voor het omzetverlies van CD Roms van KPN op de downstreammarkt.

201.Wanneer wordt uitgegaan van de methode van marginale kosten en ook indien uitgegaan zou worden van een combinatie met ECP kan worden vastgesteld dat de prijs die KPN nu vraagt (f 0,85 per gegeven) exorbitant hoog is en derhalve misbruikelijk is. Berekeningen wijzen uit dat de prijs lager dient te zijn dan f 0,005 per gegeven.

202.Aangezien KPN aan Denda overige voorwaarden wenst op te leggen die zij - zo blijkt uit de beschikbare gegevens - niet aan zichzelf oplegt bij interne doorverkoop van de gegevens,

schendt zij de verplichting om de gegevens niet-discriminatoir ter beschikking te stellen.

203. Op grond van het bovenstaande is de voorlopige beoordeling van de OPTA en NMa dat KPN een te hoge prijs voor de telefoongegevens vraagt en te beperkende voorwaarden oplegt. Concluderend menen OPTA en NMa dat KPN in strijd handelt met de telecommunicatieregelgeving (Wtv en vanaf de inwerkingtreding ook met de Tw), respectievelijk misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw (vanaf 1 januari 1998) maakt.

De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

w.g. .W. Kist

Datum: 14 december 1998

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIEAUTORITEIT,  
namens het college,  
de voorzitter,

w.g. Prof. dr. J.C. Arnbak

Datum: 14 december 1998

## Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa

Afspraken tussen het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang.

### Considerans

1. De OPTA is belast met de uitvoering en handhaving van regels op het gebied van de telecommunicatie en post.

2. De NMa is belast met de uitvoering en handhaving van de algemene mededingingsregels, neergelegd in de Mededingingswet en in de artikelen 85, 86 en 88 van het EG-verdrag.

3. Het toepassingsbereik van dit protocol is tweeledig. Het protocol voorziet in de wijze van behandeling van aangelegenheden waarbij zowel de uitoefening van bevoegdheden op grond van de Telecommunicatiewet respectievelijk de Postwet, als de uitoefening van bevoegdheden op grond van de Mededingingswet in de post- of telecommunicatiesector aan de orde kunnen zijn (samenlopende bevoegdheden). Het protocol voorziet verder in de wijze van behandeling van aangelegenheden waarin bij de uitoefening van bevoegdheden van de OPTA begrippen worden uitgelegd die worden gehanteerd bij de toepassing van artikel 24 Mededingingswet, alsmede in de wijze van totstandkoming van de in artikel 18.3, derde lid, Telecommunicatiewet bedoelde algemene richtlijnen (uniforme toepassing van mededingingsbegrippen).

4. In de wet zijn enkele bepalingen gegeven die betrekking hebben op de samenwerking tussen de NMa en de OPTA. Dit zij de artikelen 18.3 van de Telecommunicatiewet, 24 van de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA-wet) en 91 van de Mededingingswet. Het protocol is hier mede op gebaseerd.

Artikel 18.3, derde lid, Telecommunicatiewet bepaalt dat, voorzover bij de uitoefening van bevoegdheden van de OPTA begrippen worden uitgelegd die worden gehanteerd bij de toepassing van artikel 24 Mededingingswet, de uitoefening van die bevoegdheden van de OPTA geschiedt overeenkomstig door het college in overeenstemming met de

NMa vastgestelde algemene richtlijnen. Het artikellid bepaalt voorts dat van deze richtlijnen mededeling wordt gedaan in de Staatscourant.

Artikel 18.3, vierde lid, Telecommunicatiewet bepaalt dat de OPTA en de NMa in het belang van een effectieve en efficiënte besluitvorming gezamenlijke afspraken maken over de wijze van behandeling van aangelegenheden van wederzijds belang. Het onderhavige protocol voorziet in de hier bedoelde afspraken.

De artikelen 24 van de OPTA-wet en 91 van de Mededingingswet hebben betrekking op de onderlinge uitwisseling van informatie tussen, onder meer, de OPTA en de NMa. Behalve uit de wet vloeit ook uit Europeesrechtelijke jurisprudentie de noodzaak voort van een samenhangende uitoefening van bevoegdheden tussen sectorspecifieke en algemene mededingingsautoriteiten.

5. De OPTA en de NMa zijn van mening dat de doelmatigheid en de doeltreffendheid van hun wetshandhaving door een goede onderlinge samenwerking worden versterkt. Meer in het bijzonder hebben de afspraken tot doel om te bewerkstelligen dat de OPTA en de NMa :

wederzijds samenhangende besluiten nemen door samenlopende bevoegdheden onderling afgestemd uit te oefenen, in het bijzonder (ook) ten behoeve van het voorkomen van forum shopping; een met elkaar overeenstemmende uitleg geven aan begrippen uit het mededingingsrecht, het telecommunicatieright en het postrecht; in voorkomend geval wederzijds samenhangende beleidsregels vaststellen; elkaar bijstaan met raad en daad.

### A. Reikwijdte protocol

Gelet op het ruime bereik van zowel het mededingingsrecht als het post- en telecommunicatieright is het niet mogelijk uitputtend op te sommen in welke gevallen en op welke punten zich raakvlakken kunnen voordoen. Raakvlakken kunnen zich met name voordoen bij (de totstandkoming van) de hieronder, onder artikel A1 genoemde standpuntbepalingen en inzake de toepassing van de in de bijlagen, als hieronder bedoeld, onder artikel A2 en A3 en van de onder artikel A4 genoemde bevoegd-

heden, voorzover daarbij begrippen worden gehanteerd zoals onder artikel A5 genoemd en/of deze bevoegdheden worden uitgeoefend in de telecommunicatie- of postsector.

1. Onder het protocol vallen alle naar buiten gerichte standpuntbepalingen, alsmede eventueel onderzoek en andere voorbereiding daarvan, zoals:

- (i) (voorlopige) oordelen (met of zonder rechtsgevolg);
- (ii) beschikkingen op aanvraag;
- (iii) beschikkingen naar aanleiding van ambtshalve onderzoek;
- (iv) geschilbeslechtsingsbesluiten;
- (v) beleidsregels;
- (vi) consultatiedocumenten.

2. Bijlage 1 bij dit protocol bevat een lijst van artikelen en onderwerpen van de Telecommunicatiewet waarbij zich samenloop kan voordoen met het kartelverbod neergelegd in de artikelen 6 van de Mededingingswet en 85 van het EG-verdrag en met het verbod van misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet en van artikel 86 van het EG-verdrag. Deze lijst heeft voor de OPTA en de NMa een signaalfunctie en is niet uitputtend.

3. Bijlage 2 bij dit protocol bevat een lijst van artikelen en onderwerpen van de Postwet waarbij zich samenloop kan voordoen met het kartelverbod neergelegd in de artikelen 6 van de Mededingingswet en 85 van het EG-verdrag en met het verbod van misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet en van artikel 86 van het EG-verdrag. Deze lijst heeft voor de OPTA en de NMa een signaalfunctie en is niet uitputtend.

4. Samenloop kan zich voorts voordoen bij toepassing van artikel 6 of 24 van de Mededingingswet of van artikel 85 of 86 van het EG-verdrag ten aanzien van ondernemingen die werkzaam zijn in de post- of telecommunicatiesector, wanneer op de onderhavige kwestie ook bevoegdheden uit de Telecommunicatiewet of Postwet van toepassing zijn en/of toepassing van de Mededingingswet van invloed kan zijn op het bereiken van de doelstellingen van de Telecommunicatiewet respectievelijk de Postwet.

5. Onder het protocol valt de uitleg van de volgende (mededingings)begrippen:

- (i) aanmerkelijke marktmacht;
- (ii) discriminatie;
- (iii) dominantie;
- (iv) economische machtspositie (misbruik van);
- (v) excessieve prijzen;
- (vi) kostenoriëntatie;
- (vii) leveringsweigering;
- (viii) marktaandeel;
- (ix) prijsdifferentiatie;
- (x) prijsdiscriminatie;
- (xi) prijsdumping;
- (xii) redelijk rendement;
- (xiii) redelijke tarieven;
- (xiv) redelijke voorwaarden;
- (xv) relevante geografische markt;
- (xvi) relevante productmarkt;
- (xvii) substitutie;
- (xviii) transparantie.

Deze lijst heeft voor de OPTA en de NMa een signaalfunctie en is niet uitputtend.

### B. Taakverdeling en verwijzing

1. Indien een aanvrager zich richt tot de OPTA of de NMa en het blijkt dat de toezichthouder tot wie de aanvrager zich heeft gericht niet bevoegd is en de andere toezichthouder mogelijk wel, zendt de OPTA respectievelijk de NMa de aanvraag onverwijld door aan de andere toezichthouder, onder mededeling daarvan aan de aanvrager.

2. De OPTA en de NMa zullen bevorderen dat ingeval op een zaak een sector specifieke regel van de Telecommunicatiewet of de Postwet van toepassing is, belanghebbenden zich bij voorkeur wenden tot de OPTA.

3. Wanneer bij beide toezichthouders samenhangende aanvragen zijn ingediend, dan treden zij in overleg en stemmen de wijze van behandeling met elkaar af.

4. Ingeval een aanvraag is ingediend bij de OPTA of de NMa, die naar het oordeel van de OPTA en de NMa beter door de ander kan worden behandeld, dan wordt met toestemming van de aanvrager de aanvraag aan de ander doorgezonden. Bij de bepaling door welke instantie de zaak beter kan worden behandeld, kunnen onder meer de effectiviteit van het wettelijk instrumentarium, de beschikbare capaciteit, de aanwezige expertise, het voorkomen van dubbel werk, het tegengaan van forum shopping en de bevordering van één loket een rol spelen.

5. Zolang een van beide toezichthouders een zaak in behandeling heeft,

neemt de ander een aanvraag in dezelfde zaak in beginsel alleen in behandeling wanneer dit door een verschil in wettelijk kader wordt gerechtvaardigd.

### C. Behandeling bij samenlopende bevoegdheden

1. In gevallen waarin sprake kan zijn van misbruik van een economische machtspositie door een onderneming die werkzaam is in de post- en/of telecommunicatiesector kan er een samenloop bestaan tussen de bevoegdheden van de NMa en de OPTA.

2. Het is niet wenselijk dat de uitoefening van deze samenlopende bevoegdheden leidt tot tegenstrijdige resultaten. Ingeval het optreden van de OPTA op grond van haar eigen bevoegdheden ertoe leidt dat er geen sprake meer kan zijn van het in artikel C1 bedoelde misbruik van economische machtspositie, is de OPTA als sector-specifieke toezichthouder de eerst aangewezen om op te treden.

3. Telkens wanneer bij de NMa een verzoek wordt ingediend om op te treden tegen (gesteld) misbruik van een economische machtspositie in de post- en/of telecommunicatiemarkt, of wanneer er aanleiding bestaat ambtshalve op te treden tegen misbruik van een economische machtspositie in de post- en/of telecommunicatiemarkt, stelt de NMa de OPTA daarvan op de hoogte en stelt deze de OPTA in de gelegenheid aan te geven dat de OPTA voornemens is binnen een bepaalde door de OPTA daarbij aan te geven termijn zelf op te treden op grond van haar eigen bevoegdheden.

4. De NMa zal noch ambtshalve noch op aanvraag toepassing geven aan artikel 24 van de Mededingingswet terzake van gedragingen die misbruik van een economische machtspositie opleveren op (een deel) van de postmarkt of telecommunicatiemarkt, indien is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- a. de OPTA treedt op grond van haar eigen bevoegdheden binnen een redelijke termijn op tegen de desbetreffende gedraging;
- b. er bestaat, indien van toepassing, overeenstemming met de NMa over de juiste toepassing van mededingingsbegrippen door de OPTA;
- c. er bestaat overeenstemming met de NMa dat als gevolg van het optreden van de OPTA op grond van haar eigen bevoegdheden geen sprake meer kan

zijn van misbruik van een economische machtspositie.

5. Van overeenstemming als bedoeld in artikel C4, onder b, is sprake indien en voorzover het besluit van de OPTA hetzij:

- a. vooraf de uitdrukkelijke instemming heeft gekregen van de NMa; of,
- b. overeenkomstig richtlijnen als bedoeld in artikel 18.3, lid 3, Telecommunicatiewet is gedaan; of,
- c. overeenkomstig een besluit in een vergelijkbaar geval als bedoeld onder a of overeenkomstig een besluit van de NMa in een vergelijkbaar geval is gedaan; of,
- d. overeenkomstig een onherroepelijke rechterlijke uitspraak over een besluit als bedoeld onder a, b of c, of overeenkomstig Europeesrechtelijke jurisprudentie is gedaan.

6. De OPTA gaat na of bij de uitoefening van bevoegdheden sprake kan zijn van samenloop en of in dat geval reeds sprake is van overeenstemming als bedoeld in artikel C5, onder b, c of d. In geval van twijfel geeft de NMa op een daartoe strekkend verzoek van de OPTA binnen een week aan of er sprake is van samenloop en/of van overeenstemming. Wanneer niet binnen deze termijn uitsluitel is gegeven, wordt samenloop geacht niet aan de orde te zijn. Is er sprake van samenloop en is van genoemde overeenstemming nog geen sprake, dan wordt de instemming van de NMa gevraagd bedoeld in artikel C5, onder a. De NMa geeft binnen drie weken na het desbetreffend verzoek aan of de instemming wordt gegeven. Wanneer niet binnen deze termijn uitsluitel is gegeven, wordt de instemming geacht te zijn verleend.

7. Indien de OPTA niet binnen een redelijke termijn op grond van haar eigen bevoegdheden optreedt tegen een gedraging die mogelijk misbruik van economische machtspositie kan opleveren, dan wel indien toepassing van de eigen bevoegdheden van de OPTA het misbruik van economische machtspositie niet wegneemt, kan de NMa de zaak alsnog in behandeling nemen.

8. In het in artikel C7 bedoelde geval consulteert de NMa de OPTA over een voorgenomen toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet. De OPTA geeft binnen drie weken aan, of uitvoering van het voornemen bezwaren oplevert uit een oogpunt van de doelstellingen van de Telecommunicatiewet of de Postwet. Wanneer niet binnen drie

weken uitsluitend is gegeven, wordt een ontkennend antwoord geacht te zijn gegeven.

9. Indien de OPTA aangeeft dat bedoelde bezwaren bestaan, dan vindt overleg plaats tussen de directeur-generaal van de NMa en de voorzitter van het college van de OPTA. In dit overleg vindt afstemming plaats.

10. De OPTA brengt de grondslag van de overeenstemming met de NMa als bedoeld in artikel C5 in de tekst van een besluit tot uitdrukking en zendt bij de bekendmaking een afschrift van het besluit aan de NMa. De NMa doet hetzelfde in het onder artikel C8 en C9 bedoelde geval.

#### **D. Overeenstemmende interpretatie van begrippen**

1. Begrippen uit het algemene mededingingsrecht, en begrippen op het gebied van telecommunicatie en post, zullen bij de taakuitoefening van de NMa en de OPTA door beide toezichthouders op dezelfde wijze worden uitgelegd. Ten behoeve van de uniforme uitleg van laatstgenoemde begrippen is artikel C8 van overeenkomstige toepassing.

2. Ten behoeve van de overeenstemmende uitleg van mededingingsbegrippen zullen door de OPTA en de NMa, overeenkomstig artikel 18.3 van de Telecommunicatiewet, stapsgewijs voor de uitleg van bepaalde mededingingsbegrippen, algemene richtlijnen worden vastgesteld, die gezamenlijk worden gepubliceerd in de Staatscourant. Bij de samenwerking tussen de NMa en de OPTA zullen in de dagelijkse praktijk begrippen worden geïdentificeerd waarvoor dergelijke algemene richtlijnen zullen worden vastgesteld.

3. De OPTA en de NMa oefenen hun bevoegdheden in overeenstemming met de in artikel D2 bedoelde richtlijnen uit.

4. In gevallen waarin door de OPTA toepassing wordt gegeven aan mededingingsrechtelijke begrippen ten aanzien waarvan nog geen richtlijnen zijn bekendgemaakt of behoefte bestaat aan afwijking van vastgestelde richtlijnen, doet de OPTA dit conform het bepaalde in artikel C5.

#### **E. Gezamenlijke voorbereiding**

1. In gevallen van groot gezamenlijk belang, nemen de OPTA en de NMa de voorbereiding van de standpuntbepaling gezamenlijk ter hand. Daartoe kunnen de OPTA en de NMa een gezamenlijk behandelteam samenstellen.

2. Het behandelteam stelt binnen twee weken een onderzoeks- of projectplan op, dat ter accordering wordt voorgelegd aan de OPTA en de NMa.

3. Het behandelteam doet een voorstel voor het te nemen besluit of de te verrichten handeling. Dit voorstel wordt ter accordering voorgelegd aan de OPTA en aan de NMa.

#### **F. Spoedmaatregelen**

1. Indien een toezichthouder met betrekking tot een zaak waarop dit protocol ziet, overweegt een spoedmaatregel te treffen die geen uitstel kan lijden, informeert deze de ander over dit voornemen en stelt deze de ander in de gelegenheid zijn visie te geven.

Daarbij wordt de gelet op de spoed in acht te nemen termijn aangegeven.

#### **G. Advies over toepasselijkheid mededingingsrecht**

1. De OPTA dient haar bevoegdheden in overeenstemming met de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag uit te oefenen. Hierover kan de OPTA de NMa separaat advies vragen.

2. De NMa geeft het in artikel G1 bedoelde advies binnen 3 weken.

#### **H. Uitwisseling van informatie**

1. Op de verstrekking van informatie en gegevens omtrent ondernemingen door de OPTA aan de NMa is het bepaalde in artikel 24, tweede lid, OPTA-wet van toepassing.

2. Voor wat betreft de verstrekking van informatie en gegevens omtrent ondernemingen door de NMa aan de OPTA is het bepaalde in artikel 91 Mededingingswet van toepassing.

3. Gegevens of inlichtingen omtrent een onderneming, welke in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van de eigen wettelijke taken zijn verkregen door de OPTA, kunnen door de OPTA aan de NMa worden verstrekt, voor zover die gegevens of inlichtingen voor de NMa noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de taken van de NMa.

4. Gegevens of inlichtingen omtrent een onderneming, welke in verband met enige werkzaamheid ten behoeve van de uitvoering van de eigen wettelijke taken zijn verkregen door de NMa, kunnen door de NMa aan de OPTA worden verstrekt, voor zover die gegevens of inlichtingen van betekenis zijn of kunnen zijn voor de uitoefening van de bevoegdheden van de OPTA die de toepassing of mede de

toepassing van bepalingen omtrent de mededinging betreffen.

5. De OPTA en de NMa zullen de voor elkaar relevante informatie die zij op basis van de onder artikel H1 en H2 genoemde wetsartikelen aan elkaar kunnen verstrekken, ook daadwerkelijk aan elkaar verstrekken.

6. De OPTA en de NMa houden elkaar op de hoogte van zaken en ontwikkelingen die voor elkaars functioneren van belang zijn. Verder verstrekken de OPTA en de NMa elkaar afschriften van alle door hen genomen besluiten en vastgestelde beleidsregels waarbij een raakvlak is met het werkterrein van de ander.

7. De OPTA en de NMa verstrekken elkaar waar zinvol een afschrift van eventuele informatie afkomstig van de Europese Commissie die een raakvlak heeft met het werkterrein van de ander.

8. De NMa informeert de OPTA over de telecommunicatie- en postzaken die in het adviescomité van DG-IV, zoals genoemd in artikel 10, lid 3, van Verordening nr. 17, aan de orde komen waarbij in Nederland actieve ondernemingen zijn betrokken, voor zover dit van betekenis is of kan zijn voor de uitoefening van de bevoegdheden van de OPTA die de toepassing of mede de toepassing van bepalingen omtrent de mededinging betreffen.

9. De OPTA en de NMa behandelen de van elkaar ontvangen informatie als vertrouwelijk voorzover dit uit de wet of uit de aard van de informatie voortvloeit. De gegevens worden slechts gebruikt voor het doel waarvoor ze door de ander zijn verstrekt.

#### **K. Algemene en overige elementen**

1. De OPTA en de NMa zullen elkaar op verzoek bijstaan met raad en daad vanuit hun eigen deskundigheid.

2. Ter bevordering van de onderlinge uitwisseling van informatie en opbouw van expertise stellen de NMa en de OPTA gezamenlijk een plan op. In ieder geval vormt onderdeel van dat plan dat de OPTA en de NMa gezamenlijk periodiek een studiebijeenkomst beleggen.

3. Iedere maand en zoveel vaker als nodig is vindt overleg plaats tussen door de OPTA en de NMa aangewezen contactpersonen over de lopende zaken. Ieder kwartaal, of zoveel vaker als nodig is, vindt overleg plaats tussen de directeur-generaal van de NMa en de voorzitter van de OPTA. Een onder-

werp van dit overleg is de wijze waarop de onderlinge samenwerking verloopt.

#### **L. Tussentijdse bijstelling en evaluatie**

1. Dit protocol kan in onderling overleg tussentijds worden aangepast of aangevuld. Dit protocol zal door de OPTA en de NMa in overeenstemming worden gebracht met eventuele wetswijziging.

2. Dit protocol wordt na 1 jaar gezamenlijk geëvalueerd. Hierbij wordt in het bijzonder gekeken naar de realisatie van de gestelde doelen en naar de praktische werkbaarheid van hetgeen in dit protocol is vastgelegd en de wenselijkheid om dit protocol aan te vullen met in de praktijk nuttig gebleken procedures.

*Den Haag, 4 januari 1999.*

*De directeur-generaal vande Nederlandse mededingingsautoriteit,*

*A.W. Kist.*

*Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit,*

*namens het college,*

*J.C. Arnbak, voorzitter.*

Dit protocol is toegezonden aan de Europese Commissie, de minister van Economische Zaken en de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat.

#### **Bijlage 1**

Deze bijlage behoort bij het samenwerkingsprotocol tussen de OPTA en de NMa.

Deze bijlage bevat een lijst van artikelen en onderwerpen van de Telecommunicatiewet waarbij zich samenloop kan voordoen met het kartelverbod neergelegd in de artikelen 6 van de Mededingingswet en 85 van het EG-verdrag en met het verbod van misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel van de 24 Mededingingswet en van artikel 86 van het EG-verdrag. Deze lijst heeft voor de OPTA en de NMa een signaalfunctie en is niet uitputtend

Mogelijke samenloop tussen de Telecommunicatiewet en artikel 24 van de Mededingingswet kan zich voordoen bij de toepassing van de artikelen 3.11, 4.9, 4.10.1, 5.10, 6.1.3, 6.1.5, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5-6.8, 6.9, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 7.8, 8.2, 8.4, 8.5, 8.6-8.7, 18.6 en 18.10 van de Telecommunicatiewet.

Mogelijke samenloop tussen de Telecommunicatiewet en artikel 6 van de Mededingingswet kan zich voordoen bij

de toepassing van de artikelen 3.11, 4.6, 4.9, 4.10.1, 5.3, 5.10, 6.1-6.3, 6.5-6.7, 6.9, 7.3-7.4, 7.6, 8.2, 8.5-8.6 en 8.7 van de Telecommunicatiewet.

#### **Bijlage 2**

Deze bijlage behoort bij het samenwerkingsprotocol tussen de OPTA en de NMa.

In deze bijlage zal een lijst worden opgenomen van artikelen en onderwerpen van de Postwet waarbij zich samenloop kan voordoen met het kartelverbod neergelegd in de artikelen 6 van de Mededingingswet en 85 van het EG-verdrag en met het verbod van misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet en van artikel 86 van het EG-verdrag.

Momenteel is wijziging van de Postwetgeving in voorbereiding. Een lijst met artikelen waarbij zich samenloop tussen de mededingingsregelgeving en de postregelgeving kan voordoen, zal hier worden opgenomen zodra deze wijziging zijn beslag heeft gekregen en zal worden gebaseerd op die nieuwe postregelgeving.

Het later uitbrengen van deze lijst laat onverlet de bij het protocol gemaakte samenwerkingsafspraken.



## Samenvatting

1. Eind 1998 heeft het college van OPTA aangekondigd de telefoontarieven van KPN in de toekomst te zullen reguleren op basis van een systeem van tariefplafonds, ook wel *price caps* genoemd. Een price cap-systeem geeft aan in welke mate de tarieven van een mandje van diensten zich gedurende een aantal jaren dienen te ontwikkelen. Daarbij wordt de price cap uitgedrukt in een percentage waarmee de tarieven jaarlijks minimaal moeten dalen of waarmee ze maximaal mogen stijgen. Of het om een daling of stijging van de tarieven gaat, hangt af van de te verwachten markt- en kostenontwikkelingen die gezamenlijk bepalend zijn voor de hoogte van de price cap.
2. Op grond van de regelgeving dient het college van OPTA te beoordelen of de tarieven van de vaste telefoondienst van KPN voldoende kostengeoriënteerd zijn. Op KPN rust namelijk de plicht om kostengeoriënteerde tarieven vast te stellen. Kostengeoriënteerd wil zeggen dat tarieven gebaseerd dienen te zijn op onderliggende kosten inclusief een redelijk rendement. In beginsel dienen de tarieven jaarlijks op kostenoriëntatie te worden getoetst. Echter, ook een meerjarig price cap-systeem is mogelijk mits voldoende waarborgen zijn opgenomen dat tarieven gedurende de price cap-periode niet gaan afwijken van het vereiste van kostenoriëntatie.
3. Het college heeft in april 1999 een consultatieronde geïnitieerd ten aanzien van zijn voornemen over te willen gaan op price cap-regulering. Diverse marktpartijen en andere belanghebbenden hebben van de gelegenheid gebruik gemaakt om hun zienswijze kenbaar te maken. Daarnaast heeft OPTA een aantal workshops gehouden waarin de ontwikkeling van een price cap-model is besproken. Mede op basis van de inbreng die (markt)partijen hebben geleverd, is het college gekomen tot de uiteindelijke vaststelling van het price cap-systeem.
4. Price cap-regulering heeft belangrijke voordelen ten opzichte van andere reguleringswijzen. Het geeft KPN een prestatie-prikkel aangezien KPN extra efficiencybesparingen, bovenop de van tevoren vastgestelde efficiencydoelstelling, zelf mag behouden. In een volgende price cap-periode moet KPN de extra besparingen weer doorgeven aan eindgebruikers in de vorm van lagere tarieven. Het vaststellen van een price cap schept daarnaast duidelijkheid over de te verwachten tariefontwikkeling in de komende jaren. Alle betrokkenen -gebruikers, KPN en concurrenten- weten dan waar ze aan toe zijn. Verder biedt een price cap-systeem KPN een zekere mate van vrijheid om in te spelen op ontwikkelingen in de markt.
5. Als KPN helemaal vrijgelaten zou worden in de wijze waarop zij invulling geeft aan de jaarlijkse price cap-verplichting, zou zich een aantal ongewenste effecten kunnen voordoen. De mogelijkheid bestaat dat KPN op markten waar geen concurrentie heerst de tarieven verhoogt om met de daaruit resulterende bovenmatige winsten de tarieven op markten waar wél concurrentie heerst scherp te laten dalen. Hiervan zijn consumenten én concurrenten de dupe. Daarmee dreigen de hoofddoelstellingen van tariefregulering, namelijk het beschermen van gebruikers zonder keuze tegen te hoge tarieven én het bevorderen van de concurrentie, in het gedrang te komen. Om het bovenstaande risico te beheersen, kan volgens het college van OPTA worden volstaan met twee randvoorwaarden: het standaard abonnementstarief mag jaarlijks ten hoogste

stijgen met de inflatie en de lokale verkeerstarieven dienen jaarlijks ten minste met hetzelfde percentage als de algehele price cap te dalen.

6. Het price cap-systeem reguleert de bovengrens van de tarieven die behoren bij de volgende diensten:

- de aansluiting op PSTN en ISDN;
- lokaal telefoonverkeer;
- nationaal telefoonverkeer;
- telefoonverkeer van vast naar mobiel (uitsluitend voor wat betreft het verschil tussen de eindgebruikerstarieven en de aan mobiele operators betaalde 'terminating access'-vergoedingen);
- de gidsvermelding en de bijbehorende verstrekking van diensten;
- de telefonische inlichtingendiensten.

7. Het price cap systeem wordt voor de duur van drie jaar vastgesteld en loopt van 1 juli 1999 tot en met 30 juni 2002. Een price cap-jaar begint steeds op 1 juli en eindigt op 30 juni van het volgende jaar.

8. De hoogte van de price cap is bepaald aan de hand van een economisch model waarin een zo goed mogelijke inschatting is gemaakt van de te verwachten markt- en kostenontwikkelingen. Het model is door het adviesbureau NERA (National Economic Research Associates) in opdracht van OPTA ontwikkeld. Marktpartijen zijn door middel van een aantal workshops nauw betrokken bij de totstandkoming het model. Daarin zijn onder andere besproken de opzet van het model, de waarden van de verschillende variabelen in het model en de voorlopige uitkomsten van het model. Een belangrijke variabele in het model is het redelijke rendement dat KPN mag doorberekenen in haar eindgebruikerstarieven. Bij de bepaling van wat als een redelijk rendement moet worden beschouwd, is uitgegaan van de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet van KPN (ook wel 'cost of capital' genoemd). De hoogte van de price cap is zodanig vastgesteld dat het rendement dat KPN in het laatste jaar van de price cap-periode (2002) behaalt, gelijk is aan de 'cost of capital'.

9. Op basis van de uitkomsten van dit model heeft het college van OPTA de price cap vastgesteld op een percentage van -5,3% per jaar. Dit percentage moet nog gecorrigeerd worden voor de inflatie. Aangezien de inflatie voor het eerste price cap-jaar 2% bedraagt, zullen de tarieven in het eerste jaar gemiddeld met 3,3% omlaag moeten gaan.

10. Met name de groei van het lokale verkeer laat zich vanwege de hoge, maar vlucht van het te verwachten Internet-gebruik via het telefoonnet moeilijk modelleren. Gebleken is dat de keuze van een bepaald groeiscenario van grote invloed is op de hoogte van de price cap. Een 10% hogere of lagere groei van het lokale verkeer zorgt al bijna voor een 1% hogere of lagere price cap. Het college van OPTA acht het onzorgvuldig om zich thans voor hele price cap-periode vast te leggen op één groeiverwachting voor het lokale verkeer. Daarom is besloten een evaluatiemoment in te bouwen. Na anderhalf jaar zal de feitelijke groei van het lokale verkeer worden vergeleken met de huidige prognoses die in het price cap-model gehanteerd worden en zal -uitsluitend bij significante afwijkingen- de hoogte van de price cap in het derde en laatste price cap-jaar worden aangepast.

11. Begin dit jaar heeft OPTA onderzoek gedaan naar de ontwikkeling van concurrentie op het terrein van de lokale telefonie. De uitkomst daarvan was dat hoogstens 25% van de consumenten

binnen 1 à 2 jaar zou kunnen kiezen voor een alternatieve aanbieder. Het college heeft toen besloten het extra rendement dat KPN op lokale telefonie behaalt bovenop wat als een redelijk rendement moet worden beschouwd, bij het inwerking treden van het price cap-systeem zou moeten worden weggenomen. Het gaat daarbij om slechts om een gering extra rendement. Onlangs heeft een aantal kabelbedrijven aangekondigd om in tegenstelling tot hun eerdere plannen op korte termijn toch nog telefonie te zullen aanbieden. Daarbij hebben ze aangegeven hun netten onderling te zullen koppelen, ook met die van andere kabelbedrijven. Hierdoor lijkt zicht te komen op het ontstaan van een alternatieve landelijke aanbieder met eigen infrastructuur die KPN concurrentie kan aandoen op lokale telefonie. In het licht van deze ontwikkeling meent het college dat thans een verkeerd signaal zou worden gegeven aan zowel marktpartijen als investeerders, als de eenmalige ijking van de lokale tarieven wordt doorgezet. Zonder "one off" gaan de lokale tarieven ook omlaag in het price cap-systeem. De noodzakelijke verlaging wordt alleen uitgespreid over 3 jaar.

12. Conform de wettelijk voorgeschreven procedure is het bijgaande oordeel niet op rechtsgevolg gericht en derhalve niet voor bezwaar en beroep vatbaar. Het college stelt eerst KPN in de gelegenheid aan te geven of zij bereid is uitvoering te geven aan het oordeel. Indien KPN antwoordt bereid te zijn tot tariefaanpassing zal het college expliciet besluiten KPN geen aanwijzing te geven. Indien KPN daarentegen antwoordt niet bereid te zijn tot tariefaanpassing, zal het college besluiten haar wel een aanwijzing te geven. Tegen beide soorten van beslissing staat voor belanghebbenden bezwaar open.

## **Oordeel van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake de vaststelling van een price cap-systeem voor de tarieven van de vaste telefoondienst van KPN**

Nummer: OPTA/EGM/99/7526

27 september 1999

### **1. Inleiding**

13. In 1998 heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) de tarieven van de vaste telefoondienst van KPN voor de eerste keer op kostenoriëntatie beoordeeld. Daarbij is bekeken of de telefoontarieven in redelijke verhouding staan tot de onderliggende kosten inclusief een redelijke winstopslag. Bij deze beoordeling heeft het college zich gebaseerd op de kosten en opbrengsten die over het kalenderjaar 1997 zijn toegerekend aan de verschillende onderdelen van de telefoondienst alsmede op de actualisatie van deze cijfers over 1998. Het college was, kortweg, van opvatting dat KPN bovenop de kosten niet meer dan een redelijk rendement zou mogen doorberekenen in de eindgebruikerstarieven.

14. Deze wijze van de beoordeling kan worden gekenschetst als kosten-plus-regulering, door sommigen ook wel rendementsregulering genoemd. De tarieven voor 1999 dienden namelijk gebaseerd te zijn op de kosten over het voorgaande jaar plus een redelijke vergoeding over het geïnvesteerde vermogen. Hoewel eindgebruikers bij een dergelijke benadering worden beschermd tegen bovenmatige winstneming, heeft het als nadeel dat KPN niet gestimuleerd wordt kostenbesparingen te realiseren. Lagere kosten dient KPN immers bij een volgende beoordeling onverkort door te geven aan de eindgebruikers in de vorm van lagere tarieven. Een ander nadeel is dat jaarlijkse beoordeling van de tarieven onzekerheid schept over de toekomstige tariefontwikkeling. Duidelijkheid hierover is zowel voor KPN als voor andere marktpartijen van groot belang in verband met de omvangrijke investeringen waarvoor zij staan op de telecommunicatiemarkt.

15. Deze bezwaren kleven niet aan een systeem van tariefregulering op basis van tariefplafonds, ook wel price caps genaamd. Bij price cap-regulering wordt vooraf, aan de hand van de verwachte markt- en kostenontwikkelingen, vastgesteld hoe de tarieven zich de komende jaren dienen te ontwikkelen. Hierdoor wordt duidelijkheid geschapen over de te verwachten tariefontwikkeling en wordt voor KPN een efficiencyprikkel gerealiseerd. Als KPN er namelijk in slaagt omvangrijkere kostenbesparingen te realiseren dan van tevoren is geraamd, profiteert zij daar zelf van gedurende de looptijd van de price cap. Eindgebruikers profiteren daar ook van, zij het pas de daarop volgende price cap-periode wanneer KPN de extra besparingen moet doorgeven in de tarieven.

16. Om deze redenen heeft het college eind 1998 bij zijn definitieve besluit over de kostenoriëntatie van KPN's tarieven aangegeven de telefoontarieven in de toekomst te willen

reguleren op basis van price caps en hiervoor de nodige instrumenten te zullen ontwikkelen. Hoewel het college al eerder overwogen heeft price cap-regulering toe te passen, bleek hiervoor pas eind 1998 voldoende draagvlak te bestaan. Aanvankelijk, dat wil zeggen begin 1998 bij de consultatie over de beoordeling van KPN's telefoontarieven, bleken marktpartijen daar maar weinig voor te voelen.

17. Teneinde de tarieven op basis van price caps te kunnen reguleren dient een beleidsmatig kader te worden ontwikkeld en dient de hoogte van de price cap(s) te worden vastgesteld. Bij de totstandkoming hiervan heeft het college marktpartijen en overige belanghebbenden intensief betrokken, middels een consultatie en een aantal workshops. Daarover meer in het volgende hoofdstuk.

18. Hieronder is het oordeel van het college opgenomen over de totstandkoming van kosten-georiënteerde tarieven door toepassing van een price cap-systeem. Het onderhavige oordeel is niet op rechtsgevolg gericht en derhalve niet voor bezwaar en beroep vatbaar. Conform de wettelijk voorgeschreven procedure stelt het college KPN eerst in de gelegenheid aan te geven of zij bereid is uitvoering te geven aan het oordeel. Het college zal KPN voor de beantwoording van deze vraag de relatief korte termijn van twee weken geven, aangezien het antwoord een eenduidig ja of nee dient te zijn. Het college neemt aansluitend een op rechtsgevolg gericht besluit waartegen bezwaar van direct belanghebbenden openstaat. Als KPN bereid is de tarieven overeenkomstig het oordeel aan te passen, zal daarbij een aanwijzing achterwege blijven.

19. Bij de totstandkoming van dit oordeel heeft het college de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) geraadpleegd. Aan het commentaar van de NMa zal waar nodig in dit oordeel worden gerefereerd.

20. Het oordeel is als volgt opgebouwd:

- Hoofdstuk 2 Wettelijk kader
- Hoofdstuk 3 Voorafgaande procedure
- Hoofdstuk 4 Overwegingen inzake het beleidsmatig kader
- Hoofdstuk 5 Overwegingen inzake de hoogte van de price cap
- Hoofdstuk 6 Conclusie

21. In bijlage 1 is een samenvatting van de reacties op de consultatie opgenomen alsmede de reactie van het college daarop.

## **2. Wettelijk kader**

22. Op 15 december 1998 is de Telecommunicatiewet (Tw) in werking getreden. Deze wet dient mede ter uitvoering van de Europese regelgeving/richtlijnen betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de ten uitvoerlegging van Open Network Provision (ONP). In artikel 7.1, eerste lid, van de Tw is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld ter uitvoering van de ONP-richtlijnen. Deze regels zijn opgenomen in het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (BOHT).

23. Uit artikel 7.4 van de Tw volgt dat de regels voor aanbieders met een aanmerkelijke macht op de markt voor vaste openbare telefoonnetwerken en vaste openbare telefoondiensten onder meer betrekking kunnen hebben op de tarieven. Krachtens artikel 20.1 van de Tw is KPN voor twee jaar, gerekend vanaf de inwerkingtreding van de Tw, als zodanig aangewezen. De aanwijzing brengt een aantal verplichtingen mee inzake de tarieven van KPN. Eén van die verplichtingen is dat KPN kostengeoriënteerde tarieven moet vaststellen voor het gebruik van het vaste openbare telefoonnetwerk en de vaste openbare telefoondienst (artikel 35, eerste lid, van het BOHT).

24. In dit artikel is ook beschreven volgens welke procedure het college de kostenoriëntatie van de tarieven dient te beoordelen. Jaarlijks dient KPN aan het college een overzicht aan te bieden van kosten en opbrengsten die over het voorgaande kalenderjaar aan de vaste telefoondienst zijn toegerekend, vergezeld van een verklaring van de externe accountant. Daarbij maakt KPN op verzoek van het college kenbaar wat naar haar oordeel de gevolgen voor de tarieven zouden moeten zijn. De toerekening zelf moet plaatsvinden volgens het door het college goedgekeurde toerekeningssysteem van KPN. Op basis van het overzicht van kosten en opbrengsten beoordeelt het college of de tarieven voldoende kostengeoriënteerd zijn of zullen zijn. Daarbij dient het college rekening te houden met de op dat moment voorzienbare ontwikkelingen in de bedrijfsvoering van KPN alsmede met de op dat moment voorzienbare ontwikkelingen in de markt. Blijkens de toelichting bij het BOHT is deze toevoeging opgenomen om te expliciteren dat het bij de toepassing van het beginsel van kostenoriëntatie niet de bedoeling is dat KPN's toekomstige tarieven slechts een afgeleide zijn van kosten uit het verleden. Bij het beoordelen van de kostenoriëntatie van de tarieven dient dus ook expliciet rekening te worden gehouden met de op het moment van beoordeling redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen die van invloed zijn op de in de toekomst te verwachten verhouding tussen kosten en opbrengsten.

25. De in het BOHT beschreven procedure voor jaarlijkse toetsing van de tarieven staat er niet aan in de weg dat het college werkt met een price cap-systeem om de kostenoriëntatie van de tarieven tot stand te brengen. Volgens de toelichting bij het BOHT is een price cap-systeem niet als verplichte werkwijze voor het college opgenomen, maar wordt het aan het college overgelaten om bij de praktische uitwerking van beoordelingssystematiek van artikel 35 zonnodig te werken met meerjarige afspraken. Indien het college hiervoor kiest, dient een aantal waarborgen in acht te worden genomen om te voorkomen dat de tarieven in de tussentijd, dat wil zeggen gedurende de price cap-periode, zullen gaan afwijken van het vereiste van kostenoriëntatie.

26. In hoofdstuk 4 zal nader worden toegelicht waarom tariefregulering op basis van een price cap-systeem de voorkeur van het college heeft en op welke wijze voorzien is in de bovengenoemde waarborgen.

### **3. Voorafgaande procedure**

27. Op 23 november 1998 heeft het college zijn besluit, kenmerk OPTA/E/98/3217, genomen over de mate van kostenoriëntatie van de tarieven van de vaste telefoondienst van KPN. Daarin

heeft het college aangegeven voor 1 juli 1999 een price cap-systeem te zullen ontwikkelen met betrokkenheid van marktpartijen. Vanaf die datum zullen de tarieven mede op basis van dit systeem worden gereguleerd. Ook is aangegeven dat als het college per 1 juli 1999 vaststelt dat de telefoontarieven van KPN nog onvoldoende kostengeoriënteerd zijn, een aanpassing van de tarieven in het price cap-systeem zal worden ingebouwd, hetzij door een eenmalige correctie in het eerste jaar, hetzij in een afbouwperiode, hetzij door een combinatie van beide. Indien het price cap systeem niet per 1 juli 1999 kan worden ingevoerd, overweegt het college de eventueel noodzakelijke correcties op andere wijze tot stand te brengen. Daarnaast zal het college in het kader van de ontwikkeling van het price cap-systeem twee onderzoeken uitvoeren. Eén betreft de actualisatie van de Weighted Average Cost of Capital (WACC)-methode ten behoeve van ex ante rendementsberekeningen binnen het te ontwikkelen price cap-systeem; de ander betreft onderzoek naar de ontwikkeling van concurrentie op het gebied van lokale telefonie.

28. Op 20 april 1999 heeft OPTA het consultatiedocument price caps uitgebracht. Hierin wordt het beleidsmatige kader geschetst dat het college voor ogen staat om invulling te geven aan price cap- regulering. Aan belanghebbenden is gevraagd hierover hun zienswijze naar voren te brengen. Dat kon tot uiterlijk 26 mei 1999, de dag waarop de hoorzitting over dit onderwerp is gehouden. In het consultatiedocument is onder meer aangegeven dat het college verwacht de definitieve beslissing over het price cap-systeem en over de hoogte van de price cap in september te zullen nemen. Het college achtte het niet mogelijk om voor die tijd een zorgvuldig en goed voorbereid besluit te nemen. Verschillende partijen hebben op de consultatie gereageerd. Op een aantal punten heeft dit het college aanleiding gegeven van zijn eerdere voornemens af te wijken. Waar dit het geval is, wordt hierna expliciet aangegeven. In bijlage 1 is een samenvatting van de reacties van de verschillende respondenten opgenomen alsmede een reactie van het college daarop. Daarin is ook de reactie van het college terug te vinden op een aantal onderwerpen die in de consultatie aan de orde is gesteld maar die buiten het bestek van price cap-regulering vallen.

29. Op 1 mei 1999 heeft KPN het college een overzicht aangeboden van de kosten en opbrengsten die over het kalenderjaar 1998 zijn toegerekend aan de telefoondienst. Dit overzicht ging vergezeld van een actualisatie waarin de effecten van belangrijke wijzigingen in de kosten en de tarieven die in de loop van 1998 en begin 1999 hebben plaatsgevonden, en die slechts gedeeltelijk tot uitdrukking komen in de cijfers over 1998, zijn doorgerekend alsof ze het hele jaar hebben gegolden. Daarbij heeft KPN aangegeven dat er volgens haar geen reden is om aanvullende tariefmaatregelen voor te stellen en dat de huidige tarieven een goed startpunt vormen voor het price cap-systeem.

30. OPTA heeft het adviesbureau NERA (National Economic Research Associates) gevraagd een model te ontwikkelen waarmee op basis van de te verwachten markt- en kostenontwikkelingen de hoogte van de price cap kan worden bepaald. De opzet van het model en de invulling daarvan heeft OPTA in een drietal workshops besproken met marktpartijen en andere belanghebbenden. De workshops dienden ertoe om partijen enerzijds te informeren over de ontwikkeling van het price cap-model en anderzijds zo actief mogelijk daarbij te betrekken. Voor meer informatie hierover verwijst het college naar hoofdstuk 5.1.



31. Op 24 juni 1999 heeft OPTA de uitkomsten van het onderzoek naar de concurrentie op lokale telefonie bekendgemaakt. Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat over 1 à 2 jaar ten hoogste 25% van de consumenten zal kunnen kiezen via welke aanbieder zij hun lokale telefoonverkeer willen afwikkelen. Voorts is het college gebleken dat een eenmalige ijking van de lokale tarieven (d.w.z. het afnemen van bovenmatige winsten) aan het begin van de price cap-periode vrijwel geen invloed heeft op de voorgenomen investeringsplannen van marktpartijen ten aanzien van telefonie en Internet. Het college heeft daaruit toen de conclusie getrokken dat er onvoldoende aanleiding is om de voorgenomen eenmalige ijking van de lokale telefoontarieven achterwege te laten. Besloten is dat een en ander zal worden uitgewerkt in de onderhavige price cap-beslissing. Voor meer informatie over het onderzoek en de achtergronden daarvan verwijst het college naar zijn rapport<sup>1</sup>. In hoofdstuk 4.5 komt het college hierop terug.

32. Op 27 juli 1999 heeft OPTA van NERA het rapport met de modelbeschrijving ontvangen alsmede een elektronische versie van het price cap-model zelf. In het rapport doet NERA een aanbeveling voor de hoogte van de price cap die gebaseerd is op de aannames die door NERA het meest redelijk en het meest aannemelijk worden geacht (NERA's base case). Op verzoek van OPTA heeft NERA uitsluitend voor wat betreft de berekening van de WACC een update van haar rapport gemaakt op basis van de meest recente gegevens. Deze update is van 9 september 1999.

## **4. Overwegingen inzake het beleidsmatig kader**

### **4.1 Doelstelling van tariefregulering**

33. KPN is op grond van artikel 35 van het BOHT verplicht kostengeoriënteerde tarieven vast te stellen voor de vaste telefoondienst. Onder kostenoriëntatie wordt in het algemeen verstaan dat de tarieven een afspiegeling moeten zijn van de onderliggende kosten inclusief een redelijke winstopslag. Daarbij wordt de redelijkheid van de winstopslag gerelateerd aan het vermogen dat ten behoeve van het aanbieden van de betreffende dienst is geïnvesteerd<sup>2</sup>.

34. Met het reguleren van de tarieven op basis van kostenoriëntatie wordt beoogd gebruikers te beschermen tegen te hoge tarieven op deelmarkten waar nog geen sprake is van effectieve concurrentie. Hieronder verstaat het college een situatie waarbij gebruikers kunnen kiezen uit meerdere aanbieders én waarbij de tarieven vergelijkbaar zijn met tarieven zoals die bij (vrijwel) volledige mededinging tot stand zouden zijn gekomen. Meer in het bijzonder gaat het erom gebruikers te beschermen tegen bovenmatige winstneming op diensten waarvoor ze nog vrijwel volledig afhankelijk zijn van KPN. Dit geldt thans met name voor het abonnement en lokaal bellen waarvoor de meeste gebruikers (de 'gevangen' gebruikers) geen gelijkwaardige alternatieven hebben buiten het aanbod van KPN.

---

<sup>1</sup> Rapport over de mate van marktwerking op het gebied van lokale telefonie, 24 juni 1999.

<sup>2</sup> In bijlage 1 van de ONP-kaderrichtlijn, Richtlijn 90/387/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschap van 28 juni 1990, nr. L 192, is bepaald dat bij het vaststellen van kostengeoriënteerde tarieven rekening moet worden gehouden met de noodzaak van een redelijk rendement op gedane investeringen.

35. Daarnaast is het van belang dat het reguleren van de tarieven de verdere ontwikkeling van concurrentie op de verschillende deelmarkten niet belemmert. Op lange termijn is het ontstaan van effectieve concurrentie immers het beste instrument om te bereiken dat kwalitatief hoogwaardige diensten tegen zo laag mogelijke prijzen tot stand komen. Het college acht het daarom niet wenselijk een bovengrens te stellen aan de tarieven van diensten waarop reeds voldoende effectieve concurrentie aanwezig is, zoals op internationale telefoongesprekken. Daar waar de concurrentie nog onvoldoende effectief is, zal het college bij het beoordelen van de kostenoriëntatie van de tarieven er rekening mee houden dat KPN bovenop de kosten een redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen kan behalen. Enerzijds waarborgt dat de continuïteit van de onderneming, anderzijds biedt het aanbieder die efficiënt opereren voldoende mogelijkheden om te kunnen concurreren.

36. De kostenoriëntatie van de tarieven kan worden bereikt door jaarlijks te toetsen of de tarieven in redelijke verhouding staan tot de onderliggende kosten inclusief redelijk rendement. Daarmee kunnen de bovengenoemde doelstellingen van tariefregulering worden gerealiseerd. Jaarlijkse toetsing heeft echter als nadeel dat er geen enkele prikkel vanuit gaat om de kosten laag te houden ("goldplating" dreigt). Verder brengt het onzekerheid mee over de ontwikkeling van de tarieven, wat slecht is voor het investeringsklimaat. Ook biedt het KPN weinig bewegingsruimte om zich aan te passen aan ontwikkelingen die zich voordoen op de markt. Op lange termijn leidt deze toetsingsmethodiek derhalve niet tot de meest efficiënte uitkomsten.

37. Het college meent dat aan tariefregulering zodanige invulling zou moeten worden gegeven dat dit ook op lange termijn tot het beste resultaat leidt voor eindgebruikers, voor de concurrentie-ontwikkeling en voor het gereguleerde bedrijf zelf. Bij de praktische uitwerking van de toets op kostenoriëntatie dient dan ook te worden bezien in hoeverre tevens voldaan kan worden aan doelstellingen inzake het realiseren van efficiencybesparingen, het wegnemen van onzekerheden en het creëren van meer bewegingsruimte voor KPN. Aan deze doelstellingen wordt optimaal tegemoet gekomen in een meerjarig price cap-systeem. Hierbij wordt mede op grond van mogelijke efficiencyverbeteringen vastgesteld hoe de tarieven zich de eerstkomende jaren dienen te ontwikkelen. In formulevorm wordt de price cap vaak voorgesteld als  $CPI-X$  (de consumentenprijsindex minus de efficiencydoelstelling). Aangezien KPN *extra* efficiencybesparingen, dat wil zeggen besparingen die een van te voren vastgestelde efficiencydoelstelling te boven gaan, zelf mag behouden, wordt KPN gestimuleerd efficiënter te gaan werken. In beginsel worden deze extra besparingen in een volgende price cap-periode weer doorgegeven aan gebruikers in de vorm van lagere tarieven. Daarnaast schept price cap-regulering duidelijkheid over de wijze waarop de tarieven zich in de nabije toekomst zullen ontwikkelen. Voor marktpartijen en investeerders speelt dat een belangrijke rol bij het doen van grote investeringen in de telecommunicatiesector die vaak pas op langere termijn rendabel zijn. Omdat de voorgeschreven tariefontwikkeling in een price cap-systeem normaliter is gekoppeld aan een mandje van diensten heeft het gereguleerde bedrijf zelf meer vrijheid om te bepalen in welke mate de verschillende diensten daaraan zullen bijdragen. KPN kan daardoor beter reageren op marktontwikkelingen.

38. De doelstellingen die met behulp van price cap-regulering op lange termijn worden gerealiseerd, kunnen op korte termijn op gespannen voet staan met de hoofddoelstellingen van tariefregulering, te weten het beschermen van gebruikers tegen te hoge tarieven en het

bevorderen van de concurrentie. Zonder nadere voorwaarden zou KPN aan de price cap-taakstelling (CPI-X) kunnen voldoen door de tarieven van diensten waarop nog vrijwel geen concurrentie is ongewijzigd te laten of zelfs te verhogen en de tarieven van diensten waarop wel reeds een zekere vorm van concurrentie is fors te verlagen. De 'gevangen' gebruiker geniet dan onvoldoende bescherming tegen te hoge tarieven, terwijl concurrenten oneerlijke concurrentie wordt aangedaan doordat KPN bovenmatige winsten die behaald zijn op 'gevangen' gebruikers kan gebruiken om lagere tarieven te kunnen bieden voor diensten waarop zij reeds concurrentie ondervindt.

39. Het gaat er dus om een optimum te bepalen waarbij de doelstellingen van het price cap-systeem zoveel mogelijk gerealiseerd kunnen worden zonder afbreuk te doen aan de hoofddoelstellingen van de tariefregulering. In hoofdstuk 4.3 komt aan de orde op welke wijze het college dit heeft bepaald.

40. De meeste partijen die op de consultatie hebben gereageerd, ondersteunen de keuze voor tariefregulering op basis van een price cap-systeem. Men is het erover eens dat als voor enige vorm van tariefregulering wordt gekozen, een price cap-systeem de beste methode is. Ook KPN heeft aangegeven dat zij een voorstander is van tarieventoezicht op basis van een price cap-systeem. Daarbij vraagt KPN zich, evenals een aantal andere marktpartijen, wel af of tariefregulering nog nodig is. Gesteld wordt dat de concurrentie op een aantal terreinen al zodanig is ontwikkeld dat de totstandkoming van kostengeoriënteerde tarieven aan 'de markt' kan worden overgelaten. Het college deelt deze opvatting niet. Uit de analyse van de concurrentiesituatie die het college in het kader van de consultatie heeft uitgevoerd (zie hoofdstuk 4 van het consultatiedocument price caps) is het college gebleken dat er voor de meeste diensten van KPN, met uitzondering van internationale telefonie, nog geen sprake is van zodanige effectieve concurrentie dat de totstandkoming van kostengeoriënteerde tarieven op dit moment al aan de markt kan worden overgelaten. Aangezien het college bij wet is opgedragen toe te zien op de kostenoriëntatie van de tarieven, kan van het achterwege laten van tariefregulering in dit stadium van de concurrentie-ontwikkeling dan ook geen sprake zijn.

41. Het college zal de bovengrens die op grond van de toepassing van het vereiste van kostenoriëntatie aan de telefoontarieven van KPN kan worden gesteld in het vervolg beoordelen op basis van een systeem van price caps. Om welke tarieven van welke diensten het gaat komt in hoofdstuk 4.2 aan de orde. In de rest van hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de details van het price cap-systeem.

## **4.2 Diensten in het price cap-systeem**

42. In het consultatiedocument heeft het college een analyse gemaakt van de concurrentiesituatie op verschillende deelmarkten. Eerst zijn de verschillende markten afgebakend. Onderscheid is gemaakt tussen de volgende productmarkten: vaste telefoonaansluitingen, lokaal telefoonverkeer, nationaal telefoonverkeer, telefoonverkeer van vast naar mobiel en Internet-toegang. Daarna is op basis van een aantal criteria, die gezamenlijk bepalend zijn voor de mate van effectieve concurrentie op de betreffende deelmarkt, vastgesteld voor welke diensten van KPN beoordeling op kostenoriëntatie noodzakelijk is. Voor alle genoemde deelmarkten was de conclusie dat de concurrentie nog niet zodanig effectief is dat een beoordeling op kostenoriëntatie achterwege kan worden gelaten. Alleen voor internationale telefonie heeft het college vorig jaar reeds besloten dat de concurrentiesituatie rechtvaardigt dat een toets op de bovengrens van de tarieven niet nodig is.

43. Uiteindelijk heeft het college voorgesteld de volgende diensten op te nemen in het price cap-systeem, met de daaraan verbonden tarieven (in de verschillende tariefpakketten):

- 1) de aansluiting op PSTN en ISDN (de tarieven die hierbij horen zijn de eenmalige aansluitkosten, migratiekosten, verhuiskosten en het abonnement);
- 2) lokaal telefoonverkeer (piek-, dal- en starttarieven);
- 3) nationaal telefoonverkeer (piek-, dal- en starttarieven);
- 4) telefoonverkeer van vast naar mobiel (alleen het verschil tussen de eindgebruikerstarieven en de aan mobiele operators betaalde 'terminating access'-vergoedingen wordt opgenomen);

- 5) de gidsvermelding en de bijbehorende verstrekking van diensten;
- 6) de telefonische inlichtingendiensten.

Voor meer informatie over de achtergronden van de marktanalyse en de keuze voor de bovengenoemde diensten verwijst het college kortheidshalve naar hoofdstuk 4 en 5 van het consultatiedocument.

44. De meeste respondenten kunnen zich vinden in de door het college voorgestelde diensten. Sommigen vinden echter dat nationaal telefoonverkeer en verkeer van vast naar mobiel vanwege de toegenomen concurrentie ten onrechte zijn opgenomen. Een aantal anderen is van opvatting dat de marktanalyse die aan de keuze van het college ten grondslag ligt, op onderdelen te beperkt is. Bij die analyse zouden ook de concurrentiesituatie op de verschillende marktsegmenten en in de verschillende regio's moeten worden betrokken. Ook met de verwachte ontwikkelingen in de concurrentie over de hele price cap-periode zou rekening moeten worden gehouden. Concluderend stelt KPN dat bij een juiste analyse van de markt het college tot de conclusie had moeten komen dat eventuele restricties binnen het price cap-systeem niet nodig zijn.

45. Het college merkt hierover het volgende op. Op nationale telefoongesprekken vindt inderdaad enige mate van concurrentie plaats, met name via carrier selectie. Toch is er naar het oordeel van het college geen sprake van zodanige effectieve concurrentie dat de kostenoriëntatietoets achterwege zou kunnen blijven. Dat blijkt met name uit de beperkte prijsconcurrentie en de hoge winstmarges die worden behaald. Wat verkeer van vast naar mobiel betreft, is er door een aantal partijen terecht op gewezen dat concurrentie niet alleen van andere aanbieders van vaste telefonie komt, via bijv. carrier selectie, maar ook van aanbieders van mobiele telefonie. Gesprekken van mobiel naar mobiel zijn vaak al goedkoper dan gesprekken van vast naar mobiel, afhankelijk van de gekozen abonnementsvorm. Ook hier geldt dat er weliswaar sprake is van (toegenomen) concurrentie, maar dat de tarieven aan de hoge kant blijven vergeleken met gesprekken op het vaste net of van mobiel naar vast. In die zin is van effectieve concurrentie nog geen sprake.

46. De stelling dat het college zijn analyse van de concurrentiesituatie niet alleen op verschillende deelmarkten had moeten betrekken, maar ook op verschillende marktsegmenten en naar verschillende regio's wordt door het college niet gedeeld. In het consultatiedocument is er reeds op ingegaan dat voor het toezicht op de tarieven marktsegmentatie niet relevant is omdat de tarieven van KPN niet discriminerend mogen zijn en gelijkheid van behandeling moeten waarborgen (artikel 34 van het BOHT). Op grond van artikel 39 van dezelfde regeling kan het college KPN wel ontheffing verlenen van de verplichtingen inzake kostenoriëntatie indien het college van oordeel is dat op een relevante deelmarkt (de toelichting heeft het over een specifiek geografisch gebied) sprake is van daadwerkelijke concurrentie. Het college zag thans onvoldoende aanleiding nader te onderzoeken of overwogen zou moeten worden van deze ontheffingsmogelijkheid gebruik te maken.

47. Verder is er een aantal ontwikkelingen gaande die van invloed kunnen zijn op de concurrentie op vaste telefonie. Te denken valt aan de mogelijkheden van WLL, UMTS en ADSL<sup>3</sup>. In welke mate deze ontwikkelingen de concurrentie op vaste telefoondiensten zullen beïnvloeden, valt thans moeilijk te overzien. Het college verwacht niet dat deze ontwikkelingen gedurende de looptijd van de price cap een zodanige vlucht gaan nemen dat ze de concurrentie op vaste telefoondiensten substantieel zullen beïnvloeden.

48. Voorts is gesteld dat het college rekening zou moeten houden met de verwachte ontwikkelingen in de concurrentie over de gehele price cap-periode. Hoewel op voorhand niet uitgesloten kan worden dat de concurrentie zich zeer snel op bepaalde deelmarkten zou kunnen ontwikkelen, bijv. op nationale telefonie als gevolg van de invoering van carrier pre selectie, valt dit vooraf niet met zekerheid te zeggen. Aangezien op geen van de onderscheiden deelmarkten thans sprake is van effectieve concurrentie, is het college van oordeel dat in geval van onzekerheid aangaande concurrentie-ontwikkelingen thans gekozen moet worden voor het opnemen van de betreffende dienst(en) in het price cap-systeem.

49. Op grond van de voorgaande overwegingen ziet het college geen aanleiding voor aanpassing van de conclusies die verbonden zijn aan de analyse van de concurrentiesituatie. De eerder genoemde diensten zullen dus in het price cap-systeem worden opgenomen.

### **4.3 Price cap per mandje of per dienst**

50. Als de price cap wordt gerelateerd aan een mandje van diensten, zonder dat daaraan nadere voorwaarden worden gesteld, kan KPN tariefverhogingen op de ene dienst naar eigen goeddunken compenseren met tariefverlagingen op een andere dienst mits voldaan wordt aan de algehele price cap-taakstelling. Het betekent dat KPN een grote mate van vrijheid heeft in de tariefstelling. KPN zou de tarieven voor het abonnement en voor lokaal bellen, waarvoor de meeste gebruikers nog niet naar andere aanbieders kunnen uitwijken, kunnen verhogen om met deze extra inkomsten extra lage tarieven te kunnen hanteren voor diensten waarop al wel enige concurrentie plaatsvindt, zoals nationale telefoongesprekken en gesprekken van vast naar mobiel. Daarnaast doet zich ten aanzien van lokaal verkeer het risico voor dat als gevolg van de enorme groei van het Internet-inbelverkeer, zelfs bij gelijkblijvende tarieven, bovenmatige winsten zullen ontstaan die kunnen worden gebruikt om de mededinging op deelmarkten waar wel concurrentie is te beperken. Het moge duidelijk zijn dat de belangen van de 'gevangen' gebruikers en concurrenten hiermee niet zijn gediend. Bij een price cap per mandje, zonder nadere voorwaarden, is er dus een reëel risico dat de hoofddoelstellingen van tariefregulering niet worden gerealiseerd.

51. Juist vanwege het bovenbeschreven mechanisme heeft een aantal marktpartijen aangedrongen op een price cap per dienst in plaats van een price cap voor een mandje van diensten. Voor elke dienst wordt dan afhankelijk van de specifieke karakteristieken van de betreffende deelmarkt vastgesteld hoe de tarieven zich de komende jaren dienen te ontwikkelen. Aldus wordt voorkomen dat overheveling van bovenmatige winsten van de ene deelmarkt naar de

---

<sup>3</sup> WLL: Wireless Local Loop; UMTS: Universal Mobile Telecommunication System; ADSL: Asynchronous Digital Subscriber Line.

andere plaatsvindt. Het bezwaar van het college tegen dit voorstel is dat de wijze van tariefregulering dan een wel erg groot stempel drukt op de tariefontwikkelingen in de markt. Door het gedetailleerd regelen van de markt is het risico niet denkbeeldig dat meer marktverstoringen worden geïntroduceerd dan worden voorkomen. De wijze waarop tarieven tot stand komen laat het college liever zoveel mogelijk aan 'de markt' over. Bovendien laat de voorgestelde aanpak KPN vrijwel geen ruimte om in te spelen op marktontwikkelingen.

52. De voorkeur van het college gaat uit naar een price cap voor een mandje van diensten waarbij een beperkt aantal randvoorwaarden is opgenomen om de hierboven gesignaleerde risico's zoveel mogelijk te beperken, terwijl aan de andere kant de tariefvrijheid van KPN niet te zeer wordt beknot. Extra maatregelen zijn naar het oordeel van het college uitsluitend vereist voor die diensten waarvoor de meeste gebruikers min of meer afhankelijk zijn van KPN, te weten het abonnement en lokale telefonie. Een (tijdelijke) verhoging van de tarieven van deze diensten zou vanwege onvoldoende corrigerende werking van de markt kunnen leiden tot bovenmatige winstneming die weer op andere markten kan worden aangewend om de mededinging te beperken.

53. Voor het abonnement kan worden volstaan met een afzonderlijk tariefplafond. Aangezien in het aansluitnet weinig efficiencyvoordelen te behalen zijn en de kosten van het leggen van aansluitingen vooral gedreven worden door de loonontwikkelingen, acht het college het redelijk dat KPN eventuele kostenstijgingen, waaronder ook de kosten van nieuwe ontwikkelingen zoals carrier pre-selectie, wel mag doorberekenen; echter niet onbeperkt. Uitgaande van een efficiënte bedrijfsvoering acht het college het aannemelijk dat de kostenstijging de inflatie niet te boven gaat. Derhalve geldt als randvoorwaarde dat het abonnementstarief met niet meer dan de jaarlijkse inflatie mag stijgen. Het spreekt voor zichzelf dat, als het abonnementstarief wordt verhoogd, andere tarieven extra moeten worden verlaagd om aan de algehele price cap-taakstelling te voldoen.

54. Voor de lokale telefoontarieven zou een eenvoudige randvoorwaarde kunnen zijn dat ze niet mogen worden verhoogd. Echter, vanwege de enorme toename van lokaal verkeer, met name als gevolg van de enorme groei van Internet-inbelverkeer, is het zeer waarschijnlijk dat bij gelijkblijvende tarieven bovenmatige winstneming zal plaatsvinden. De kosten nemen naar verhouding namelijk veel minder snel toe dan de omzet. Zonder verlaging van de tarieven betalen gebruikers geleidelijk aan te veel voor deze dienst, waarvoor de meeste gebruikers vrijwel geen alternatieven hebben. Het college acht het daarom redelijk dat de algehele price cap-taakstelling die voor een mandje van diensten geldt, in ieder geval verplicht wordt gesteld voor de lokale telefoontarieven. Daarmee worden 'gevangen' gebruikers voldoende beschermd en blijft ook de efficiencyprikkel onveranderd van kracht. Immers, als KPN erin slaagt extra besparingen in de lokale infrastructuur te realiseren, dan profiteert zij hier zelf van.

55. Voor de overige diensten acht het college aanvullende maatregelen niet nodig. Voor nationaal bellen en bellen van vast naar mobiel geldt dat gebruikers bij eventuele tariefverhogingen voldoende alternatieven hebben in de vorm van carrier (pre-)selectie.

56. In de aanloop op het consultatiedocument price caps heeft de NMa zich op het standpunt gesteld dat OPTA in zijn analyse van de marktsituatie meer recht zou moeten doen aan de afzonderlijke markten. Hieraan verbond de NMa de conclusie dat een price cap per dienst te prefereren was boven een price cap per mandje. Nu het college ervoor gekozen heeft om afhankelijk van de situatie op de verschillende deelmarkten zekere randvoorwaarden aan de tariefontwikkeling te stellen, meent de NMa dat daarmee in voldoende mate lijkt te worden voorkomen dat er (aanzienlijke) marktverstoringen optreden.

#### **4.4 Looptijd van het price cap-systeem**

57. Het college heeft in het consultatiedocument voorgesteld het price cap-systeem voor de duur van drie jaar vast te stellen. Deze lengte biedt volgens het college het beste evenwicht tussen de noodzaak van enerzijds een voldoende substantiële termijn voor efficiencyprikkel en anderzijds een te overziene periode in verband met een aantal ontwikkelingen op de telecommunicatiemarkt waarvan onzeker is wat de impact ervan zal zijn op de concurrentie-ontwikkeling. Het gaat dan om ontwikkelingen als de invoering van carrier pre-selectie in 2000, ontbundelde toegang tot het aansluitnet, IP-telefonie en de ONP-review in de Europese Unie.

58. In de reacties op het consultatiedocument worden door de respondenten lengtes voorgesteld variërend van 1 tot 4 jaar. Aangezien hierbij geen nieuwe argumenten naar voren zijn gebracht die het college niet al bij zijn eerdere afweging heeft betrokken, ziet het college geen aanleiding hierin wijzigingen aan te brengen. De price cap-periode zal derhalve voor drie jaar worden vastgesteld en lopen van 1 juli 1999 tot 30 juni 2002. Daarbij gaat het college er vanuit dat KPN, gedurende die periode, blijft aangewezen als partij met een aanmerkelijke macht op de markt voor de vaste openbare telefoondienst.

59. In het laatste price cap-jaar zal het college het price cap-systeem evalueren en tevens bezien op welke wijze de tariefregulering vorm dient te krijgen na afloop van de onderhavige price cap-periode. Vanzelfsprekend zullen marktpartijen en overige belanghebbenden hierover worden gehoord.

#### **4.5 Geleidelijke of eenmalige ijking van de lokale tarieven**

60. Kortgeleden hebben vier kabelbedrijven aangekondigd te gaan samenwerken op het gebied van telefonie. Deze mededeling heeft het college in zekere zin verrast. Tijdens het onderzoek begin dit jaar naar de ontwikkeling van lokale telefoniediensten gaven de meeste kabelbedrijven nog aan te willen wachten op de ontwikkeling van telefoniediensten via datanetten die gebruik maken van het protocol dat ook wordt gebruikt voor Internet-inbelverkeer (IP-telefonie). De uitkomsten van dit onderzoek heeft het college in juni van dit jaar gepubliceerd<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Zie voetnoot 1.



61. Uit dat onderzoek bleek dat ten hoogste 25% van de consumenten in Nederland binnen 1 á 2 jaar kon kiezen bij wie zij hun lokale telefoongesprekken willen afwikkelen, bij KPN of bij een andere aanbieder van vaste telefonie. UPC Nederland biedt nu reeds telefoondiensten aan. Nu blijkt dat ook Casema, Castel en Palet telefonie willen gaan aanbieden zoals UPC dat nu reeds doet. Bovendien zullen zij gaan samenwerken, zodat zij voor deze dienst veel minder afhankelijk zijn van KPN. Naar schatting kunnen deze bedrijven per ultimo 2000 in ieder geval over 2,2 mln. aansluitingen telefonie aanbieden. De bijdrage van Castel en Palet is daarbij nog niet inbegrepen.

62. De plannen van de kabelbedrijven hebben het college op het laatste moment voor een lastige afweging geplaatst. Enerzijds moet worden afgewacht of de plannen van de kabelbedrijven zullen materialiseren en in welk tempo. In het verleden is de samenwerking tussen kabelbedrijven op het gebied van telefonie moeizaam verlopen. Toch lijkt er een kentering te zijn nu de eerdergenoemde kabelbedrijven, met kapitaalcrachtige aandeelhouders, hebben toegezegd de komende jaren aanzienlijk te zullen investeren om hun netten onderling te koppelen en geschikt te maken voor telefonie. Anderzijds onderkent het college dat zijn besluitvorming over de telefoontarieven van invloed kan zijn op de nog prille plannen. Kabelbedrijven zijn voor het opbouwen van een klantenbasis sterk afhankelijk van de prijsvorming van het abonnement en van de lokale telefoontarieven van KPN. Bij een eenmalige verlaging van de lokale tarieven zal het voor deze bedrijven moeilijker worden door een aantrekkelijk prijscontrast klanten te bewegen over te stappen en aldus een klantenbestand op te bouwen. Bovendien hebben de betrokken partijen aangegeven dat zij verwachten dat andere kabelbedrijven zich zullen aansluiten. In dit verband zou het onverkort doorzetten van de eenmalige verlaging van de lokale tarieven thans een verkeerd signaal geven aan de kabelsector.

63. Het college heeft het volgende overwogen. Ten eerste is het college van opvatting dat de plannen van de kabelbedrijven, gelet op het 'commitment' dat ze zijn aangegaan, serieus moeten worden genomen. Het is van groot belang dat investeringen in alternatieve vaste infrastructuur plaatsvinden. In het concrete geval tekent zich de mogelijkheid af van het ontstaan van een daadwerkelijke alternatieve landelijke aanbieder die door de beschikbaarheid van eigen lokale aansluitnetten de consumenten ook een keuze kan bieden op het weerbarstige terrein van de lokale telefonie. Dit biedt voor de lange termijn het beste klimaat voor het ontstaan van daadwerkelijke concurrentie. Ten tweede zal het bovenmatige rendement op de lokale tarieven in ieder geval worden weggewerkt, de vraag is alleen in welk tempo. Bij een eenmalige ijking gebeurt het direct. Indien er geen eenmalige ijking plaatsvindt, zal het geleidelijk gebeuren gedurende de price cap-periode in de vorm van een hogere X in de price cap. Ten derde is de omvang van een eenmalige tariefverlaging van belang. Omdat het bovenmatig rendement dat wordt genoten op lokaal verkeer -als gevolg van de in 1999 doorgevoerde tariefverlagingen alsmede het gestegen kostenniveau van KPN- nog slechts gering is, zou het om een beperkte verlaging van de lokale tarieven gaan. Het college is van oordeel dat het voordeel voor de consument van die beperkte verlaging ineens, niet opweegt tegen het voordeel van het geleidelijk wegnemen van een bovenmatig rendement én de toegenomen mogelijkheid dat consumenten binnen afzienbare termijn tegen nog lagere tarieven bij een andere aanbieder terecht kunnen.

64. De NMa heeft in haar reactie op de concept-versie van dit oordeel aangegeven zich voor te kunnen stellen dat OPTA bij rendementen die slechts in geringe mate boven het normrendement liggen, besluit voor een geleidelijke aanpassing binnen het price cap-systeem. Hoewel de NMa in beginsel voor een eenmalige ijking van de tarieven is, meent de NMa dat de uiteindelijke keuze tussen een eenmalige of een geleidelijke aanpassing een afweging zal zijn tussen enerzijds marktverstoringen vanwege het feit dat markten gevoelig zijn voor signalen van de zijde van de regulator en anderzijds het verlies van consumentensurplus dat veroorzaakt wordt door een extra rendement dat gering is en na drie jaar tot nul is gereduceerd.

65. Op grond van de voorgaande overwegingen heeft het college besloten af te zien van een eenmalige ijking van de lokale telefoontarieven voorafgaand aan de inwerkingtreding van het price cap-systeem.

#### **4.6 Randvoorwaarden**

66. In hoofdstuk 4.3 is aangegeven dat in het price cap-systeem randvoorwaarden zullen worden opgenomen voor het abonnement en voor de lokale telefoontarieven. Het abonnementstarief mag jaarlijks niet meer stijgen dan de inflatie en de lokale telefoontarieven moeten jaarlijks dalen met een percentage dat tenminste gelijk is aan de algehele price cap. Deze randvoorwaarden zijn uitsluitend van toepassing op het abonnementstarief en de lokale telefoontarieven van de PSTN-abonnementsvorm waar verreweg de meeste KPN-abonnees gebruik van maken, te weten de abonnementsvorm BelBasis.

67. Het vaststellen van randvoorwaarden voor de overige abonnementsvormen acht het college nodeloos beperkend. Zoals reeds eerder is gesteld, zijn de randvoorwaarden er op gericht 'gevangen' gebruikers te beschermen tegen te hoge tarieven en concurrenten te beschermen tegen overheveling van bovenmatige winsten van markten met weinig concurrentie naar markten met meer concurrentie. Aangezien KPN-abonnees te allen tijde voor de standaard abonnementsvorm PSTN-BelBasis kunnen kiezen en, uitgaande van rationeel handelende gebruikers, zij alleen een ander tariefpakket zullen nemen indien dat aantrekkelijker is, meent het college dat het alleen voor de tarieven van dit basis-pakket noodzakelijk is om randvoorwaarden vast te stellen.

68. Het lijkt aannemelijk dat de randvoorwaarden indirect ook op de overige abonnementsvormen, met uitzondering van BelBudget, van toepassing zullen zijn. Dit heeft te maken met de onderlinge verhouding waarin de verschillende abonnementsvormen tot elkaar staan. Die is door KPN zelf gekozen met het oogmerk om haar aanbod van diensten zo goed mogelijk te laten aansluiten op het belgedrag van de verschillende typen gebruikers. In geval de lokale tarieven bij de abonnementsvorm PSTN-BelBasis worden verlaagd, zal KPN dit vrijwel zeker ook in andere abonnementsvormen doorvoeren teneinde de differentiatie in het aanbod in stand te houden.

69. Het college ziet af van zijn eerdere voornemen om voor nationaal telefoonverkeer en verkeer van vast naar mobiel een aparte randvoorwaarde op te nemen. Gebruikers hebben voor deze

diensten nu voldoende alternatieve mogelijkheden buiten het aanbod van KPN. Voor deze diensten kunnen gebruikers dan ook niet als 'gevangen' worden beschouwd. Wel zal het college de tarieven van vast naar mobiel op korte termijn nader onderzoeken op aspecten van kostenoriëntatie en non-discriminatie. In dit verband verwijst het college naar § 106 t/m 108.

#### **4.7 Weegfactoren**

70. Het college heeft in het consultatiedocument voorgesteld om tariefwijzigingen in alle tariefpakketten van de onder de price cap vallende diensten, te laten meetellen voor het realiseren van de price cap-taakstelling. Het betekent dat de jaarlijkse price cap gerelateerd wordt aan de totale omzet van de onder de price cap vallende diensten. Het relatieve gewicht van de individuele tarieven wordt bepaald door de daarmee corresponderende omzetten te relateren aan de totale omzet. Als belangrijkste voordeel is door het college aangemerkt dat het eenvoudig is en naadloos aansluit bij de boekhouding van KPN.

71. In reacties op het consultatiedocument is door de Consumentenbond geopperd om de weegfactoren te baseren op het belgedrag van de gemiddelde consument of om aan het abonnement een zwaarder gewicht toe te kennen vanwege externaliteits-effecten (een extra aansluiting op het telefoonnet betekent dat de bestaande gebruikers meer telefoonnummers kunnen bellen). Allereerst dient opgemerkt te worden dat wegingsfactoren op basis van de totale omzet niet extreem zullen afwijken van een 'consumenten-weging'. In beide gevallen wegen het abonnementstarief en de lokale tarieven zwaar mee; bij een 'consumenten-weging' nog weer net iets zwaarder. Het bezwaar tegen het gebruik van een dergelijke consumentenweging is dat de berekende price cap is gebaseerd op de ontwikkeling van de totale omzet en kosten van KPN. Als gekozen zou worden voor een 'consumenten-weging' dient de berekende price cap in neerwaartse zin te worden aangepast om te corrigeren voor het feit dat zakelijke gebruikers voor KPN winstgevender zijn dan consumenten. Bovendien is door het hanteren van randvoorwaarden voor het abonnement en lokaal telefoonverkeer verzekerd dat 'gevangen' gebruikers ook zullen profiteren van de tariefverlagingen onder het price cap-systeem.

72. Het college zal daarom vasthouden aan het beginsel dat het effect van individuele tariefwijzigingen wordt bepaald aan de hand van het relatieve gewicht van de aan het betreffende tarief gerelateerde omzet ten opzichte van de totale omzet van de verschillende diensten onder het price cap-systeem.

73. Idealiter zou daarbij moeten worden uitgegaan van de omzet die gedurende een price cap-jaar wordt gerealiseerd. Praktisch gezien stuit dit op het probleem dat deze omzet pas achteraf kan worden vastgesteld, terwijl vooraf duidelijkheid is vereist om vast te kunnen stellen wat de omvang van de jaarlijkse tariefverlagingen dient te zijn. Een ander probleem is dat de omzet doorgaans niet over de periode van 1 juli tot 30 juni wordt bepaald. Als uitgegaan wordt van de meest recente en beschikbare 'harde' informatie, te weten de omzet over het voorgaande jaar, dan loopt deze informatie tegen het einde van een bepaald price cap-jaar 1,5 jaar achter bij de werkelijke omzet die op dat moment wordt gerealiseerd. Als de omzet in die periode sterk is gestegen, is de price cap feitelijk te laag om het gewenste resultaat te bereiken.

74. Ter illustratie het volgende voorbeeld: Stel dat de netto price cap voor het eerste price cap-jaar van 1 juli 1999 tot en met 30 juni 2000 -3% bedraagt en de omzet over 1998 f 5 miljard is, dan zou KPN op basis van deze cijfers in het eerste jaar f 150 miljoen aan tariefverlagingen moeten realiseren. Als naderhand blijkt dat de omzet gedurende de periode 1 juli 1999 - 30 juni 2000 f 6 miljard bedraagt, dan hadden de tariefverlagingen eigenlijk moeten optellen tot f 180 miljoen. Een mogelijke oplossing waarbij naderhand de feitelijke omzet over een price cap-jaar wordt bepaald, acht het college administratief te belastend en laat volgens het college ook aan duidelijkheid te wensen over. Enige vorm van correctie lijkt echter gerechtvaardigd. De meest praktische oplossing acht het college de volgende. Gedurende een price cap-jaar (stel: 1999-2000) wordt uitgegaan van de omzet van het vorige jaar (1998). Bij de start van het volgende price cap-jaar (2000-2001) wordt de omvang van de vereiste tariefverlagingen voor het voorgaande jaar (1999-2000) definitief vastgesteld aan de hand van de meest recente omzetcijfers over het voorgaande jaar (1999). Alsdan kan geconstateerd worden of de tarieven te veel of te weinig zijn gedaald. Een eventueel overschot of tekort wordt dan verrekend met de vereiste tariefverlagingen voor het daaropvolgende price cap-jaar (2000-2001).

75. Dezelfde problematiek doet zich voor bij het meten van het effect van individuele tariefwijzigingen ter realisatie van de price cap-taakstelling. In beginsel zou het effect moeten worden berekend door het verschil tussen de nieuwe en oude tarieven te vermenigvuldigen met de aantallen die daarop van toepassing zijn (aantal gespreksminuten, aantal gesprekken, aantal abonnees). Idealiter zou daarbij uitgegaan moeten worden van de aantallen die in de betreffende periode (1 juli-30 juni) feitelijk gerealiseerd worden (aantal minuten, gesprekken, abonnees). Ook hier geldt weer dat het verzamelen van deze informatie administratief zeer belastend is en bovendien dat veel te laat duidelijkheid wordt verschaft over de wijze waarop tariefwijzigingen meetellen.

76. Als bij het meten van de effecten van tariefwijzigingen uitgegaan wordt van de meest recente 'harde' gegevens (dus voor de periode 1 juli 1999 - 30 juni 2000 van cijfers over 1998), doet zich het risico voor dat de aantallen in de tussentijd zodanig wijzigen dat de feitelijk tariefverlagingen veel te laag of juist te hoog uitpakken. Hiervoor dient naar het oordeel van het college op dezelfde wijze te worden gecorrigeerd als voor de omzet, namelijk door bij de start van het volgende price cap-jaar het effect van de tariefverlagingen definitief vast te stellen aan de hand van de op dat moment meest recente gegevens over aantallen en hoeveelheden (over 1999). Een eventueel overschot of tekort wordt dan verrekend met de vereiste tariefverlagingen voor het daaropvolgende price cap-jaar.

#### **4.8 Inflatie-index**

77. In formulevorm luidt de jaarlijkse price cap:  $CPI \cdot X$ . Daarbij staat CPI voor de ontwikkeling van de consumentenprijsindex en X voor de nominale tariefontwikkeling die jaarlijks dient plaats te vinden. Het voorstel om de price cap-formule te corrigeren voor de inflatie wordt breed gedeeld. In de opzet van het price cap model is hiermee ook rekening gehouden: alle waarden die daarin gebruikt worden zijn reële waarden d.w.z. gecorrigeerd voor inflatie. Het college heeft voorgesteld

om de consumentenprijsindex van het Centraal Bureau voor de Statistiek te hanteren omdat die algemeen als een goede indicator voor de inflatie wordt beschouwd. Hiertegen is door KPN naar voren gebracht dat de CBS-index de inflatie in het verleden meet, terwijl het juist is om uit te gaan van de verwachte inflatie.

78. Conceptueel gezien heeft het de voorkeur om te rekenen met de verwachte inflatie die geldt voor het betreffende price cap-jaar. In de praktijk worden echter geen schattingen gemaakt voor periodes die van het midden van het ene jaar tot het midden van het volgende jaar lopen. Als beste benadering voor de verwachte inflatie van een dergelijke periode zou de inflatieverwachting kunnen worden beschouwd voor het eerste jaar waarin het price cap-jaar valt. Voor de periode van 1 juli 1999 tot en met 30 juni 2000 gaat het dan om de verwachte inflatie over 1999. Het Centraal Planbureau maakt een aantal keren een schatting voor de inflatie in een bepaald jaar. De meest recente schatting waarvan kan worden uitgegaan als een nieuw price cap-jaar ingaat, betreft de verwachte inflatie in het CPB-rapport van april of juli. De laatste jaren is echter gebleken dat de aan het begin van het jaar verwachte inflatie nogal kan afwijken van de achteraf feitelijk geconstateerde inflatie. Het gaat om verschillen tussen 0 en 0,75%. Aangezien dit grote invloed heeft op de hoogte van de netto price cap, acht het college het niet wenselijk zich hierop te baseren.

79. Uit de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek valt op te maken dat de inflatie in enig jaar meestal niet veel afwijkt van de inflatie in het voorgaande jaar. Als op die manier de verwachte inflatie zou zijn bepaald, zouden achteraf verschillen tussen 0 en 0,2% zijn waargenomen. Dat verschil is aanzienlijk kleiner. Derhalve zal het college de inflatie in de price cap-formule baseren op de werkelijke inflatie van het voorgaande jaar. Voor de periode van 1 juli 1999 - 30 juni 2000 is dat de inflatie over 1998. Als maatstaf voor inflatie zal het college de jaarlijks in februari door het CBS gepubliceerde *ConsumentenPrijsIndexcijfer* hanteren. In het price cap-model wordt de relatieve ontwikkeling (uitgedrukt in procenten) van het gemiddelde niveau van de CPI in het ene jaar ten opzichte van het gemiddelde niveau van de CPI in het voorgaande jaar weergegeven. Voor 1998, en dus voor het eerste price cap-jaar, bedraagt deze 2,0%. Volledigheidshalve merkt het college op dat achteraf niet gecorrigeerd zal worden voor de feitelijke inflatie in een jaar.

80. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op de wijze waarop de andere variabele in de price cap-formule, de waarde van X, bepaald is.

#### **4.9 Carry-over**

81. Carry-over houdt in dat KPN tariefverlagingen die in enig jaar verder gaan dan op basis van de price cap vereist is, mag overhevelen naar het volgende price cap-jaar. Voor gebruikers is dat aantrekkelijk; hoe eerder tariefverlagingen in de tijd gezien plaatsvinden, des te beter. Om die reden wil het college carry-over voor extra tariefverlagingen toestaan. Sommigen zijn hiertegen omdat ze bang zijn dat KPN deze bepaling zal aangrijpen om in het eerste jaar in één keer de volledige tariefverlaging voor de komende drie jaar te realiseren. Hierdoor zou KPN een 'shake-out' kunnen creëren. Het college merkt echter op dat niets KPN eraan in de weg staat om tarieven verder te verlagen dan op grond van het price cap-systeem is vereist, mits de mededingingsregels maar niet worden overtreden. De voorgestelde carry-over-regeling maakt dat niet anders.

82. Misbruik van deze regeling is echter denkbaar in die zin dat KPN binnen de regels van het price cap-systeem eerst de tarieven drastisch verlaagt en als de concurrenten zijn verdwenen weer verhoogt. Het college stelt voor dit tegen te gaan door niet toe te staan dat tarieven die eenmaal zijn verlaagd, later in de price cap-periode weer worden verhoogd.

83. Daarnaast acht het college het wenselijk de carry-over die in een bepaald jaar gerealiseerd wordt te corrigeren voor de meest recente omzetcijfers bij de ingang van het nieuwe price cap jaar. Uitgaande van een jaarlijks toenemende omzet zou het aantrekkelijk zijn om de tariefverlagingen die gedurende de gehele price cap-periode zijn vereist, naar voren te halen. Ter illustratie: Een tariefverlaging van 1% op een omzet van  $f$  5 miljard weegt immers minder zwaar dan eenzelfde verlaging op een omzet van  $f$  6 miljard. In de vereiste correctie is reeds voorzien door de procedure waarop de jaarlijkse tariefverlagingen worden doorberekend (zie hoofdstuk 4.7).

#### **4.10 Effectenrealisatie**

84. Zonder aanvullende regels is KPN er bij gebaat tariefverlagingen zo laat mogelijk en tariefverhogingen zo vroeg mogelijk te laten plaatsvinden binnen het price cap-systeem. Het college heeft daarom in het consultatiedocument voorgesteld de realisatie van de jaarlijkse vereiste tariefontwikkeling vast te leggen. Binnen 3 maanden na ingang van een price cap-jaar zou KPN 80% van de price cap gerealiseerd dienen te hebben en 100% na 9 maanden.

85. De meeste respondenten zijn het met dit voorstel eens. KPN heeft er bezwaar tegen omdat het een verkapte extra tariefverlaging is; het netto-effect van het voorstel is dat de feitelijke tariefverlaging groter is dan de price cap. De price cap is namelijk bepaald alsof de jaarlijks vereiste tariefaanpassing precies in het midden van het price cap-jaar plaatsvindt, dus 6 maanden na ingang van een price cap-jaar. Het voorstel van het college betekent dat tariefwijzigingen extra in de tijd naar voren worden gehaald waardoor netto gezien een extra omzetsderving plaatsvindt.

86. Een alternatief zou kunnen zijn dat KPN 100% van de jaarlijks vereiste tariefontwikkeling uiterlijk na 6 maanden dient te hebben gerealiseerd. Het nadeel hiervan is dat KPN dan wel erg weinig speelruimte heeft om op (tarief)ontwikkelingen in de markt te reageren. Een beter alternatief acht het college het volgende: minimaal 50% van de jaarlijks vereiste tariefontwikkeling dient uiterlijk na 3 maanden plaats te vinden en minimaal 100% uiterlijk na 9 maanden. Teneinde de 'timing' van tariefwijzigingen beter te laten aansluiten op de wijze waarop de price cap is bepaald, zal het college dit opnemen in het price cap-systeem. Daarbij zal KPN ook verplicht worden tijdig met tariefvoorstellen te komen opdat aan het bovenstaande kan worden voldaan.

87. Ter bevordering van de transparantie zal het college driemaandelijks publiceren in welke mate op dat moment realisatie van de jaarlijks vereiste tariefontwikkeling heeft plaatsgevonden. Daarbij zal aangegeven voor hoeveel procent reeds voldaan is aan de jaarlijks vereiste tariefontwikkeling.

88. Met de 'timing' van tariefwijzigingen hangt samen de vraag of een correctie op de hoogte van de price cap moet worden aangebracht vanwege het feit dat tariefwijzigingen die resulteren uit het price cap-systeem *effectief* drie maanden later zullen ingaan vanwege de latere invoering van het price cap systeem (niet per 1 juli, maar drie maanden later met terugwerkende kracht tot 1 juli). Dit is in zoverre voordelig voor KPN dat tariefverlagingen ook pas later hoeven plaats te vinden, waardoor tijdelijk een hogere omzet wordt gegenereerd. Het college heeft in het consultatiedocument voorgesteld hiervoor een correctie op de price cap aan te brengen.

89. Op dit standpunt heeft het college verschillende reacties ontvangen, variërend van 'mee eens' tot 'onnodig, want KPN valt niets te verwijten'. Nadere bestudering leert dat het nadeel voor consumenten beperkt is en dat een eventuele verrekening tot een marginale aanpassing van de price cap zou leiden. Een betere manier om enigszins voor dit effect te compenseren is door te stellen dat in het eerste price cap jaar minimaal 80% van de jaarlijkse vereiste tariefontwikkeling uiterlijk 6 maanden na het inwerking treden van het price cap-systeem (met terugwerkende kracht tot 1 juli 1999) gerealiseerd dient te zijn. Na uiterlijk 9 maanden dient 100% te zijn gerealiseerd. Aldus zal het college een bepaling opnemen in het price cap-systeem.

#### **4.11 Kortingen**

90. Het voorstel om uitsluitend kortingen met een generiek karakter mee te laten tellen in het price cap-systeem (d.w.z. kortingen die *effectief* op vrijwel iedereen van toepassing zijn) en volume- en locatiekortingen niet, wordt door vrijwel alle respondenten gesteund. Het college ziet dan ook geen aanleiding zijn standpunt te wijzigen.

91. Volledigheidshalve merkt het college op dat het bovenstaande op geen enkele wijze afdoet aan het bestaande beoordelingskader voor de kortingen. Korthedshalve verwijst het college naar zijn oordeel van 2 september 1998 inzake de kostenoriëntatie van KPN's telefoontarieven (kenmerk: OPTA/E/98/2190) en zijn besluit dienaangaande van 23 november 1998 (kenmerk: OPTA/E/98/3217). Het aldaar geformuleerde beoordelingskader blijft onverkort van kracht.

#### **4.12 Relatie met interconnectietarieven**

92. Marktpartijen hebben meerdere malen aangegeven grote waarde te hechten aan meer samenhang tussen de procedures rond de totstandkoming van de interconnectietarieven en de eindgebruikerstarieven. Het college heeft dan ook voorgesteld de periode waarbinnen beide tarieven jaarlijks beoordeeld worden gelijk te trekken. Het price cap-systeem zal net als de reguleringsperiode van de interconnectietarieven lopen van 1 juli tot 30 juni. Dit voorstel wordt breed gesteund door de markt. Het college zal hierin dan ook geen wijzigingen aanbrengen.

93. Het college constateert dat met de introductie van price cap-regulering de systemen voor tariefregulering van eindgebruikersdiensten en interconnectiediensten van elkaar gaan afwijken. Daardoor is het denkbaar dat de tariefontwikkeling van de interconnectietarieven, die gebaseerd is op werkelijke kosten in enig jaar, achterblijft bij de tariefontwikkeling van de

eindgebruikerstarieven, die gebaseerd is op thans voorzienbare markt- en kostenontwikkelingen in de komende jaren. Voor het eerste jaar verwacht het college niet dat concurrenten ingeklemd (*squeezed*) zullen worden tussen 'lage' tarieven over de consumentenmarkt en 'hoge' interconnectietarieven. Voor de interconnectietarieven in latere jaren zal het college op deze problematiek terugkomen. In het komende jaar zal het college hiervoor voorstellen voorbereiden waarover marktpartijen zullen worden geconsulteerd.

#### **4.13 Handhaving van het price cap-systeem**

94. De vraag kan gesteld worden welke handhavingsinstrumenten het college ter beschikking staan als KPN tariefwijzigingen te laat indient zodat de in 4.10 beschreven effectenrealisatie niet tijdig wordt gerealiseerd. Dezelfde vraag geldt voor het geval dat tariefvoorstellen van KPN achterwege blijven om invulling te geven aan de jaarlijkse price cap-taakstelling. In dergelijke gevallen kan het college een aanwijzing geven op grond van artikel 35, zevende lid, omdat het te laat invoeren van tariefwijzigingen of het geheel niet invoeren van tariefwijzigingen ertoe zal leiden dat de tarieven niet voldoende kostengeoriënteerd zijn of zullen zijn.

#### **4.14 Overige voorwaarden**

95. Het college stelt de voorwaarden van het price cap-systeem voor een periode van drie jaar vast. Gedurende die tijd zal het college hierin in beginsel geen wijzigingen aanbrengen. Uitsluitend in buitengewone omstandigheden kan het college besluiten het systeem aan te passen of buiten werking te stellen. Te denken valt aan situaties waarbij de bereikbaarheid van gebruikers in aanzienlijk mate in gevaar komt, waarbij het voortbestaan van KPN op het spel staat of waarbij het college door het onverkort handhaven van het systeem in strijd met de wet zou komen te handelen. Voor het overige kan niet worden uitgesloten dat veranderingen in de regelgeving het college ertoe dwingen aanpassingen in het systeem aan te brengen.

#### **4.15 Diensten buiten het price cap-systeem**

96. Niet alle diensten die onderdeel zijn van de vaste openbare telefoondienst vallen onder het price cap-systeem. Diensten als internationale telefonie, 0800/090x-dienstverlening en telefooncellen vallen daarbuiten. Het betekent echter niet dat daarmee het wettelijke vereiste van kostenoriëntatie niet meer op de tarieven van deze diensten van toepassing is. Dat blijft onverkort van kracht. In zijn oordeel van 2 september 1998 inzake de kostenoriëntatie van KPN's telefoontarieven en ook in het daarop gebaseerde besluit van 23 november 1998, is reeds aangegeven op welke wijze het college de kostenoriëntatie van deze tarieven beoordeelt.

97. Kort samengevat komt de beoordelingswijze van het college op het volgende neer:

- Op internationale telefonie is sprake van zodanige effectieve concurrentie dat het beoordelen van de bovengrens van de tarieven op kostenoriëntatie achterwege kan blijven. Wel zal getoetst worden of niet onder de kostprijs wordt aangeboden.



- De 0800/090x-markt richt zich hoofdzakelijk op de kleinzakelijke markt waar gebruikers goed geïnformeerd zijn over het aanbod in de markt en waar men relatief eenvoudig kan overstappen naar alternatieve aanbieders. Bij de toets op kostenoriëntatie staat derhalve het waarborgen van de goede concurrentieverhoudingen op deze markt voorop. Het betekent dat het college alleen zal toetsen of de tarieven niet te laag zijn in vergelijking met de onderliggende kosten.
- De exploitatie van telefooncellen is verlieslijdend. Aangezien vooralsnog niet te voorzien is dat andere aanbieders op grote schaal door het gehele land telefooncellen op openbare gronden zullen gaan exploiteren én bovendien de initiatieven van Telfort om telefooncellen op NS-stations te plaatsen hierdoor kennelijk niet zijn belemmerd, acht het college de te lage tariefstelling niet bezwaarlijk.

98. Sinds 23 november 1998 hebben zich geen feiten of omstandigheden voorgedaan die het college aanleiding geven de beoordelingswijze van deze tarieven te herzien. Het overzicht van kosten en opbrengsten die over het kalenderjaar 1998 zijn toegerekend aan deze diensten geeft geen aanleiding in te grijpen op deze tarieven.

99. Voor de internationale tarieven die betrekking hebben op het verkeer vanaf het vaste net naar een mobiel toestel in het buitenland heeft het college bepaald dat het vereiste van kostenoriëntatie met zich brengt dat KPN de toeslag die zij aangerekend krijgt voor het afwickelen van het verkeer op het net van de buitenlandse mobiele operator rechtstreeks moet doorberekenen in de bijbehorende eindgebruikerstarieven. Daarbij geldt voor KPN de inspanningsverplichting om ervoor te zorgen dat de toeslag redelijk is in die zin dat de toeslag in beginsel gebaseerd is op de vergoeding die in het betreffende land zelf op basis van op kostenoriëntatie gereguleerde interconnectietarieven in rekening wordt gebracht, tenzij de specifieke omstandigheden maken dat een alternatieve wijze van aflevering over het geheel genomen goedkoper is.

#### **4.16 Relatie met overige wettelijke verplichtingen**

##### **Procedure beoordeling tariefvoorstellen**

100. Als KPN de tarieven van diensten die onder het price cap-systeem vallen wil wijzigen, is de procedure van artikel 36 BOHT hierop onverkort van toepassing. De toets op kostenoriëntatie wordt in zoverre anders dat niet meer beoordeeld zal worden of de bovengrens van het voorgestelde tarief niet te hoog ligt. Dit aspect van de toets op kostenoriëntatie wordt immers vervangen door de regels van het price cap-systeem.

101. In hun reactie op het consultatiedocument brengt een aantal partijen naar voren dat niet alleen een bovengrens (via de price cap), maar ook een ondergrens aan de tarieven zou moeten worden gesteld. Men denkt aan het vaststellen van een minimum-rendement dat KPN moet behalen bij de prijszetting van haar diensten. Vorig jaar is het college reeds uitgebreid op dit vraagstuk ingegaan. Na overleg met de NMa is het college toen gebleken dat er onvoldoende basis is om op te kunnen treden als KPN genoeg zou nemen met een wat minder rendement dan het 'redelijke rendement'. Pas als sprake is van een aanbod onder de kostprijs kan er sprake

zijn van overtreding van de mededingingsregels (en zelfs dan hoeft dat niet altijd het geval te zijn).

102. Bij de ex ante beoordeling van tariefwijzigingen zal het college toetsen of deze niet zullen leiden tot een aanbod onder de integrale kostprijs. Als dat toch dreigt te gebeuren, zal het college hieraan uitsluitend zijn goedkeuring kunnen geven als verzekerd is dat dit geen strijd oplevert met de algemene mededingingsregels.

### **Kostenoriëntatie en tariefdifferentiatie**

103. Nog een ander aspect van kostenoriëntatie waarop mogelijkwerwijs moet worden getoetst betreft de wijze waarop KPN de kosten die zij in rekening gebracht krijgt voor het afwickelen van verkeer op het net van andere aanbieders doorberekent in haar eigen eindgebruikerstarieven. Voor gesprekken die beginnen op het net van KPN en die eindigen op het vaste net van een andere aanbieder heeft het college tot nu toe toegestaan dat KPN daarvoor dezelfde eindgebruikerstarieven hanteert als voor gesprekken die beginnen en eindigen op het net van KPN. Dit, terwijl de kosten voor het afwickelen van verkeer op het net van andere aanbieders kunnen verschillen.

104. KPN heeft een geschil bij het college aanhangig gemaakt inzake de naar het oordeel van KPN te hoge call terminating tarieven die Enertel hanteert voor het afwickelen van verkeer op het Enertel-net. Daarbij heeft KPN gevraagd om reciproke tarieven, dat wil zeggen dat Enertel aan KPN dezelfde call terminating tarieven in rekening moet brengen als KPN Enertel in rekening brengt voor het afwickelen van gesprekken van Enertel op het net van KPN. Het college heeft de vordering van KPN afgewezen<sup>5</sup>. Daarbij heeft het college zich op het standpunt gesteld dat het KPN in beginsel vrij staat de call terminating tarieven die zij aangerekend krijgt één-op-één door te berekenen in de eindgebruikerstarieven. Voorzover concurrenten meer of minder in rekening brengen dan KPN leidt dit tot hogere of lagere, en dus gedifferentieerde, eindgebruikerstarieven. Een dergelijke differentiatie van eindgebruikerstarieven lijkt het college in deze omstandigheden een juiste invulling van het vereiste van kostenoriëntatie. In aanvulling daarop heeft het college aangegeven nader te zullen onderzoeken of differentiatie verplicht dient te worden gesteld. Naar verwachting zal dat tot meer concurrentie leiden en dus tot neerwaartse druk op de call terminating tarieven. Tegelijkertijd brengt tariefdifferentiatie mee dat het tarievenbouwwerk voor eindgebruikers weliswaar transparanter, maar ingewikkelder wordt. In dat geval zullen extra maatregelen moeten worden getroffen om ervoor te zorgen dat het voor eindgebruikers overzichtelijk en begrijpelijk blijft.

105. Op korte termijn zal het college onderzoeken of het doorberekenen van de call terminating tarieven in KPN's eindgebruikerstarieven verplicht zou moeten worden gesteld. Daarbij zal het college erop toezien dat bij het verwerken van de gedifferentieerde tarieven in het price cap-systeem geen "windfall profits/losses" zullen ontstaan, in die zin dat een verlaging (resp. verhoging) van de eindgebruikerstarieven die het gevolg is van een verlaging (resp. verhoging) van de call terminating tarieven die KPN aangerekend krijgt, niet meetelt voor haar realisatie van de price cap-taakstelling. Omdat andere aanbieders in beginsel vrij zijn om zelf te bepalen welke

---

<sup>5</sup> Zie besluit van het college van OPTA van 22 september 1999.

kosten zij voor terminating access in rekening brengen, acht het college het niet redelijk wijzigingen daarin te laten meetellen voor het halen van de jaarlijkse price cap.

#### **Differentiatie tarieven van vast naar mobiel**

106. In aansluiting op het voorgaande merkt het college het volgende op. Naar aanleiding van door KPN ingediende voorstellen voor gedifferentieerde eindgebruikerstarieven voor bellen van een vaste naar een mobiele aansluiting in Nederland is gebleken dat de wijze waarop de tarieven van KPN voor bellen naar de verschillende mobiele operators zijn opgebouwd, weinig transparant is en wellicht in strijd met de beginselen van kostenoriëntatie. Op dit moment is er geen *directe en transparante* relatie tussen het eindgebruikerstarief en, enerzijds de verschillende call terminating tarieven die de mobiele operators in rekening brengen en, anderzijds de additionele vergoeding (retention) die KPN zelf doorberekent ten behoeve van het gebruik van haar eigen infrastructuur.

107. Het college is voornemens de beoordeling van voorstellen van KPN voor gedifferentieerde eindgebruikerstarieven die gelden voor bellen van een vaste naar een mobiele aansluiting in Nederland te herzien. Overwogen wordt KPN voortaan te verplichten de call terminating tarieven per mobiele aanbieder strikt gedifferentieerd door te berekenen aan haar eindgebruikers. De toeslag die KPN berekent voor gebruik van het vaste net, boven op de terminating tarieven van mobiele aanbieders, dient transparant en non-discriminatoir voor alle mobiele aanbieders te worden vastgesteld. Hierbij wordt aangesloten bij de benadering van de Europese Commissie<sup>6</sup>.

108. Verder is OPTA voornemens om met inbreng van marktpartijen een transparante procedure te ontwikkelen voor de vaststelling van de tarieven van vast naar mobiel. Als duidelijk is welke opslag KPN in de eindgebruikerstarieven mag doorberekenen voor het gebruik van het vaste net, wordt het voor mobiele aanbieders duidelijk welke eindgebruikerstarieven voor vast naar mobiel zullen gaan gelden bij de call terminating tarieven die zij in rekening willen brengen. Daardoor ontstaat een nieuwe mogelijkheid tot prijsconcurrentie op eindgebruikerstarieven voor gesprekken van vast naar mobiel waardoor neerwaartse druk op de call terminating tarieven van mobiele aanbieders zal komen te staan. Het college streeft ernaar hierover op korte termijn een besluit te nemen. Wederom geldt dat bij het verwerken van de gedifferentieerde tarieven in het price cap-systeem geen "windfall profits/losses" mogen ontstaan.

#### **"Kick back"-regelingen**

109. In een reactie op het in § 104 genoemde besluit heeft KPN toegegeven dat zij, net als andere aanbieders, Internet Service Providers (ISP's) compenseert voor de hoeveelheid van inkomend verkeer die deze ISP's op het net van KPN genereren. Deze vergoedingen, ook wel "kick back" genoemd, zijn te beschouwen als een vorm van provisie voor het genereren van inkomend verkeer. Denkbaar is dat KPN deze provisie baseert op het feit dat zij voor het vervoer naar een ISP minder kosten hoeft te maken dan voor lokale telefoongesprekken. Indien dat het geval zou zijn, vindt het college dat KPN op grond van het vereiste van kostenoriëntatie dit voordeel zou moeten doorgeven aan de consument in plaats van aan de ISP's. Dit zou kunnen betekenen dat naast het telefoontarief een nieuw tarief voor consumenten ontstaat: het Internet-inbeltarief dat mogelijk lager ligt dan het normale telefoontarief. Voor het overige merkt het college

---

<sup>6</sup> Publicatie ONP 99-19 van 14 juli 1999.

op dat het geven van provisies ook in strijd lijkt te zijn met het wettelijke vereiste van non-discriminatie. Immers, andere (soorten) gebruikers krijgen geen provisie als zij veel worden gebeld. Op dit moment doet het college onderzoek naar de “kick back”-regelingen.

110. Een en ander kan ertoe leiden dat de bedrijfsplannen voor de aanbieders van gratis Internet fundamenteel veranderen. Veel van deze plannen lijken erop te zijn gebaseerd dat Internet-toegang wordt betaald uit een hogere prijs die concurrenten aan KPN in rekening brengen of uit een overschot aan inkomsten van KPN op lokaal verkeer. Het college heeft op zichzelf geen problemen met gratis Internet-diensten, behalve wanneer deze wezenlijk worden gesubsidieerd door de “gewone” gebruiker van de telefoon of indien hierdoor concurrentieverstorende kortingsregelingen gaan ontstaan. Het college heeft onlangs reeds aangekondigd alle partijen, inclusief consumentenorganisaties, te willen vragen zich hierover in een openbare discussie uit te spreken. Op basis van die discussie zal het college overgaan op nadere maatregelen.

#### **Kostenoriëntatie van abonnementsvormen**

111. In het consultatiedocument heeft het college zich op het standpunt gesteld dat het aanbieden van meerdere abonnementsvormen met verschillende combinaties van abonnement- en gesprekstarieven in overeenstemming is met het beginsel van kostenoriëntatie. De reacties geven het college geen aanleiding zijn standpunt aan te passen. Ook vond het college dat het KPN in principe niet toegestaan moet worden een abonnementsvorm aan te bieden met een abonnementstarief dat hoger is dan de onderliggende kosten plus een redelijk rendement. Het college wil voorkomen dat KPN door het steeds verder verhogen van het abonnementstarief bepaalde eindgebruikers, met name veelbellers, steeds lagere gesprekstarieven in rekening kan brengen waardoor een beperking van de mededinging dreigt. Een uitzondering hierop maakt het college voor abonnementsvormen die erop gericht zijn een betere bezetting van het net in de dalperiode te bewerkstelligen, zoals de BelPlus-abonnementsvorm.

112. KPN is het hier niet mee eens. Volgens KPN is een abonnementsvorm met een (wat) hoger abonnementstarief en wat lagere gesprekstarieven niet a-priori concurrentieverstorend. Het college merkt hierover het volgende op. Een abonnementsvorm met een (wat) hoger abonnementstarief en lagere gesprekstarieven wijkt naar het oordeel van het college materieel niet af van een kortingsregeling. Immers, in het geval van een kortingsregeling krijgt men korting vanwege het verkeersvolume dat wordt gegenereerd en in het geval van een dergelijke abonnementsvorm omdat men een extra opslag bovenop het standaard PSTN-BelBasis-abonnementstarief betaalt. Op grond van artikel 38 van het BOHT behoeven kortingsregelingen de voorafgaande toestemming van het college. Teneinde vooraf duidelijkheid te scheppen wanneer het college kortingen uit oogpunt van de eerlijke concurrentieverhoudingen wel en niet aanvaardbaar acht, heeft het college vorig jaar een beoordelingskader voor de kortingen ontwikkeld. Het beoordelingskader wordt thans geëvalueerd waarbij ook marktpartijen en overige belanghebbenden zullen worden betrokken. Bij het beoordelen van tariefvoorstellen zal het college abonnementsvormen met een hoger abonnementstarief en lagere gesprekstarieven beschouwen als een kortingsregeling en die ook aan het beoordelingskader van de kortingen toetsen.

113. In aanvulling hierop merkt het college op dat de bovengrens van tarieven gedurende de price cap-periode niet wordt beoordeeld aan de hand van de werkelijk onderliggende kosten, maar aan de hand van de price cap-voorwaarden. Zo is voor het abonnementstarief van PSTN-BelBasis bepaald dat het met niet meer dan de jaarlijkse inflatie mag stijgen. Tegen die achtergrond acht het college een abonnementsvorm met een hoger abonnementstarief slechts aanvaardbaar als het niet hoger is dan het huidige abonnementstarief van PSTN-BelBasis vermeerderd met de jaarlijkse inflatie.

## **5. Overwegingen inzake de hoogte van de price cap**

### **5.1 Inleiding**

114. Om te kunnen bepalen in welke mate de tarieven van KPN zich jaarlijks zouden moeten ontwikkelen, dient inzicht te worden verkregen in de te verwachten kosten-, efficiency- en marktontwikkelingen. Daartoe heeft OPTA een model laten ontwikkelen door NERA. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de ontwikkeling van het price cap-model en de hoogte van de price cap.

115. Bij de ontwikkeling van het price cap-model is een beroep gedaan op (markt-)partijen: de opzet en vulling van het model zijn besproken in een aantal workshops waarvoor (markt)partijen middels een oproep<sup>7</sup> zijn uitgenodigd. Van de deelnemers werd verwacht dat zij op verzoek eigen schattingen inzake kostenontwikkelingen en marktaandeelontwikkeling ter beschikking zouden stellen.

116. Teneinde marktpartijen en andere belanghebbenden te informeren en te betrekken bij de ontwikkeling van het price cap-model heeft OPTA drie workshops gehouden. Op 21 april 1999 is de eerste workshop gehouden waarin met name gesproken is over de opzet en structuur van het model. Daarin zijn ook afspraken gemaakt over de informatie die de verschillende deelnemers zouden verstrekken voor de vulling van het model. Bij de tweede bijeenkomst (3 juni 1999) is ingegaan op de methodiek om de gemiddelde vermogenskostenvoet (de WACC<sup>8</sup>) van KPN voor de price cap-gerelateerde activiteiten te kunnen bepalen. Daarbij is ook ingegaan op de wijze waarop de verschillende parameters, die gezamenlijk de WACC bepalen, zouden kunnen worden vastgesteld. Op 23 juni 1999 vond de laatste workshop plaats waarbij gediscussieerd is over de aannames die aan het model ten grondslag liggen en de voorlopige waarden van de verschillende input-variabelen die in het model gehanteerd worden. Mede op basis van deze inbreng heeft NERA het price cap-model ontwikkeld.

### **5.2 Beschrijving model**

---

<sup>7</sup> Verschenen in de Staatscourant (nr. 78, 1999) en het publicatieblad van OPTA, Connecties (nr. 3, 1999).

<sup>8</sup> Weighted Average Cost of Capital.

117. In het door NERA ontwikkelde price cap-model wordt aan de hand van de huidige (a) *kosten* en een zo goed mogelijk inschatting van (b) *omzet-* en (c) *kostenontwikkelingen* bepaald welke ruimte er de komende jaren voor tariefverlagingen is. Hierbij wordt KPN in staat gesteld een (d) *redelijk rendement* op het geïnvesteerde vermogen te behalen.

118. In het kort komt de modellering neer op het inschatten van de omzetontwikkeling, de kostenontwikkeling en de kapitaalkosten gedurende de price cap-periode. Resultante van deze drie elementen leidt tot (e) de *price cap* van CPI-X. Hierbij staat CPI-X voor de mate waarin de tarieven van KPN zich jaarlijks dienen te ontwikkelen. Deze ontwikkeling leidt, zo blijkt uit ervaringen in andere landen, meestal tot een netto verlaging van de tarieven. Voorzover het college bekend is, is het elders nog niet voorgekomen dat achteraf geconstateerd moest worden dat de toepassing van een price cap-systeem tot een lager dan geprognostiseerd rendement heeft geleid.

119. De modellering heeft overigens betrekking op meer dan alleen de price cap-gereguleerde activiteiten van KPN, aangezien op het telefoonnet niet alleen price cap-gereguleerde diensten worden aangeboden, maar ook diensten als interconnectie en huurlijnen. Op basis van het beslag dat op het telefoonnet wordt gelegd, worden de net-kosten toegerekend aan de verschillende activiteiten. De kosten van de price cap-gereguleerde activiteiten zijn dus mede afhankelijk van het gebruik dat de overige diensten van KPN's net maken. Impliciet is daarmee in het price cap-model rekening gehouden.

#### **(a) Kosten**

120. Jaarlijks dient KPN in mei een overzicht aan het college te doen toekomen van de kosten en opbrengsten die over het voorgaande kalenderjaar zijn toegerekend aan de vaste telefoondienst. Deze kosten en opbrengsten volgen uit een door KPN voorgesteld en door het college goedgekeurd kostentoerekeningssysteem. De externe accountant van KPN ziet toe op de juiste toepassing van het systeem.

#### **(b) Omzetontwikkeling**

121. De omzetontwikkeling wordt bepaald door eerst de groei van totale vaste markt in zijn geheel te prognostiseren. Dat gebeurt aan de hand van groei-'drivers'. Dat zijn factoren die de groei bepalen, zoals de prijselasticiteiten voor de verschillende diensten, de ontwikkeling van het Bruto Binnenlands Product, het aantal lijnen en kanalen, de verschuiving van PSTN naar ISDN, en trends zoals snelle groei van verkeer van vast naar mobiel en van Internet-inbelverkeer. Nadat de groei van de totale vaste markt in kaart is gebracht wordt hiervan de verwachte substitutie van vast naar mobiel afgetrokken. Aldus resteert de 'correcte' verwachte groei van de vaste markt. KPN's aandeel hierin wordt bepaald door voor de verschillende diensten te bepalen wat het te verwachten marktaandeel van KPN de komende jaren zal zijn.

#### **(c) Kostenontwikkeling**

122. De kostenontwikkeling wordt bepaald door te prognostiseren hoeveel extra capaciteit nodig is om het verwachte verkeer de komende jaren af te wikkelen. Van belang zijn daarbij de zgn. kosten-volume-elasticiteiten. Deze geven aan in welke mate de kosten toenemen bij de toename van het verkeersvolume. Door schaalvoordelen zullen de kosten minder snel toenemen dan de volumegroei. Tevens wordt bepaald in hoeverre de bestaande capaciteit efficiënter kan worden

gebruikt. Zo is het bijvoorbeeld aannemelijk dat de transmissiekosten per eenheid zullen dalen door toepassing van compressietechnieken. Voor wat betreft de capaciteitsgerelateerde kosten is voorts van belang hoe de inkooprijzen zich naar verwachting zullen ontwikkelen. Voor de operationele kosten (Marketing & Sales, Netwerkgerelateerd en Algemeen) wordt eveneens bepaald in welke mate deze variëren met het verkeersvolume. Ook deze kosten nemen in beginsel minder snel toe dan de verkeersvolumes. Verder wordt hierbij betrokken de verwachte prijsontwikkelingen (bijv. lonen) en de efficiencybesparingen die realiseerbaar zijn. Om te kunnen bepalen wat bij KPN de ruimte voor verdere efficiencyverbetering is, is bij de bepaling van de price cap onder meer een vergelijking gemaakt met andere telecomaandieners. Eveneens is gekeken naar KPN's specifieke mogelijkheden om efficiënter te opereren. Daarnaast wordt aan de hand van het investeringsprogramma en de relevante afschrijvingstermijnen bepaald hoe de afschrijvingen zich de komende jaren zullen ontwikkelen.

#### **(d) Redelijk rendement/WACC**

123. Op basis van de voorgenomen investeringen en de verwachte afschrijvingen kan bepaald worden hoe het geïnvesteerde vermogen zal ontwikkelen. Als daarnaast vastgesteld is wat als een redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen moet worden beschouwd, is alle informatie aanwezig om de hoogte van de price cap vast te stellen. Hoe het redelijke rendement wordt bepaald, komt in hoofdstuk 5.4 aan de orde.

#### **(e) Price cap**

124. De vaststelling van de price cap komt tot stand via een iteratief proces. Een optimaliseringsprogramma rekent steeds kleine tariefverlagingen door, net zo lang totdat het rendement op het geïnvesteerde vermogen in het laatste jaar uitkomt op het vastgestelde redelijke rendement. Het geheel van de tariefverlagingen wordt dan herleid tot een gemiddelde tariefverlaging die voor alle diensten geldt gedurende elk jaar van de price cap periode, de zgn. X. Deze moet nog worden gecorrigeerd voor de inflatie. De resulterende price cap bedraagt daarmee CPI-X. Een uitgebreide toelichting op de werking van het model is te vinden in het NERA-rapport. Dit rapport dient hierna als herhaald, en ingelast te worden beschouwd. Het rapport zal openbaar worden gemaakt nadat KPN eerst vier werkdagen heeft gekregen om aan te geven of zij gegevens als vertrouwelijk aanmerkt, en zo ja, welke.

### **5.3 Aannames**

125. Hiervoor is ingegaan op de belangrijkste variabelen die een rol spelen in het model. Om met het model te kunnen werken, moeten de waarden van al deze variabelen (de input parameters) worden bepaald. Dit is op een aantal manieren gebeurd. De waarden zijn bepaald door middel van het verkrijgen van:

- 'harde' informatie: bijvoorbeeld kosten en opbrengsten per ultimo 1998 van KPN,
- ervaringsgegevens: bijvoorbeeld voor elasticiteiten en afschrijvingstermijnen,
- benchmarks: bijvoorbeeld voor efficiency-besparingen,
- 'zachte' informatie: bijvoorbeeld schattingen van verwachte marktgroei en
- businessplannen KPN: bijvoorbeeld voorgenomen investeringen van KPN.

126. Verschillende partijen, waaronder KPN, hebben hun opvatting gegeven over de waarden van de verschillende variabelen in het model. Op basis van deze inbreng, de informatie waarover NERA zelf beschikt en NERA's specifieke deskundigheid op dit terrein heeft NERA een keuze gemaakt voor de in het model te hanteren input parameters. Dit is NERA's zgn. "base case" dat wil zeggen de volgens NERA beste schatting van de waarden van de verschillende variabelen in het model. Het college onderschrijft volledig de wijze waarop NERA tot haar "base case" komt en de argumenten die zij ter ondersteuning daarvan aanvoert. Voor wat betreft de "base case" en de onderliggende argumentatie verwijst het college korthedshalve naar het rapport van NERA. Er is echter één aspect van het model waarin het college NERA niet kan volgen. Dat betreft de wijze waarop de verwachte groei van verkeer van vast naar mobiel is gemodelleerd.

#### **Verkeer van vast naar mobiel**

127. De groei van het verkeer van vast naar mobiel verloopt momenteel in vrijwel hetzelfde tempo als de groei van het aantal mobiele gebruikers. De groei van dit type verkeer wordt in het model verklaard door enerzijds de prijselasticiteit aan de vraagzijde en door de groei van het Bruto Binnenlands Product (BBP) en anderzijds door een specifieke groeitrend. Op basis van de door KPN geleverde jaarlijkse groeicijfers voor het verkeer van vast naar mobiel heeft NERA bepaald wat de gemiddelde jaarlijkse groei is. Door vervolgens te corrigeren voor de groei als gevolg van elasticiteitseffecten (zowel van de prijselasticiteit als van de BBP-elasticiteit), heeft NERA de specifieke groeitrend bepaald. Deze groeitrend gaat uit van een gelijkmatige jaarlijkse groei. De vraag kan gesteld worden of NERA's bewerking van KPN's prognoses recht doet aan de ontwikkelingen in de markt.

128. Het verkeer van vast naar mobiel is de afgelopen twee jaar bijzonder gegroeid. En die groei gaat nu nog onverminderd voort. Eind 1998 waren er 3,5 miljoen mobiele gebruikers, terwijl in juli 1999 de 5-miljoenste gebruiker werd verwelkomd. Gelet op de groeicijfers acht het college het aannemelijker dat het verkeer van vast naar mobiel aan het begin van de price cap-periode veel sneller zal groeien dan aan het eind van de price cap-periode wanneer er vrijwel geen nieuwe mobiele abonnees meer bij zullen komen omdat vrijwel iedereen dan al een 'mobiel' heeft.

129. Het college meent dat de door KPN geleverde groeicijfers die uitgaan van afnemende groei gedurende de price cap periode een reëler beeld geven van de te verwachten groei dan de van KPN's cijfers afgeleide groeicijfers van NERA. Het college is daarom in het price cap-model voor wat betreft de groei van het verkeer van vast naar mobiel uitgegaan van de prognose van KPN. Om een en ander te kunnen inpassen in de structuur van het model is uitsluitend voor verkeer van vast naar mobiel geabstraheerd van groei als gevolg van prijselasticiteiten en BBP-elasticiteiten.

#### **Internetgroei**

130. Voor de groei van Internet de komende jaren doen schattingen de ronde die variëren tussen de 80% en 2230% per jaar. De cijfers zijn gebaseerd op onderzoeken door verschillende consultants, waarbij opvalt dat groeiprognoses ver uiteen lopen.

131. NERA gaat in het price cap-model uit van een groei van 100% in 1999 en in de jaren daarna van een jaarlijkse halvering van de groei. Deze prognoses liggen een stuk lager dan de groeicijfers waarvan het onderzoeksbureau Stratix is uitgegaan in het kader van het schaarste-



onderzoek<sup>9</sup>. Voor Internet-inbelverkeer gaat Stratix uit van exponentiële groei van 100% voor de eerstkomende jaren. Zo bezien lijkt de groeiverwachting van NERA aan de conservatieve kant.

132. Het effect van Internetgroei is van grote invloed op de groei van het lokaal verkeer en daarmee op de hoogte van de price cap. Als uitgegaan wordt van 100% groei per jaar in plaats van NERA's groeiscenario zal de waarde van X in de price cap bijna verdubbelen. Van welke groeicijfers in het model ook uit wordt gegaan, in alle gevallen is er een groot risico dat straks de werkelijke groei veel hoger of lager uitpakt en dat alsdan vastgesteld moet worden dat de X eigenlijk veel hoger of lager had moeten zijn. In het eerste geval is de kans groot dat KPN bovenmatige winsten realiseert, terwijl KPN in het laatste geval moeite zal hebben een redelijk rendement te realiseren.

133. Nu zijn zekere foutenmarges inherent aan het maken van (zo goed mogelijke) schattingen ten behoeve van het price cap-model. Er is geen reden te veronderstellen dat afwijkingen in de realisatie ten opzichte van de schattingen allemaal in dezelfde richting zullen wijzen. Omdat verschillende afwijkingen elkaar gedeeltelijk compenseren, hebben kleine afwijkingen tussen feitelijke realisatie en schattingen een gering effect op de uitkomsten in het price cap-model. Mede om verschillen in realisaties en schattingen zo klein mogelijk te houden heeft het college gekozen voor een niet te lange price cap-periode.

134. Voor de meeste verkeersdiensten kan een vrij goede inschatting gemaakt worden van de verwachte groei op basis van de trend in het verleden en op basis van ervaringen in andere landen. Dat laatste geldt niet voor de groei van Internet-inbelverkeer dat voor alle landen nieuw is en waarvan de geschatte groei door de één even plausibel is als die van de ander. Ook de voorgenomen uitkoppeling van Internet-inbelverkeer speelt daarbij een rol. Later in dit hoofdstuk komt het college hierop terug (§ 142-143). Vanwege het grote effect dat het Internet-groeiscenario heeft op de groei van lokaal verkeer en daarmee op de hoogte van de price cap, acht het college het niet verantwoord om zich bij het bepalen van de hoogte van de price cap vast te pinnen op één bepaald groeiscenario. Het college zal daarom, uitsluitend voor de groei van het lokaal verkeer, een evaluatiemoment na anderhalf jaar inbouwen in het price cap-systeem. Als blijkt dat er sprake is van grote afwijkingen zal de price cap voor het laatste price cap-jaar worden aangepast.

135. Het hanteren van een evaluatiemoment is geen ongebruikelijke reguleringswijze. Uit een onderzoek van de ODTR<sup>10</sup> (de Ierse telecomregulator) blijkt dat Duitsland, Frankrijk en Italië in hun vier jaar durende price cap-periode een (algemenere) evaluatie inbouwen na twee jaar. Voorzover het college bekend, is het de eerste keer dat de onzekerheid in de groei van Internet aanleiding is voor een evaluatie.

136. Aangezien de groeiscenario's van NERA en Stratix voor het eerste price cap-jaar niet van elkaar afwijken en gelet op de evaluatie die na anderhalf jaar zal plaatsvinden, ziet het college geen aanleiding af te wijken van het door NERA gehanteerde groeiscenario voor Internet-

---

<sup>9</sup> 'Schaarste in het telecommunicatienet van KPN Telecom', in opdracht van OPTA, maart 1999.

<sup>10</sup> Office of the Director of Telecommunications Regulation: European benchmarking on the application of Price Caps, augustus 1999.

inbelverkeer. Volledigheidshalve merkt het college op dat NERA's schatting voor de hele price cap-periode materieel gezien vrijwel overeenkomt met die van KPN.

### Evaluatie

137. In de eerste helft van 2001 zal het college onderzoeken in welke mate de werkelijke groei van het lokaal verkeer (Internet-inbelverkeer valt thans niet te onderscheiden van lokaal verkeer) over de eerste anderhalf jaar en de prognoses voor de laatste anderhalf jaar van de price cap-periode afwijken van de groei waarvan in het price cap-model is uitgegaan. Aanpassing van de hoogte van de price cap dient naar het oordeel van het college alleen bij significante afwijking plaats te vinden. Teneinde duidelijkheid te verschaffen aan alle betrokkenen hecht het college eraan de wijze van evaluatie en de mogelijke consequenties die daaraan verbonden worden vooraf kenbaar te maken.

138. Als het Stratix-scenario van 100% jaarlijkse groei uitkomt, zal er opgeteld over de gehele price cap-periode 40% extra lokaal verkeer zijn dan waarvan in het price cap-model zal worden uitgegaan. In dat geval is het evident dat aanpassing van de price cap nodig is: immers, indien vooraf voor dit scenario zou zijn gekozen zou dat tot vrijwel verdubbeling van de price cap hebben geleid. Het exponentiële groeiscenario van Stratix is ten behoeve van de evaluatie als bovengrens voor de mogelijke Internet-groei genomen. Het college meent dat een afwijking van minder dan tien procent ten opzichte van de prognose in het model nog als aanvaardbaar kan worden geacht. Een dergelijke afwijking beschouwt het college inherent aan het price cap-systeem, aangezien negatieve effecten voor KPN, concurrenten van KPN en eindgebruikers hierbij nog relatief beperkt zijn. Indien de afwijking gelijk of hoger is dan tien procent acht het college aanpassing van de price cap noodzakelijk.

139. Bekeken is wat het effect op de X in de price cap is bij 10%, 20%, 30% en 40% extra lokaal verkeer opgeteld over de gehele price cap-periode ten opzichte van de prognose in het model. Ook is gekeken wat er gebeurt als het lokaal verkeer in werkelijkheid 10% lager blijkt uit te vallen. Thans wordt het cumulatieve aantal lokale verkeersminuten over de periode van 1999 tot en met de eerste helft van 2002 geprognoseerd op 167 miljard minuten. Uit de analyse is gebleken dat de X in de price cap telkens met 0,8 toeneemt (respectievelijk afneemt) bij elke 10% extra (respectievelijk minder) groei ten opzichte van de huidige prognoses. Bij 20% extra lokaal verkeer, zou de X in de price cap dus met 1,6 moeten toenemen.

In formulevorm:  $X' = 5,3 + 0,8 G$

waarbij:  $X'$  = de 'nieuwe' X, geldend van 1 juli 2001 tot en met 30 juni 2002;

$G$  = een geheel getal dat staat voor elke 10% waarmee de in de eerste helft van 2001 te bepalen schatting van het cumulatieve lokale telefoonverkeer over de gehele price cap-periode afwijkt van de thans in het model vervatte prognose; bij minder dan 10% afwijking

is G gelijk aan 0; er wordt naar beneden afgerond, dus bij 29% meer verkeer is G gelijk aan 2.

140. De aldus berekende 'nieuwe' X in de price cap geeft aan wat de X gedurende de gehele price cap-periode had moeten zijn als de Internet-groei van te voren bekend zou zijn geweest. Dit houdt in dat de herziene X eigenlijk ook van toepassing zou moeten zijn op de eerste twee price cap-jaren. De herziene X zou dus eigenlijk nog gecorrigeerd moeten worden voor het feit dat de X in de eerste twee jaar te laag of te hoog is geweest. Echter, tegen de achtergrond van de doelstelling om vooraf zoveel mogelijk zekerheid te bieden, acht het college dit niet wenselijk en redelijk. Immers, dan zou feitelijk bij de vaststelling van de X in de price cap van het derde jaar, de X in de price caps voor de eerste twee jaren met terugwerkende kracht worden bijgesteld. Het college zal daarom bij de evaluatie van de X in de price cap uitsluitend corrigeren voor de effecten die zich in het laatste price cap-jaar voordoen.

141. KPN dient uiterlijk 1 april 2001 een door de externe accountant goedgekeurd overzicht aan het college aan te bieden van de aantallen lokale minuten in 1999 en 2000 vergezeld van haar prognose voor de aantallen over 2001 en de eerste helft van 2002. Het college zal ook andere partijen naar schattingen hiervan vragen. Uiteindelijk stelt het college vast van welke geprognoseerde cijfers voor 2001 en 2002 bij de evaluatie wordt uitgegaan. Uiterlijk 1 juli 2001 beslist het college of voor het derde price cap-jaar aanpassing van de X in de price cap nodig is en zo ja, wat het gevolg voor de hoogte van de X dan is.

#### **Uitkoppelen Internet-inbelverkeer**

142. Uitkoppeling van verkeer (bijv. via 0676-nummers) betekent mogelijk ook een vermindering van het aantal minuten dat KPN zelf in haar telefoonnet afwikkelt. Dit doet zich in het bijzonder voor wanneer het verkeer niet in het gebied van de nummercentrale van KPN blijft. De nummercentrales van KPN worden dan echter nog steeds belast.

143. Vermindering van het aantal minuten over het telefoonnet van KPN vindt pas plaats wanneer het Internet-inbelverkeer in het geheel niet meer via de centrales van KPN loopt. Consumenten kunnen bijvoorbeeld kiezen voor Internet via de kabel. Ook is het mogelijk dat concurrenten van KPN en KPN zelf via de toegang tot de aansluitlijn (ontbundelde local loop) verkeer ontvangen. Dit verkeer wordt dan afgevangen voordat het naar de centrale van KPN gaat. Het college verwacht op dit moment niet dat het laatste gedurende de price cap-periode op grote schaal zal plaatsvinden. Mocht dat toch het geval zijn dan zal dat bij de bovengenoemde evaluatie blijken en zal er op dat moment rekening mee worden gehouden.

#### **5.4 Redelijk rendement**

144. Om de aansluiting tussen kosten en tarieven tot stand te brengen, moet worden bepaald welke winstopslag KPN redelijkerwijs mag doorberekenen in haar tarieven. De redelijkheid van de winstopslag kan worden bepaald door te bepalen wat een redelijk rendement is op het geïnvesteerde vermogen. In het NERA-rapport wordt uitvoerig op het rendements-vraagstuk

ingegaan. Hieronder zal het college de belangrijkste elementen daarvan bespreken. Om herhaling van het NERA-rapport te voorkomen zal het college hierna in sommige gevallen volstaan met een verwijzing naar NERA's argumentatie.

145. De hoogte van de price cap wordt zodanig vastgesteld dat het rendement op het geïnvesteerde vermogen in het laatste price cap-jaar op het vast te stellen redelijk rendement uitkomt. Van te voren dient dus vastgesteld te worden wat als een redelijk rendement kan worden beschouwd. Daartoe dient de 'weighted average cost of capital' (de WACC) ofwel de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet te worden bepaald. Het gaat daarbij om een weging van de kostenvoet van het eigen vermogen en van het vreemd vermogen op basis van de verhouding tussen deze vermogensbestanddelen. Ter bepaling van de kostenvoet van het eigen vermogen wordt gesteund op het theoretische kader van het Capital Asset Pricing Model (CAPM). Dit theoretische kader is algemeen aanvaard en staat blijkens de reacties tijdens de workshop voor wat betreft de toepassing in het onderhavige geval ook niet ter discussie. Discussie is er wel over de concrete invulling ervan. Vanwege NERA's expertise op het gebied van 'cost of capital'-bepaling heeft OPTA aan NERA gevraagd de WACC van KPN's price cap gereguleerde activiteiten te bepalen. Hieronder volgt een korte uiteenzetting van de elementen die gezamenlijk de hoogte van de WACC bepalen.

#### **Bepaling WACC**

146. De WACC wordt bepaald door weging van de kostenvoet van het eigen en vreemd vermogen. De methode is gebaseerd op het gegeven dat zowel de verschaffers van eigen vermogen (aandeelhouders) als de verschaffers van vreemd vermogen (schuldeisers) een minimale vergoeding eisen voor het door hen ter beschikking gestelde vermogen. De vergoeding is onder andere afhankelijk van de tijdsduur waarin de verschaffer zijn vermogen ter beschikking stelt (i.h.a.: hoe langer de periode, hoe hoger de vergoeding) en het risico dat de verschaffer loopt (i.h.a.: hoe hoger het risico, hoe hoger de vergoeding). De mate van risico verschilt met de aard van het vermogen: aangezien bij het vreemd vermogen de rente- en aflossingsverplichtingen vast liggen, terwijl dividenden en koerswinsten afhankelijk zijn van het resultaat van bedrijfsactiviteiten, loopt een verschaffer van eigen vermogen een hoger risico dan een verschaffer van vreemd vermogen. De kostenvoet van het eigen vermogen is normaal gesproken dan ook hoger dan de kostenvoet van het vreemd vermogen.

147. In formulevorm wordt de WACC als volgt weergegeven:

$$\text{WACC (voor belasting)} = r_e \times (1-g) \times t_w + r_d \times g.$$

Waarbij:

- $r_e$  return on equity: rendement op eigen vermogen. Dit rendement kan worden bepaald door de volgende formule:  $r_f + (\beta \times (r_m - r_f))$ .
- $g$  gearing: de verhouding tussen het vreemde vermogen en het totale vermogen (VV/TV).
- $t_w$  tax wedge: maatstaf die rekening houdt met de belastingvoet. Deze maatstaf wordt bepaald met behulp van de volgende formule:  $t_w = 1/(1-t_{\text{eff}})$ .
- $r_d$  return on debt: rendement op vreemd vermogen. Dit rendement wordt vastgesteld op basis van de risicovrije interestvoet, vermeerderd met een risico-opslag voor beleggen in niet-risicovrij vreemd vermogen ( $r_f + r_o$ ).

$r_m - r_f$	marktrisicopremie: een risico-opslag voor beleggen in de niet-risicovrije aandelenmarkt.
$r_f$	risk free rate: de risicovrije interestvoet.
$\beta$	het systematische risico.
$t_{eff}$	effectieve belastingvoet.
$r_o$	risico-opslag voor het vreemde vermogen.

148. Onderstaand volgt een toelichting op voorgaande parameters en de opvatting van het college hierop. Er kan onderscheid gemaakt worden in twee soorten parameters:

- Algemene parameters (gelden niet specifiek voor de onderneming, maar voor de markt als geheel):
  - de risicovrije interestvoet en
  - de marktrisico-premie.
- Specifieke parameters (gelden wel specifiek voor de onderneming):
  - het systematische risico,
  - de belastingvoet,
  - de risico-opslag voor het vreemd vermogen en
  - de verhouding tussen het vreemde en het totale risico.

## **Algemene parameters**

### *Risicovrije interestvoet*

149. Deze interestvoet geeft het rendement aan dat kan worden verkregen op beleggingen zonder risico. In het algemeen wordt hiervoor het rendement op staatsleningen als maatstaf genomen. Rendementen op staatsleningen variëren echter met de looptijd. Belangrijkste vraag is dan van welke looptijd uit dient te worden gegaan. NERA stelt dat moet worden uitgegaan van een looptijd gelijk aan die van de price cap-periode. Investeerders zullen hun beslissing om al of niet in KPN te investeren namelijk vergelijken met hetgeen een risicovrije investering gedurende de price cap-periode oplevert. Relevant is dus het gemiddelde rendement op staatsleningen met een resterende looptijd van drie jaar (overeenkomstig de lengte van de price cap-periode). De meest recente waarde daarvan, voorafgaand aan de price cap-periode, is die over de maand juni 1999. De risicovrije interestvoet wordt aldus bepaald op 3,4%. Het college is het met deze benadering eens.

150. Opgemerkt dient te worden dat de gekozen benadering afwijkt van de benadering die het college vorig jaar bij de beoordeling van de kostenoriëntatie van de telefoontarieven heeft toegepast. Vorig jaar heeft het college -naar nu blijkt ten onrechte- de risicovrije interestvoet gebaseerd op 'duration matching' waarbij de looptijd van de relevante staatslening is gebaseerd op de gemiddelde duur dat het vermogen vastligt in de activa waarmee de verschillende activiteiten worden verricht. NERA wijst erop dat de gemiddelde levensduur van de activa niet direct van belang is bij de investeringsbeslissingen van beleggers. Beleggers kunnen hun aandelen in beginsel immers verkopen wanneer ze willen en zijn niet verplicht ze minimaal overeenkomstig de gemiddelde levensduur van de activa aan te houden.

### *De marktrisico-premie*

151. Deze premie is een maatstaf voor de vergoeding die een belegger eist bovenop de risicovrije interestvoet ter compensatie van een niet-risicovrije belegging. In de praktijk worden verschillende rekenmethoden gehanteerd om de marktrisico-premie te bepalen. Over wat de 'juiste' methode is, bestaat geen consensus. Het college volgt NERA in haar benadering waarin zij rekening houdend met de verschillende berekeningswijzen tot een zo goed mogelijke schatting van de marktrisico-premie komt. Deze benadering leidt tot een marktrisico-premie van tussen de 4 en 7 procent.

## **Specifieke parameters**

### *Het systematische risico*

152. Het systematische risico wordt ook wel aangeduid als de bèta. Het geeft aan *in welke mate* het beleggingsrendement van het aandeel van de onderneming varieert met variaties in het beleggingsrendement van de gehele aandelenmarkt (vaak aangeduid door middel van een aandelenindex). Of anders gezegd, in welke mate de inkomsten uit bepaalde activiteiten variëren met de economische conjunctuur. Het *systematische risico* dient onderscheiden te worden van het *specifieke risico* van een onderneming, dat afhankelijk is van het risicoprofiel van de activiteiten van de onderneming (soms eveneens aangeduid als bèta). Voor het bepalen van een accurate bèta dient het betreffende aandeel bij voorkeur gedurende een reeks van jaren aan de beurs genoteerd te zijn. Aangezien KPN Telecom slechts ruim een jaar op de beurs genoteerd staat, lijkt deze 1-jaars-bèta onvoldoende betrouwbaar voor het bepalen van de WACC in het kader van de

ontwikkeling van het price cap-systeem.

153. NERA heeft zich daarom gebaseerd op de gegevens inzake de bèta die vorig jaar gebruikt zijn om de bèta voor KPN's interconnectie-tarieven te bepalen. De gegevens die betrekking hebben op de KPN-holding van voor de splitsing, zijn geactualiseerd voor wijzigingen die zich sindsdien hebben voorgedaan. Daarbij stelt NERA zich op het standpunt dat de bèta die voor KPN's interconnectie-activiteiten is vastgesteld een redelijke benadering is voor de bèta voor de price cap-gereguleerde activiteiten. NERA maakt aannemelijk dat inkomsten uit de price cap-gereguleerde activiteiten niet heviger op en neer zullen gaan met de economische conjunctuur dan de inkomsten uit de interconnectie-activiteiten. Kortheidshalve verwijst het college naar de argumentatie in het NERA-rapport. Het college onderschrijft de door NERA gekozen benadering. Aldus resulteert een bèta van 0,86 (gecorrigeerd voor wijziging in de gearing, zie ook § 158).

154. Deze benadering wijkt af van de wijze waarop het college vorig jaar bij de beoordeling van de kostenoriëntatie van de telefoontarieven de bèta's voor de verschillende onderdelen van de telefoondienst (de aansluiting, lokaal verkeer en nationaal verkeer) heeft vastgesteld. Bij het vaststellen van verschillende bèta's voor de verschillende onderdelen van de telefoondienst heeft het college -naar nu blijkt- het bèta-begrip op onjuiste wijze toegepast. Daarbij is de bèta ten onrechte gelijkgesteld aan het risicoprofiel dat verbonden is aan bepaalde activiteiten, ook wel aangeduid als het *specifieke risico*. Door aandelen in verschillende bedrijven aan te houden (diversificatie) kunnen beleggers het specifieke risico reduceren. Het specifieke risico wordt daarom ook wel het diversificeerbare risico genoemd. Omdat dit risico kan worden ontlopen, worden beleggers hiervoor niet vergoed. Dat geldt niet voor het *systematische risico* dat tot uitdrukking komt in de bèta. Dit risico kan niet worden verkleind door een brede aandelenportefeuille aan te houden. Vandaar dat beleggers bij een hoger systematisch risico, en dus een hogere bèta, een hoger rendement eisen. Door thans uit te gaan van dit 'juistere' bèta-begrip wordt naar het oordeel beter aangesloten bij het theoretische kader van het CAPM.

155. Voor de verschillende onderdelen binnen de telefoondienst is het niet aannemelijk dat de inkomsten daaruit in verschillende mate zullen fluctueren met de beweging van de economie. Derhalve ziet het college geen aanleiding de door NERA berekende bèta voor de price cap-gereguleerde activiteiten nader uit te splitsen.

#### *De belastingvoet*

156. Ter bepaling van de WACC dient ook de invloed van het effectieve belastingpercentage te worden meegenomen. Dit percentage kan van jaar tot jaar verschillen, afhankelijk van de fiscale situatie. De laatste jaren schommelt dit percentage voor KPN rond de 35 procent. NERA adviseert om dit percentage te hanteren. Het college stemt hiermee in.

#### *De risico-opslag voor het vreemd vermogen*

157. Deze opslag is het extra rendement dat verschaffers van vreemd vermogen eisen bovenop het risicovrije rendement, voor het hogere risico dat het verstrekken van leningen aan een specifieke onderneming verbonden is ten opzichte van een risicoloze investering in staatsleningen. Het college volgt NERA's argumentatie op grond waarvan een risico-opslag van 0,5 procent wordt voorgesteld.

#### *De verhouding tussen het vreemde en het totale vermogen*

158. Deze verhouding wordt ook wel de gearing genoemd. De gearing wordt gebruikt voor de weging van de kostenvoeten van het eigen en vreemd vermogen. Voor het bepalen van de gearing heeft NERA zich gebaseerd op de meest recente cijfers, namelijk de door KPN gepubliceerde (half)jaarcijfers over het eerste half jaar van 1999. Op basis daarvan is de gearing vastgesteld op 20%. Aangezien de gearing ten opzichte van vorig jaar is gewijzigd en de gearing van invloed is op de bèta, is deze hiervoor gecorrigeerd. Het college volgt NERA hierin.

#### **Hoogte WACC**

159. Op basis van voorgaande parameters kan een waarde voor de WACC worden vastgesteld:

	<b>minimum</b>	<b>maximum</b>
<i>risicovrije interestvoet</i>	3,4%	3,4%
<i>marktrisico-premie</i>	4%	7%
<i>systematische risico</i>	0,86	0,86
<i>kostenvoet eigen vermogen na belasting</i>	6,9%	9,4%
<i>effectieve belastingvoet</i>	35%	35%
<i>tax wedge</i>	1,54	1,54
<i>kostenvoet eigen vermogen voor belasting</i>	10,6%	14,3%
<i>risico opslag voor het vreemd vermogen</i>	0,5%	0,5%
<i>kostenvoet vreemd vermogen</i>	3,9%	3,9%
<i>verhouding vreemd / totaal vermogen</i>	20%	20%
<i>WACC (voor belasting)</i>	9,2%	12,4%
<i>mid-point WACC</i>	10,8%	

160. Omdat voor de marktrisico-premie een bandbreedte wordt gehanteerd, is de uitkomst van de WACC-berekening ook een bandbreedte. Voor het vaststellen van de WACC is het gebruikelijk uit te gaan van de mid-point WACC. Dit wordt ook door NERA voorgesteld. Het college ziet geen aanleiding hiervan af te wijken. Aldus stelt het college de WACC vast op 10,8%.

161. De waarde van de WACC wijkt af van de vorig jaar gebruikte WACC (13,2% - 14%). Deze afwijking is enerzijds terug te voeren op aanpassingen in de vermogensstructuur van KPN (hogere gearing) en anderzijds op correcties in de methodiek op basis waarvan de risicovrije interestvoet en de bèta zijn bepaald.

#### **Redelijk rendement is WACC**

162. KPN heeft vorig jaar in reactie op het oordeel van het college inzake de kostenoriëntatie van de telefoontarieven betoogd dat een redelijk rendement op het geïnvesteerd vermogen hoger dient te liggen dan de WACC. Volgens KPN worden investeringen doorgaans pas gedaan als deze een verwacht rendement hebben dat ruimschoots boven de gemiddelde vermogenskostenvoet ligt. In haar rapport stelt NERA dat dit op zichzelf geen reden kan zijn waarom de regulator KPN ex ante zou moeten toestaan een hoger rendement door te berekenen dan nodig is om duurzaam vermogen aan te trekken. KPN heeft het immers in eigen handen om



ex post een hoger rendement te realiseren door beter te presteren dan de gestelde efficiencydoelstellingen. Derhalve is er geen aanleiding om bij de vaststelling van wat een redelijk rendement is een opslag toe te passen bovenop de berekende WACC. Het college sluit zich hierbij aan.

### **Geïnvesteed vermogen**

163. De hiervoor berekende WACC dient te worden gerelateerd aan het geïnvesteed vermogen. Hierbij kan de vraag gesteld worden hoe de waarde van het in de activa geïnvesteed vermogen bepaald dient te worden. Twee waarderingsgrondslagen zijn denkbaar: waardering op basis van boekwaarde of op basis van marktwaarde. De waardering op basis van boekwaarde sluit aan bij de wijze waarop KPN de kosten toerekent aan de telefoondienst, namelijk op basis van historische kosten. Door voor wat betreft de bepaling van het geïnvesteed vermogen van een andere toerekeningsgrondslag uit te gaan, treden inconsistenties op omdat de kostentoe rekening en de vermogenswaardering met elkaar samenhangen via de jaarlijkse afschrijvingen. Bovendien leidt het toepassen van de WACC op de marktwaarde van het geïnvesteede vermogen tot een cirkel-redenering. Als beleggers weten dat KPN een winstopslag ter grootte van de WACC maal de marktwaarde van het geïnvesteede vermogen mag doorberekenen in haar tarieven, dan zal de koers van het aandeel worden opgedreven. Immers, tegen welke prijs men het aandeel ook koopt, KPN mag altijd de van de aandelenkoers afgeleide marktwaarde vermenigvuldigt met de WACC doorberekenen in de tarieven. Hierdoor wordt achteraf de rechtvaardiging voor de hogere beurskoers gecreëerd. Hoe eerder een belegger instapt, hoe meer hij van dit mechanisme kan profiteren. Tenslotte merkt NERA op dat er haar elders geen regulators bekend zijn die toestaan dat een marktwaarde-correctie wordt aangebracht op het geïnvesteede vermogen. Het college sluit zich aan bij NERA's overwegingen en zal noch de waarde van de WACC noch de waarde van het geïnvesteede vermogen corrigeren voor de marktwaarde.

## **5.5 De hoogte van de price cap**

164. Op basis van de in dit hoofdstuk uiteengezette uitgangspunten en aannames volgt uit het price cap-model dat de hoogte van de price cap CPI-5,3 dient te bedragen opdat KPN in het laatste price cap jaar een redelijk rendement op het geïnvesteede vermogen kan behalen. Zoals in hoofdstuk 5.3 is aangegeven, is het college daarbij uitgegaan van de prognoses van KPN inzake de groei van het verkeer van vast naar mobiel. Het betekent dat de tarieven van de diensten die onder de price cap vallen gemiddeld dus ieder jaar met CPI-5,3 dienen te worden verlaagd, tenzij de inflatie hoger is dan 5,3%. In dat geval mogen de tarieven met niet meer worden verhoogd dan CPI-5,3.

165. Volledigheidshalve merkt het college op dat in het rapport van NERA over het price cap-model een price cap van CPI-4,6 wordt aanbevolen. Deze waarde heeft betrekking op de uitkomsten van het price cap-model als uitgegaan wordt van NERA's prognoses inzake de groei van verkeer van vast naar mobiel.

166. Blijkens het eerdergenoemde onderzoek van de ODTR hanteren 9 van de 14 van de Europese NRA's<sup>11</sup> een price cap-systeem. Al deze landen hanteren een price cap gebaseerd op CPI-X. Ter illustratie wordt in onderstaande tabel de hoogte van de thans geldende X van een aantal van die landen weergegeven.

Land	X
Denemarken	4
Oostenrijk	10
Duitsland	6
Frankrijk	4,5
Verenigd Koninkrijk	4,5

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de in de tabel vermelde efficiencyfactor niet één-op-één met de door het college voorgestelde price cap vergeleken kan worden. De situatie per land kan verschillen voor wat betreft de price cap-periode, de price cap-duur, de diensten die onder het price cap-systeem vallen en de genoten rendementen in de uitgangssituatie. Toch valt hier globaal uit op te maken dat de uitkomsten van het price cap-model en de vastgestelde price cap passen in het beeld van de wijze waarop de tarieven in andere landen op basis van price caps worden gereguleerd.

## 6. Conclusie

### 6.1 Inleiding

167. Hieronder volgt het oordeel van het college ten aanzien van de kostenoriëntatie van KPN's tarieven voor het gebruik van het vaste openbare telefoonnetwerk en de vaste openbare telefoondienst. Dit oordeel heeft zowel betrekking op de diensten die onder de price cap vallen als op diensten die daar niet onder vallen. Teneinde volledige duidelijkheid te verschaffen waar het oordeel wel en niet betrekking op heeft, wordt hieronder eerst ingegaan op de reikwijdte van het oordeel.

### 6.2 Reikwijdte van het oordeel

168. Het Besluit ONP huurlijnen en telefonie bevat een aantal verplichtingen inzake de tarieven van de vaste openbare telefoondienst waaraan KPN dient te voldoen. Het betreft niet alleen de verplichting tot het vaststellen van kostengeoriënteerde tarieven, maar bijvoorbeeld ook de verplichting dat de tarieven transparant en niet discriminerend moeten zijn. Het in te voeren price cap-systeem ziet slechts op één van die verplichtingen, te weten het vereiste van kostenoriëntatie en dan ook nog maar op één aspect daarvan, namelijk het stellen van een bovengrens aan de tarieven die onder de price cap vallen. De ondergrens wordt separaat getoetst aan de artikelen 35 en 36 van het BOHT.

---

<sup>11</sup> National Regulatory Authority.

169. De procedures van artikel 35 en 36 gelden ook voor de tarieven die niet onder de price cap vallen. Zowel voor wat betreft de beoordeling van de bovengrens als de ondergrens van de tarieven.

170. Het price cap-systeem voorziet niet in een nieuwe procedure voor het beoordelen van tariefwijzigingen, of het nu wijzigingen van tarieven in het price cap-systeem betreft of daarbuiten. Artikel 36 van het BOHT blijft daarop onverkort van toepassing.

171. Een ander aspect van kostenoriëntatie waar het price cap-systeem niet op ziet, is de wijze waarop de kosten die KPN aangerekend krijgt voor het afwickelen van verkeer op de netten van andere aanbieders worden doorberekend in de eindgebruikerstarieven van KPN. Thans heeft KPN hierin een grote mate van vrijheid. Het college overweegt echter KPN verplicht te stellen de vergoedingen die zij aan andere aanbieders moet betalen voor het afwickelen van verkeer, één-op-één door te berekenen in de eindgebruikerstarieven. Het college zal dit op korte termijn nader onderzoeken.

172. Voor de tarieven van vast naar mobiel is het college nu reeds voornemens KPN de plicht op te leggen om de call terminating tarieven die zij van mobiele operators aangerekend krijgt, één-op-één door te berekenen in de tarieven. Daarbij zal het college mogelijk ook vaststellen welke vergoeding KPN redelijkerwijs in haar eigen eindgebruikerstarieven voor gesprekken van vast naar mobiel mag doorberekenen bovenop de call terminating tarieven.

173. Voor de tarieven voor bellen vanaf het vaste net naar mobiele bestemmingen in het buitenland heeft het college KPN deze verplichting reeds opgelegd waarbij voor KPN tevens de inspanningsverplichting geldt ervoor te zorgen dat doorberekende vergoeding in beginsel gebaseerd is op de vergoeding die in het betreffende land zelf op basis van interconnectie in rekening wordt gebracht.

174. De invoering van het price cap-systeem laat onverlet dat het college nader zal onderzoeken of het geven van “kick back” aan Internet-aanbieders in overeenstemming is met de vereisten van kostenoriëntatie en non-discriminatie.

175. Nieuwe abonnementsvormen waarbij KPN een hoger abonnementstarief en lagere gesprekstarieven in rekening wenst brengt vergeleken met het standaard PSTN-BelBasis-abonnementsvorm, zal het college in ieder geval toetsen aan het beoordelingskader voor kortingsregelingen. Overeenkomstig de vastgestelde gemaximeerde stijging van het PSTN-BelBasis-abonnementstarief, is het college van oordeel dat het maximum abonnementstarief in enige abonnementsvorm niet hoger mag zijn dan het abonnementstarief van PSTN-BelBasis vermeerderd met de jaarlijkse inflatie. Een uitzondering hierop maakt het college voor abonnementsvormen die erop gericht zijn een betere bezetting van het net in de dal-periode te bewerkstelligen, zoals de BelPlus-abonnementsvorm.

176. Het besluit van het college van 23 november 1998 (kenmerk: OPTA/E/98/3217) blijft van kracht, met uitzondering van de bepalingen in het onder hoofdstuk 6.3 beschreven oordeel waarmee beoogd wordt een nadere invulling te geven aan hetgeen in dat besluit bepaald is.

### 6.3 Oordeel

177. Met inachtneming van hetgeen in hoofdstuk 6.2 is gesteld, gelet op artikel 35 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie en mede gelet op de voorgaande overwegingen is het college ten aanzien van de kostenoriëntatie van KPN's tarieven voor het gebruik van het vaste openbare telefoonnetwerk en de vaste openbare telefoondienst van oordeel:

1. Rekening houdend met de op dit moment, voor de komende drie jaar voorzienbare ontwikkelingen in de bedrijfsvoering van KPN alsmede met de op dit moment, voor de komende drie jaar voorzienbare ontwikkelingen in de markt, is het college van oordeel dat de tarieven van KPN niet voldoende kostengeoriënteerd zijn of zullen zijn indien KPN de tarieven niet aanpast overeenkomstig de voorschriften van het onder 2. tot en met 15. beschreven price cap-systeem.
2. Het price cap systeem is van toepassing op het geheel van tarieven behorende bij de volgende diensten, gezamenlijk de price cap-tarieven:
  - a. de aansluiting op de analoge vaste openbare telefoondienst (PSTN);
  - b. de aansluiting op de digitale vaste openbare telefoondienst (ISDN2);
  - c. telefoonverkeer dat eindigt op het vaste telefoonnet van KPN:
    - lokaal telefoonverkeer;
    - nationaal telefoonverkeer;
  - d. telefoonverkeer dat eindigt op het net van een andere aanbieder:
    - lokaal telefoonverkeer;
    - nationaal telefoonverkeer;
    - telefoonverkeer van vast naar mobiel (uitsluitend voor wat betreft het verschil tussen de eindgebruikerstarieven en de aan mobiele operators betaalde 'terminating access'-vergoedingen);
  - e. de gidsvermelding en de bijbehorende verstrekking van diensten;
  - f. de telefonische inlichtingendiensten.
3. Het price cap-systeem is van kracht gedurende drie achtereenvolgende perioden van 1 juli tot en met 30 juni, waarvan de eerste periode begint op 1 juli 1999 en de laatste periode eindigt op 30 juni 2002. Een periode van 1 juli tot en met 30 juni wordt hierna aangeduid als een price cap-jaar; de periode van 1 juli 1999 tot en met 30 juni 2002 als de price cap-periode.
4. KPN dient de price cap-tarieven gedurende de price cap-periode gemiddeld genomen steeds elk price cap-jaar te verlagen met een percentage van tenminste CPI-5,3, tenzij CPI-5,3 in enig price cap jaar positief is in welk geval de price cap-tarieven in dat jaar gemiddeld genomen met ten hoogste CPI-5,3 mogen stijgen. Hierbij staat CPI voor de ontwikkeling van de Consumentenprijsindex van het Centraal Bureau van de Statistiek berekend over het

kalenderjaar dat voorafgaat aan het betreffende price cap-jaar. Hierna wordt CPI-5,3 aangeduid als de price cap. Op tariefwijzigingen zijn de rekenregels van bijlage A van toepassing.

5. In aanvulling op de tariefvoorschriften onder 4.:
  - dient KPN de tarieven van lokaal telefoonverkeer dat eindigt op het net van KPN, behorende bij de PSTN-abonnementsvorm waar de meeste gebruikers op geabonneerd zijn, thans de abonnementsvorm BelBasis, gedurende de price cap-periode gemiddeld genomen steeds elk price cap-jaar te verlagen met een percentage van tenminste CPI-5,3, tenzij CPI-5,3 in enig price cap-jaar positief is in welk geval de betreffende tarieven in dat jaar gemiddeld genomen met ten hoogste CPI-5,3 mogen stijgen.
  - mag het abonnementstarief behorende bij eerdergenoemde abonnementsvorm gedurende de price cap-periode steeds elk price cap-jaar worden verhoogd met een percentage van ten hoogste CPI.De rekenregels van bijlage A zijn hierop van toepassing.
6. Ter toepassing van de onder 4. en 5. genoemde rekenregels dient KPN jaarlijks in de maand mei, bij het overzicht dat zij aan het college verstrekt van de kosten en opbrengsten die zijn toegerekend aan het vaste openbare telefoonnetwerk en de vaste openbare telefoondienst, informatie aan het college te verstrekken over het voorafgaande kalenderjaar inzake:
  - de totale omzet van de diensten die onder het price cap-systeem vallen;
  - de aantallen die behoren bij de afzonderlijke tarieven en tariefelementen van de diensten die onder de price cap vallen;Eveneens dient KPN jaarlijks uiterlijk in de eerste week van de maand juli een overzicht aan het college te verstrekken van de tarieven en tariefelementen per 30 juni van de diensten die onder het price cap-systeem vallen.
7. Het college deelt KPN telkens in de maand juni mee wat de ontwikkeling is van het door het CBS in februari gepubliceerde *ConsumentenPrijnsindexcijfer*. Voor het eerste price cap-jaar bedraagt CPI 2,0%.
8. Van de onder 4. en 5. voorgeschreven tariefverlagingen dient KPN uiterlijk 6 maanden na het begin van het eerste price cap-jaar, dus uiterlijk 1 januari 2000, minimaal 80% te hebben gerealiseerd en uiterlijk 9 maanden na het begin van het eerste price cap-jaar, dus uiterlijk 1 april 2000, 100%. In de overige price cap-jaren dient KPN uiterlijk drie maanden na het begin van het price cap-jaar, dus uiterlijk 1 oktober, minimaal 50% te hebben gerealiseerd en uiterlijk 9 maanden na het begin van het price cap-jaar, dus uiterlijk 1 april, 100%. Teneinde hieraan te voldoen, dient KPN tijdig voorstellen voor wijziging van de tarieven bij het college in te dienen. Hierbij dient KPN rekening te houden met de wettelijke beoordelingstermijn van het college (thans drie weken) en de termijn tussen bekendmaking van tarieven en de daadwerkelijke invoering ervan (thans twee weken).
9. Tariefverlagingen die in de eerste twee price cap-jaren verder gaan dan de onder 4. en 5. voorgeschreven tariefverlagingen, worden verrekend met de voorgeschreven tariefaanpassing in een volgend price cap-jaar.

10. Teneinde oneigenlijke toepassing van het price cap-systeem te voorkomen, is het KPN in beginsel niet toegestaan tarieven die op enig moment gedurende de price cap-periode zijn verlaagd, later in de price cap-periode weer te verhogen.
11. Uitsluitend kortingen waarvan in beginsel alle KPN-abonnees effectief gebruik kunnen maken, zoals Voordeelnummers, worden meegeteld bij de bepaling of voldaan is aan de onder 4. en 5. voorgeschreven tariefverlagingen. Andere kortingen worden niet meegeteld.
12. Indien tarieven waarop het price cap-systeem van toepassing is gedurende de price cap-periode worden verbijzonderd, door differentiatie van tarieven of anderszins, dan worden de tarieven die daarvan het gevolg zijn, geacht onder het price cap-systeem te vallen. De regels van bijlage B zijn hierop mede van toepassing.
13. De tarieven van nieuwe diensten die gedurende de price cap-periode door KPN worden aangeboden, vallen niet onder het price cap-systeem.
14. Op 1 juli 2001 stelt het college vast of de X in de price cap voor het laatste price cap-jaar aanpassing behoeft. Het college zal slechts overgaan tot aanpassing van de X als het totale lokale telefoonverkeer, dus zowel het verkeer dat op het net van KPN eindigt als het verkeer dat op het net van andere aanbieders eindigt, opgeteld over de jaren 1999, 2000, 2001 en de eerste helft van 2002 meer dan 10% afwijkt van de hoeveelheid waarvan in het price cap-model is uitgegaan, zijnde cumulatief 167 miljard verkeersminuten. Daarbij zullen de aantallen over 1999 en 2000 gebaseerd zijn op realisatiecijfers en de aantallen over 2001 en de eerste helft van 2002 op een zo goed mogelijke inschatting door het college op dat moment. KPN, marktpartijen en overige belanghebbenden zullen over deze schattingen vooraf worden gehoord. Bij een afwijking van meer dan 10% zal het college een nieuwe waarde van X vaststellen in de price cap, afhankelijk van de omvang van de afwijking, op basis van de onderstaande formule:

$$X' = 5,3 + 0,8 G$$

waarbij:

- X' = de 'nieuwe' waarde van X, geldend van 1 juli 2001 tot en met 30 juni 2002;  
 G = een geheel getal dat staat voor elke 10% waarmee de in de eerste helft van 2001 te bepalen schatting van het cumulatieve lokale telefoonverkeer over de gehele price cap-periode afwijkt van de thans in het model vervatte prognose; bij minder dan 10% afwijking is G gelijk aan 0.

De eventuele nieuwe waarde van de X geldt uitsluitend voor het laatste price cap-jaar. Indien aanpassing van de X voor het laatste price cap jaar plaatsvindt, wordt voor het laatste price cap-jaar in 5. het percentage van CPI-5,3 vervangen door CPI minus X'.

- 15.** Tariefverlagingen dan wel tariefverhogingen die het gevolg zijn van lagere dan wel hogere door KPN te betalen vergoedingen voor het afwickelen van gesprekken op het net van andere aanbieders tellen niet mee bij de bepaling of voldaan is aan de onder 4. en 5. voorgeschreven tariefverlagingen.
- 16.** Indien KPN handelt in strijd met de onder punt 2. tot en met 15. genoemde voorschriften van het price cap-systeem zal het college KPN een aanwijzing geven aangezien de tarieven in dat geval naar het oordeel van het college niet voldoende kostengeoriënteerd zijn of zullen zijn.
- 17.** Uitsluitend in buitengewone omstandigheden kan het college besluiten het price cap systeem aan te passen of buiten werking te stellen. Te denken valt aan situaties waarbij de bereikbaarheid van gebruikers in aanzienlijk mate in gevaar komt, waarbij het voortbestaan van KPN op het spel staat of waarbij het college door het onverkort handhaven van het systeem in strijd met de wet zou komen te handelen. Voor het overige kan niet worden uitgesloten dat veranderingen in de regelgeving het college ertoe dwingen aanpassingen in het systeem aan te brengen.
- 18.** Het college heeft beoordeeld of de tarieven van internationaal telefoonverkeer en 0800/090x-dienstverlening niet onder de kostprijs worden aangeboden. Op basis van het overzicht van kosten en opbrengsten die over het kalenderjaar 1998 aan deze diensten zijn toegerekend, heeft het college geconstateerd dat niet onder de kostprijs wordt aangeboden. Het college zal daarom niet ingrijpen in voornoemde tarieven.
- 19.** Het college heeft geconstateerd dat de tarieven voor het bellen in telefooncellen verlieslijdend zijn. Naar het oordeel van het college leidt dit thans niet tot zodanige marktverstoring dat ingegrepen moet worden in de tarieven. Het college zal daarom niet ingrijpen in deze tarieven.

## 6.4 Juridische status

178. Voor wat betreft de juridische status van het onder 6.3 weergegeven oordeel merkt het college het volgende op.

179. Het college hecht er waarde aan dat dit oordeel op enig moment formele rechtskracht verkrijgt. Daarmee is immers de rechtszekerheid zowel van KPN, als van andere marktpartijen en overige belanghebbenden gediend. Een en ander betekent dat het oordeel uiteindelijk de vorm van een voor bezwaar vatbaar besluit zal moeten krijgen.

180. Het college vindt in dit verband aanknopingspunt bij het bepaalde bij artikel 35, zevende lid, van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie. Op grond van deze bepaling geeft het college, indien hij van oordeel is dat de tarieven niet voldoende kostengeoriënteerd zijn of zullen zijn en de aanbieder niet bereid is de tarieven dienovereenkomstig aan te passen, de aanbieder een aanwijzing, welke de aanbieder gehouden is op te volgen.

181. Het college zal bij de aanbiedingsbrief van onderhavig oordeel KPN vragen of zij bereid is, in de zin van voornoemd artikellid, haar tarieven overeenkomstig het onder 6.3 weergegeven oordeel aan te passen. Het college zal KPN voor de beantwoording van deze vraag de relatief korte termijn van twee weken geven, aangezien het antwoord een eenduidig ja of nee dient te zijn.

182. Ook op grond van de navolgende omstandigheden oordeelt het college het rechtvaardig dat KPN een relatief korte termijn wordt gegeven voor beantwoording van de vraag of ze bereid is tot tariefaanpassing. Ten eerste is in de systematiek van genoemd artikel 35, zevende lid, niet voorzien in een extra gelegenheid voor de aanbieder om in het kader van een verklaring over bereidheid tot tariefaanpassing nogmaals uitvoerig standpunten naar voren te brengen. De bepaling lijkt integendeel ervan uit te gaan dat het wel of niet bereid zijn tot tariefaanpassing een feitelijk gegeven is. Bovendien heeft KPN in onderhavig geval, net als andere marktpartijen, haar standpunten reeds uitvoerig naar voren gebracht in de procedure voorafgaande aan de totstandkoming van het oordeel. Ook de bedoelde andere partijen krijgen thans geen extra gelegenheid andermaal hun standpunten naar voren te brengen alvorens het college tot het al dan niet geven van de aanwijzing besluit. Ten slotte valt op te merken dat belanghebbenden in het kader van een eventuele bezwaarprocedure tegen dat besluit van het college hoe dan ook nogmaals de gelegenheid krijgen om met uitvoerigheid nadere standpunten in te nemen.

183. Indien KPN antwoordt bereid te zijn tot tariefaanpassing zal het college expliciet besluiten KPN geen aanwijzing te geven. Indien KPN daarentegen antwoordt niet bereid te zijn tot tariefaanpassing, zal het college besluiten haar wel een aanwijzing geven. Tegen beide soorten van beslissing staat voor belanghebbenden bezwaar open.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,  
namens het college,



prof. dr. J.C. Arnbak, voorzitter

## Bijlage A: Rekenregels tariefwijzigingen

In deze bijlage is bepaald op welke wijze het college vaststelt of voldaan is aan 4. en 5. van het in hoofdstuk 6.3 beschreven oordeel en wat het effect van individuele tariefwijzigingen is op het realiseren van de jaarlijkse price cap.

1. In geval CPI-5,3 negatief (of nul) is geldt:

- a. Jaarlijks op 1 juli stelt het college vast tot welke minimale omzetzijging het geheel van tariefwijzigingen in het betreffende price cap-jaar moet leiden. De minimale omzetzijging wordt bepaald door (CPI-5,3) te vermenigvuldigen met de omzet van de price cap-diensten over het laatste daaraan voorafgaande kalenderjaar.
- b. Gedurende een price cap-jaar wordt de omzetwijziging die het gevolg is van individuele tariefwijzigingen bepaald door het verschil tussen het nieuwe en het oude tarief(element) te vermenigvuldigen met de bij dat tarief(element) behorende aantallen over het laatste daaraan voorafgaande kalenderjaar. Het gaat daarbij wat de aantallen betreft onder meer om aantal gespreksminuten per dienst in de piek-, dal- en voorzover van toepassing nachtperiode, aantal gesprekken per dienst, aantal abonnees per abonnementsvorm per ultimo van het jaar en aantal oproepen naar telefonische inlichtingendiensten.
- c. Jaarlijks op 30 juni wordt de onder a. vastgestelde minimale omzetzijging en de onder b. bepaalde omzetwijzigingen gecorrigeerd voor de omzet en aantallen/hoeveelheden over het alsdan laatste daaraan voorafgaande kalenderjaar. Het verschil tussen de aldus bepaalde gecorrigeerde minimale omzetzijging en het totaal van de aldus bepaalde gecorrigeerde omzetwijzigingen wordt opgeteld bij de minimale omzetzijging die op 1 juli wordt vastgesteld voor het volgende price cap-jaar.

2. In geval CPI-5,3 positief is geldt:

Als onder 1. met dit onderscheid dat “minimale omzetzijging” wordt vervangen door “maximale omzetzijging” en “moet” door “mag”.

## **Bijlage B: Regels voor tariefverbijzonderingen**

Voor bestaande diensten dient bij de introductie van nieuwe tarieven of bij verbijzonderingen van de tariefstructuur te worden bepaald wat het effect ervan dient te zijn op de realisatie van de jaarlijkse price cap. Bij voorkeur dient het effect op zo objectief mogelijke wijze te worden bepaald. Met inachtneming van de in bijlage A beschreven rekenregels, zal het college dit doen op basis van de methoden die hieronder beschreven zijn in volgorde van aflopende objectiviteit.

1. Op basis van 'harde' gegevens uit de administratieve systemen van KPN. Het kan gaan om gegevens inzake aantallen verkeersminuten, verdeling naar de piek- en dalperiode, aantallen gesprekken en aantallen abonnees voor de verschillende abonnementsvormen.
2. Op basis van een (statistische) bewerking van gegevens ontleend aan de administratieve systemen van KPN.
3. Op een andere door het college vast te stellen methode. Over de toe te passen methode zal het college KPN horen.

## Bijlage 1: Reacties op de consultatie

Hieronder vindt u een samenvatting van de reacties op het consultatiedocument price caps. Aangezien het hier om een samenvatting gaat, ontbreekt de context van bepaalde tekstgedeelten. Voor de volledige reacties wordt verwezen naar de website van OPTA: <http://www.opta.nl/optaweb/docs/dossierPC.html>.

Van de volgende organisaties heeft het college een reactie ontvangen: AOL CompuServe Europe, Ben, BTG, Castel (vertrouwelijk), Consumentenbond, Enertel, IOO BV, KPN (gedeeltelijk vertrouwelijk), Libertel, MCI Worldcom, Telfort, Tritone, VECAI en VNG. Van Casema en Dutchtone is een gezamenlijke reactie ontvangen.

Voor de verschillende vragen uit het consultatiedocument wordt de opvatting van de respondenten gegeven alsmede de reactie van het college hierop. De opvattingen zijn zoveel mogelijk per gestelde vraag gegroepeerd.

### Algemeen: de hoogte van de price cap.

*KPN* stelt dat vanzelfsprekend het vaststellen van een redelijke rendement en de efficiencyfactor zeer nauw luistert. OPTA heeft bij eerdere gelegenheden onjuiste uitgangspunten gehanteerd bij de bepaling van een redelijk rendement. Ten onrechte is het minimum-rendement dat KPN nodig heeft om kapitaal aan te trekken gelijkgesteld aan het maximum-rendement dat KPN mag realiseren. Ook zijn fouten in de WACC-berekening gemaakt. Voor wat de efficiencyfactor betreft, verwijst KPN naar de efficiëncystudie die PriceWaterhouseCoopers heeft gedaan. Daaruit blijkt dat KPN efficiënt is in vergelijking met Amerikaanse Local Exchange Carriers. De combinatie van een redelijk rendement dat gelijk is aan het minimum-rendement en een te hoge X-factor is in strijd met het overheidsbeleid om aanbod van top-kwaliteit diensten te realiseren. Verder verdient ook de invloed van de mate waarin daadwerkelijke concurrentie op de markt aanwezig is op de invulling en de toepassing van de price cap nadere aandacht.

*Ben* meent dat OPTA moet voorkomen dat de 'X' in de price cap-formule te hoog wordt.

Ook *Telfort* stelt dat price caps niet te stringent zouden moeten zijn omdat daardoor het risico bestaat dat structurele concurrentie zal uitblijven.

### REACTIE OPTA:

Het college heeft bij het vaststellen van de hoogte van de price cap mede betrokken hetgeen door marktpartijen in de consultatie en workshops naar voren is gebracht. De vastgestelde waarde van de price cap is niet 'te hoog' of 'te laag', maar doet naar het oordeel van het college recht aan de verwachte markt- en kostenontwikkelingen waarbij KPN in de gelegenheid wordt gesteld een redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen te realiseren.

### Gaarne verneemt het college de opvatting van partijen over ...

#### Hoofdstuk 3:

##### 1. ... zijn keuze om de telefoontarieven van KPN op basis van price caps te reguleren.

*Ben* stelt dat bij regulering van de eindgebruikerstarieven, nieuwe toetreding bevorderd kan worden door het (door OPTA) stellen van een ondergrens aan de eindgebruikerstarieven. De ondergrens dient op basis van de feitelijke kosten en een minimum rendement te worden vastgesteld. OPTA zou vooraf moeten controleren of de diensten van KPN kostengeoriënteerd zijn. OPTA dient alleen te reguleren op markten waar geen effectieve concurrentie heerst. Een price cap-systeem is minder geschikt voor tariefregulering, aangezien OPTA efficiëntieverbeteringen aan KPN oplegt waarmee zij in de plaats treedt van concurrenten.

*BTG* staat positief tegenover het gebruik van een price cap-systeem om de tarieven van KPN te reguleren. Echter BTG-leden zijn bedrijven die jaarlijks meer dan één miljoen gulden aan telecom besteden. Het lijkt niet rechtvaardig om deze bedrijven en individuele consumenten gelijk te behandelen. De grootzakelijke markt is gebaat bij het loslaten van kostenoriëntatie van de tarieven van KPN.

*Casema en Dutchtone* onderschrijven regulering door middel van een price cap-systeem. Daarbij moet ook in acht worden genomen dat te lage tarieven een negatieve invloed kunnen hebben op de totstandkoming van marktwerking.

De *Consumentenbond* kan zich vinden in een price cap-systeem, indien als doel het nabootsen van concurrentieprikkels waar geen concurrentie heerst, wordt nagestreefd. De bond is echter van mening dat OPTA in het verleden op een verkeerde manier de abonnementsstarieven van KPN heeft getoetst. Marktwerking zou moeten leiden tot een lagere abonnementsprijs in plaats van een hogere. Een doel van het price cap-systeem dient dus ook te zijn het verlagen van de abonnementsprijs.

*Enertel* is het eens met het toepassen van price caps voor telecommunicatietarieven van de dominante aanbieder. Belangenafweging dient op één niveau plaats te vinden, nl. bij de keuze van het reguleringssysteem.

*KPN* is van mening dat een price cap-systeem de economisch bestuurlijk beste methode is om tarieven te reguleren voorzover er nog geen daadwerkelijke concurrentie op de markt is.

Het toezicht op de tarieven kan vanwege de snelle concurrentie-ontwikkeling grotendeels worden beëindigd. Voorzover nog toezicht nodig wordt geacht, is *KPN* voorstander van toezicht op basis van price caps. Als dit toezicht op de juiste wijze is ingericht, worden de volgende doelstellingen bewerkstelligd:

- het beschermt gebruikers tegen te hoge tarieven;
- het geeft prikkel tot efficiëntie en innovatie;
- het biedt voldoende commerciële ruimte om in te spelen op marktonwikkelingen;
- het geeft de aanbieder een prikkel tot kostenoriëntatie.

Het price cap systeem werkt het meest effectief als er zo weinig mogelijk nadere condities aan de werking ervan worden gesteld. Met name op vier punten wordt afbreuk gedaan aan een 'zuiver' price cap systeem. Te weten:

- de voorgestelde duur van de periode;
- restricties op verkeersdiensten;
- lokaal verkeer;
- tariefpakketten voor specifieke marktsegmenten.

Voorzover tariefregulering economisch noodzakelijk en verantwoord is, vindt *Libertel* het price cap-systeem het minst bezwarende. *Libertel* stelt dat het doel van het ONP-regime het creëren van werkzame mededinging op alle deelmarkten van de gemeenschappelijke telecommunicatiemarkt is. Dit doel dient bereikt te worden door middel van:

- het totstandkomen van meerdere telecommunicatie-infrastructuren;
- het ontstaan van infrastructuurconcurrentie;
- het ontstaan van dienstenconcurrentie;
- het ontstaan van werkzame mededinging op de telecommunicatiemarkt.

Voor het concurrentieproces is essentieel dat deze volgorde wordt aangehouden. Daarbij dient de toezichthouder zich te realiseren dat het ONP-framework de instrumenten geeft om dit doel te bereiken, maar dat het gebruik van die instrumenten geen doel op zich is.

Kostengeoriënteerde tarieven dienen het resultaat te zijn van werkzame mededinging. Alleen als onomstotelijk vaststaat dat werkzame mededinging niet tot stand zal komen, kan de verplichting tot kostenoriëntatie worden opgelegd om kostengeoriënteerde tarieven te realiseren. Als *KPN* thans tot kostenoriëntatie wordt gedwongen, is het niet aannemelijk dat nieuwe aanbieders zullen toetreden omdat zij hun aanloopverliezen niet kunnen terugverdienen; zij kunnen hun investeringskosten immers niet over hetzelfde grote volume verdelen. Tariefregulering dient achterwege te blijven als dat de positie van (potentiële) concurrenten kan schaden. Bij de invulling van het begrip kostenoriëntatie moet niet het rendement van *KPN* als leidraad dienen, maar dat van de nieuwe aanbieders. Vanwege de hoge risico's voor investeringen in de telecommarkt zien toetreders zich geconfronteerd met kapitaalverschaffers die alleen bereid zijn te investeren als daar hoge rendementen tegenover staan ter compensatie van de hoge risico's. Uiteraard speelt het lange-termijnperspectief een belangrijke rol bij investeringen. Vanwege de snelle ontwikkelingen en onzekerheden op de markt zoeken investeerders houvast op de korte termijn, namelijk beperking van investeringsrisico's door het snel terugverdienen van aanloopverliezen. De motor voor investeringen in infrastructuur zijn de te genereren inkomsten die direct samenhangen met het tariefniveau. Tot het moment dat *KPN* kostengeoriënteerde tarieven (moet) hanteren, kunnen nieuwe aanbieders een stevige marktpositie opbouwen waarna ze de concurrentieslag met *KPN* aankunnen op basis van volume en efficiency. Als dit moment te vroeg komt, kan geen volume worden opgebouwd en zal men de markt verlaten. Lage retailtarieven van *KPN* kunnen een barrière vormen voor toetreding tot de markt en de markt zelfs verstoren. Derhalve dient terughoudend te worden omgesprongen met de verplichting tot kostenoriëntatie.

*MCI WorldCom* (hierna: *MCI*) is het eens met deze opvatting. *MCI* meent dat tariefregulering beperkt dient te blijven tot het strikt noodzakelijke. Als het toch nodig is, dan via price caps. Daarbij dienen retailtarieven te worden gebaseerd op dezelfde kosten die ten grondslag liggen aan de interconnectietarieven. Op voorhand dient niet uitgesloten te worden dat wellicht ook sprake zou kunnen zijn van *stijgende* kosten vanwege organisatorische of technische redenen.

*Telfort* meent dat de telefoontarieven niet per se op basis van price caps gereguleerd zouden moeten worden. Aangezien de concurrentie zich op verschillende terreinen goed ontwikkelt, dient de totstandkoming van kostengeoriënteerde tarieven aan de markt te worden overgelaten. De NMa zou ex post toezicht kunnen houden op excessieve prijzen.

Voor een zich ontwikkelende markt is het van groot belang dat 'predatory pricing' wordt vermeden. Derhalve zou een drempel voor een minimum rendement moeten worden vastgesteld die van toepassing is op de partij met aanmerkelijke marktmacht.

*IOO* meent dat tariefregulering de marktwerking verstoort. Indien toch gekozen wordt voor een reguleringssysteem, is de price cap het meest aangewezen reguleringsinstrument. Het verdient de aanbeveling om producten op betwistbare of reeds beconcurrerde markten niet te reguleren.

De *VECAI* wijst prijstoezicht ten principale af. *VECAI* is van mening dat substantiële concurrentie uitsluitend tot stand komt zonder price caps of rendementsregulering. Het belemmert de markt en werkt mede daardoor zelfbevestigend. Toetreding tot de markt door concurrenten zal afnemen of uitblijven. In plaats daarvan zou het toezicht zich moeten richten op het beteugelen van het aanbieden van diensten onder de kostprijs door de marktpartijen met een dominante positie op de markt. Op termijn kan dit worden overgelaten aan het generiek mededingingsrecht.

*VNG* meent dat price caps een bijdrage kunnen leveren aan de verwezenlijking van haar doelen. Dit instrument dient nadrukkelijk een tijdelijk karakter te hebben.

#### REACTIE OPTA:

*OPTA* is op grond van artikel 35 van het *BOHT* wettelijk gehouden *KPN*'s tarieven te beoordelen op de mate van kostenoriëntatie. Op het moment dat er sprake is van volledige concurrentie op deelmarkten kan de toets op kostenoriëntatie komen te vervallen omdat marktwerking dan zorgt voor de totstandkoming van kostengeoriënteerde tarieven. Zover is het echter nog niet. Naar het oordeel van het college is op dit moment slechts op de markt voor internationale telefonie sprake van zodanige effectieve concurrentie, dat de totstandkoming van kostengeoriënteerde tarieven aan de markt kan worden overgelaten.

Met instemming heeft *OPTA* kennis ervan genomen dat de meeste partijen van opvatting zijn dat als tariefregulering nodig wordt geacht, een price cap-systeembenadering de voorkeur verdient.

#### **Hoofdstuk 4:**

#### **2. ... de vraag onder welke condities *KPN* Internet-inbelverkeer anders zou mogen tarifieren dan lokale telefonie.**

*AOL CompuServe Europe* is van mening dat de meest efficiënte weg voor Internetinbelverkeer gescheiden van spraak dient te zijn. Dit verkeer zou langs een data netwerk moeten worden geleid. Gevolg is dat op tijd gebaseerde kosten worden verwijderd, waardoor een flat rate mogelijk wordt.

*Ben* verwacht dat *KPN* op de markt voor Internet-inbelverkeer een aanmerkelijke marktmacht zal hebben; daarom dient een aparte dienst voor het inbellen naar *ISP*'s kostengeoriënteerd te worden aangeboden. Dit kan tegen een ander tarief.

*BTG* meent dat teneinde het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven door *KPN* achterwege te laten, onderscheid gemaakt moet kunnen worden tussen lokaal telefoonverkeer en Internet-inbelverkeer.

De *Consumentenbond* is van mening dat het te overwegen is voor inbelnummers andere tarieven te hanteren, aangezien sprake is van een andere dienst dan lokale spraaktelefonie.

*Enertel* is van mening dat Internet-inbelverkeer lokale telefonie is. Er zijn geen redenen om dit verkeer tariefmatig anders te behandelen.

*IOO* acht het niet wenselijk dat Internet-inbelverkeer anders getarifeerd wordt dan lokale telefonie.

*KPN* stelt dat verschillende tarieven denkbaar zijn bij een verschil in de onderliggende kosten. Verder zou de dienst inbellen naar Internet onderdeel van het mandje van diensten onder de price cap moeten zijn.

*MCI* geeft aan dat zolang via dezelfde infrastructuur als voor telefonie toegang wordt verkregen tot Internet er geen verschil in tarief zou mogen worden toegestaan. In ieder geval dient voorkomen te worden dat *KPN* inbelverkeer tegen lagere tarieven kan tarifieren doordat zij de vast kosten voor Internet-toegang in het aansluitnet doorberekent in de abonnementsprijzen voor telefonie.

*Telfort* meent dat Internet-toegang via de vaste telefoondienst van *KPN* plaatsvindt en dus niet hiervan te onderscheiden is. *KPN* zou Internet-inbelverkeer alleen anders mogen tarifieren als de dienst duidelijk afwijkt van de vaste telefoondienst.

*Tritone* is van mening dat de tarieven voor Internet-inbelverkeer in het price cap-mandje dienen worden opgenomen, zodra er gebruik wordt gemaakt van een niet-geografisch nummer. Dit aangezien Internettoegang in de toekomst zeer belangrijk zal worden voor de telecommunicatiesector. Op de markt voor Internet-inbelverkeer heeft *KPN* nog steeds een monopolistische rol die ingeperkt kan worden wanneer andere bedrijven de gelegenheid hebben om met *KPN* te concurreren door het plaatsen van deze tarieven in het mandje.

De *VECAI* stelt dat wijzigingen van *KPN*'s tarieven voor Internet-inbelverkeer van invloed zijn op de marktpositie van kabelbedrijven. Indien *KPN* zou overgaan op flat rate tarieven voor Internet-inbelverkeer zouden de kabelbedrijven hun unieke marktpositie op dit terrein verliezen. Voor de ontwikkeling van de kabel als één van de Elektronische Snelwegen is dit geen goede zaak. De vraag rijst of het wettelijk regime wel toestaat dat er een verschillend tarief voor een bepaald type van lokaal verkeer wordt gehanteerd; flat rate tarieven lijken niet in dezelfde mate kostengeoriënteerd als volume afhankelijke tarieven.

### REACTIE OPTA:

De discussie over de tarifiering van Internet-inbelverkeer is niet alleen in het kader van deze consultatieronde gevoerd, maar eveneens nadat KPN heeft aangekondigd Internet-inbelverkeer uit te koppelen (via een 0676 nummer). Gesteld kan worden dat de regelgeving een scheiding van het verkeer niet in de weg staat, en dat dit, gezien schaarste en efficiency, ook niet wenselijk is. Wanneer de telefoondienst als “drager” van, op zijn minst een deel van, het internetverkeer wordt gebruikt, ligt het voor de hand te onderzoeken of de tarieven die KPN voor dit verkeer in rekening brengt dezelfde kostenstructuur hebben als de tarieven voor de telefoondienst. Indien aangetoond wordt dat dit verkeer een andere kostenverhouding met zich mee brengt ten opzichte van het ‘gewone’ verkeer, kan dit aanleiding voor het college zijn om niet afwijzend tegen tariefdifferentiatievoorstellen te staan. Kostenverschillen hangen onder meer af van de mate waarin beslag gelegd wordt op het KPN-net, maar ook van de call terminating tarieven die KPN moet betalen als internetverkeer op het net van een andere aanbieder eindigt. Wat het laatste betreft, zal het college nader onderzoeken of het één-op-één doorberekenen van deze kosten uit oogpunt van kostenoriëntatie verplicht zou moeten worden gesteld.

Overigens merkt het college op dat de hiervoor beschreven uitkoppeling onderscheiden moet worden van uitkoppeling waarbij geen relatie met het ‘spraak’-abonnement van KPN bestaat. Hierbij kan gedacht worden aan diensten als xDSL en andere ULL-diensten. Het college verwacht niet dat binnen de price cap-periode hiervan op ruime schaal gebruik kan worden gemaakt. Bezien dient nog te worden in hoeverre deze diensten regulering behoeven.

### **3. ... de analyse van de concurrentiesituatie op de verschillende relevante markten en de conclusies die daaraan verbonden zijn voor de tariefregulering.**

*Ben* stelt dat door OPTA een te enge interpretatie van de ‘relevante markt’ wordt gehanteerd. Mobiel en vast kunnen zeker wel substituten zijn. Daarnaast zullen kabelbedrijven zich ook steeds meer met telefonie bezig houden. Niet de mogelijkheid tot concurrentie dient tariefregulering te rechtvaardigen, maar de daadwerkelijke mate van concurrentie. Op dit moment acht *Ben* het gerechtvaardigd om de genoemde eindgebruikersdiensten van KPN te reguleren.

*BTG* vindt het zeer teleurstellend dat geen onderscheid naar marktsegment is gemaakt. De tabel in het consultatiedocument waarin de mate van concurrentie op de verschillende deelmarkten wordt weergegeven, geeft alleen consumentenmarkten weer. *BTG* heeft in haar reactie een tabel toegevoegd die de situatie weergeeft die volgens *BTG* op de grootzakelijke markt van toepassing is. Uit de tabel blijkt dat op de grootzakelijke markt aanzienlijk meer sprake is van concurrentie vergeleken met de consumentenmarkt.

*VECAI* vraagt zich af welke marktdefinitie OPTA hanteert van het begrip ‘lokale telefonie’. Het gebruik van spraaklijnen voor Internet neemt toe. Dat betekent dat andere verspreidingsvormen, zoals Internet via de kabel, niet uit het oog moeten worden verloren wanneer de markt van lokale telefonie wordt gedefinieerd.

*Enertel* heeft de indruk dat verkeer van vast naar mobiel door de aanbieders op een bepaald niveau worden gehandhaafd. KPN bepaalt deze tarieven in hoge mate. Toegang tot het Call Media platform (voor 0800/090x verkeer) dient in de regulering te worden betrokken. *Enertel* vraagt zich af waarom huurlijnen niet worden meegenomen in het price cap-systeem.

*IOO* stelt onder andere dat het hebben van een marktaandeel van honderd procent nog niet automatisch hoeft te leiden tot het hebben van marktmacht.

*KPN* geeft aan dat de gemaakte analyse te beperkt is. Ook dient rekening te worden gehouden met substitutie van vast naar mobiel, aanbod van Internet en telefonie via de kabel en de nieuwe mogelijkheden voor toegang voor UMTS en WLL vergunninghouders. Daarnaast moet in de analyse ook de concurrentiesituatie op de verschillende marktsegmenten en in de verschillende regio's worden betrokken. Ook met de verwachte ontwikkelingen in de concurrentie over de hele price cap periode dient rekening te worden gehouden. Bij een complete analyse zou het college tot het oordeel zijn gekomen dat restricties binnen het price cap systeem onnodig zijn.

*Libertel* meent dat juist dankzij de relatief hoge retailmarges van KPN op internationaal verkeer en het achterwege blijven van tariefregulering de concurrentie zich op deze markt goed heeft kunnen ontwikkelen. Deze markt is concurrerend te noemen. Dat geldt ook voor de mobiele markt, al zijn de omvang van de investeringen en het risicoprofiel daarvan vele malen hoger. In toenemende mate vindt substitutie plaats van vaste aansluitingen voor mobiele aansluitingen, met name in het ‘low user’ segment en het professionele grootzakelijke segment. Verder verdwijnt steeds meer het onderscheid tussen vast en mobiel door ‘fixed mobile integration’. Ook ontwikkelingen elders, met name in Scandinavië, ondersteunen niet de conclusie van het college dat mobiel in zeer beperkte mate een substituut vormt voor vast. Mobiel substitueert ook in steeds verdergaande mate lokale en nationale gesprekken. Mobiel bellen wordt niet meer als ‘te duur’ ervaren, terwijl factoren als gemak en bereikbaarheid in toenemende mate beslissend zijn voor keuze van gebruikers. Regulering van KPN's retailtarieven zal dit substitutieproces negatief kunnen beïnvloeden. Voor bellen van vast naar mobiel is er een directe concurrent, namelijk bellen van mobiel naar mobiel. Tariefregulering hiervan

zou alleen maar sterk mededingingsversturende gevolgen hebben. Op zowel de gidsvermelding en de verstrekking van telefoongidsen als de inlichtingendienst vindt concurrentie plaats. Door tariefregulering wordt KPN's marktpositie versterkt. Nader onderzoek van de relevante markt is vereist. Voor Libertel staat onvoldoende vast dat tot regulering van de retailtarieven van KPN dient te worden overgegaan. Daarnaast geeft de afbakening van de markt een onvoldoende beeld van de economische werkelijkheid en wordt onvoldoende rekening gehouden met de economische effecten van ingrijpen.

*MCI* is het hiermee eens.

*Telfort* geeft aan dat mobiele communicatie en WLL wellicht op middellange termijn (2-5 jaar) reeds vaste telefonie zullen substitueren. Derhalve zouden price caps niet automatisch voor alle segmenten van de telefoondienst moeten worden ingesteld.

VNG is verheugd dat OPTA ook de gidsvermeldingen wenst te reguleren, aangezien leden van VNG voor exorbitante prijsstijgingen hebben gestaan.

#### REACTIE OPTA:

Een aantal partijen geeft aan dat OPTA de convergentie tussen vaste en mobiele telefonie onderschat. Indien eindgebruikers overgaan op substitutie van de aansluitlijn, vindt ook substitutie plaats van de door die consument gevoerde gesprekken. Dit laatste geldt overigens eveneens gedeeltelijk voor eindgebruikers die complementair gebruik maken van een mobiele telefoon. Het college ziet, naar aanleiding van de reacties, reden om FtM-convergentie nadrukkelijker in de analyse van de concurrentiesituatie te betrekken. Dit gegeven is daarom in de modellering van het price cap-systeem meegenomen.

De reacties wijzen ook op het bestaan van verschillen in de mate van concurrentie in marktsegmenten en regio's. In het consultatiedocument is er reeds op ingegaan dat voor het toezicht op de tarieven marktsegmentatie niet relevant is omdat de tarieven van KPN niet discriminerend mogen zijn en gelijkheid van behandeling moeten waarborgen (artikel 34 van het BOHT). Op grond van artikel 39 van dezelfde regeling kan het college KPN wel ontheffing verlenen van de verplichtingen inzake kostenoriëntatie indien het college van oordeel is dat op een relevante deelmarkt (de toelichting heeft het over een specifiek geografisch gebied) sprake is van daadwerkelijke concurrentie. Het college ziet thans geen aanleiding van deze ontheffingsmogelijkheid gebruik te maken. Overigens bieden de door OPTA goedgekeurde kortingsregelingen KPN in beperkte, maar jaarlijks toenemende mate, de mogelijkheid om grootzakelijke gebruikers lagere tarieven te kunnen bieden dan weinigbellers.

#### **4. ... het standpunt dat een verschil in gesprekstarieven PSTN en ISDN (-2 en -30) niet te rechtvaardigen is.**

*Ben, Enertel* zijn het hiermee eens.

*BTG* vindt een verschil in gesprekstarieven tussen ISDN30 en ISDN2/PSTN te rechtvaardigen, aangezien op de grootzakelijke markt (waar vnl. van ISDN30 gebruik wordt gemaakt) reeds sprake is van effectieve concurrentie. OPTA behoeft hier geen concurrentiebevorderende maatregelen toe te passen, omdat KPN hierdoor in vrijwel geen enkel geval een enigszins concurrerende aanbieding kan doen. Het toezicht in het topsegment kan achterwege gelaten worden of een nadere verbijzondering van de regels waarmee vrije concurrentie in het topsegment verder wordt bevorderd, moet worden bewerkstelligd.

*KPN* is van mening dat gezien het gemeenschappelijk gebruik van de infrastructuur er in beginsel geen onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen PSTN en ISDN verkeerstarieven. In sommige omstandigheden is onderscheid wel te rechtvaardigen, bijv. bij speciale tariefpakketten voor ISDN.

*MCI* stelt dat op grond van de zowel nationale als Europese regelgeving KPN verplicht is ISDN-30 tegen kostengeoriënteerde tarieven aan te bieden. Als KPN lagere tarieven in rekening zou brengen zou *MCI* daartegen niet kunnen concurreren. Verder acht *MCI* een verschil in verkeerstarieven tussen PSTN en ISDN niet te rechtvaardigen.

*Telfort* geeft aan dat een verschil in gesprekstarieven tussen PSTN en ISDN niet te rechtvaardigen is. Zolang KPN een dominante positie op de ISDN-markt heeft, moet worden voorkomen dat KPN ISDN-30 onder de kostprijs aanbiedt.

*IOO* meent dat tariefsverschillen slechts kunnen worden toegestaan indien ze voorkomen uit objectieveerbare kostenverschillen. *IOO* stemt in met het standpunt indien er geen kostenverschillen tussen deze producten bestaan.

*VECAI* meent dat het toezicht op de ISDN-tarieven van KPN bij uitstek dient te bestaan uit beoordeling of de tarieven onder de kostprijs worden aangeboden.

#### REACTIE OPTA:



OPTA is van opvatting dat een verschil in de gesprekstarieven van PSTN en ISDN alleen te rechtvaardigen is als daar een verschil in kosten aan ten grondslag ligt. Als dat verschil er niet is acht het college het niet aanvaardbaar dat KPN een ISDN-abonnementsvorm introduceert met lagere gesprekstarieven als niet tegelijkertijd een PSTN-abonnementvorm met dezelfde lagere gesprekstarieven wordt aangeboden.

De meeste marktpartijen voelen er niets voor dat KPN ISDN-30 tegen andere dan kostengeoriënteerde tarieven zou mogen aanbieden. Het college meent dat een en ander sterk afhangt van de feitelijk concurrentiesituatie op de betreffende deelmarkt. Vooralsnog ziet het college geen aanleiding om een van kostenoriëntatie afwijkend aanbod toe te staan.

#### **Hoofdstuk 5:**

##### **5. ... zijn voornemen de looptijd van de price cap vast te stellen op drie jaar.**

*Ben* geeft aan dat, gezien de snelle veranderingen, een drie jaar durende price cap-periode te lang kan zijn.

*BTG* stelt, gezien de dynamische ontwikkelingen een proefperiode van één jaar voor. De gehele price cap-periode mag de twee jaar die genoemd staan in de TW, art 20.1 (betreffende het aanwijzen van KPN als partij met aanmerkelijke macht op de markt) niet overschrijden.

De *Consumentenbond* stelt dat een korte periode investeerders minder zekerheid biedt en dat de uitspraak over een juiste looptijd beter te voorspellen is, indien bekend is welk wegingsprofiel voor het mandje wordt genomen.

*Casema en Dutchtone* zijn van mening dat vanuit lange termijn business planning een langere periode gewenst is.

*Enertel* is van mening dat de beoordeling van de lengte van de price cap op het moment van instellen hiervan moet worden genomen. Echter aangezien de voordelen van een price cap beter tot hun recht komen indien er een langere periode wordt gehanteerd, stelt *Enertel* vier jaar voor.

*IOO* lijkt een driejarige looptijd, gezien de afweging die gemaakt dient te worden tussen zekerheid voor investeerders en snelheid waarmee zich nieuwe ontwikkelingen voordoen, redelijk.

*KPN* is van mening dat bij een periode van drie jaar de price cap niet meer aan zijn doelstellingen voldoet. De prikkel tot het realiseren van efficiencyverbeteringen is dan onvoldoende effectief. De argumenten van het college om voor een kortere periode te kiezen vindt *KPN* niet overtuigend. *KPN* stelt voor een periode van vier jaar te hanteren. De mogelijk grotere onzekerheden ten aanzien van de schattingen worden ondervangen door de markt zelf. Bij een te lage schatting van de *X* zorgt de markt voor verdere neerwaartse druk op de tarieven.

*MCI* is het hiermee eens. Bij een price cap-periode van korter dan drie jaar wordt het hele idee van price caps ondergraven.

*Telfort* is het hiermee eens.

*VNG* stelt voor de reguleringsperiode zo kort mogelijk vast te stellen.

#### **REACTIE OPTA:**

In een price cap-periode van drie jaar komt de balans tot uiting tussen door investeerders gewenste zekerheid en de onvoorspelbaarheid in de markt door snelle ontwikkelingen in de telecomsector. Het college meent dat een langere periode niet haalbaar is. Ten aanzien van de groei in het lokaal verkeer wordt een evaluatiemoment ingebouwd, waardoor onredelijke effecten op *KPN*, concurrenten van *KPN* en eindgebruikers vermeden worden.

##### **6. ... de keuze om de volgende diensten op te nemen in het price cap-mandje: de aansluiting (zowel PSTN als ISDN), lokaal telefoonverkeer, nationaal telefoonverkeer, een gedeelte van het telefoonverkeer van vast naar mobiel, gidsvermelding en de bijbehorende verstrekking van telefoongidsen en de telefonische inlichtingendiensten.**

*BTG* is van oordeel dat in het topsegment van de markt (de grootzakelijke deelmarkt) reeds sprake is van feitelijke concurrentie op het gebied van vaste spraaktelefonie. Het toezicht in dit segment kan daarom achterwege gelaten worden. *BTG* gaat akkoord met de keuze van de genoemde diensten. Abonnees van concurrenten van *KPN* dienen in de *KPN*-gids of in één gids van de gezamenlijke operators te worden opgenomen. *BTG* is van mening dat ISDN-30 aansluitingen niet in het mandje thuishoort.

*Casema en Dutchtone* menen dat tariefregulering op een 'mandje' van diensten *KPN* de mogelijkheid biedt selectief concurrentie te ontmoedigen op die markten waar concurrentie ontstaat.

De *Consumentenbond* meent dat de inrichting van het mandje ondoordacht is. Alleen dat deel van de markt dat geen of weinig keuze heeft, moet gereguleerd worden. Aangezien de waarde van het telefoonnetwerk groter wordt naarmate er meer mensen zijn aangesloten zou bij een juiste kostentoerekening er rekening mee gehouden dienen te worden dat de beller profiteert van het feit dat de gebelde een abonnement heeft. Het abonnementsstarief moet dus omlaag. De Consumentenbond is het niet eens met de redenering van OPTA dat het het telefoonceltarief niet in het mandje worden meegenomen, omdat het tarief niet van invloed is op de telefoonnota. Dit tarief dient kostengeoriënteerd te zijn. Een sub-cap lijkt noodzakelijk. Dit geldt ook voor vast-mobiel.

*IOO* geeft aan dat, vanwege de mate van concurrentie, nationaal telefoonverkeer en verkeer van vast naar mobiel niet opgenomen behoeven te worden in het price cap-systeem. Dit omdat dreiging van concurrentie monopolioide gedrag al voorkomt. Overige diensten akkoord. *KPN* kan zich op dit moment in deze keuze vinden.

*Libertel* stelt dat in ieder geval een aantal diensten niet in het mandje dient te worden opgenomen, waaronder bellen van vast naar mobiel. Voor een aantal andere diensten behoeft dat nadere beschouwing.

*Telfort* is het hiermee eens.

#### REACTIE OPTA:

Op basis van de argumenten zoals verwoord in paragraaf 4.2 van het oordeel ziet het college geen aanleiding voor aanpassing van de conclusies die verbonden zijn aan de analyse van de concurrentiesituatie. Hetzelfde geldt ten aanzien van de diensten waarvan het college voorgesteld heeft ze onder de price cap te laten vallen.

#### **7. ... de keuze om de weegfactoren per dienst te bepalen op basis van de bijbehorende omzet die door alle gebruikers gezamenlijk wordt gegenereerd.**

*BTG* is voorstander van een methode waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen particulier en zakelijk gebruik.

De *Consumentenbond* stelt voor om bij de weging rekening te houden met de mate van concurrentie. Uitgegaan moet worden van mogelijke prikkels om invloed uit te oefenen op de prijs. Zo heeft een consument op het lokale verkeer (zeer bescheiden) invloed op de kosten door minder te bellen. Dit geldt niet voor het abonnement. De consument heeft geen invloed op de hoogte van de abonnementsstarieven. Het abonnement zou het zwaarst moeten wegen in het mandje. De bond stelt voor het mandje samen te stellen door te kiezen voor een gemiddelde niet zeer veel bellende particuliere consument.

*IOO* is van mening dat omzet in beginsel te beïnvloeden is en daarmee gevoelig voor manipulatie is. Met het gebruik van omzet als weegfactor dient voorzichtig te worden omgesprongen. Een suggestie is om gebruik te maken van een 'gebonden klant'. Van deze klant wordt het belprofiel bepaald. De jaarlijkse stijging van het pakket telecomdiensten dat deze klant afneemt mag niet meer stijgen dan CPI-X.

*KPN* en *Telfort* zijn het hiermee eens.

*MCI* vindt dat bij een individuele cap per dienst het niet nodig is om weegfactoren vast te stellen.

#### REACTIE OPTA:

OPTA is van mening dat de meest objectieve en betrouwbare weging een weging op basis van omzet is. De mogelijkheid van manipulatie doet zich bij alle wegingsmethoden voor; gezien de negatieve elasticiteiten tussen prijs en hoeveelheid zal de invloed van manipulatie beperkt zijn. Het uitgangspunt om het mandje vast te stellen op basis van de totale omzet is niet alleen overzichtelijk en minder afhankelijk van interpretatieverschillen over bepaalde groeperingen, maar beschermt ook alle eindgebruikers. Net als bij het voorstel van de Consumentenbond wordt het abonnementsstarief relatief zwaar meegewogen. Bovendien is een pakket uitgaande van een 'gemiddelde' consument veel minder gerelateerd aan door *KPN* te behalen kostenvoordelen. Ook worden kostenbesparingen vooral op het verkeer behaald en niet op de aansluiting.

#### **8. ... de gekozen benadering voor de keuze van geleidelijke dan wel eenmalige ijkking van de tarieven voor lokale telefonie. Teneinde de verschillende opvattingen zo helder mogelijk over het voetlicht te krijgen, verzoekt het college belanghebbenden in hun reactie in ieder geval in te gaan op de volgende vragen:**

- (1) Valt het achterwege laten van een eenmalige ijkking van de lokale telefoontarieven te rechtvaardigen als uit het onderzoek zou blijken dat binnen 1 à 2 jaar in heel Nederland consumenten daadwerkelijk kunnen kiezen bij wie zij hun lokale gesprekken afwikkelen?
- (2) Als (1), maar dan voor de situatie dat binnen 1 à 2 jaar in een beperkt deel van het land (stel 25%) spraken is van concurrentie op lokale telefonie?

- (3) **Als uit het onderzoek zou blijken dat niet aannemelijk is dat lokale telefonie op enige schaal binnen 1 à 2 jaar wordt aangeboden maar Internet-toegang wel, is het dan aannemelijk dat de ontwikkeling van Internet-toegang wordt vertraagd c.q. belemmerd bij een eenmalige ijking van de lokale telefoontarieven van KPN?**
- (4) **Als het antwoord op (3) bevestigend is, is het dan gerechtvaardigd de kostenoriëntatie van de lokale telefoontarieven geleidelijk tot stand te brengen teneinde de ontwikkeling van concurrentie op Internet-toegang niet te vertragen c.q. te belemmeren?**

*AOL CompuServe Europe* heeft sterk de voorkeur voor een one-off aan het begin van de price cap-periode, aangezien door lagere tarieven het gebruik van Internet bevorderd wordt. Hiermee wordt ook onder andere e-commerce en andere aspecten van de informatiemaatschappij gestimuleerd. Met een one-off kan Nederland een grote stap nemen in het promoten van Internet.

*BTG* vindt dat allereerst moet worden nagegaan of wel sprake is van bovenmatige winsten. Als dit het geval is, dan is concurrentie meer gebaat met hogere tarieven van KPN.

*Casema en Dutchtone* geven aan dat indien gekozen wordt voor sub-caps, een eenmalige ijking achterwege kan blijven. Het valt daarnaast te rechtvaardigen dat indien blijkt dat binnen een a twee jaar in een beperkt deel van ons land sprake is van concurrentie op lokale telefonie, de eenmalige ijking eveneens achterwege kan blijven. Eveneens stellen *Casema en Dutchtone* dat indien uit het onderzoek blijkt dat het niet aannemelijk is dat lokale telefonie op enige schaal binnen een a twee jaar wordt aangeboden maar internet wel, dat het dan aannemelijk is dat de ontwikkeling van Internettoegang wordt vertraagd bij een eenmalige ijking.

*Enertel* is voorstander van een geleidelijke ijking omdat dit een geringere ingreep in de marktverhoudingen betekent.

*IOO* acht een ijking van de tarieven niet nodig. In beginsel is het niet aannemelijk dat de ontwikkeling van Internettoegang wordt vertraagd bij een eenmalige ijking.

*KPN* stelt dat over 1 à 2 jaar consumenten naar verwachting kunnen kiezen bij wie ze hun lokale verkeer zullen afwikkelen. Niet alleen bij KPN maar ook bij mobiele aanbieders of bij kabelbedrijven. Derhalve is een eenmalige ijking niet nodig. Ook blijkt uit de cijfers dat van een excessief hoog rendement op lokaal verkeer geenszins sprake is. Verder zou een eenmalige ijking de ontwikkeling van Internet-toegang niet ten goede komen.

*MCI* is van mening dat een verlaging van de lokale tarieven, zeker een eenmalige ijking, niet bevorderlijk is voor de ontwikkeling van concurrentie. Omdat er een relatie is tussen retail-tarieven en de onderliggende kosten is het van groot belang dat een verlaging van de retail-tarieven gepaard gaat met een verlaging van de interconnectietarieven.

*Telfort* is van mening dat (1), (2) en (4) te rechtvaardigen zijn en dat (3) aannemelijk is.

*VECAI* is voorstander van een geleidelijke ijking.

#### REACTIE OPTA:

Bijna alle reacties geven aan dat gehecht wordt aan het achterwege laten van een eenmalige ijking (one-off). Indien de lokale tarieven geleidelijk dalen heeft concurrentie meer kans zich te ontwikkelen. Het college meent dat het thans invoeren van een eenmalige ijking een verkeerd signaal zou afgeven, nu onlangs plannen bekend zijn geworden van samenwerkende kabelbedrijven om telefonie aan te bieden. De consument lijdt een beperkt nadeel, aangezien de tariefsverlaging later zal worden gerealiseerd, maar heeft een groot belang bij een snelle mogelijkheid om te kunnen kiezen voor een concurrent in het vaste net. Het college laat daarom de eenmalige ijking van de lokale telefoontarieven voorafgaand aan de inwerkingtreding van het price cap-systeem achterwege.

**9. ... zijn voornemen om een sub-cap op lokaal verkeer op te nemen indien niet tot een eenmalige ijking wordt overgegaan en over de hoogte van zo'n sub-cap. Eveneens verneemt het college graag de opvatting van partijen over de keuze om een sub-cap op te nemen die moet voorkomen dat de tarieven van de individuele verkeersdiensten kunnen worden verhoogd. Daarnaast verzoekt het college om commentaar op de variant waarin gekozen wordt voor individuele caps per dienst in plaats van een algehele price cap voor een 'mandje' van diensten.**

*Ben* stelt dat, in lijn met ONP-regelgeving, kostenoriëntatie per dienst dient plaats te vinden, en niet voor meerdere diensten gezamenlijk. Bij regulering met een mandje is het voor KPN mogelijk zijn diensten zodanig te prijzen dat volledige concurrentie wordt belemmerd en beperkt blijft tot deelmarkten. Daarnaast dient regulering op basis van minimumprijzen plaats te vinden.

*Enertel* is het niet eens met het toepassen van een mandjes systeem. Het toepassen van een mandje geeft aan de dominante aanbieder de vrijheid om tarieven te manipuleren op zodanige wijze dat voor ieder product afzonderlijk niet meer voldaan hoeft te worden aan het vereiste van kostenoriëntatie zolang het gemiddelde dat maar wel lijkt te zijn. De price cap dient per product te worden toegepast. Dit heeft eveneens het voordeel dat een aantal moeilijke besluiten (verdeelsleutels, sub-caps) niet hoeven te worden genomen. Enertel stelt dat bij een price cap per product in plaats van per mandje er geen sub-caps nodig zijn.

*IOO* is van mening dat een submandje terughoudend moet worden toegepast.

*KPN* is van mening dat aangezien het rendement in de buurt ligt van wat door OPTA als redelijk wordt bevonden, er geen aanleiding is tot het plaatsen van een sub-cap op lokaal verkeer. Het plaatsen van sub-caps om te voorkomen dat tarieven van individuele verkeersdiensten kunnen worden verhoogd, past niet in een juiste invulling van een price cap-systeem en beperkt de commerciële mogelijkheden van KPN om nieuwe tariefpakketten in de markt te zetten.

*MCI* stelt dat voor elke individuele dienst een price cap zou moeten gelden. Anders blijft er ruimte voor excessieve prijzen of juist te lage prijzen. MCI Worldcom is voorstander van individuele caps. In dat geval zijn ook geen sub-caps nodig.

*Telfort* meent dat gekozen zou moeten worden voor een subcap per dienst en niet voor een algehele cap op een mandje van diensten. In het laatste geval zouden de tarieven van een bepaalde dienst fors verlaagd kunnen worden, waardoor de tarieven van andere diensten niet of veel minder hoeven te worden verlaagd. De concurrentie op de meest interessante diensten kan hierdoor worden belemmerd.

*VECAI* wijst een systeem met een mandje af, omdat het mogelijkheden biedt voor kruissubsidiëring. *VECAI* heeft voorkeur voor een price cap per dienst.

#### REACTIE OPTA:

De meeste reacties geven aan een systeem met meerdere price caps (één price cap per dienst) te prefereren boven één price cap voor het hele mandje. Hierdoor zou kruissubsidiëring niet meer mogelijk zijn. In het consultatiedocument is het college uitvoerig op dit punt ingegaan. Hoewel het directe voordeel van een price cap per dienst het college aanspreekt, heeft deze methode ook een aantal nadelen. Een belangrijk nadeel ervan is dat de wijze van tariefregulering dan wel een erg groot stempel drukt op de tariefontwikkelingen in de markt. Bovendien is door het gedetailleerd regelen van de markt het risico niet denkbeeldig dat meer marktverstoringen worden geïntroduceerd dan worden voorkomen. Bij voorkeur laat het college de wijze waarop tarieven tot stand komen zoveel mogelijk aan 'de markt' over. Ook laten price caps per dienst KPN vrijwel geen ruimte om in te spelen op marktontwikkelingen.

Het college heeft daarom de voorkeur voor een price cap voor een mandje van diensten waarbij een beperkt aantal randvoorwaarden is opgenomen om de hierboven gesignaleerde risico's zoveel mogelijk te beperken, terwijl aan de andere kant de tariefvrijheid van KPN niet te zeer wordt beknot. Extra maatregelen zijn naar het oordeel van het college uitsluitend vereist voor die diensten waarvoor de meeste gebruikers afhankelijk zijn van KPN, te weten het abonnement en lokale telefonie. Een (tijdelijke) verhoging van de tarieven van deze diensten zou vanwege onvoldoende corrigerende werking van de markt kunnen leiden tot bovenmatige winstneming die weer op andere markten kan worden aangewend om de mededinging te beperken.

#### *Minimum rendement*

In hun reactie op het consultatiedocument brengt een aantal partijen naar voren dat niet alleen een bovengrens (via de price cap), maar ook een ondergrens aan de tarieven zou moeten worden gesteld. Men denkt aan het vaststellen van een minimum-rendement dat KPN moet behalen bij de prijszetting van haar diensten. Vorig jaar is het college reeds uitgebreid op dit vraagstuk ingegaan. Na overleg met de NMa is het college toen gebleken dat er onvoldoende basis is om op te kunnen treden als KPN genoegen zou nemen met een wat minder rendement dan het 'redelijke rendement'. Pas als sprake is van een aanbod onder de kostprijs kan er sprake zijn van overtreding van de mededingingsregels (en dan nog hoeft dat niet altijd het geval te zijn). Het college zal dan ook niet overgaan tot het vaststellen van een minimumrendement.

#### **10. ... zijn voornemen om uitsluitend kortingsregelingen met een generiek karakter op te nemen in het price cap-systeem.**

*Ben* is van mening dat alle kortingen mee moeten worden genomen. Het is niet consistent om kortingen voor specifieke groepen/diensten niet mee te nemen. KPN mag geen kortingen aanbieden die ertoe leiden dat diensten onder de kostprijs worden aangeboden.

*BTG* is van mening dat 'Voordeelnummers' geen kortingsregeling met een generiek karakter betreft. Grootzakelijke gebruikers komen hiervoor namelijk niet in aanmerking.

*Enertel*, *IOO*, *KPN*, *Telfort* zijn het eens met de door het college geformuleerde opvatting.

*MCI* is het hiermee eens. Andere (individuele) kortingen maken het KPN mogelijk te discrimineren.

REACTIE OPTA:

Het college ziet naar aanleiding van de reacties geen aanleiding zijn voornemen te wijzigen.

**11. ... zijn standpunt om de price cap-formule te corrigeren voor de inflatie en hiervoor de consumentenprijsindex van het CBS te gebruiken.**

*BTG, Enertel, Casema/Dutchtone, IOO, MCI en Telfort* zijn hiermee akkoord.

*KPN* is het eveneens hiermee eens, maar stelt dat voor de inflatie de verwachte ontwikkeling van de consumentenprijsindex, zoals gepubliceerd door het CPB, gehanteerd zou moeten worden.

REACTIE OPTA:

Het college stelt vast dat het standpunt om te corrigeren voor inflatie breed gedragen wordt. Aangezien aan het voorstel van KPN ten aanzien van de te gebruiken inflatie-index nadelen kleven, die naar de mening van het college zwaarder wegen dan indien gekozen wordt voor het door het in het consultatiedocument vervatte standpunt, ziet het college geen aanleiding zijn voornemen te wijzigen.

## **12. ... de keuze om carry-over van extra tariefverlagingen naar een volgend jaar toe te staan.**

*Ben en IOO* zijn het hiermee eens.

*Casema en Dutchtone* zijn het hier niet mee eens, aangezien de keuze om carry-over toe te staan de mogelijkheid zou scheppen om marktwerking kunstmatig te beïnvloeden.

*Enertel* is het hier niet mee eens, aangezien dit afbreuk doet aan de systematiek van de price cap.

*KPN* is het hiermee eens.

*MCI* kan zich hier niet vinden. Het zou betekenen dat *KPN* een 'shake-out' zou kunnen creëren door haar tarieven in het eerste jaar van de price cap zodanig te verlagen dat andere aanbieders daartegen niet kunnen concurreren.

Het bezwaar dat *Telfort* hier tegen heeft is dat *KPN* de tarieven dan in een keer drastisch zou kunnen verlagen waardoor de marges voor concurrenten in een keer wel heel mager zouden worden.

### REACTIE OPTA:

Ook indien niet voor carry-over wordt gekozen blijft het voor *KPN* mogelijk haar tarieven in het eerste jaar van de price cap (fors) te verlagen (zo lang maar aan de mededingingsvereisten wordt voldaan). Het college laat, na afweging van de reacties, het feit dat het niet toestaan van carry-over eindgebruikers onthoudt van snellere tariefsverlagingen zwaar wegen en is daarom voornemens carry-over toe te staan.

## **13. ... het voornemen een price cap-jaar van 1 juli tot 1 juli te laten lopen overeenkomstig de periode waarvoor interconnectietarieven worden vastgesteld.**

*Ben, BTG, Casema/Dutchtone, Enertel, IOO, KPN, MCI* en *Telfort* zijn het hiermee eens. *Enertel* merkt op dat een goede concurrentiesituatie alleen kan bestaan als er een relatie (marge) is tussen de retail- en interconnectietarieven. *OPTA* dient dit aspect nadrukkelijk in zijn overwegingen te betrekken.

### REACTIE OPTA:

Het college ziet naar aanleiding van de reacties geen aanleiding zijn voornemen te wijzigen

## **14. ... zijn standpunt dat KPN 80% van de jaarlijks vereiste tariefverlagingen drie maanden na ingang van een nieuw price cap-jaar dient te realiseren en honderd procent na negen maanden. Ook vraagt het college om reacties op zijn standpunt om in het eerste jaar een correctie op de hoogte van de price cap aan te brengen teneinde te compenseren voor het feit dat het price cap-systeem later dan 1 juli 1999 in werking treedt.**

*Ben* stelt dat het reëler lijkt als de gemiddelde kostendaling in het midden van het jaar wordt gerealiseerd. Een correctie op de hoogte van de price cap is slechts nodig indien vertraging van de invoering van het systeem aan *KPN* te wijten valt.

*BTG* is het hiermee eens. Correctie op later inwerking treden is onnodig.

*Casema/Dutchtone* komt het niet onredelijk voor dat voor een correctie gekozen wordt indien het price cap-systeem later in werking treedt.

*Enertel, MCI* en *Telfort* zijn het hiermee eens.

*IOO* meent dat dit een omslachtige handelwijze is. Beter kan worden gekozen voor een eenvoudiger oplossing.

*KPN* geeft aan dat de vereiste verlaging meer geleidelijk over het jaar zou moeten worden verdeeld. Bij de voorgestelde regeling is sprake van een verkapte extra tariefverlaging. Een correctie in het eerste jaar omdat het price cap-systeem later in werking treedt, acht *KPN* misplaatst aangezien de vertraging haar niet kan worden aangerekend.

### REACTIE OPTA:

Het college is van mening dat voorkomen moet worden dat tariefsverhogingen aan het begin van een periode plaats vinden en tariefsverlagingen aan het eind. Vandaar dat regels gesteld dienen te worden over de fasering van de tariefswijzigingen. Hierbij zijn vele varianten mogelijk, variërend alle voor consumenten gunstige wijzigingen op dag één van het price cap-jaar tot al deze wijzigingen aan het einde van een price cap-jaar. De eerste variant is ongunstig voor *KPN*, de andere ongunstig voor de eindgebruiker. Het college kan zich, na bestudering van de reacties, vinden in een variant waarbij de jaarlijks vereiste tariefwijzigingen gemiddeld over het jaar verspreid dienen plaats te vinden. Dit doet recht aan de belangen van eindgebruikers

en KPN. Het college is derhalve van mening dat KPN vanaf het tweede price cap-jaar minimaal 50% van de jaarlijks vereiste tariefverlagingen maximaal drie maanden na ingang van een nieuw price cap-jaar dient te realiseren en het overige na maximaal negen maanden. In het eerste price cap-jaar geldt dat minimaal 80 procent van de vereiste tariefdaling na maximaal zes maanden na ingang van de price cap-periode dient te worden gerealiseerd en het overige na negen maanden.

**15. ... het standpunt dat in beginsel tijdens de looptijd niet zal worden ingegrepen in het price cap-systeem.**

*Ben* is van mening dat, gezien de stormachtige ontwikkelingen, jaarlijks het model opnieuw bekeken dient te worden om na te gaan of het vastgestelde price cap-mechanisme nog voldoet.

*BTG* vindt de voorgenomen terughoudendheid van *OPTA* positief.

*Enertel* is het hiermee eens, het criterium voor ingrijpen moet zijn dat het beoogd doel (het bevorderen van marktwerking) niet bereikt wordt.

*IOO*, *Casema/Dutchtone*, *KPN* en *Telfort* zijn het hiermee eens.

*MCI* is het hier eveneens mee eens. *MCI* geeft echter aan dat er wel een voorziening zou moeten worden getroffen als *KPN*'s kosten zouden stijgen door een oorzaak die zij zelf niet in de hand heeft.

**REACTIE OPTA:**

Het college ziet, naar aanleiding van de reacties, geen aanleiding zijn voornemen te wijzigen. Behoudens extreme situaties of het niet voldoen aan de wettelijke eis van kostenoriëntatie zal het college niet ingrijpen in het price cap-systeem.

**Hoofdstuk 7:**

**16. ... de wijze waarop het college in de praktijk tariefwijzigingen zal beoordelen en op de wijze waarop het effect van tariefwijzigingen op de X zal worden bepaald.**

*BTG*, *Enertel* stemmen hiermee in.

*KPN* meent dat om het effect van tariefwijzigingen in het licht van het price cap systeem te kunnen beoordelen een apart systeem zal moeten worden opgezet. Om de effecten te bepalen kan uitgegaan worden van een index van het mandje van diensten of van de totale price cap omzet. Wat betreft de toets of tarieven uit oogpunt van kostenoriëntatie niet te laag zijn, kan *KPN* zich niet vinden in toetsing op basis van integrale kosten, maar zou volgens *KPN* uitgegaan moeten worden van het kostenbegrip van de direct toewijsbare kosten.

*MCI* is in het algemeen hier mee eens. Alleen moet bij het vaststellen van price caps niet alleen een maximum cap, maar ook een minimum cap worden vastgesteld.

*Telfort* geeft aan dat de wijze waarop het effect op X moet worden bepaald ter beoordeling aan het college moet worden voorgelegd en deze procedure dient transparant te zijn voor andere partijen.

**REACTIE OPTA:**

Het college ziet geen aanleiding om zijn voornemen te wijzigen.

**17. ... het standpunt dat het voeren van verschillende tariefpakketten door KPN in overeenstemming is met het beginsel van kostenoriëntatie.**

*BTG*, *KPN*, *MCI* en *Telfort* zijn positief.

**REACTIE OPTA:**

Het college ziet geen aanleiding zijn voornemen te wijzigen

**18. ... het voornemen dat KPN niet verplicht zal worden een geherbalanceerd tariefpakket aan te bieden.**

*AOL CompuServe Europe* is van mening dat het vertrouwen dat *OPTA* heeft dat *KPN* uit zichzelf al geneigd is een geherbalanceerd pakket aan te bieden, niet gerechtvaardigd is. Doordat Internet-inbelverkeer (bij niet-geherbalanceerde tarieven) meer bijdraagt aan het aansluitnet dan het 'gewone' verkeer is *KPN* geneigd deze situatie te laten voortduren. *AOL* is van mening dat *KPN* een geherbalanceerd tarief ('full cost orientation') dient aan te bieden voor de gesprekstarieven.

*Ben* stelt dat door toe te staan dat KPN geen geherbalanceerd pakket aan hoeft te bieden hierdoor KPN toetreding op de markt kan verhinderen. KPN mag niet afwijken van kostengeoriënteerde tarieven. Tariefpakketten mogen hier geen uitzondering op vormen.

*BTG, KPN zijn* het met dit standpunt eens.

*Casema en Dutchtone* zijn van mening dat KPN in ieder geval een tariefpakket met volledig geherbalanceerde en volledig kostengeoriënteerde abonnements- en gesprekstarieven zou moeten aanbieden.

*MCI* is het hier niet mee eens. KPN dient haar tariefpakketten te herbalanceren. Alleen op die manier kan KPN voldoen aan haar verplichting om non-discriminatoire tarieven aan te bieden.

*Telfort* geeft aan dat KPN wel verplicht dient te worden een geherbalanceerd tariefpakket aan te bieden. Daarbij mogen de kosten van nieuwe diensten niet worden afgewenteld op het aansluitnet teneinde op die manier lagere gesprekstarieven te kunnen hanteren.

#### REACTIE OPTA:

KPN heeft in juli 1998 haar tarieven gebalanceerd. Herbalancering heeft mede tot doel concurrentie te stimuleren. Hierbij werd het KPN niet toegestaan een opslag voor de aansluitkosten aan bijvoorbeeld carrier selectbedrijven door te berekenen. Dit maakt concurrentie op de gesprekstarieven mogelijk. Het staat vervolgens KPN vrij om het aansluittarief te verlagen, indien de verminderde opbrengst op dit tarief hiervan niet ten laste van anderen dan KPN wordt gebracht. De verlaging wordt begrensd door mededingingsregelgeving. Naar de mening van het college wordt concurrentie hierdoor niet belemmerd. Het college ziet daarom geen aanleiding om zijn standpunt aan te passen.

#### **19. ... het standpunt dat het KPN in principe niet wordt toegestaan een tariefpakket aan te bieden waarbij het abonnementstarief hoger is dan de onderliggende kosten inclusief een redelijk rendement.**

*Casema/Dutchtone, de Consumentenbond en Telfort* zijn het hiermee eens.

*Enertel* (eveneens reagerend op vraag 17 en 18) is van mening dat het toepassen van kostengeoriënteerde tarieven zich niet verdraagt met het hanteren van verschillende tariefpakketten. Ook dient een geherbalanceerd pakket te worden aangeboden. 'Overgeherbalanceerde' pakketten mogen niet worden aangeboden.

*KPN* heeft hiertegen sterke bezwaren. De in het consultatiedocument aangevoerde argumenten onderschrijft KPN niet. Een pakket met een hoger abonnement en lagere verkeerstarieven is niet a-priori concurrentieverstorend. Door het niet toestaan van dergelijke pakketten wordt de keuzevrijheid van gebruikers ingeperkt. Ook is KPN het niet eens met de stelling dat tariefpakketten die gericht zijn op een bepaald marktsegment a-priori strijdig zouden zijn met het beginsel van non-discriminatie.

*MCI* is het hier eveneens mee oneens. KPN dient dit zelf te kunnen bepalen, mits verzekerd is dat de verkeersafhankelijke tarieven gebaseerd zijn op de kosten inclusief een redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen.

#### REACTIE OPTA:

Bij de invoering van het price cap-systeem wordt voor wat betreft de bovengrens die aan tarieven wordt gesteld de komende drie jaar in beginsel niet gekeken naar de relatie met de onderliggende kosten. Bij het vaststellen van de voorwaarden van het price cap-systeem is een zo goed mogelijke schatting gemaakt van de verwachte kostenontwikkelingen. Mede op grond daarvan heeft het college zich op het standpunt gesteld dat het standaard PSTN-abonnementstarief jaarlijks met niet meer dan de inflatie mag stijgen. Gelet op de gekozen systematiek geldt hetzelfde onverkort voor de maximumhoogte die in enige abonnementsvorm aan het abonnementstarief kan worden gesteld. Een uitzondering maakt het college voor abonnementsvormen die erop gericht zijn een betere bezetting van het net in de dal-periode te bewerkstelligen, zoals het belplusabonnement.

#### **20. ... het standpunt dat bij de beoordeling van de abonnementstarieven wordt uitgegaan van gegevens die betrekking hebben op het voorgaande boekjaar.**

*Ben, BTG, Enertel en MCI* zijn het hier mee eens.

*KPN* stelt dat daarbij conform het BOHT ook de verwachte ontwikkelingen in de bedrijfsvoering en de markt dienen te worden betrokken. Ook dienen abonnementstarieven niet sec, maar als onderdeel van het betreffende tariefpakket te worden beoordeeld.

*Telfort* is het hier in principe mee eens al moet men niet de ogen sluiten voor wat er in de toekomst gaat komen.



REACTIE OPTA:

Het college verwijst naar zijn reactie op de opvattingen ten aanzien van de vorige vraag. De noodzaak om het abonnementstarief te beoordelen op basis van het voorgaande boekjaar is thans niet meer aanwezig.