

# Ontwerpbesluit wijziging WLR-marktbesluit

## Openbare versie

**Ons kenmerk:** OPTA/AM/2008/200853 (openbare versie)

**Zaaknummer:** 08.0126.23

**Datum:** 22 april 2008

### 1 Inleiding

1. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb) heeft op 12 september 2007 uitspraak gedaan<sup>1</sup> in het beroep tegen het besluit van 15 december 2006<sup>2</sup> van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) inzake de tariefregulering van Wholesale Line Rental (hierna: WLR-tariefbesluit).
2. Het WLR-tariefbesluit is een nadere uitwerking van het marktanalysebesluit van 21 december 2005 inzake de wholesalemarkten voor toegang tot het vaste openbare telefoonnetwerk<sup>3</sup> op grond van artikel 6a.2 Tw. (hierna: WLR-marktbesluit). Op grond van dit WLR-marktbesluit heeft het college KPN verplicht om aanbieders in staat te stellen om op wholesale niveau laagcapacitaire telefonieaansluitingen af te nemen ten behoeve van wederverkoop op de retailmarkt.
3. Het CBb heeft het WLR-tariefbesluit vernietigd en het college opgedragen om met inachtneming van de uitspraak een nieuw WLR-tariefbesluit te nemen. In de motivering bij de vernietiging van het WLR-tariefbesluit heeft het CBb aangegeven dat de vaststelling van de "return on sales" (RoS) en de mate van proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten (WSK) niet in stand kunnen blijven.
4. Het college heeft naar aanleiding van de uitspraak overwogen of naast een nieuw WLR-tariefbesluit ook een wijziging van het WLR-marktbesluit nodig is, en heeft geconcludeerd dat dit zo is. Dit wijzigingsbesluit ziet derhalve toe op een wijziging van het WLR-marktbesluit. Deze wijziging adresseert het punt van de RoS.
5. Het wijzigingsbesluit heeft de volgende indeling. Allereerst wordt een uiteenzetting gegeven van het vernietigde WLR-besluit. Vervolgens volgt een weergave van de uitspraak van het CBb op het vernietigde onderdeel. Ten slotte zal het college met inachtneming van de uitspraak van het CBb gemotiveerd uitleggen waarom het passend is om het WLR-marktbesluit van 21 december 2005 aan te passen.

### 2 De Return on Sales (RoS)

#### 2.1 WLR-marktbesluit en WLR-tariefbesluit

6. In het WLR-marktbesluit is gekozen voor tariefregulering op basis van een retail-minus. Dit is in randnummer 265 en randnummer xxiii van het dictum van het WLR-marktbesluit aangegeven. In

---

<sup>1</sup> LJN:BB3357

<sup>2</sup> OPTA/TN/2006/203318

<sup>3</sup> OPTA/TN/2005/203470

## Ontwerpbesluit Openbare versie

randnummer 265 is daarnaast de grondslag voor de retail minus bepaald:

*265. Ten aanzien van de methodiek waarop tariefregulering voor wholesale-telefonieaansluitingen dient te worden gebaseerd, is het college van oordeel dat voor het bevorderen van effectieve dienstenconcurrentie tariefregulering op basis van retail-minus geschikter is dan kostenoriëntatie. Onder retail-minus wordt daarbij begrepen dat het wholesaletarief bestaat uit het relevante retailtarief van KPN waarop nader te bepalen door KPN gemaakte (of te maken) retailkosten in mindering worden gebracht. De reden om de tarieven vast te stellen op basis van een retail-minus benadering is drieledig.*

7. In randnummer 47 van het WLR-tariefbesluit werd de grondslag uit randnummer 265 van het WLR-marktbesluit aangehaald. In randnummer 51 van het WLR-tariefbesluit is aangegeven dat onder de retailkosten ook een redelijk rendement wordt verstaan. In randnummer 69 is aangegeven dat KPN in de minus de totale kosten, zoals genoemd in randnummer 66, dient terug te verdienen, inclusief een redelijk rendement dat in randnummer van de beleidsregels<sup>4</sup> is vastgesteld op 5%.
8. Deze beleidsregels zijn weer een uitwerking van randnummer 16 van annex F van het retailbesluit<sup>5</sup>:

*Annex F. 16. Voor het retailbedrijf wordt de return on sales (ROS) als de rendementsparameter gehanteerd. De ROS wordt gedefinieerd als het bedrijfsresultaat gedeeld door de omzet op de relevante markt (EBIT). Uiterlijk drie maanden nadat het marktanalysebesluit in werking is getreden, komt KPN met een voorstel voor de hoogte van het normatieve retailrendement. Het normatieve retailrendement dient te worden onderbouwd op basis van het rendement dat vergelijkbare bedrijven in een competitieve omgeving realiseren en indien nodig te worden gecorrigeerd voor objectiveerbare factoren die leiden tot een ander minimaal benodigd rendement. Het college keurt het normatieve rendement pas goed nadat de systematiek om het rendement te bepalen in de markt is geconsulteerd.*

9. Samengevat is de retail-minus vastgesteld door uit te gaan van de door KPN in 2005 gemaakte kosten voor alle kosten uit randnummer 66 van het WLR-tariefbesluit, behalve voor het redelijke rendement. Voor het redelijke rendement is het college uitgegaan van een RoS, die is vastgesteld op basis van het rendement van vergelijkbare bedrijven in een competitieve omgeving (in casu de in de beleidsregels op 5% bepaalde RoS).

## 2.2 Uitspraak CBb

10. Het CBb heeft in zijn uitspraak van 12 september 2007 het navolgende overwogen: *“Een rendementsvergoeding kan bestaan uit diverse factoren, waartoe in ieder geval een vergoeding behoort voor de met de betreffende activiteiten genomen risico's. In een geval als het onderhavige*

---

<sup>4</sup> OPTA/TN/2006/200162

<sup>5</sup> OPTA/TN/2005/203468

## Ontwerpbesluit Openbare versie

– waarin een WLR-afnemer KPN bepaalde werkzaamheden uit handen neemt – hoeft KPN bepaalde retailactiviteiten niet te verrichten en loopt zij derhalve daarover ook geen risico. Kenmerkend voor de retail-minus methodiek is dat de met deze retailactiviteiten gemoeide kosten van de retailprijs worden afgetrokken en niet valt in te zien waarom bij het aldus bepalen van de minus de vergoeding voor de met die activiteiten genomen risico's buiten beschouwing zou dienen te blijven.

(.....)

Het College overweegt in zijn beoordeling van KPN's grieven inzake de bepaling van de retail-minus echter dat OPTA in randnummer 265 en volgende van het WLR-besluit haar keuze voor de retail-minus benadering heeft gemotiveerd, dat de in dit besluit omtrent deze methodiek gemaakte keuzes door het College in stand zijn gelaten in de WLR-uitspraak en dat daarmee de uitgangspunten voor het Tariefbesluit zijn gegeven. De vraag die daarmee voorligt – gelet op de door OPTA in randnummer 265 van het WLR-besluit gegeven omschrijving – is welke door KPN gemaakte (of te maken) retailkosten in mindering dienen te worden gebracht op het relevante retailtarief van KPN. Het gaat hierbij – zo leest het College – om werkelijke kosten. De in de Beleidsregels opgenomen RoS is daarentegen op een andere grondslag bepaald.

(.....)

Door zich in het Tariefbesluit te baseren op de – normatieve – RoS zoals bepaald in de Beleidsregels en zich te laten leiden door het door de WLR-afnemers te behalen rendement, is OPTA afgeweken van het WLR-besluit waarin is neergelegd dat de werkelijke kosten van KPN de basis vormen voor de berekening van de retail-minus, die op de feitelijk gehanteerde retailtarieven wordt toegepast.”

11. Het CBb draagt aan het college op om met inachtneming van bovengenoemde overwegingen de minus, en specifiek de risicovergoeding, op de juiste grondslag te bepalen.

### 2.3 Beoordeling door het college

12. Het college leest de uitspraak van het CBb zo, dat het CBb weliswaar aangeeft in te zien dat in de minus een risicovergoeding kan worden opgenomen, maar dat die risicovergoeding dan wel – anders dan in het WLR-tariefbesluit is gedaan – dient te worden vastgesteld in overeenstemming met de grondslag die daartoe in het WLR-marktbesluit is gedefinieerd (in casu de werkelijk door KPN gerealiseerde vergoeding).
13. In deze paragraaf overweegt het college de verschillende mogelijkheden om de toegepaste bepaling van de risicovergoeding in lijn te brengen met de daaraan onderliggende grondslag, en concludeert het college dat een aanpassing van het WLR-marktbesluit geschikt en noodzakelijk is.
14. Uitgaande van de grondslag uit het WLR-marktbesluit dient de risicovergoeding te worden

## Ontwerpbesluit Openbare versie

gebaseerd op KPN's gemaakte of nog te maken kosten. Een mogelijk startpunt hiervoor is het door KPN gerealiseerde rendement op de markt voor laagcapacitaire aansluitingen. Het college concludeert echter dat KPN's gerealiseerde rendement geen weerspiegeling is van de onderliggende risico's.

15. KPN heeft op retailniveau een AMM-positie die KPN de prikkel en mogelijkheid geeft voor het hanteren van buitensporige prijzen op de markt voor telefonieaansluitingen. Buitensporige prijzen brengen met zich mee dat er ook een risico op excessieve rendementen kan zijn. Indien dat het geval is, reflecteren de prijzen en rendementen niet meer alleen de risico's maar zijn ze een gevolg van de benutting van een machtspositie. Dat het rendement van KPN hoger is dan alleen een risicovergoeding volgt uit een vergelijking van KPN's rendement met dit van andere duurzame concurrenten. KPN heeft in de markt voor laagcapacitaire aansluitingen in 2005 en 2006 een RoS van respectievelijk **[vertrouwelijk: > 8%]** en **[vertrouwelijk: > 8%]** gerealiseerd, terwijl andere partijen, conform een (weliswaar beperkte) benchmark van KPN een RoS van tussen de 2 en 5% hebben gerealiseerd<sup>6</sup>. Daarbij wordt KPN dan ook nog enigszins beperkt in het doorvoeren van prijsstijgingen door bovengrensregulering die geldt voor een deel van de retaildiensten in de laagcapacitaire markten. Een beperking van prijsstijgingen leidt ook tot een zekere begrenzing van de rendementen.
16. Het college heeft op basis van bovenstaande gegevens derhalve sterke aanwijzingen dat het gerealiseerde rendement van KPN hoger is dan op grond van de risico's verwacht zou mogen worden en dat het gerealiseerde rendement van KPN geen goede afspiegeling is van de met de activiteiten samenhangende risico's. Het college heeft daarnaast sterke aanwijzingen dat het gerealiseerde rendement een overwinst omvat. Indien het gerealiseerde rendement een overwinst omvat, zou het hanteren van het gerealiseerde rendement in de minus tot gevolg hebben dat ook inefficiënte partijen tot de markt zouden kunnen toetreden. Dat is in strijd met de doelstelling uit het WLR-marktbesluit om middels WLR effectieve en duurzame concurrentie mogelijk te maken.
17. Een tweede manier om op basis van de in het WLR-marktbesluit gedefinieerde grondslag de risicovergoeding vast te stellen, zou zijn om de daadwerkelijke risico's van KPN te inventariseren en te kwantificeren. Het college heeft overwogen of daartoe economische methoden beschikbaar zijn. Voor kapitaalintensieve diensten, zoals KPN's wholesalediensten, zijn economische methoden beschikbaar voor het bepalen van KPN's risicoprofiel. Een dergelijke methode wordt door het college gebruikt bij het vaststellen van de WACC voor KPN's wholesalediensten.<sup>7</sup> Voor kapitaalextensieve diensten, zoals KPN's retaildiensten, is deze niet geschikt. Er zijn echter geen andere methoden bij het college bekend op basis waarvan op een objectieve manier inzicht kan worden verkregen in het risicoprofiel van KPN's retaildiensten.
18. Het college concludeert derhalve dat op basis van de grondslag, zoals gedefinieerd in

---

<sup>6</sup> Zie paragraaf A.4 van de Beleidsregels.

<sup>7</sup> OPTA/TN/2006/201811

## Ontwerpbesluit Openbare versie

randnummer 265 van het WLR-marktbesluit, geen ten behoeve van de WLR-tariefstelling relevante risicovergoeding kan worden vastgesteld. Deze conclusie leidt tot de gevolgtrekking dat de in het marktbesluit gedefinieerde grondslag aanpassing behoeft.

19. Teneinde de wel relevante grondslag te kunnen bepalen, dient echter eerst de voorvraag te worden beantwoord welke andere methode zich leent om ten behoeve van de WLR-tariefstelling een juiste risicovergoeding vast te stellen. Naar het oordeel van het college is deze methode gevonden in het vernietigde WLR-tariefbesluit. Deze methode bestaat er uit dat de juiste risicovergoeding kan worden afgeleid uit een vergelijking met andere bedrijven die echter niet de methodologische nadelen van KPN hebben, namelijk een AMM-positie en regulering, en bij voorkeur ook om zo vergelijkbaar mogelijke bedrijven.
20. Eenzelfde methode is ook opgelegd in het retailbesluit ten behoeve van de squeeze-toets op marktniveau. Deze is uitgewerkt in de beleidsregels.<sup>8</sup> Hierbij worden de retailrendementen van met KPN vergelijkbare bedrijven in een competitieve omgeving vastgesteld, waarbij geldt dat die rendementen – gegeven dat de betreffende bedrijven duurzaam in de markt actief zijn – gelijk te stellen zijn aan de risicovergoeding. Daarbij overweegt het college dat er geen structurele oorzaken aan te wijzen zijn waarom de risico's van KPN (in een competitieve omgeving) anders zouden zijn dan de risico's van de in de vergelijking betrokken bedrijven. Het college concludeert derhalve dat een normering aan de retailrendementen van met KPN vergelijkbare bedrijven in een competitieve omgeving een goede grondslag kan vormen voor de risicovergoeding van KPN.
21. Hierbij overweegt het college nog dat deze grondslag praktisch toepasbaar is, in tegenstelling tot de huidige grondslag in het WLR-marktbesluit. Daarbij is deze grondslag ook in lijn met de doelstelling van WLR; immers, door uit te gaan van het risico van concurrenten in een competitieve omgeving zijn efficiënte concurrenten in staat om duurzaam met KPN te concurreren en wordt het mededingingsprobleem van marge-utholling geremedieerd. Daarnaast wordt concurrenten ook niet meer ruimte geboden dan noodzakelijk, zodat inefficiënte toetreding wordt voorkomen.
22. Het college besluit derhalve om randnummer 265 van het WLR-marktbesluit als volgt aan te passen:

*265. Ten aanzien van de methodiek waarop tariefregulering voor wholesale-telefonieaansluitingen dient te worden gebaseerd, is het college van oordeel dat voor het bevorderen van effectieve dienstenconcurrentie tariefregulering op basis van retail-minus geschikter is dan kostenoriëntatie. Onder retail-minus wordt daarbij begrepen dat het wholesaletarief bestaat uit het relevante retailtarief van KPN waarop nader te bepalen **retailkosten in mindering worden gebracht. Onder deze kosten kan ook een vergoeding voor met de retailkosten samenhangende risico's worden verstaan. Voor het bepalen van de kosten wordt, met uitzondering van de risicovergoeding, uitgegaan van de door***

---

<sup>8</sup> OPTA/TN/2006/200162

## Ontwerpbesluit Openbare versie

*KPN gemaakte (of nog te maken) retailkosten. De risicovergoeding kan het college baseren op het rendement dat vergelijkbare bedrijven in een competitieve omgeving realiseren. De reden om de tarieven vast te stellen op basis van een retail-minus benadering is drieledig.*

23. In het nieuwe WLR-tariefbesluit wordt de risicovergoeding vervolgens op basis deze grondslag vastgesteld.

## Ontwerpbesluit Openbare versie

### 3 Dictum

24. Het college besluit randnummer 265 van het WLR-marktbesluit te vervangen door de tekst als opgenomen in randnummer **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden..**

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

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.  
Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.  
Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden. Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.