

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie Openbare versie

Ons kenmerk: OPTA/AM/2010/201009

Zaaknummer: 10.0144.23

Datum: 25 maart 2010

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op 1) het verzoek van Tele2 Nederland BV, Atlantic Holding BV en Pretium Telecom BV en het verzoek van BT Nederland N.V., Verizon Nederland B.V. en Colt Telecom B.V. om middels wijziging van het marktanalysebesluit vaste telefonie de intrekking van de retailregulering ongedaan te maken en 2) het verzoek van deze partijen om op grond van artikel 6b.3 van de Telecommunicatiewet de retailregulering op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie tijdelijk her in te voeren.

1 Samenvatting

1. Tele2 Nederland BV, Atlantic Holding BV en Pretium Telecom BV (hierna: TAP) en BT Nederland N.V., Colt Telecom B.V. en Verizon Nederland B.V. (hierna: BCV) hebben een verzoek bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) ingediend om een wijziging van het Marktanalysebesluit Vaste Telefonie (hierna: Marktanalysebesluit VT), waarbij zij verzoeken de intrekking van de retailregulering ongedaan te maken. Daarnaast hebben partijen verzocht om op grond van artikel 6b.3 Telecommunicatiewet (hierna: Tw) de retailregulering, die tot 1 januari 2010 gold op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie, wegens spoedeisend belang tijdelijk her in te voeren.

2. Het college wijst in het onderhavige besluit de verzoeken van TAP en BCV af. Het college concludeert allereerst dat partijen geen omstandigheden hebben aangevoerd op grond waarvan het college overgaat tot wijziging van het marktanalysebesluit. Het college concludeert tevens dat er geen sprake is van zodanig uitzonderlijke omstandigheden die een besluit voor een tijdelijke herinvoering van de retailregulering rechtvaardigen. Er is derhalve niet voldaan aan de vereisten van artikel 6b.3 Tw.

2 Feiten en verloop van de procedure

3. Op 19 december 2008 heeft het college het Marktanalysebesluit VT gepubliceerd¹. In dictumnummer lxxii heeft het college aangegeven dat het de verplichtingen, die betrekking hebben op de zakelijke retailmarkt, intrekt op 1 januari 2010.

4. Het implementatiebesluit Wholesale Line Rental hoogcapacitair (hierna: WLR HC) is 25 juni

¹ OPTA/AM/2008/202721, 19 december 2008

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie Openbare versie

2009 genomen door het college². In het dictum van dit besluit staat onder meer dat KPN vanaf 1 september 2009 een retailminus moet toepassen voor de wholesalebestellingen die, tot het einde van de eerste maand na implementatie, geleverd worden aan concurrenten.

5. De WPC-tarieven voor WBT HK (WBA ZM en WEAS) en hoogcapacitaire huurlijnen (WEAS, ILL-SDH en ILL-DWDM) zijn nog niet vastgesteld. Het college beoogt in mei 2010 een ontwerp-tariefbesluit (deel 2b) te nemen. KPN heeft wel voor alle gereguleerde diensten tarieven gepubliceerd.

6. Vervolgens heeft het college op 16 december 2009 het tariefbesluit WLR HC genomen³.

7. Op 31 december 2009 hebben zowel TAP als BCV het college bericht KPN te hebben verzocht zich ook na 1 januari 2010 onverkort te houden aan de retailverplichtingen voor de zakelijke markt. Op 31 december 2009 en 5 januari 2010 hebben respectievelijk TAP en BCV⁴ dit verzoek ook naar KPN gestuurd. Partijen geven aan dat herinvoering van retailverplichtingen nodig is, omdat nog niet aan de voorwaarden voor intrekking is voldaan (wholesaleverplichtingen zijn nog niet geïmplementeerd). Op 8 januari 2010 heeft KPN⁵ aan TAP en BCV bericht dat aan de voorwaarden voor intrekking van retailverplichtingen is voldaan en dat KPN derhalve geen grond ziet om na 1 januari 2010 de retailverplichtingen voort te zetten zoals die golden tot 1 januari 2010.

8. Vervolgens hebben BCV en TAP op respectievelijk 14 januari 2010⁶ en 18 januari 2010⁷ het college verzocht om, middels wijziging van het Marktanalysebesluit VT, de intrekking van de retailregulering ongedaan te maken. Zij vragen het college tevens een tijdelijk besluit te nemen met als doel herinvoering van de retailregulering.

9. Het college behandelt de verzoeken van beide partijen gevoegd, omdat deze gelijkloidend zijn.

10. Op 26 januari 2010 heeft het college de verzoekende partijen en KPN een vragenbrief gestuurd.⁸ Op 8 februari j.l. heeft het college antwoorden ontvangen van KPN⁹, TAP en BCV¹⁰.

11. Het college heeft reeds een nieuw ontwerpbesluit ULL¹¹ gepubliceerd en ter consultatie aan de markt voorgelegd. In dit ontwerpbesluit geeft het college aan voornemens te zijn om onder meer het

² OPTA/AM/2009/201467, 25 juni 2009

³ OPTA/AM/2009/203473, 16 december 2009

⁴ Brief met kenmerk PB/20090064/392624, 5 januari 2010

⁵ Brieven met kenmerk CLR-2008-9022, 8 januari 2010

⁶ Brief met kenmerk PB/20090064/392622, 14 januari 2010

⁷ Brief met kenmerk OPTA/AM/2008/202721, 18 januari 2010.

⁸ OPTA/AM/2010/200256, 26 januari 2010

⁹ Brieven met kenmerk CLR-2008-9022, 8 februari 2010

¹⁰ Brief met kenmerk PB/20090064/403228, 8 februari 2010

¹¹ OPTA/AM/2010/200209, 1 februari 2010

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

ODF (FttO) aanbod van KPN te zullen reguleren. Het college verwacht eind april een definitief besluit te nemen.

12. Op 15 februari 2010 heeft een hoorzitting plaatsgevonden. Tijdens het openbare deel van de hoorzitting hebben KPN, TAP en BCV hun standpunten toegelicht en heeft het college vragen gesteld aan alle marktpartijen. Daarnaast hebben zowel Tele2 Nederland BV (hierna: Tele2) als Atlantic Holding BV (hierna: Atlantic) een aanvullende toelichting gegeven in een vertrouwelijk deel van de hoorzitting.

13. Naar aanleiding van een vraag van het college tijdens de hoorzitting heeft KPN op 16 februari 2010 middels een e-mail aanvullende informatie verstrekt over de tarieven inzake WLR HC.

14. Op 17 februari heeft Atlantic per e-mail informatie aangeleverd over de zogenoemde 'workaround' van KPN voor migratieorders voor WLR HC. KPN heeft op 24 februari 2010 per e-mail haar reactie op de informatie van Atlantic gegeven.

15. Tele2 heeft op 18 februari 2010 naar aanleiding van de hoorzitting nadere informatie verstrekt over haar standpunt dat WBA over ethernet op regionaal niveau niet afneembaar is.

3 Juridisch Kader

A) Opleggen en intrekken van verplichtingen

16. Artikel 6a.1, eerste lid, Tw luidt:

“het college bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese Mededingingsrecht de relevante markten in de elektronische communicatiesector waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een product- of dienstenmarkt als vermeld in artikel 15, eerste lid Kaderrichtlijn”.

17. Artikel 6a.2, eerste lid, Tw luidt:

“Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, van de Tw blijkt dat een relevante markt onderscheidenlijk een transnationale markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht en legt ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 of 6a.12 tot en met 6a.15 op (...)”

18. Op grond van artikel 6a.4 van de Tw besluit het college om bestaande verplichtingen in stand te houden, dan wel om deze verplichtingen in te trekken. Het college kan tot het intrekken van verplichtingen overgaan in de volgende vier situaties:

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

1. Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt (...) niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen (...) beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en trekt hij eerder opgelegde of in stand gehouden verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in indien zij niet langer passend zijn (artikel 6a.2, eerste lid, onderdeel c).

2. Indien uit het onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt (...) daadwerkelijk concurrerend is (...) (artikel 6a.3, eerste lid);

3. Indien uit het onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een onderneming op een niet daadwerkelijk concurrerende relevante markt (...) niet beschikt over een aanmerkelijke marktmacht (artikel 6a.3, tweede lid);

4. Indien uit het onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is en de [wholesale]verplichtingen toereikend zijn om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken of de belangen van eindgebruikers te beschermen [zodat de retailverplichtingen voor zover zij betrekking hebben op die markt kunnen worden ingetrokken] (artikel 6a.3, derde lid).

B) Mogelijkheid voor tijdelijk besluit

19. Artikel 6b.1, eerste lid, Tw luidt:

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

20. Artikel 6b.2, eerste lid, Tw luidt:

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

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

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

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

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

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

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

23. In de uitspraak van de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in de Wanadoo zaak¹² op grond van artikel 6b.3 Tw heeft het CBb onder meer het volgende geoordeeld:

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

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

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

C) Marktanalysebesluit VT

24. In paragraaf 15.4 van het Marktanalysebesluit VT heeft het college het volgende besloten inzake de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie:

lxi. Het college heeft vervolgens op grond van artikel 6a.1, eerste lid, van de Tw onderzocht welke relevante markten overeenkomen met de in de aanbeveling van de Commissie vermelde retailmarkten voor vaste telefonie.

¹² LJN/LJN:AT6100, 27 april 2005

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

lxii. *Het college heeft geconcludeerd dat voor het onderhavige besluit de retailmarkten bestaan uit de volgende relevante markten:*

- *residentiële retailmarkt voor vaste telefonie (hierna: residentiële retailmarkt). Deze markt bestaat uit verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op twee of minder (gelijktijdige) gesprekken; en*
- *zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie (hierna: zakelijke retailmarkt). Deze markt bestaat uit verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op meer dan twee gelijktijdige gesprekken.*

lxiii. *Deze relevante retailmarkten omvatten heel Nederland en beperken zich tot heel Nederland.*

lxiv. *Het internationale verkeer en het verkeer naar 0800/090x en 084/087 behoort niet tot deze relevante markten.*

lxv. *Het college bepaalt deze markten als relevante markten in de zin van artikel 6a.1, eerste lid, van de Tw.*

lxvi. *Het college heeft op grond van artikel 6a.1 van de Tw onderzocht of deze markten daadwerkelijk concurrerend zijn en op grond van artikel 6a.2 van de Tw onderzocht of op deze markten een onderneming actief is die beschikt over aanmerkelijke marktmacht.*

lxvii. *Het college concludeert dat de residentiële retailmarkt daadwerkelijk concurrerend is.*

lxviii. *Het college trekt op grond van artikel 6a.4, onderdeel b, van de Tw jo. artikel 6a.3, eerste lid, van de Tw de vigerende retailregulering, als opgelegd in "marktanalysebesluit betreffende de retailmarkten voor vaste telefonie" (met kenmerk: OPTA/TN/2005/203468) in voor zover die verplichtingen betrekking hebben op de residentiële retailmarkt. Het betreft:*

- *de verplichting die op grond van artikel 6a.12, onder a, van de Tw aan KPN is opgelegd, ofwel de non-discriminatieverplichting;*
- *de verplichting die op grond van artikel 6a.12, onder c, van de Tw aan KPN is opgelegd, ofwel de transparantieverplichting;*
- *de verplichtingen die op grond van artikel 6a.13 van de Tw aan KPN zijn opgelegd, ofwel de ondergrens- en bovengrenstariefregulering, de verplichting tot het hanteren van een goedgekeurd kostentoerekeningssysteem, de verplichting tot het opleveren van een financiële rapportage en de nadere voorschriften. KPN dient in mei 2009 en mei 2010 de financiële rapportage over de in 2008 en 2009 gereguleerde retailmarkten op te leveren;*
- *de verplichting die op grond van artikel 6a.14 van de Tw aan KPN is opgelegd ofwel het stoplichtmodel.*

lxix. *Het college concludeert dat de zakelijke retailmarkt niet daadwerkelijk concurrerend is.*

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

lxx. Het college heeft op grond van artikel 6a.4, onderdeel b, van de Tw jo. artikel 6a.2, eerste lid, onderdeel c, van de Tw onderzocht of het passend is om de bestaande retailverplichtingen op deze markt te handhaven.

lxxi. Het college heeft geconcludeerd dat handhaving van de bestaande verplichtingen op deze markt gedurende de gehele reguleringsperiode niet langer passend is.

lxxii. Het college trekt de vigerende retailverplichtingen die betrekking hebben op de zakelijke markt in op 1 januari 2010.

4 Standpunten van partijen

25. In paragraaf 4.1 en 4.2 worden respectievelijk de verzoeken van TAP en BCV samengevat en wordt het standpunt van KPN gegeven. Paragraaf 4.3 geeft vervolgens de feitelijke argumenten van marktpartijen bij elk geschilpunt (A t/m E).

26. Tegen het Marktanalysebesluit VT loopt een beroepsprocedure. Alle marktpartijen geven aan dat in de onderhavige procedure voorlopig wordt uitgegaan van het bestaande marktbesluit. De analyse van het college in het marktanalysebesluit wordt derhalve voorlopig als uitgangspunt genomen door marktpartijen.

4.1 Verzoek van TAP en BCV

27. De verzoeken van TAP en BCV zijn gelijk. De onderbouwing van deze verzoeken is ook grotendeels hetzelfde. TAP en BCV worden daarom in deze paragraaf gezamenlijk aangeduid als Partijen.

28. Partijen verzoeken om een wijziging van het Marktanalysebesluit VT. Specifiek vragen zij de beëindiging van de regulering van de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie ongedaan te maken. In het verzoekschrift, de beantwoording op de vragenlijst van het college en tijdens de hoorzitting hebben Partijen hiervoor het volgende aangevoerd.

29. De implementatie van de wholesaleverplichtingen voor de zakelijke markt is nog niet afgerond. Hierdoor is niet aan de door het college geformuleerde voorwaarden voor intrekking van retailverplichtingen voldaan. Partijen onderbouwen dit:

- A) De nieuwe wholesaleverplichtingen zijn nog niet geïmplementeerd voor WLR HC. Daardoor hebben de Partijen nog geen eigen retailorganisatie kunnen inrichten.
- B) Voor de wholesalediensten WBT HK en Huurlijnen HC zijn nog geen tariefbesluiten genomen voor de tariefregulering.

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

- C) Het is nog niet mogelijk voor Partijen om regionale toegang tot WBA Ethernet over koper in te kopen bij KPN.
- D) De vernietiging van het ULL Marktanalysebesluit door het CBb betekent ook een vernietiging van de daarin opgenomen wholesaleverplichtingen. Wholesaleregulering in andere marktanalysebesluiten zou hiermee “op losse schroeven komen te staan”¹³.

30. Intrekking van retailregulering zou volgens Partijen leiden tot minder concurrentie op de zakelijke markt en een sterkere marktmacht voor KPN.

31. Partijen verzoeken tevens om een tijdelijk besluit op grond van artikel 6b.3 Tw. In de verzoekschriften stellen Partijen dat een dergelijk spoedbesluit vereist is, omdat de marktconcurrentie op de korte termijn in het geding is. Dit onderbouwen Partijen in het verzoekschrift, de beantwoording op de vragenlijst van het college en tijdens de hoorzitting:

- E) Partijen hebben KPN tevergeefs verzocht om vanaf 1 januari 2010 vast te houden aan de retailverplichtingen voor de zakelijke markt. Partijen zien een acute bedreiging voor de concurrentie op de zakelijke markt, omdat KPN vanaf 2010 volledig vrij is om tot selectieve prijsverlaging over te gaan. Dit levert onomkeerbare schade aan de markt.

4.2 Standpunt van KPN

32. KPN brengt op basis van de stukken en de hoorzitting de navolgende zienswijze naar voren ten aanzien van het verzoek van Partijen.

33. De wholesaleverplichtingen voor de zakelijke markt zijn wel degelijk geïmplementeerd:

- A) Het tariefbesluit voor WLR HC is gepubliceerd en deze dienst kan reeds worden afgenomen. Partijen hebben voldoende gelegenheid gehad om hun retailorganisatie hierop in te richten.
- B) Ook zonder tariefbesluiten biedt KPN wholesalediensten aan voor WBT HK en hoogcapacitaire Huurlijnen. Dat doet KPN reeds enige jaren. De diensten worden ook afgenomen door concurrenten van KPN.
- C) Het is momenteel mogelijk om WBA af te nemen van KPN.
- D) De vernietiging van het marktanalysebesluit ULL door het CBb heeft vooralsnog geen

¹³ Het college heeft reeds een nieuw ontwerpbesluit ULL¹³ gepubliceerd en ter consultatie aan de markt voorgelegd. OPTA/AM/2010/200209, 1 februari 2010

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

gevolgen voor de wholesaleverplichtingen voor ODF-access (FttH), MDF-access en SDF-access.

34. KPN ziet geen reden tot het nemen van een tijdelijk besluit om herinvoering van retailregulering op korte termijn mogelijk te maken:

E) KPN heeft Partijen aangegeven vanaf 1 januari 2010 niet langer vast te houden aan retailverplichtingen, omdat zij van mening is dat de wholesaleverplichtingen voldoende zijn geïmplementeerd. KPN betwist dat de concurrentie op de zakelijk markt ernstig wordt bedreigd. De stelling van KPN is dat concurrentie mogelijk is, omdat WLR HC vanaf half februari 2010 volledig is geïmplementeerd.

4.3 Feitelijke argumenten per geschilpunt

35. KPN en Partijen dragen ter onderbouwing van de hiervoor genoemde geschilpunten (A t/m E) veelal afwijkende argumenten aan. In deze paragraaf worden deze argumenten per geschilpunt toegelicht.

A) Implementatie van wholesaleverplichtingen WLR HC

[illegible]

De eerste lichting met orders is volgens KPN reeds [vertrouwelijk: XXXXXXX] gereed gemeld. Een tweede type orders is vanaf medio februari beschikbaar middels een 'workaround'. De geautomatiseerde oplossing volgt later. Partijen betwijfelden ten tijde van de hoorzitting of de tweede categorie orders verwerkt zullen worden. Zij hadden op de dag van de hoorzitting echter nog geen kans gehad om de workaround van KPN te evalueren. Atlantic Telecom meldde het college enige tijd na de hoorzitting dat nieuwe orders aan KPN niet in behandeling worden genomen. KPN heeft vervolgens met Atlantic Telecom afgesproken dat nieuwe orders aangeleverd kunnen worden per e-mail.

B) Tariefregulering WBT HK en huurlijnen HC

37. KPN beweert dat ook zonder geregleerde tarieven reeds wordt voldaan aan de verplichtingen voor WBT HK en huurlijnen HC. Dit gebeurt met een aantal bestaande diensten waaronder WBA ZM en WEAS Lite. Verder heeft KPN tijdens de hoorzitting toegezegd de tarieven niet te verhogen als gevolg van het toekomstige WPC-tariefbesluit. Dit geeft zekerheid voor afnemers van de diensten.

C) Regionale toegang WBA Ethernet

38. Volgens Partijen is er op dit moment nog geen volledig gereguleerd aanbod van WBT HK en huurlijnen HC. Een concreet gevolg is volgens Tele2 dat zij geen regionale WBA Ethernet over koper kan inkopen bij KPN.

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

D) Vernietiging van het ULL Marktanalysebesluit door het CBb

39. BCV geeft aan geen direct gevolg te ondervinden van de vernietiging van dit besluit, aangezien zij weinig gebruik maakt van ULL. Zij ondervindt wel indirect hinder van het besluit. Minder concurrentie op de WBT HK-markt betekent mogelijk dat BCV een hogere prijs betaalt voor WBT-diensten.

40. TAP wil op korte termijn ODF (niet-FttH) afnemen. Door het ontbreken van een dienstbeschrijving en een tariefbeschrijving acht zij dit onmogelijk. Continuering van de retailregulering blijft hierdoor noodzakelijk. Volgens TAP is aanbidding van WEAS-diensten momenteel niet mogelijk zonder gereguleerde FttO-dienst. Er zijn geen alternatieven voor WEAS en huurlijnen HC.

41. Volgens KPN zijn er momenteel voldoende alternatieve mogelijkheden voor Partijen om zowel actieve als passieve diensten af te nemen. Marktpartijen maken hier nog geen gebruik van. Wel gebruiken zij op toenemende schaal WEAS van KPN.

E) Acute bedreiging van de concurrentie op de zakelijke markt

42. Partijen verwachten dat KPN op korte termijn onomkeerbare schade aanricht aan de resterende concurrentie in de markt. Dit is ook in voorgaande jaren gebeurd als gevolg van prijsdiscriminatie door KPN. De concurrentie zal ook op de lange termijn schade ondervinden, omdat het vaak om meerjarige contracten gaat. Partijen geven aan dat herinvoeren van de retailverplichtingen de enige oplossing is. Ook in de eventuele situatie dat de wholesaleverplichtingen volledig zijn geïmplementeerd zal deze oplossing nodig blijven volgens Partijen.

43. Gezien de inmiddels volledige implementatie van WLR betwist KPN de stelling van Partijen. Verder blijkt volgens KPN dat het verzoek tot een tijdelijk besluit een verkapt bezwaar is tegen het Marktanalysebesluit VT. Het argument hiervoor is dat volgens Partijen ook een volledige implementatie van wholesaleverplichtingen niet voldoende is voor intrekking van de retailverplichtingen.

5 Overwegingen van het college

44. In dit hoofdstuk beoordeelt het college de verzoeken van TAP en BCV.

- *Het verzoek om middels wijziging van het Marktanalysebesluit VT de intrekking van de retailregulering ongedaan te maken beoordeelt het college in paragraaf 5.1. Hierbij is relevant of er gewijzigde marktomstandigheden zijn die een vervroegd nieuw marktanalysebesluit rechtvaardigen.*
- *Het verzoek om middels een tijdelijk besluit op grond van artikel 6b.3 Tw de retailregulering op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie herin te voeren beoordeelt het college in paragraaf 5.2. Hierbij is relevant of er dermate spoed is voor het nemen van een besluit dat de reguliere procedures (als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, eerste lid, onder a, 6a.16, eerste lid, of 6a.18, eerste lid) buiten toepassing kunnen blijven.*

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

5.1 Beoordeling verzoek wijziging Marktanalysebesluit VT

45. Het college heeft op 19 december 2008 het Marktanalysebesluit VT genomen. In dat besluit is vastgesteld dat de zakelijke retailmarkt niet concurrerend is. Echter de combinatie van wholesaleregulering en autonome ontwikkelingen op de zakelijke markt zijn volgens het college voldoende om daadwerkelijke concurrentie te bewerkstelligen in de reguleringsperiode. Het college heeft vervolgens geconcludeerd dat het niet passend is om daarnaast de bestaande retailverplichtingen op de zakelijke markt te handhaven. In het Marktanalysebesluit VT is besloten de retailverplichtingen in te trekken op 1 januari 2010.

46. Partijen verzoeken om een wijziging van het Marktanalysebesluit VT om de intrekking van retailverplichtingen ongedaan te maken.

47. Het college volgt partijen niet in hun standpunt dat de intrekking ongedaan gemaakt moet worden. Het college motiveert hieronder waarom hij niet overgaat tot een wijzigingsbesluit. Hierbij wordt derhalve de vraag beantwoord of het opnieuw opleggen van de retailverplichtingen passend is.

48. Het college merkt op dat het systeem (van hoofdstuk 6A) van de Tw uitgaat van ex ante regulering voor een periode van – in beginsel - drie jaar. Onder omstandigheden is het mogelijk om over te gaan tot een eerdere heroverweging, indien de marktontwikkelingen hiertoe aanleiding geven.

49. Het college heeft, specifiek om marktontwikkelingen op de voet te kunnen volgen, zijn periodieke Structurele Monitoring Markten opgezet. Uit deze informatie zou het college de conclusie kunnen trekken dat er sprake is van gewijzigde marktomstandigheden. Voorts bestaat de mogelijkheid dat het college naar aanleiding van op ander wijze door een marktpartij aangedragen informatie tot de conclusie komt dat er sprake is van gewijzigde marktomstandigheden. In dit verband is het college van oordeel dat niet *elke* wijziging in marktomstandigheden rechtvaardigt dat van het eerder omschreven uitgangspunt (driejaarlijkse regulering) wordt afgeweken. Immers, het college houdt in de prospectieve analyses van de marktanalysebesluiten al rekening met mogelijk wijzigende marktomstandigheden. Voor het nemen van een nieuw marktanalysebesluit moet de aanvrager daarom gegevens aandragen over gewijzigde marktomstandigheden die in belangrijke mate afwijken van de marktanalysebesluiten, althans zodanig dat deze een vervroegd besluit rechtvaardigen.

50. Het college ziet op basis van de gegevens uit de structurele marktmonitoring markten geen gewijzigde marktomstandigheden die aanleiding geven voor een nieuwe vervroegde marktanalyse. Het marktaandeel van KPN is gedaald in de trend met de verwachtingen uit de Marktanalyse VT. Het marktaandeel daalde van [**vertrouwelijk**: 70-80%] medio 2008 naar [**vertrouwelijk**: 70-80%] medio 2009. Op basis van de opgeleverde gegevens van marktpartijen over eind 2009 zet deze trend zich in de tweede helft van 2009 door¹⁴. In de prospectieve analyse van het marktbesluit is uitgegaan van een marktaandeel van KPN van 65% - 75% in 2011. Die inschatting acht het college nog steeds valide. Dat geldt evenzeer voor de ontwikkeling van de andere factoren die bijdragen aan de dominantie van KPN.

¹⁴ Op deze cijfers wordt nog een controle uitgevoerd.

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

Deze zijn beschreven in paragraaf 13.4.2 van het Marktanalysebesluit VT.¹⁵ De continuering van bestaande wholesaleverplichtingen, samen met de (al dan niet volledige) implementatie van enkele nieuwe wholesaleverplichtingen, zorgt ervoor dat de dominante positie van KPN deze reguleringsperiode minder sterk wordt.

51. In het marktanalysebesluit heeft het college beargumenteerd dat de retailverplichtingen kunnen worden ingetrokken als de nieuwe wholesaleverplichtingen (WLR HC, WBT HK en huurlijnen HC) zijn geïmplementeerd en partijen hun eigen retailorganisatie hebben kunnen inrichten op de nieuwe wholesalediensten. Het college heeft vervolgens een aankondigingstermijn van 1 jaar redelijk geacht voor de implementatie van de wholesaleverplichtingen. De retailverplichtingen zijn op 1 januari 2010 ingetrokken. Het college heeft echter niet de volledige implementatie van wholesaleverplichtingen als voorwaarde gesteld voor de intrekking van retailverplichtingen per 1 januari 2010. Hieronder beoordeelt het college in hoeverre de wholesaleverplichtingen zijn geïmplementeerd en of zich hierdoor gewijzigde marktomstandigheden voordoen die een nieuw vervroegd marktanalysebesluit rechtvaardigen.

52. De gewijzigde marktomstandigheden die TAP en BCV aandragen hebben betrekking op de volgens hen ontbrekende implementatie van wholesaleverplichtingen. Volgens deze partijen:

- is WLR voor hoogcapacitaire aansluitingen nog niet af te nemen;
- zijn de wholesale price caps voor hoge kwaliteit WBT en hoog capacitaire huurlijnen nog niet vastgesteld;
- is ODF door de vernietiging van het marktanalysebesluit ULL niet gereguleerd;
- is WBA Ethernet over koper niet op regionaal niveau af te nemen.

53. Het college stelt voorop dat de analyse uit het Marktanalysebesluit VT van 19 december 2008 nog steeds valide is zoals reeds in randnummer 50 van dit besluit is geconstateerd. Met de marktpartijen kan worden geconstateerd dat nog niet alle wholesalemaatregelen (volledig) zijn geïmplementeerd. Dit leidt echter niet tot de conclusie dat (opnieuw) retailmaatregelen dienen te worden opgelegd. De positie van marktpartijen wordt immers versterkt door de continuering en uitbreiding van een aantal wholesaleverplichtingen in combinatie met autonome ontwikkelingen op de zakelijke markt. Het feit dat nog niet alle wholesaleverplichtingen (volledig) zijn geïmplementeerd, ondermijnt niet de fundamentele marktontwikkeling die het college in zijn marktanalyse heeft beschreven.

54. Het college wijst de verzoeken van TAP en BCV af om middels een wijzigingsbesluit de intrekking van de retailregulering op de zakelijke markt voor vaste telefonie ongedaan te maken.

¹⁵ OPTA/AM/2008/202721, 19 december 2008

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

5.2 Tijdelijk besluit herinvoering

55. Voorts verzoeken partijen om een tijdelijk besluit op grond van artikel 6b.3 Tw. De eis die in artikel 6b.3 aan een tijdelijk besluit wordt gesteld is dat sprake dient te zijn van uitzonderlijke omstandigheden. De omstandigheden waar partijen op wijzen, zijn genoemd in randnummer 52 van dit besluit. Het college loopt deze omstandigheden in deze paragraaf langs om vast te stellen in welke mate sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. In alle gevallen geldt dat het college in overleg met marktpartijen werkt om *tijdelijk* ontbrekende delen in de implementatie te verhelpen.

56. Het college overweegt daarbij het volgende. Het tijdelijk besluit zou genomen kunnen worden vooruitlopend op een wijziging van het marktanalysebesluit indien gewijzigde marktomstandigheden dit rechtvaardigen. Nu het college het verzoek om een wijziging van het marktanalysebesluit heeft afgewezen in paragraaf 5.1 acht het college een tijdelijke invoering om deze reden niet meer relevant.

57. Het tijdelijk besluit zou ook genomen kunnen worden om op korte termijn een tijdelijk effect in de markt te realiseren ten einde de concurrentie te waarborgen of de belangen van de gebruikers te beschermen. Van een dergelijk geval kan slechts sprake zijn indien er uitzonderlijke omstandigheden bestaan, welke met dermate spoed moeten worden geadresseerd dat de reguliere procedures voor het nemen van marktanalysebesluiten (als bedoeld in de artikelen 6.2, 6a.2, eerste lid, onder a, 6a.16, eerste lid, of 6a.18, eerste lid) buiten toepassing moeten blijven. Dat is het verzoek dat het college hierna beoordeelt. Naar het oordeel van het college kan, wanneer sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, onder meer gedacht worden aan 1) marktpartijen die niet in staat zijn om op de downstreammarkten actief te zijn en 2) marktpartijen die substantiële bedrijfseconomische schade ondervinden daarvan.

A) Implementatie van wholesaleverplichtingen WLR HC

58. Voor WLR HC geldt dat het college op 25 juni 2009 een implementatiebesluit heeft genomen. In het dictum van dit besluit staat onder meer dat KPN een retailminus moet toepassen vanaf 1 september voor de wholesalebestellingen die de eerste maand gedaan worden door concurrenten. Reden hiervoor is dat het college in de marktanalyse de implementatie van WLR HC per 1 september 2009 redelijk achtte.

59. In de praktijk is vertraging opgetreden bij de implementatie. Atlantic bestrijdt de stelling van KPN dat de afname van WLR HC al goed loopt. Tele2 geeft aan dat zij vanwege de haperende implementatie nog geen WLR HC kan afnemen. De eerste lichting met orders van Atlantic is volgens KPN reeds [vertrouwelijk: XXXXXX] gereed gemeld. Een tweede type orders is vanaf medio februari beschikbaar middels een 'workaround'. De geautomatiseerde oplossing volgt. Daarnaast heeft KPN per e-mail toegezegd dat alle afnemers van hoogcapacitaire aansluitingen, die voor [vertrouwelijk: XXXXXX] zijn besteld, via het retailmodel een retailminus korting krijgen.

60. Het college constateert dat de implementatie van wholesaleverplichtingen op onderdelen

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

achterblijft. Het college heeft KPN derhalve ook per brief¹⁶ gemaand spoed te maken met de implementatie.

61. Het college constateert echter dat deze achterblijvende implementatie er niet to leidt dat sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die een tijdelijk invoering van retailverplichtingen rechtvaardigen. Immers wholesale-afnemers kunnen op de downstreammarkten actief zijn op basis van de nieuwe wholesaledienst WLR HC. KPN heeft toegezegd om lagere tarieven te rekenen vanaf 1 september 2009. Hierdoor is er voor partijen niet of nauwelijks sprake van een financieel nadeel. Herinvoering van de retailregulering is, naar het oordeel van het college, een maatregel die niet passend is bij de geconstateerde achterblijvende implementatie. Het college kan, voor zover de implementatie van wholesaleverplichtingen achterblijft, in overleg met partijen ontbrekende delen van de implementatie verhelpen. Het was passend geweest als partijen dit hadden verzocht aan het college.

62. Het college ziet derhalve in de achterblijvende implementatie van WLR HC geen uitzonderlijke omstandigheid die aanleiding geeft voor een spoedbesluit op grond van artikel 6b.3 Tw.

B) Tariefregulering WBT HK en huurlijnen HC

63. De WPC-tarieven voor WBT HK (WBA ZM en WEAS) en hoogcapacitaire huurlijnen (WEAS, ILL-SDH en ILL-DWDM) zijn nog niet vastgesteld. Het college beoogt in mei 2010 een ontwerp-tariefbesluit (deel 2b) te nemen. KPN heeft wel voor alle gereguleerde diensten tarieven gepubliceerd.

64. Het college is het met verzoekende partijen eens dat partijen nadeel ondervinden van een late vaststelling van de wholesale price caps. Het ontbreken van de caps maakt de business case van partijen voor een deel onzeker. Het college acht gereguleerde kostengeoriënteerde wholesaletarieven passend. Deze tarieven geven partijen betere investeringsprikkels en dragen bij aan het remediëren van excessieve tarieven.

65. Het college ziet echter een tweetal omstandigheden waardoor het eventuele nadeel voor partijen geen aanleiding geeft om te spreken van uitzonderlijke omstandigheden die een tijdelijke herinvoering van retailverplichtingen rechtvaardigt.

66. Ten eerste is KPN gehouden aan gedragsregel 5 van de non-discriminatieverplichting. Deze regel verplicht KPN om te zorgen dat er voldoende tariefruimte bestaat tussen KPN's retailtarieven en KPN's wholesaletarieven en tussen de verschillende niveaus van KPN's wholesaletarieven. De regel heeft tot doel om marktpartijen te beschermen tegen marge-utholling. Efficiënte concurrenten van KPN zijn zodoende in staat om wholesalediensten af te nemen en met KPN te concurreren op de downstreammarkten.

67. KPN heeft deze gedragsregel voor het belangrijkste deel geïmplementeerd. Zo heeft KPN het college verzekerd dat al haar actief in de markt aangeboden wholesale en retaildiensten (nieuwe

¹⁶ OPTA/AM/2010/200111, 14 januari 2010.

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

offertes) sinds medio oktober 2009 voldoen aan gedragsregel 5. Daarnaast vindt door KPN thans nog een toets plaats op alle lopende contracten en voert KPN waar nodig correctiemaatregelen uit. Voor het *compliant* maken van haar lopende contracten, ook die vóór 1 januari 2009 zijn afgesloten, heeft het college KPN een termijn gesteld van uiterlijk 1 juni 2010.¹⁷

68. Om de door de gedragsregel 5 vereiste tariefruimte te creëren heeft KPN in de loop van 2009 een deel van haar wholesaletarieven verlaagd en een deel van haar retailtarieven verhoogd. Marktpartijen zijn hierdoor in staat een aanbod in de markt te zetten waardoor hun marges niet worden uitgehold.

69. De tweede omstandigheid, die het nadeel voor partijen beperkt, is dat KPN heeft toegezegd de gepubliceerde tarieven niet te verhogen mocht het tariefplafond in het WPC-tariefbesluit hoger liggen dan de gepubliceerde tarieven. Daarnaast geldt wel dat als de wholesale price caps lager liggen dan de reeds gepubliceerde tarieven, de gepubliceerde tarieven vanaf 1 januari 2009 verlaagd dienen te worden. Derhalve geldt geen negatief financieel risico voor partijen.

70. Ten slotte geldt dat voor de diensten, die ten behoeve van de concurrentie op de zakelijke markt de grootste afname op wholesaleniveau kennen (MDF-access en ILL-laagcapacitair), de price caps al wel zijn vastgesteld¹⁸. De price caps zijn daardoor substantieel lager komen te liggen, zodat partijen op basis van die wholesalediensten beter in staat zijn om met KPN op de downstream wholesalemarkten (ondermeer op de WBT HK-markt) en de retailmarkten te concurreren.

71. Alles overwegende is het ontbreken van de wholesale price caps voor WBT HK en hoogcapacitaire huurlijnen geen uitzonderlijke omstandigheid die naar het oordeel van het college een spoedbesluit passend maakt.

C) Regionale toegang WBA Ethernet

72. WBA ZM ATM wordt reeds geruime tijd afgenomen door partijen. Tele2 heeft aangegeven WBA ZM Ethernet te willen afnemen en geeft aan dat dit nog niet door KPN wordt aangeboden.

73. Het college constateert dat deze dienst nog niet kan worden afgenomen van KPN. Het gaat hier om een nieuwe dienst die nog door KPN verder ontwikkeld moet worden. Om dit proces te bespoedigen kan Tele2 (en kunnen andere geïnteresseerde partijen) een verzoek om toegang indienen. Het marktanalysebesluit WBT geeft de regels voor het indienen van dergelijke verzoeken.

74. Het college ziet, in de omstandigheid dat deze dienst momenteel nog niet beschikbaar is, geen uitzonderlijke omstandigheid die het nemen van een tijdelijk besluit passend maakt.

¹⁷ Uitzondering hierop geldt voor KPN's scholenaanbod (daarvoor geldt de termijn van 1 september 2010).

¹⁸ OPTA/AM/2009/203473, 16 december 2009

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

D) Vernietiging van het ULL Marktanalysebesluit door het CBb

75. Partijen wijzen daarnaast op de vernietiging van het ULL marktanalysebesluit, waardoor ODF (FttO) tot op heden niet is gereguleerd. Met de vernietiging van het ULL Marktbesluit is een voorziening getroffen voor de wholesalediensten MDF, SDF en ODF (FttH), waardoor de daarvoor opgelegde verplichtingen nog wel van kracht zijn.

76. Het college heeft reeds een nieuw ontwerpbesluit ULL¹⁹ gepubliceerd en ter consultatie aan de markt voorgelegd. In dit ontwerpbesluit geeft het college aan voornemens te zijn om onder meer het ODF (FttO) aanbod van KPN te zullen reguleren. Het college verwacht eind april een definitief besluit te nemen.

77. De vervolgvraag is of het ontbreken van een gereguleerd wholesaleaanbod ODF FttO in de periode na 28 oktober 2009 een uitzonderlijke omstandigheid is die een spoedbesluit rechtvaardigt. Het college acht dit niet het geval. Op het moment dat het ODF FttO besluit werd vernietigd waren een beperkt aantal partijen in overleg binnen de Industry Group ULL over de voorwaarden van het referentieaanbod. Deze partijen stonden nog niet op het punt om grootschalig te gaan afnemen. Het college ziet ODF (FttO) als een dienst die met name de concurrentiepositie van partijen op de markt voor retail vaste telefonie voor de langere termijn versterkt. Partijen moeten daartoe ook nog substantiële investeringen plegen. Partijen hebben niet aannemelijk gemaakt dat zij deze dienst reeds nu of binnen enkele maanden op een dusdanige schaal wilden afnemen dat dit de concurrentiedruk op de retailmarkt voor vaste telefonie had versterkt ten opzichte van de situatie dat het ULL-besluit in stand was gebleven.

78. Er is volgens het college hier dan ook geen sprake van een uitzonderlijke omstandigheid die een tijdelijk besluit rechtvaardigt.

Overall beoordeling / conclusie verzoek tot tijdelijk besluit

79. Het college heeft hiervoor separaat per omstandigheid geconcludeerd dat hij geen uitzonderlijke omstandigheid constateert die het nemen van een spoedbesluit passend maakt. Het college beoordeelt in deze paragraaf of het samenstel van omstandigheden wel een reden kan zijn voor een spoedbesluit.

80. Het college heeft in het marktanalysebesluit gekozen voor een intrekkingstermijn van één jaar en heeft deze intrekkingstermijn beargumenteerd vanuit de benodigde tijd voor de implementatie van de wholesalediensten. Het college heeft echter niet de volledige implementatie van wholesaleverplichtingen als voorwaarde gesteld voor de intrekking van retailverplichtingen per 1 januari 2010.

81. Het college constateert dat partijen enig nadeel ondervinden van de latere implementatie van een aantal onderdelen van de wholesaleverplichtingen. De vraag die echter voorligt is of er

¹⁹ OPTA/AM/2010/200209, 1 februari 2010

Besluit verzoek retailregulering vaste telefonie

Openbare versie

uitzonderlijke omstandigheden zijn om een tijdelijk besluit op grond van 6b.3 Tw te nemen. Naar het oordeel van het college kunnen partijen zich, ondanks een nog niet volledige implementatie van wholesaleverplichtingen, actief zijn op de downstreammarkten.

82. Op grond van bovenstaande feiten en omstandigheden is het college van oordeel dat TAP en BCV niet aannemelijk hebben gemaakt dat er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die een tijdelijke maatregel passend maken. Er is derhalve niet voldaan aan de vereisten voor een tijdelijk besluit.

83. Het college wijst de verzoeken van TAP en BCV voor een tijdelijk besluit op grond van artikel 6b.3 Tw af.

6 Dictum

84. Het college wijst de verzoeken van TAP en van BCV af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Beroepsmogelijkheid

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

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

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

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