

Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit  
T.a.v. de heer J. Francke  
Postbus 90420  
2509 LK DEN HAAG

Verzonden per reguliere post en per email ([vastetelefonie-MA@opta.nl](mailto:vastetelefonie-MA@opta.nl);  
[m.vandruten@opta.nl](mailto:m.vandruten@opta.nl))

Den Haag, 8 september 2008

Geachte heer Franke,

De Associatie van Competitieve Telecomoperators ('ACT') reageert hierbij op het ontwerpbesluit Marktanalyse Vaste Telefoonie d.d. 15 juli 2008 ('VT') uw kenmerk: OPTA/AM/2008/201597.

ACT heeft OPTA in reactie op de vragenlijst inzake de vaste telefoonie markten d.d. 2 januari 2008 (uw kenmerk OPTA/AM/200142) bij brief d.d. 7 maart 2008 een reactie gestuurd, die als bijlage 1 is bijgevoegd. De inhoud ervan dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd en maakt integraal onderdeel uit van deze zienswijze. ACT constateert in algemene zin dat OPTA in het ontwerpbesluit niet nader motiveert om welke redenen zij ACT niet heeft gevolgd in haar standpunten, zodat sprake is van een motiveringsgebrek dat OPTA zou moeten worden hersteld in het definitieve besluit.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat indien en voor zover in deze reactie lijkt te worden afgeweken van de zienswijzen die door individuele ACT leden is ingediend, de inhoud van de betrokken individuele zienswijze prevaleert boven de zienswijze van ACT.

In het navolgende gaat ACT nader in op het ontwerpbesluit. Waar paragrafen (§) worden genoemd, wordt verwezen naar paragrafen uit het voornoemde ontwerpbesluit. Randnummers verwijzen naar onderdelen van de zienswijze van ACT.

## **Samenvatting**

1. In een situatie zonder wholesaleregulering is sprake van één relevante productmarkt voor telefoonaansluitingen en verkeersdiensten. In de huidige marktsituatie met wholesaleregulering is zowel binnen de zakelijke en residentiële markten sprake van afzonderlijke relevante markten voor aansluitingen en verkeersdiensten, zodat in totaal sprake is van vier separate productmarkten. OPTA dient de afbakening op dit punt te herzien.

2. Het voornemen om retailregulering in de retailmarkten voor residentiële en vaste telefonie in te trekken brengt voor alternatieve aanbieders onaanvaardbare risico's mee, aangezien de wholesaleverplichtingen onvoldoende waarborgen bieden tegen het voorkomen van de gesignaleerde mededingingsproblemen. ACT verwacht dat het effect van WLR voor hoogcapacitaire aansluitingen en de overige wholesaleverplichtingen voor WBT en ILL teniet zal worden gedaan als niet tevens een waarborg tegen negatieve marges en kwaliteitssqueeze in de vorm van retailregulering aanwezig is. Zonder waarborg tegen negatieve marges en price squeeze is niet zeker te stellen dat partijen WLR zullen gaan realiseren. Met het wegvallen van de retailregulering krijgt KPN de vrijheid om stuntaanbiedingen, selectieve kortingen en prijsaanbiedingen te doen die door concurrenten niet kunnen worden gematched aangezien zij afhankelijk zijn van toegangsdiensten die als out-of-pocket kosten van KPN moeten worden afgenomen, terwijl het voor KPN om interne kosten gaat (vestzak-broekzak).
3. Marge-utholling is het grootste mededingingsprobleem in de residentiële en de zakelijke markt. Op de zakelijke wholesalemarkten voor telefonie doen zich soortgelijke problemen voor als op de residentiële markten. Er is sprake van een prijsqueeze tussen 2 Mbit/s huurlijnen en de KPN retail ISDN30 dienst die door OPTA effectief moet worden aangepakt. Hieraan dient door OPTA ook in het huurlijnenbesluit aandacht te worden besteed. Het is cruciaal dat waarborgen tegen marge-utholling worden gecreëerd als weergegeven in de ACT zienwijze marge-utholling. Dit is een kernpunt van de bezwaren van ACT.
4. In de transparantieplichting in de vorm van een referentieaanbod dient OPTA aan te geven welke onderdelen daarin moeten worden uitgewerkt met Key Performance Indicators (KPI's) die bijdragen aan het voorkomen van kwaliteitssqueeze. De invulling van de non-discriminatieplichting moet nader worden uitgewerkt op basis van het uitgangspunt van *equivalence of input* en *time to market*.
5. Door OPTA zijn geen omstandigheden aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat de residentiële retailmarkten gedurende de komende reguleringsperiode tot 2012 daadwerkelijk concurrerend zullen worden en KPN met een huidig marktaandeel van 70-80% en een verwacht marktaandeel van 50-60% in 2010 niet meer over aanmerkelijke marktmacht zou beschikken. Bestaande verplichtingen dienen door OPTA te worden gehandhaafd en aangescherpt conform de aanbevelingen in deze zienswijze. De retailverplichtingen op de zakelijke markten mogen niet voorwaardelijk worden ingetrokken op de grond dat de markt mogelijk na de reguleringsperiode concurrerend zal worden.
6. Voorwaardelijke intrekking van retailverplichtingen op de zakelijke markt mag alleen als (i) er voldoende waarborgen bestaan tegen kwaliteitsdiscriminatie en marge-utholling en (ii) een fit-for-purposetest wordt gehanteerd en (iii) afnemers een

zienswijze hebben kunnen geven. Daarbij dient in ieder geval de non-discriminatieverplichting op retailniveau te worden gehandhaafd.

--//--

### **Inleidende opmerkingen**

1. *Drie-criteria toets* - In het ontwerpbesluit schetst OPTA het juridisch kader waarbinnen de marktanalyses plaats dienen te vinden. Daarbij verwijst OPTA in § 31 naar de drie-criteria toets die door de Commissie is vastgesteld om te onderzoeken of de afgebakende markten zodanige kenmerken hebben dat het opleggen van verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn. In de Aanbeveling van de Commissie worden reeds markten genoemd die voor ex ante regulering in aanmerking komen, zonder dat deze toets door de nationale regelgevende instantie uitgevoerd behoeft te worden. Wel is deze toets van belang voor zover er andere dan de in de Aanbeveling genoemde markten aangewezen worden. De toets luidt volgende de Commissie<sup>1</sup> als volgt:

*Bij het aanwijzen van andere markten dan die welke in de bijlage zijn opgenomen, dienen de nationale regelgevende instanties erop toe te zien dat cumulatief aan de volgende drie criteria is voldaan:*

- a) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Deze kunnen een structureel, wettelijk of regelgevend karakter hebben;*
- b) de marktstructuur neigt niet naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken op concurrentiegebied is „achter” de toegangsbelemmeringen;*
- c) het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen.*

2. OPTA benoemt deze criteria in § 31 maar geeft daarbij een eigen definitie aan de toets, die naar de mening van ACT niet in lijn is met de definitie van de Commissie.
3. Ten eerste stelt OPTA bij het tweede criterium dat de markt dient te beschikken over ‘kenmerken waardoor deze na verloop van tijd een ontwikkeling richting daadwerkelijke concurrentie zal vertonen’. De Commissie heeft het echter over ‘de relevante tijdshorizon’, waarmee evident wordt verwezen naar de reguleringsperiode in het (ontwerp)besluit. OPTA geeft hieraan een te ruime uitleg. Ten tweede benoemt OPTA bij het derde criterium dat naast de relatieve doeltreffendheid van het mededingingsrecht ook ‘aanvullende regelgeving ex ante’ relevant is. Ook dit is ten

---

<sup>1</sup> 2007/879/EG d.d. 17 december 2007

onrechte een uitbreiding van het criterium ten opzichte van de definitie van de Commissie.

OPTA dient volgens ACT in het definitieve besluit de beschrijving en toepassing van de drie-criteria-toets in overeenstemming te brengen met de definitie van de Commissie.

### **Afbakening retailmarkten vaste telefonie in afwezigheid van regulering (6)**

1. ACT kan zich vinden in de conclusie van OPTA in § 254 dat in een ongereguleerde omgeving sprake is van concurrentiedruk van vaste telefoniediensten via glas en de kabel op de telefoondiensten die worden geleverd via het vaste aansluitnetwerk van KPN en dat deze gezamenlijk de relevante productmarkt voor vaste telefoniediensten omvatten. Ook Voice over breedband (VoB), Voice over Ethernet (VoE)<sup>2</sup> en VoDSL behoren tot de relevante productmarkt (§ 269). Skypeachtige diensten zoals Voice over Internet (VoI) behoren niet tot de relevante productmarkt. Dit sluit aan op de reactie van ACT op de VT vragenlijst (§ 1.1).

De relevante productmarkt omvat telefoniediensten via KPN, glasvezel en coax op basis van VoB, VoE en VoDSL

2. ACT sluit zich niet aan bij de conclusie van OPTA in § 275 dat verkeer naar 090x nummers niet als retailtelefoniediensten kunnen worden beschouwd. Het feit dat deze diensten worden geleverd door nummergebruikers brengt niet mee dat daarvoor geen onderliggende retailmarkt zou bestaan. Eindgebruikers nemen deze diensten af zodat zij dienen te behoren tot een retailmarkt voor telefoniediensten. Thans gelden op basis van de Regeling Universele Diensten en Eindgebruikers belangen (Rude<sup>3</sup>) specifieke verplichtingen voor aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten en platformaanbieders omtrent de wijze van dienstverlening richting eindgebruikers. Aangezien op retailniveau verkeer naar 090x diensten niet los kan worden afgenomen van overige verkeersdiensten (met uitzondering van internationaal verkeer) behoren 0090x diensten tot de relevante retailmarkt voor verkeersdiensten. Anders dan voor internationaal verkeer zijn er daarnaast geen aanbieders die uitsluitend 0800/090x diensten op retailniveau aanbieden. Door verkeer naar 090x diensten niet als retailtelefoniedienst te beschouwen handelt OPTA in strijd met de uitspraak van het

---

<sup>2</sup> VoE – Feitelijk onjuist is dat OPTA stelt dat VoE alleen over glas wordt geleverd. Dit is ook mogelijk via VPN over koper (zie § 224 en 228).

<sup>3</sup> Zoals recentelijk gewijzigd, Staatscourant 11 juni 2008, nr.11/pag. 8

CBb d.d. 14 mei 2007<sup>4</sup> waarin is bepaald dat 090x diensten als (onderdeel van de) retailmarkt voor verkeersdiensten dienen te worden beschouwd:

*Uit het bestreden besluit blijkt dat de eindgebruiker bij betaalde informatienummers betaalt voor twee diensten: transport en de achterliggende dienst. Voor de veronderstelling dat het transport op zich verschilt van het transport op de markt voor lokaal en nationaal verkeer biedt het bestreden besluit geen aanknopingspunt. Verkeer naar bedoelde nummers zou zich dus moeten onderscheiden van lokaal en nationaal verkeer door het gegeven dat met betrekking tot deze nummers KPN facturen aan eindgebruikers stuurt namens de aanbieders van de informatiedienst. Het enkele uitvoeren van een dergelijke incassofunctie kan evenwel niet strekken ter onderbouwing van het bestaan van een afzonderlijke retailmarkt voor telefonie.*

ACT constateert dat de overwegingen van het CBb nog steeds relevant zijn gelet op de marktsituatie en dat OPTA geen enkele onderbouwing ten grondslag legt aan het oordeel dat verkeer naar informatienummers (i.c. verkeer naar 090x nummers) niet als onderdeel van de retailmarkt voor verkeersdiensten kan worden beschouwd. Naast het feit dat het oordeel onjuist is, is sprake van een motiveringsgebrek.

3. ACT is tevens van mening dat verkeer naar informatienummers op wholesaleniveau behoort tot de markt voor vaste gespreksafgifte. Ten aanzien van verkeer naar informatienummers doen zich specifieke mededingingsproblemen voor aangezien sprake is van marge-utholling door KPN ten opzichte van vaste alternatieve aanbieders en platformhouders. Hiervoor wordt verwezen naar de zienswijze van ACT op het ontwerpbesluit FTA en mogelijk het nog door OPTA te publiceren ontwerpbesluit transit. Aangezien dit ontwerpbesluit nog niet is gepubliceerd, maakt ACT ter zake van de onderbouwing van haar stellingen inzake informatienummers een voorbehoud op grond waarvan zij zich het recht voorbehoudt om in het kader van het onderhavige besluit met nadere argumenten te komen.

Verkeer naar 090x nummers behoort tot de markt voor retailtelefoniediensten. Op wholesaleniveau behoort verkeer naar 0800-090x nummers tot de markten voor vaste gespreksafgifte. OPTA dient de marktafbakening voor retailtelefoniediensten te herzien.

4. ACT kan zich vinden in de conclusie van OPTA in § 281 dat in een situatie zonder wholesaleregulering sprake is van één relevante productmarkt voor telefoonaansluitingen en verkeersdiensten. Zonder wholesaleregulering zou CPS niet als separate dienst bij de ene aanbieder en de aansluiting bij de andere aanbieder kunnen worden afgenomen. In de huidige marktsituatie met wholesaleregulering is ACT van mening dat wel degelijk sprake is van separate relevante zakelijke en

---

<sup>4</sup> LN BA 4935. § 8.4.2 Verkeer naar 0800 diensten wordt door het CBb gezien als wholesalemarkt. Daarop wordt in de zienswijzen op de ontwerpbesluiten inzake gespreksafgifte en transit nader ingegaan.

residentiële markten voor aansluitingen en verkeersdiensten, zodat in totaal sprake is van vier separate productmarkten. In de zakelijke markt geldt dat CPS diensten kunnen worden afgenomen zonder dat gelijktijdig de aansluiting bij dezelfde leverancier wordt afgenomen<sup>5</sup>. Dit wordt hieronder nader uitgewerkt.

In een situatie zonder wholesaleregulering is sprake van één relevante productmarkt voor telefoonaansluitingen en verkeersdiensten. In de huidige marktsituatie met wholesaleregulering is sprake van separate relevante zakelijke en residentiële markten en moet binnen die twee markten een verder onderscheid worden gemaakt tussen de markten voor telefonieaansluitingen en verkeersdiensten. Op die manier ontstaan vier separate relevante markten. OPTA dient de afbakening op dit punt te herzien.

### **Residentiële en zakelijke productmarkt (6.8)**

5. OPTA komt in § 301 e.v. tot de conclusie dat in een situatie zonder wholesaleregulering twee aparte retail productmarkten dienen te worden afgebakend voor residentiële telefoniediensten en zakelijke telefoniediensten op basis van de mogelijkheid tot het voeren van meer dan twee gelijktijdige gesprekken. ACT kan zich hierin vinden, maar tekent daarbij het volgende aan. OPTA stelt in tabel 8 bij § 240 vast dat 60% van alle zakelijke gebruikers ISDN-2 aansluitingen afneemt, met percentages van 68%, 51% en 84% voor respectievelijk klein-, midden- en grootbedrijven. Weliswaar stelt OPTA in § 303 dat de zakelijke diensten naast de hoogcapacitaire aansluitingen ook de meervoudige PSTN/ISDN2 aansluitingen omvatten, doch dit heeft bij het wegvallen van regulering op de retail telefonie markten tot gevolg dat het afhankelijk is van de aard van degene die de dienst afneemt (residentiële dan wel zakelijke eindgebruiker) of sprake is van een gereguleerde ISDN-2 aansluiting, hetgeen een regelgevende noviteit is. De ISDN-2 aansluiting zal dan ook in twee varianten ter beschikking moeten worden gesteld, tenzij KPN besluit om beide varianten tegen dezelfde voorwaarden en tarieven aan te bieden. In de praktijk zal moeten worden nagegaan of zakelijke eindgebruikers inderdaad een gereguleerde variant afnemen, wat moeilijk anders dan steekproefsgewijs controleerbaar is. Dit probleem doet zich niet voor als zowel de verplichtingen voor de retail telefoniediensten van KPN voor de residentiële als de zakelijke markt worden gehandhaafd, zoals door ACT wordt bepleit aangezien KPN op ook op deze markt nog steeds een dominante positie inneemt met een marktaandeel van 70-80% (tabel 17 bij § 907).

---

<sup>5</sup> Vertrouwelijk

Er is sprake van twee aparte retail productmarkten voor residentiële telefoniediensten en zakelijke telefoniediensten op basis van de mogelijkheid tot het voeren van meer dan twee gelijktijdige gesprekken. Voorkomen moet worden dat ISDN-2 diensten voor de zakelijke markt wel en voor de residentiële retailmarkten niet worden gereguleerd, door ISDN-2 diensten in beide markten te reguleren.

### **Bundelmarkt (6.9)**

6. ACT vindt dat de conclusie van OPTA in § 321 dat nog geen sprake is van bundelmarkten voor breedbandinternettoegang en vaste telefonie onvoldoende wordt gedragen door de door OPTA genoemde feiten. Het belang van bundels neemt in de markt toe en dient door OPTA nader te worden onderzocht.

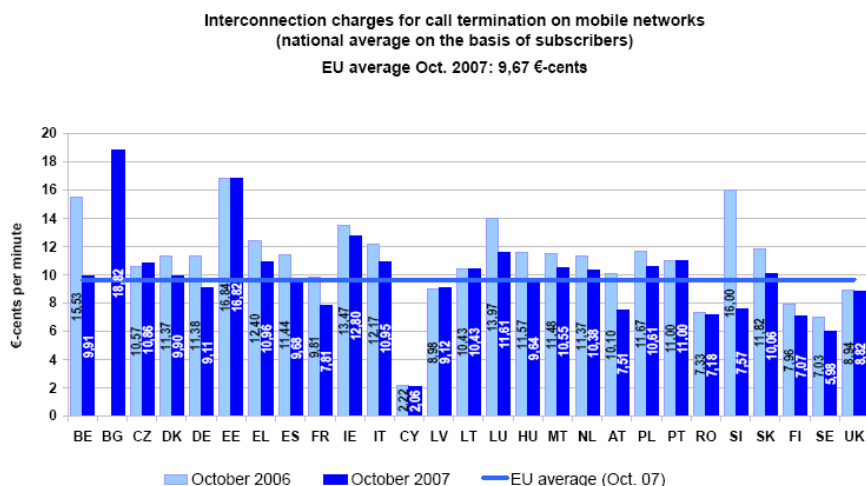
### **Mobiele telefonie (6.10)**

7. In § 324 e.v. overweegt OPTA dat mobiele telefonie niet als substituuat voor vaste telefonie dient te worden beschouwd en dat mobiele telefonie derhalve niet tot de relevante productmarkt dient te worden gerekend<sup>6</sup>. Hoewel ACT zich kan vinden in de conclusie, wordt geconstateerd dat wegens het grote prijsverschil van 100% voor het bellen van vast naar mobiel ten opzichte van een vast gesprek wel degelijk sprake is van een zekere mate van eenzijdige concurrentiedruk of vraagsubstitutie waarbij bellen met een mobiel toestel wel een alternatief vormt voor bellen met een vast toestel, maar niet omgekeerd. Deze vorm van substitutie is kunstmatig aangezien door OPTA relatief hoge vast-mobiele eindgebruikerstarieven worden toegestaan als gevolg van de zeer hoge tarieven voor mobiele gespreksafgifte. ACT constateert dat ondernemingen de hoge kosten van vast-mobiel verkeer kunnen omzeilen, aangezien mobiele aanbieders on-net mobiel verkeer gratis aanbieden waarbij voor off-net verkeer zeer lage gesprekstarieven worden gehanteerd<sup>7</sup>. De mobiele aanbieder financiert dit met de inkomsten uit vast-mobiele gespreksafgifte. Met andere woorden, zowel op retail- als op wholesaleniveau is sprake van een kunstmatige vorm van eenzijdige concurrentiedruk of vraagsubstitutie als gevolg van de hoge prijsverschillen tussen vaste en mobiele gespreksafgifte. Hierop wordt in de ACT zienswijze op het ontwerp FTA besluit nader ingegaan.
8. ACT is het eens met OPTA (§ 328) dat mobile-only bellers geen prijsdruk creëren voor vaste telefonie en dat in dit verband geen sprake is van relevante concurrentiedruk. Ook is in onvoldoende mate sprake van aanbods substitutie zoals door OPTA in § 332 wordt overwogen.

<sup>6</sup> Dit sluit aan op de reactie van ACT op de VT vragenlijst (§ 1.1).

<sup>7</sup> Het volume vast-mobiel verkeer is in 2007 met 8,6% afgenomen zoals OPTA in de openbare rapportage voor vaste telefonie over het laatste kwartaal van 2007 heeft vastgesteld.

9. Wanneer het diagram op blz. 92 in § 324 in verband wordt gebracht met de eindgebruikerstarieven voor mobiel bellen in de verschillende landen, dan valt op dat landen met lage mobiele gespreksafgifte tarieven juist hoge retail tarieven kennen voor mobiel bellen, zoals in Zweden.



Met andere woorden, als gevolg van de hoge mobiele gespreksafgifte tarieven kunnen de eindgebruikerstarieven voor mobiel bellen kunstmatig laag worden gehouden.

10. KPN is met een marktaandeel van 50% een direct belanghebbende partij bij het bevorderen van vast-mobiel verkeer. Elke minuut vanaf een mobiel netwerk heeft een meeropbrengst die veel groter is dan een minuut vanaf een vast netwerk, zodat kan worden aangenomen dat KPN per saldo baat heeft bij de vervanging van de vaste lijn door een mobiel abonnement. De vrijheid die OPTA aan KPN wil geven, zou ertoe kunnen leiden dat KPN het bellen via het vaste net onaantrekkelijk probeert te maken ten gunste van mobiel bellen (bijvoorbeeld door ondoorzichtige prijsstructuur, steeds wisselende tarieven, hoge tarieven voor bellen naar andere operators, gratis abonnement en relatief hoge gesprekskosten).
11. In een marktsituatie zonder significante prijsverschillen tussen vaste en mobiele gespreksafgifte (hetgeen door ACT wenselijk wordt geacht) kan op termijn wel één relevante markt voor vast en mobiel bellen ontstaan. Het is evenwel niet waarschijnlijk dat dit reeds binnen de komende reguleringsperiode zal gebeuren. Thans vormt de kunstmatige eenzijdige substitutie van vast-mobiel naar mobiel-mobiel bellen als gevolg van het hoge prijsverschil een groot probleem in de markt dat moet worden opgelost.



Mobiele telefonie vormt geen substituut voor vaste telefonie. Wel is sprake van eenzijdige kunstmatige vraagsubstitutie van vaste naar mobiele telefonie als gevolg van de hoge retailtarieven voor vast-mobiel verkeer. Deze tarieven moeten worden gereguleerd.

### Nationale markt (6.11)

12. ACT kan zich in lijn met hetgeen is aangegeven in § 1.4 van de reactie op de VT vragenlijst er in vinden dat OPTA in § 337 e.v. uitgaat van nationale markten voor residentiële en zakelijke diensten.

Er zijn nationale markten voor residentiële en zakelijke telefoniediensten.

### Dominantieanalyse retailmarkten vaste telefonie in afwezigheid van regulering (7)

#### Residentiële retailmarkt (7.2)

13. Een kernvraag is in welke mate alternatieve aanbieders actief zouden zijn op de residentiële retailmarkt zonder wholesaleregulering in de vorm van ontbundelde toegang, ILL en WBT, CPS en WLR. ACT sluit zich aan bij de evidente conclusie van OPTA in § 356 e.v. dat de business case van andere aanbieders op de residentiële markt dan KPN en kabelondernemingen die beschikken over een eigen aansluitnetwerk niet haalbaar zou zijn. Voor alternatieve DSL aanbieders als Tele2 en Online zijn gereguleerde wholesale toegangsdiensten van essentieel belang. Zonder de beschikbaarheid van gereguleerde wholesale toegangsdiensten zouden deze partijen niet tot de markt zijn togetreden. KPN heeft ook in aanwezigheid van regulering nog steeds een zeer hoog marktaandeel van KPN van 70-80% dat naar verwachting met telefoniespecifieke regulering slechts daalt naar 50-60% (tabel 17 bij § 907). KPN heeft per 1 maart 2008 aanzienlijke verhogingen voor bellen buiten de bundel doorgevoerd met 15% en 45%<sup>8</sup>. De halfjaarcijfers van KPN laten zien dat het verlies van PSTN klanten afneemt<sup>9</sup>. Dit vormt een belangrijke indicatie dat KPN zich onafhankelijk van haar concurrenten op de markt kan gedragen en dat KPN over aanmerkelijke marktmacht beschikt.
14. In afwezigheid van regulering verwacht OPTA (§ 361) dat KPN gedurende de reguleringsperiode marktaandeel zal verliezen aan kabelbedrijven alsmede dat de autonome groei van kabelbedrijven zal doorzetten. Dit is onjuist. Er is zonder retailregulering geen sprake van mogelijkheden voor autonome groei van kabelbedrijven op het gebied van telefonie. Deze aanbieders zijn niet afhankelijk van toegang tot het KPN netwerk voor het leveren van telefoniediensten anders dan voor gespreksafgifte in het kader van interoperabiliteit). Deze aanbieders zijn derhalve ook niet afhankelijk van wholesaleregulering. De groei die kabelbedrijven op de

<sup>8</sup> <http://www.bellen.com/nieuws/KPN-tariefswijzigingen-vaste-telefonie-per-1-maart-2008.aspx>

<sup>9</sup> Half Year results KPN 2008, slide 22 – [www.kpn.com](http://www.kpn.com)

retailmarkt voor telefonie laten zien is volledig afhankelijk van de huidige retailregulering. Het wegvallen van de retailregulering op de consumentenmarkten leidt ertoe dat KPN kan gaan stunten met de retailtarieven met zeer lage prijzen. Ook kan KPN zich tot specifieke typen klanten gaan richten met op maat gesneden aanbiedingen. Voorts kan het verlagen van de retailtarieven tot een niveau dat gelijk is aan of onder het tariefniveau van VoB diensten er toe leiden dat klanten minder snel zullen overstappen naar andere innovatieve diensten. Door het wegvallen van de retailregulering op de consumentenmarkten ontstaat juist extra concurrentiedruk op de kabelbedrijven waardoor het marktaandeel van deze aanbieders zal afnemen. Dit neemt OPTA ten onrechte niet mee in haar stelling dat het marktaandeel van kabelbedrijven zal groeien.

15. Voor de bepaling van de dominantiecriteria zijn de Richtsnoeren marktanalyse van de Commissie richtinggevend<sup>10</sup>. Opvallend is dat OPTA bij de dominantieanalyse de door de Commissie genoemde criteria niet één-op-één overneemt. Met name ontbreken de volgende criteria (i) totale omvang van de onderneming (ii) technologische voorsprong of superioriteit (iii) gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen (iv) een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk en (v) grenzen aan de expansie. ACT is van mening dat alle door de Commissie genoemde criteria in het kader van de residentiële telefoniemarkten in afwezigheid van regulering relevant zijn.

- (i) *Totale omvang van de onderneming* – Naast marktaandeel is de totale omvang van KPN een factor van significante betekenis. KPN ontleent immers mede aan haar omvang en productportfolio een grote bekendheid in de markt waardoor potentiële klanten bij telecommunicatiediensten doorgaans ‘het eerst’ aan KPN denken.
- (ii) *Technologische voorsprong of superioriteit* – KPN heeft niet zozeer een technologische voorsprong maar is wel in staat om de investeringsbereidheid van concurrenten te beïnvloeden door mededelingen te doen over investeringen in innovatie van netwerken en/of diensten (All-IP). Bekend is dat de investeringen van alternatieve aanbieders als gevolg van de aankondiging van All-IP in Q4 2005 zijn stopgezet. Daaruit volgt dat KPN superieur gedrag kan vertonen.
- (iii) *Gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen* – Uit de financiële berichtgeving van KPN blijkt dat de financiële positie van KPN op dit moment sterk is (zo bedroeg het bedrijfsresultaat in 2007 €2,5 mrd.). Mede als gevolg hiervan staat buiten enige twijfel dat KPN ten opzichte van vaste alternatieve aanbieders een zeer goede toegang heeft tot de kapitaalmarkten en in staat is betere voorwaarden te bedingen (lagere WACC) dan concurrenten. Daarnaast is KPN in staat haar All IP plannen

<sup>10</sup> 2002/C 165/03, paragraaf 78

- grotendeels te financieren uit de opbrengst van de verkoop van veel van haar nummercentrale gebouwen (opbrengst naar zeggen van KPN ca. €1,2 mld.).
- (iv) *Een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk* – KPN beschikt voor haar gehele dienstenportfolio over grote en fijnmazige distributie- en verkoopnetwerken. Die netwerken zijn bovendien specifiek gericht op de verschillende marktsegmenten, zoals bijvoorbeeld het zakelijke segment of het consumentensegment. Hierdoor beschikt KPN over zeer uitgebreide mogelijkheden om eindgebruikers op actieve en gerichte wijze te benaderen.
- (v) *Grenzen aan de expansie* – KPN is, anders dan alternatieve aanbieders, in staat zichzelf zowel in horizontale als in verticale zin op de betreffende markten relatief gemakkelijk te versterken, inclusief door middel van overnames, waarvan gedurende de huidige reguleringsperiode ook sprake is geweest.

ACT is van mening dat ook deze dominantiecriteria door OPTA meegenomen dienen te worden in de dominantieanalyse voor de residentiële retailmarkt.

In het definitieve besluit dient OPTA alle relevante dominantiecriteria te analyseren. De dominantiecriteria die OPTA in het ontwerpbesluit niet heeft onderzocht, zoals benoemd in randnr. 14 dienen derhalve ook in het definitieve besluit opgenomen te worden.

16. ACT onderschrijft de **verticale integratie- en netwerkdekkingsvoordelen** die OPTA beschrijft in § 363 e.v. en benadrukt het belang van de mindere interconnectiekosten voor KPN aangezien zij het merendeel van de gebruikers binnen haar eigen netwerk als klanten kan bedienen met veel onnet verkeer. KPN heeft derhalve relatief weinig out-of-pocket kosten voor interconnectie en weinig offnet verkeer, terwijl het omgekeerde voor alternatieve aanbieders het geval is. Dit dient mede tot uitdrukking te komen in de wijze waarop de invulling van verplichtingen op het gebied van vaste en mobiele gespreksafgifte dient plaats te vinden. Hiervoor wordt verwezen naar de zienswijze van ACT op het ontwerp FTA-besluit ten aanzien van de nadere invulling van de non-discriminatieverplichting.
17. ACT onderschrijft tevens de **schaal- en breedtevoordelen** van KPN alsmede de mogelijkheden tot **product- en dienstendiversificatie, controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur** en het bestaan van **hoge toetredingsbarrières** in § 371 e.v. KPN heeft de afgelopen twee jaar een aanzienlijke hoeveelheid PSTN klanten overgezet naar InternetPlusbellen waarbij sprake is van overheveling van marktmacht van telefonie naar breedband.

KPN wordt terecht aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de residentiële retailmarkt voor vaste telefonie in een situatie zonder regulering, waarbij KPN de verplichting krijgt opgelegd om C(P)S aan te bieden. In een scenario zonder retailregulering zullen kabelbedrijven geen autonome groei kunnen laten zien wegens aanzienlijke toenemende concurrentiedruk.

### **Zakelijke retailmarkt (7.3)**

18. Ook voor de zakelijke retailmarkt is een kernvraag in welke mate alternatieve aanbieders actief zouden zijn zonder wholesaleregulering in de vorm van ontbundelde toegang, ILL en WBT, CPS en WLR. Evident is dat zakelijke aanbieders als BT, COLT, Priority, Tele2 en Verizon Business een belangrijk marktaandeel zouden kwijtraken zonder aanwezigheid van wholesale regulering zoals door OPTA in § 407 wordt geconstateerd. Dit geldt met name voor toegang waarvoor deze partijen in overwegende mate afhankelijk zijn van wholesaletoegangsdiensten van KPN aangezien aannemelijk is dat KPN deze diensten in afwezigheid van wholesale regulering niet tegen concurrerende voorwaarden zal aanbieden. Reeds nu zoekt KPN stevast de ondergrenzen van de retailtariefregulering op. Meerdere malen is KPN beboet voor het geven van ongeoorloofde kortingen. ACT sluit zich aan bij de beschrijving van de verticale integratie-, netwerkvoordelen, schaal- en breedtevoordelen, mogelijkheden van KPN tot product- en dienstendiversificatie en controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur alsmede het bestaan van toetredingsbarrières in § 410 e.v.

KPN wordt terecht aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie in een situatie zonder regulering, waarbij KPN de verplichting krijgt opgelegd om C(P)S aan te bieden. Van belang is dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de zakelijke markt voor (hoogcapacitaire) telefonieaansluitingen en zakelijke telefonie(verkeers)- diensten.

### **Afbakening wholesalemarkten vaste telefonie (8)**

19. ACT kan zich er in vinden dat OPTA in aanwezigheid van regulering relevante markten afbakt voor gespreksopbouw en wholesale toegang tot de aansluitingen, waarbij het separate relevante markten betreft. Terecht merkt OPTA in § 444 op dat wholesale telefonieaansluitingen qua functionaliteit het spiegelbeeld vormen van de aansluitingen die op de retailmarkt worden aangeboden. De bovenliggende wholesalemarkten dienen een afspiegeling te zijn van de onderliggende retailmarkten, waarbij geldt dat meerdere wholesale bouwstenen kunnen worden gebruikt voor een bepaalde retailedienst. Er is dus niet zonder meer sprake van een een-op-een relatie tussen retail en wholesalemarkten zoals door ACT reeds is aangegeven in § 1.2 van haar reactie op de VT vragenlijst.

20. ACT onderschrijft dat KPN in afwezigheid van wholesale toegangsregulering geen prikkel zou hebben vrijwillige toegang aan concurrenten te verschaffen. In een greenfield-situatie vinden dus alleen interne leveringen plaats (§ 454). Terecht stelt OPTA in § 458 in lijn met de Aanbeveling van de Commissie dat wholesale bouwstenen als ULL, WBT en ILL kunnen worden gebruikt om telefonieaansluitingen te bouwen maar dat deze bouwstenen geen substituut vormen voor wholesale telefonieaansluitingen.

### **Gespreksdoorgifte (8.5)**

21. In § 460 e.v. overweegt OPTA dat lokale gespreksdoorgifte behoort tot dezelfde markt als gespreksopbouw en dat gespreksopbouw altijd afgenomen op regionaal niveau in het netwerk van KPN. Bij uitspraak d.d. 8 augustus 2008 heeft het CBb het volgende overwogen:

*‘lokale interconnectie en de bijbehorende voorziening van ombouw van nummercentrales is een interconnectiedienst. Als zodanig heeft OPTA KPN ook verplicht deze dienst in de RIA op te nemen en wordt de dienst ook door KPN zelf afgenomen. Als uitgangspunt heeft derhalve te gelden dat OPTA erop dient toe te zijn dat het kostentoerekeningsstelsel van KPN inzichtelijk maakt dat het tarief voor genoemde dienst op kosten is georiënteerd.’*

22. Hieruit kan worden afgeleid dat KPN op grond van artikel 6.6 Tw jo. artikel 6.4 lid 1 Tw (oud) een lokale op kostengeoriënteerde interconnectiedienst dient te leveren en dat alternatieve aanbieders niet alleen op regionaal maar ook op lokaal niveau interconnectie van KPN moeten kunnen afnemen. Hoewel onder vigeur van de Tw kostenoriëntatie niet voortvloeit uit de wet maar een verplichting is in het kader van de marktanalyse, brengt de uitspraak wel mee dat interconnectie ook op lokaal niveau beschikbaar dient te zijn. In het ontwerp FTA besluit in § 468 overweegt OPTA dat KPN gespreksafgifte op lokaal niveau dient te leveren. Het complement daarvan is dat ook sprake is van een relevante markt voor gespreksopbouw op lokaal niveau en dat gespreksdoorgifte een aparte relevante markt vormt waarop KPN eveneens over aanmerkelijke marktmacht beschikt<sup>11 12</sup>.

23. Alternatieve aanbieders als Tele2 hebben lange tijd verzocht om lokale interconnectie. Aannemelijk is dat Tele2 lokale gespreksopbouw van KPN zal willen afnemen mits daarvoor een prijsstelling wordt gehanteerd die concurrentie mogelijk maakt. Lokale interconnectie kan dan ook worden gebruikt voor lokale gespreksafgifte. De uitspraak leidt er toe dat, anders dan OPTA stelt, lokale

<sup>11</sup> Dit standpunt wijkt als gevolg van de uitspraak van het CBb d.d. 8 augustus 2008 af van hetgeen in § 2.1 van de reactie op de VT vragenlijst door ACT naar voren is gebracht.

<sup>12</sup> Voor lokale gespreksopbouw en lokale gespreksdoorgifte dient OPTA op basis van tariefregulering aparte prijsplafonds vast te stellen.

gespreksdoorgifte ook onafhankelijk van lokale gespreksopbouw of gespreksafgifte kan worden afgenomen en dat alsnog sprake is van een aparte relevante markt. Een alternatieve aanbieder kan immers besluiten om lokale gespreksopbouw als interconnectiedienst te gaan afnemen. Deze partij levert dan aan zichzelf lokale gespreksdoorgifte, maar kan ook besluiten om aan derden lokale gespreksdoorgiftediensten te gaan leveren als onderdeel van een transitdienst.

24. Ook indien OPTA volhardt in haar standpunt dat lokale gespreksafgifte geen aparte markt is, dient zij – net als bij gespreksafgifte – aan KPN in ieder geval de verplichting op te leggen om gespreksopbouw niet alleen op regionaal maar ook op lokaal niveau te leveren. In het ontwerpbesluit vaste gespreksafgifte bepaalt OPTA in onderdeel 13.3.1 sub vii dat KPN toegang inclusief bijbehorende netwerkfaciliteiten dient te leveren op lokaal netwerkniveau. Complementair dient dat tevens voor gespreksopbouw te worden geregeld. Op dit punt dient OPTA het dictum aan te passen.
25. ACT kan zich wel vinden in de overweging in § 463 e.v. dat interregionale en transit gespreksdoorgifte niet tot dezelfde markt als gespreksopbouw behoren. De situatie is op dit punt niet gewijzigd ten opzichte van de marktsituatie die is getoetst in de huidige marktanalysebesluiten. Daarbij merkt ACT wel op dat, anders dan OPTA stelt, slechts een beperkt aantal aanbieders voldoende schaal heeft om bij een prijsstijging van transit gespreksdoorgifte actief te kunnen switchen naar een andere aanbieder. Dit wordt door ACT nader toegelicht in de zienswijze op het nog door OPTA te publiceren ontwerpbesluit Transit.

Lokale gespreksafgifte en lokale gespreksopbouw zijn complementair en vormen separate relevante markten. Lokale gespreksdoorgifte is tevens een relevante markt waarop KPN met hetzelfde marktaandeel als voor lokale gespreksopbouw over aanmerkelijke marktmacht beschikt. OPTA dient op dit punt het besluit te herzien. Ook indien lokale gespreksopbouw en lokale gespreksdoorgifte als een relevante markt worden gezien, dient te gelden dat KPN gespreksopbouw niet alleen op regionaal maar ook op lokaal netwerkniveau dient te leveren. Daartoe dient in het dictum onder toegangsverplichting (onderdeel 15.2.1) in lijn met vaste gespreksafgifte het volgende worden toegevoegd: ‘KPN dient toegang te leveren inclusief bijbehorende faciliteiten op regionaal en lokaal netwerkniveau’.

#### **Gespreksopbouw en toegang tot de telefonieaansluiting (8.6)**

26. ACT kan zich erin vinden dat OPTA in § 465 concludeert dat gespreksopbouw en toegang tot de telefonieaansluiting in afwezigheid van wholesale regulering tot dezelfde markt behoren. Aangezien hiervan in de praktijk geen sprake is en de telefonieaansluiting en CPS op retailniveau separaat kunnen worden afgenomen, dient ook voor de wholesale equivalenten te gelden dat zij separaat kunnen worden

afgenomen. ACT is het dan ook niet eens met de overweging van OPTA in § 467 dat in aanwezigheid van wholesale regulering toegang en opbouwdiensten tot dezelfde relevante markt behoren. Dit doet eenvoudigweg geen recht aan de situatie in de markt waarbij CPS diensten separaat door eindgebruikers worden afgenomen zoals ook door OPTA in de openbare rapportage Vaste Telefoon is vastgesteld. Er is dus geen sprake van *indirect pricing constraints* op grond waarvan verschillende wholesalediensten op basis van disciplinerende via dezelfde retailmarkt tot dezelfde wholesalemarkt zouden kunnen worden gerekend. Zie tevens de toelichting in randnr 66 e.v.

Anders dan OPTA stelt in § 467 is in aanwezigheid van regulering sprake van separate relevante markten voor toegang tot de aansluiting en gespreksopbouw. Zonder regulering behoren toegang tot de aansluiting en gespreksopbouw wel tot dezelfde relevante markt. Dit is echter niet de praktijk niet het geval aangezien van de aanwezigheid van regulering moet worden uitgegaan. Het besluit dient op dit punt te worden aangepast.

### Residentiële en zakelijke wholesale markt (8.7)

27. ACT sluit zich aan bij de overweging van OPTA in § 470 dat ook op wholesale niveau onderscheid dient te worden gemaakt in residentiële en zakelijke diensten. Anders dan OPTA is ACT van mening dat een 5 tot 10% hogere wholesaleprijs voor toegang en opbouw ten behoeve van de residentiële retailmarkt op die markt juist niet zal leiden tot hogere prijzen. Eventuele wholesaleprijsstijgingen deren KPN niet als het gaat om onnetverkeer (interne levering). Daarvoor ervaart KPN geen opwaartse druk op de retaildiensten om de marges in stand te kunnen houden. Concurrenten die wholesale toegangs- en gespreksopbouwdiensten aanbieden, kunnen bij wholesale prijsstijgingen niet zonder meer hogere retailprijzen gaan hanteren dan KPN, omdat zij zichzelf daarmee uit de markt zouden prijzen. Wholesale prijsverhogingen zullen dan ook ten laste gaan van de marge van concurrenten. Dit levert een impliciet risico op marge-utholling op. Een *indirect pricing constraint* zou kunnen bestaan tussen residentiële en zakelijke retaildiensten omdat als gevolg van de voorgestelde regulering op retailniveau substitutie mogelijk is, anders dan OPTA veronderstelt in § 472, nl. met betrekking tot ISDN-2 diensten. Immers, indien ISDN2 diensten op retailniveau voor de residentiële markt niet zijn gereguleerd, maar wel voor de zakelijke markt, zou een residentiële eindgebruiker bij een prijsverhoging van het residentiële ISDN2 product kunnen overstappen naar het gereguleerde zakelijke ISDN2 product voor zover daarvoor geen wholesale prijsverhoging geldt die kan worden doorgevoerd. Ook aan de aanbodzijde kunnen aanbieders wel degelijk overstappen van residentiële naar zakelijke wholesale diensten; ISDN2 diensten worden immers als bouwsteen gebruikt voor de zakelijke en de residentiële retailmarkten. Hoewel dit een enigszins theoretische situatie is en ACT de uitkomst

van de analyse steunt, maakt OPTA zichzelf kwetsbaar door het onderscheid tussen residentiële en zakelijke wholesalediensten voor toegang en gespreksopbouw uitsluitend te baseren op de hypothetische monopolist test voor marktafbakening. De wijze van marktafbakening mag er niet toe leiden dat ISDN2 diensten in de ene markt wel gereguleerd zijn en in de andere niet. OPTA zou daarbij het onderscheid wellicht beter kunnen motiveren aan de hand van de afspiegeling van de onderliggende retailmarkten en dat daarvoor een-op-een wholesale equivalenten beschikbaar moeten zijn.

Ook op wholesaleniveau geldt een onderscheid tussen residentiële en zakelijke diensten. Hogere wholesaletarieven leiden niet tot hogere retailtarieven maar tot margedruk. ISDN-2 diensten dienen op wholesale en retailniveau op gelijke wijze te worden gereguleerd op de residentiële en de zakelijke markt om incongruenties en oneigenlijke *indirect pricing constraints* te voorkomen. OPTA moet op dit punt het besluit aanpassen.

## **Dominantieanalyse wholesalemarkten vaste telefonie (9)**

### **Residentiële wholesalemarkt (9.2)**

28. ACT sluit zich aan bij de conclusie van OPTA in § 496 dat KPN ook in de komende reguleringsperiode in aanwezigheid van wholesaleregulering op de wholesalemarkten voor residentiële telefonie over aanmerkelijke marktmacht beschikt, al dan niet als onderdeel van een bundel. In § 496 geeft OPTA een belangrijke overweging, namelijk dat de dominantie op wholesaleniveau vrijwel een-op-een doorwerkt op retailniveau. Gelet op deze overweging dient OPTA dan ook tot de conclusie te komen dat KPN ook over aanmerkelijke marktmacht beschikt op de residentiële retailmarkten voor vaste telefonie. Zie hiervoor randnr 71 e.v. van deze zienswijze.

KPN beschikt in aanwezigheid van wholesaleregulering op de wholesalemarkten voor toegang en gespreksopbouw voor residentiële en zakelijke telefonie over aanmerkelijke marktmacht, al dan niet aangeboden als onderdeel van een bundel.

### **Zakelijke wholesalemarkt (9.3)**

29. Ook ten aanzien van de zakelijke wholesalemarkten voor toegang en gespreksopbouw kan ACT zich erin vinden dat OPTA concludeert in § 510 dat KPN in aanwezigheid van generieke wholesaleregulering (ILL en hoge kwaliteit WBT) over aanmerkelijke marktmacht beschikt, alsmede op de onderliggende retailmarkten voor vaste telefonie. Ook hier geldt dat zowel op wholesale als op retailniveau een onderscheid moet worden gemaakt in separate relevante markten voor (hoogcapacitaire) aansluitingen en verkeer.



KPN beschikt in aanwezigheid van wholesaleregulering op de wholesalemarkten voor zakelijke telefonie over aanmerkelijke marktmacht, waarbij onderscheid moet worden gemaakt in separate relevante wholesalemarkten voor (hoogcapacitaire) aansluitingen en gespreksopbouw.

30. KPN beschikt tevens over aanmerkelijke marktmacht op de wholesalemarkten voor generieke toegangsdiensten als huurlijnen en hoge kwaliteit WBT zoals door OPTA in de relevante ontwerpbesluiten is vastgesteld. Niet alleen telefoniespecifieke maar ook generieke toegangsdiensten kunnen worden gebruikt voor het aanbieden van retailtelefoniediensten. Derhalve dienen verplichtingen ter voorkoming van mededingingsproblemen op de retailtelefonie markten niet alleen via WLR maar ook via verplichtingen ten aanzien van huurlijnen en hoge kwaliteit WBT te worden geredigeerd. KPN heeft immers op de markten voor hoogcapacitaire huurlijnen en hoge kwaliteit WBT marktaandeelen van 60-70% respectievelijk 70-80%<sup>13</sup>.
31. In § 500 stelt OPTA dat de meer strikte hoge kwaliteit WBT regulering (hier wordt waarschijnlijk kostenoriëntatie bedoeld) de mogelijke gevolgen van de uitfasering van MDF centrales voor vaste telefonie compenseert. Of dat in de praktijk het geval zal zijn, zal mede afhangen van de wijze waarop hoge kwaliteit WBT wordt gereguleerd. Zowel de prijsstelling als de kwaliteit van hoge kwaliteit WBT (alsook van ILL) dienen alternatieve aanbieders in staat te stellen om in concurrentie met KPN ISDN30 aansluitingen op de zakelijke retailmarkten te kunnen aanbieden zonder dat sprake is van een prijs- of kwaliteitssqueeze.

Verplichtingen ter voorkoming van mededingingsproblemen op de retailtelefonie markten dienen niet alleen via WLR maar ook via verplichtingen ten aanzien van huurlijnen en hoge kwaliteit WBT te worden geredigeerd. Marge-utholling tussen KPN ISDN30 diensten en hoge kwaliteit WBT en ILL dient te worden voorkomen. OPTA moet daaraan bijzondere aandacht besteden.

## **Mededingingsproblemen wholesalemarkten vaste telefonie (10)**

### **Residentiële wholesalemarkt (10.2)**

32. *Toegangswegering* - In § 524 constateert OPTA dat alternatieve aanbieders die uitsluitend een telefoniedienst willen aanbieden, (dus) op basis van PSTN, dat niet op economisch rendabele wijze kunnen doen met behulp van de wholesale bouwstenen WBT en ULL. Hoewel juist is dat het aanbieden van een stand-alone PSTN dienst niet rendabel is wegens prijsqueeze, is temeer van belang dat het aanbieden van een concurrerende telefoniedienst thans alleen economisch rendabel is indien tevens breedbandtoegang wordt geboden. Aangezien (nog) geen sprake is van

<sup>13</sup> Zie Openbare rapportages OPTA huurlijnen en breedband Q4 2007 [www.opta.nl](http://www.opta.nl) en ontwerpbesluit huurlijnen p. 104

bundelmarkten voor telefonie en breedbandtoegang, hetgeen ook door OPTA wordt geconstateerd, en volgens de openbare rapportage van OPTA ruim 25% van het aantal eindgebruikers wel telefonie maar geen breedbandinternet afneemt, dient de prijsstelling van wholesale-equivalenten concurrenten in staat te stellen om de afzonderlijke retaildiensten winstgevend aan te bieden, ongeacht de vraag of deze diensten separaat of als onderdeel van een bundel worden aangeboden. Daarvoor is tariefregulering zowel op wholesale- als op retailniveau noodzakelijk. Voor het overige kan ACT vinden erin vinden dat OPTA in § 521 e.v. vaststelt dat KPN prikkels heeft om toegang tot haar netwerk te weigeren.

De prijsstelling van WBT en ILL dient concurrenten in staat te stellen om de afzonderlijke retailbreedband- en telefoniediensten winstgevend aan te bieden, ongeacht de vraag of deze diensten separaat of als onderdeel van een bundel worden aangeboden. OPTA dient dit als randvoorwaarde te hanteren bij het invullen van de verplichtingen.

33. *Strategisch gebruik van informatie/oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten* – ACT constateert dat strategisch gebruik van informatie een belangrijk mededingingsprobleem vormt. Belangrijke informatie komt dikwijls vaak onvoldoende dan wel te laat beschikbaar. Hoewel de retailorganisatie van KPN niet mag beschikken over de informatie die de wholesaleorganisatie over haar klanten verkrijgt (Chinese muren), is in de praktijk zeer moeilijk te controleren of KPN zich hieraan houdt. Tele2 heeft OPTA in december 2007 een concreet voorbeeld ter hand gesteld bijlage 2 waaruit blijkt informatie uit de retailorganisatie eenvoudig bij de wholesaleorganisatie terecht kan komen aangezien sommige werknemers bij KPN zowel voor de retail- als de wholesaleorganisatie werkzaam zijn. De overweging van OPTA in § 532 dat niet bij voorbaat kan worden ontkend dat KPN in dit verband een prikkel heeft om de betrokken informatie strategisch te gebruiken, is dan ook een understatement aangezien is aangetoond dat dit in de praktijk voorkomt. Met name bij CPS en WLR heeft KPN niet alleen de mogelijkheid en de prikkel maar in de praktijk daadwerkelijk wholesale informatie doorgesluist naar haar retailorganisatie ten behoeve van gerichte marketing acties.

Wegens het ontbreken van Chinese muren bij KPN vormt strategisch gebruik van informatie een belangrijk mededingingsprobleem dat door OPTA wordt onderschat. OPTA hiermee beter rekening houden bij het uitwerken van de non-discriminatieverplichting.

34. *Vertragingstactieken* – ACT constateert met OPTA in § 539 e.v. dat KPN zowel de mogelijkheid als de prikkel heeft om met vertragingstactieken te voorkomen dat toegangsdiensten op doelmatige wijze kunnen worden afgenomen. Concrete voorbeelden daarvan zijn het eindeloos rekken van onderhandelingen omtrent de

levering van mobiele gespreksafgifte medio 2002 en het opvoeren van technische problemen bij interconnectie in 2000 en 2001 (congestie). Terecht merkt OPTA op dat veel druk op KPN moest worden uitgeoefend om WLR te implementeren. De 9 maanden die KPN daarvoor heeft genomen stelde KPN in staat om in de tussentijd zoveel mogelijk PSTN klanten over te zetten naar Internetplusbellen waardoor deze klanten potentieel niet meer bereikbaar waren voor concurrenten.

KPN hanteert in de praktijk vertragingstactieken bij onderhandelingen en het leveren van diensten.

35. *Onbillijke voorwaarden* – De ACT leden hebben in het verleden ruime ervaring opgedaan met onredelijk hoge zekerheidsstellingen in de vorm van bankgaranties in het kader van interconnectie. Naar aanleiding daarvan heeft OPTA in 2002 nadere regels gepubliceerd (OPTA/IBT/2002/202957) om dit tegen te gaan. Ook zijn in het kader van de interconnectieovereenkomsten met KPN onredelijk hoge minimale afnameverplichtingen en een verbod op het betwisten van facturen aan de orde geweest. Dit betekent dat KPN niet alleen de mogelijkheid en de prikkel tot het stellen van onbillijke voorwaarden heeft als omschreven in § 544 e.v. maar daartoe in de praktijk ook daadwerkelijk is overgegaan zodat de toegangsverplichting op zodanige wijze dient te worden omschreven dat de mogelijkheid tot het stellen van onbillijke voorwaarden wordt voorkomen.

KPN heeft een prikkel tot het stellen van onbillijke voorwaarden en dient dat met een aanscherping van de verplichtingen te voorkomen.

36. *Kwaliteitsdiscriminatie* – ACT kan zich vinden in de constatering van OPTA in § 548 dat KPN de mogelijkheid en prikkels heeft tot discriminatie op kwaliteit van de geleverde diensten. Dit is vooral van belang ten aanzien van het storingsafhandelingsproces voor WLR. Op wholesaleniveau is ten onrechte niet in een storingsafhandelingsproces voorzien, terwijl KPN zichzelf dit intern levert zowel op wholesale als op retailniveau. ACT beschouwt dit als een onaanvaardbare vorm van kwaliteitsdiscriminatie.

Op wholesaleniveau is ten onrechte niet in een storingsafhandelingsproces voorzien, terwijl KPN zichzelf dit intern levert zowel op wholesale als op retailniveau. ACT beschouwt dit als een onaanvaardbare vorm van kwaliteitsdiscriminatie die door middel van een aanscherping van de non-discriminatieverplichting dient te worden weggenomen.

37. *Strategisch productontwerp* – Voor ACT is strategisch productontwerp een belangrijk mededingingsprobleem dat meerdere malen aan de orde is geweest bij interconnectie en WLR. Naast het door OPTA genoemde voorbeeld in § 554 kan worden gedacht

aan de strategische volume en subscription staffels in het kader van transitdienstverlening van KPN.

KPN heeft een prikkel tot strategisch productontwerp, hetgeen zich bij WLR en transit heeft voorgedaan.

38. *Koppelverkoop* – ACT kan zich vinden in de overwegingen van OPTA in § 556 e.v. dat KPN zowel de mogelijkheid als prikkel heeft tot koppelverkoop. ACT vermoedt dat KPN aan mobiele aanbieders kortingen verleent op de levering van niet-gereguleerde transmissiediensten (backbone verbindingen voor mobiel verkeer) indien die aanbieders transitdiensten bij KPN blijven afnemen. Op deze wijze is er sprake van bundeling van gereguleerde diensten met ongereguleerde diensten waardoor alternatieve transitaanbiedingen of het aangaan van directe interconnecties worden ondermijnd.

KPN heeft mogelijkheden en prikkels tot koppelverkoop op wholesaleniveau, bijvoorbeeld ten aanzien niet-gereguleerde transmissiediensten en interconnectiediensten.

#### **Prijsgerelateerde problemen (10.2.2)**

39. *Prijdiscriminatie/buitensporige prijzen/marge-utholling* - ACT beschouwt prijsdiscriminatie, buitensporige prijzen en marge-utholling als omschreven in § 559 als kernproblemen op de markt, met name als er geen alternatieven aanwezig zijn voor de afname van diensten van KPN. De tariefvoorstellen van KPN zijn door OPTA in het verleden meerdere malen neerwaarts bijgesteld. Daarover zijn diverse procedures gevoerd. De daaraan verbonden financiële belangen van KPN en afnemers van wholesalediensten zijn zeer groot. KPN heeft dus evidente mogelijkheden en prikkels tot het hanteren van buitensporige tarieven.
40. In de antwoorden op de vragenlijsten hebben individuele aanbieders concrete voorbeelden gegeven van marge-utholling, waarnaar wordt verwezen. Met voorgestelde invulling van de wholesaleverplichtingen wordt marge-utholling echter niet door OPTA geadresseerd. Op de wijze waarop marge-utholling adequaat kan worden tegengegaan, wordt in een separate zienswijze ingegaan.

KPN heeft evidente mogelijkheden en prikkels tot het hanteren van buitensporige tarieven. Individuele aanbieders hebben OPTA daaromtrent concrete informatie gegeven ten aanzien van marge-utholling tussen KPN ISDN30 diensten en WBT en ILL .

### Zakelijke wholesalemarkt (10.3)

41. ACT onderschrijft de constatering van OPTA in § 585 dat de mededingingsproblemen op de zakelijke wholesalemarkten niet wezenlijk verschillen van de geconstateerde problemen op de residentiële wholesalemarkten. Op beide markten doen zich soortgelijke problemen voor ten aanzien van toegang alsmede prijsgerelateerde problemen. Terecht wordt door OPTA in § 588 overwogen dat de voorwaarden voor ILL en hoge kwaliteit WBT dienen te worden aangescherpt zodat alternatieve aanbieders beter met KPN op de zakelijke retailmarkten voor telefonie kunnen concurreren met ISDN30 diensten. De prijs van een wholesale 2 Mbit/s huurlijnen ligt immers hoger dan de prijs van KPN retail ISDN30 dienst. Een 2Mb KPN sited service premium A (wholesale)<sup>14</sup> kost € 563, p/m (excl. BTW), KPN ISDN30 (retail)<sup>15</sup> €210,50 p/m (excl. BTW) op basis van glas wordt ISDN30 voor 90 euro aangeboden<sup>16</sup>.
42. Hierdoor is het voor alternatieve aanbieders onmogelijk om op het vlak van hoogcapacitaire aansluitingen met KPN te concurreren. Daarbij zij opgemerkt dat alle andere kosten, buiten de wholesale kosten van een 2Mb verbinding als wholesale bouwsteen, buiten beschouwing zijn gelaten. Opvallend is dat aan deze problematiek in het ontwerpbesluit Huurlijnen geen aandacht wordt besteed, terwijl OPTA in het onderhavige ontwerpbesluit aangeeft er mee bekend te zijn.
43. OPTA is bekend met de vormen van strategisch productontwerp van zakelijke wholesalediensten en het geven van ongeoorloofde kortingen voor corporate voice (§ 601) mede aan de hand van door individuele aanbieders ingediende klachten.

Op de zakelijke wholesalemarkten voor telefonie doen zich soortgelijke problemen voor als op de residentiële markten. Er is sprake van een prijsqueeze tussen 2 Mbit/s huurlijnen en de KPN retail ISDN30 dienst die door OPTA effectief moet worden aangepakt. Hieraan dient door OPTA ook in het huurlijnenbesluit aandacht te worden besteed. OPTA is bekend met de vormen van strategisch productontwerp van zakelijke wholesalediensten en het geven van ongeoorloofde kortingen voor corporate voice. Dergelijke kortingen moeten op basis van een adequate prijsquezetest worden voorkomen.

<sup>14</sup> zie KPN ILL tariff schedule 1.7

<sup>15</sup> zie <http://zakelijk.kpn.com/business/vast/telefoonlijnen-vast/aansluitingen-zakelijk-bellen-isdn/isdn/isdn15-20-30.htm>

<sup>16</sup> Namens [vertrouwelijk] wordt een spreadsheet bijgevoegd waarin concrete voorbeelden worden gegeven van marge-uitholling, bijlage [vertrouwelijk]

### **Verplichtingen wholesalemarkten vaste telefonie (11)**

44. In § 618 overweegt OPTA dat de schaal waarin glasvezel door andere partijen dan KPN zal worden uitgerold te beperkt is om in de komende reguleringsperiode te kunnen spreken van volwaardige concurrentie. ACT kan zich hierin vinden en wijst in dit verband naar de voorgenomen joint venture van KPN met Reggefiber inzake de uitrol van glasvezel en het bieden van telefoniediensten over glas. Als gevolg van deze joint venture nemen de van KPN onafhankelijke glasvezelinitiatieven verder af. ACT verwijst hiervoor naar de zienswijze op het ontwerpbesluit ULL d.d. 8 september 2008.

Binnen de komende reguleringsperiode zal geen volwaardige concurrentie tot stand komen op basis van verdere replicatie van infrastructuur door derden. De joint venture tussen KPN en Reggefiber moet onder de aanwijzing vallen. OPTA moet hieraan ook in het VT besluit aandacht besteden.

### **Toegangsverplichting (11.3)**

45. ACT sluit zich aan bij de overwegingen van OPTA in § 622 e.v. omtrent de noodzakelijkheid en passendheid van toegangsverplichtingen op de residentiële en zakelijke wholesalemarkten voor vaste telefonie. Ten aanzien van VoB maakt OPTA een uitzondering voor het opleggen van een telefoniespecifieke toegangsverplichting (§ 630). OPTA meent dat generieke toegangsdiensten als ULL en WBT daarvoor beter geschikt zijn. ACT kan zich daarin vinden.

ACT kan zich erin vinden dat voor VoB geen toegangsspecifieke toegangsverplichting wordt opgelegd.

46. *Hoogcapacitaire aansluitingen* – OPTA acht in § 639 e.v. een telefoniespecifieke toegangsverplichting noodzakelijk voor hoogcapacitaire aansluitingen en verkeer door middel van WLR voor ISDN15 en ISDN30. ACT denkt dat deze extra verplichting maar weinig effect in de markt zal sorteren. Dat geldt zeker als waarborgen tegen marge-utholling worden weggenomen. Het heeft geen zin om aanvullende wholesale maatregelen te treffen, als vervolgens de bescherming tegen prijssqueeze wordt weggehaald. WLR is bovendien een “kunstmatig gehandicapte” aansluitlijn, omdat slechts de afwikkeling van uitgaand verkeer is toegestaan en inkomend verkeer wordt uitgesloten. Tele2, de grootste afnemer van WLR op de consumentenmarkt zal WLR voor de zakelijke markt niet op grote schaal gaan afnemen aangezien Tele2 zelf ISDN30 diensten produceert op basis van eigen infrastructuur, en zeker niet als daar tegenover staat dat retailregulering in het dekkingsgebied verdwijnt. WLR voor ISDN30 zal alleen duurzaam interessant zijn buiten het 70% dekkingsgebied van Tele2, maar dan wel als de retailregulering in

stand blijft en wordt aangescherpt. Daarvoor is nodig dat het stoplichtmodel wordt aangescherpt om prohibitieve kortingen te voorkomen. WLR is in de zakelijke markt met name aantrekkelijk ten behoeve van het MKB. WLR is geen oplossing voor het eigenlijke onderliggende probleem waarbij het op basis van KPN's wholesalediensten voor alternatieve aanbieders niet mogelijk is om op concurrerende wijze ISDN30's aan te bieden aan grootzakelijke klanten. Hiervoor moeten aanvullende maatregelen in de sfeer van ILL en/of WBT worden getroffen. Daarbij moet worden gedacht aan een verplichting tot het leveren van een 2Mb verbinding in het kader van WBT en/of ILL tegen een prijs en kwaliteit die concurrerend is met KPN's retail aanbiedingen voor ISDN30 zoals hiervoor is bepleit in randnr 40 en p. 15 van de antwoorden op de vragenlijst Vaste Telefonie, waarnaar hier korthedshalve wordt verwezen.

ACT verwacht dat het effect van WLR voor hoogcapacitaire aansluitingen teniet zal worden gedaan zonder waarborg tegen negatieve marges en kwaliteitssqueeze in de vorm van retailregulering. Dit is een kernpunt van de bezwaren van ACT. De retailregulering voor residentiële en zakelijke telefoniediensten dient te worden gehandhaafd. Bovendien lost WLR het eigenlijke probleem niet op. Daarvoor moeten aanvullende maatregelen worden getroffen in de sfeer van ILL en WBT.

#### **Verplichting tot aanbieden van C(P)S (11.4)**

47. ACT heeft geen opmerkingen ten aanzien van de aan KPN op te leggen CS en CPS verplichtingen op de residentiële en zakelijke retail- en wholesalemarkten (§ 646).

C(P)S is een noodzakelijke verplichting op de residentiële en zakelijke retail- en wholesalemarkten.

#### **Transparantieplichting (11.5)**

48. ACT sluit zich aan bij de overwegingen van OPTA in § 654 e.v. inzake de geschiktheid en noodzakelijkheid van het opleggen van een transparantieplichting in de vorm van een referentieaanbod. Op grond van artikel 6a.9 vierde lid Tw heeft OPTA de bevoegdheid om aanwijzingen te geven in het geval het referentieaanbod niet voldoet aan de opgelegde verplichting. OPTA heeft evenwel niet de bevoegdheid om te verlangen dat het referentieaanbod ter toetsing of goedkeuring wordt voorgelegd. Derhalve is het van groot belang dat OPTA nauwkeurig in het besluit weergeeft welke onderdelen daarin dienen te zijn uitgewerkt. Op grond van het vijfde lid van artikel 6a.9 Tw kan OPTA voorschriften geven met betrekking tot de detaillering van het referentieaanbod. Daarin dient OPTA Key Performance Indicators (KPI's) op te nemen die bijdragen aan het voorkomen van kwaliteitssqueeze. Deze kunnen worden geconcretiseerd door specifieke kwaliteitsparameters voor te schrijven. In het kader van de non-discriminatieplichting kan daarbij worden aangesloten door te bepalen dat de kwaliteit van op de bovenliggende wholesale bouwstenen niet minder mag zijn dan

op retailniveau wordt aangeboden. Het referentieaanbod dient in samenspraak met marktpartijen te worden ontwikkeld in een Industry Group en in een implementatiebesluit te worden vastgesteld<sup>17</sup>.

49. Bij het overzetten van PSTN klanten naar Internetplusbellen doet KPN deze klanten een nieuw aanbod. In het kader van de transparantieplichting dienen de concurrenten de beschikking te krijgen over de klantgegevens (zoals dat destijds ook is gebeurd bij het uitfasen van het NMT netwerk) zodat concurrenten een gelijktijdig aanbod kunnen doen.

In de transparantieplichting in de vorm van een referentieaanbod dient OPTA aan te geven welke onderdelen daarin moeten worden uitgewerkt met Key Performance Indicators (KPI's) die bijdragen aan het voorkomen van kwaliteitssqueeze. In het kader van de non-discrimatieplichting kan daarbij worden aangesloten door te bepalen dat de kwaliteit van op de bovenliggende wholesale bouwstenen niet minder mag zijn dan op retailniveau wordt aangeboden.

OPTA dient in het definitieve besluit de verplichting tot het publiceren van een referentie-aanbod aan te vullen in die zin dat het referentie-aanbod binnen 2 maanden na inwerkingtreding van het besluit aan OPTA voorgelegd dient te worden zodat OPTA hiertoe een implementatiebesluit kan nemen. Bijzondere aandacht verdient de noodzakelijke herziening van KPIs, SLAs en boetebedingen, door middel van een Industry Group. Tevens dient KPN in het kader van de transparantieplichting verplicht te worden de naleving van KPIs en SLAs voor zowel interne als externe leveringen (en in vergelijking met elkaar) inzichtelijk te maken.

In het kader van de transparantieplichting dienen de concurrenten de beschikking te krijgen over de klantgegevens (zoals dat destijds ook is gebeurd bij het uitfasen van het NMT netwerk) zodat concurrenten een gelijktijdig aanbod kunnen doen.

#### **Non-discrimatieplichting (11.6)**

50. Ook ten aanzien van de non-discrimatieplichting kan ACT zich vinden in de geschiktheid en noodzakelijkheid ervan als omschreven in § 667 e.v. Essentieel is evenwel de precieze invulling van de verplichting. Daarop wordt hieronder ingegaan in randnr 53 e.v.

ACT onderschrijft de noodzaak en passendheid van een non-discrimatieplichting.

<sup>17</sup> Hoewel OPTA niet de bevoegdheid heeft om het referentieaanbod goed te keuren, kan in het implementatiebesluit worden vastgesteld dat er aanleiding is om met betrekking tot het in de Industry Group besproken referentieaanbod aanwijzingen te geven, waartoe OPTA wel bevoegd is.



### **Tariefregulering (11.7)**

51. Met OPTA acht ACT ook tariefregulering een geschikte en noodzakelijke maatregel om excessieve tarieven te voorkomen en om marge-utholling te voorkomen (§ 680). Echter, de feitelijke invulling ervan is cruciaal bij het daadwerkelijk voorkomen van marge-utholling (zie ACT zienswijze marge utholling bijlage 3) omdat OPTA dit nergens onderbouwt. Als terugvalpositie is whosaleregulering noodzakelijk, moet OPTA ook verder uitwerken.

ACT acht tariefregulering passend en noodzakelijk om excessieve tarieven en marge-utholling te voorkomen.

### **Gescheiden boekhouding (11.8)**

52. Tot slot is ook de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding een passende en noodzakelijke maatregel (§ 689).

ACT beschouwt de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding als een noodzakelijke remedie ter ondersteuning van de non-discrimatieverplichting

### **Nadere invulling van verplichtingen wholesalemarkten vaste telefonie (12)**

#### **Verplichtingen voor gespreksopbouw en C(P)S (12.2)**

53. ACT heeft geen opmerkingen ten aanzien van de invulling van de toegangsverplichtingen voor gespreksopbouw en C(P)S als uitgewerkt in § 702 e.v.

De wijze waarop toegangsverplichting voor vaste telefonie wordt ingevuld dient te worden overgenomen in het te nemen besluit voor vaste gespreksafgifte.

#### **Non-discriminatie (12.2.5)**

54. ACT hanteert als uitgangspunt dat de non-discrimatieverplichting op dusdanige wijze dient te worden ingericht dat sprake is van equivalence of input op basis van equal time to market en dat het verbod mede waarborgen bevat tegen marge-utholling. ACT constateert dat OPTA ten opzichte van het marktanalysebesluit Wholesalemarkten voor toegang tot het openbare vaste telefonienetwerk d.d. 15 december 2005 is overgegaan tot een nadere uitwerking van de non-discrimatieverplichting, terwijl dat voorheen niet noodzakelijk werd geacht. ACT heeft waardering voor de nadere uitwerking doch meent dat een verdergaande precisering noodzakelijk en passend is om de geconstateerde mededingingsproblemen adequaat te adresseren.

55. *Equivalence of input* - ACT heeft eerder gepleit voor een invulling van het discriminatieverbod die tevens inhoudt dat KPN zichzelf onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden behandelt als haar concurrenten en niet

alleen het omgekeerde, nl. dat KPN onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden levert aan externe afnemers als bij interne leveringen aan het eigen retailbedrijf. Met andere woorden, KPN dient zelf de diensten af te nemen die zij aan derden levert. Dit sluit aan bij de invulling die Ofcom in het kader van Open Reach aan equivalence of input heeft gegeven<sup>18</sup> als ook bepleit is door ACT in het position paper zakelijke markt d.d. 3 december 2007. Het discriminatieverbod dient ervoor geen ruimte te laten dat KPN zichzelf wholesale diensten levert die zij niet tevens beschikbaar stelt aan haar afnemers. Tevens dient te worden gewaarborgd dat de wholesaleorganisatie van KPN geen concurrentiegevoelige informatie naar de retailorganisatie kan doorsluizen (Chinese muren). Daarvoor dient in het besluit een verbod te worden opgenomen.

56. In dit verband geeft ACT OPTA in overweging in de non-discriminatieverplichting expliciet te bepalen dat alle wholesalediensten die KPN zelf bij wijze van interne levering afneemt ten behoeve van het leveren van diensten op onderliggende retailmarkten voor telefonie onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden beschikbaar dienen te zijn voor afnemers. Daarmee wordt voldaan aan het uitgangspunt van equivalence of input.
57. *Equal time to market* – OPTA heeft in § 540 vastgesteld dat KPN de mogelijkheid en een prikkel heeft om vertragingstactieken toe te passen. Het discriminatieverbod dient tevens waarborgen te bevatten tegen dergelijke tactieken. Daartoe dient tevens te worden bepaald dat KPN eerst nieuwe retaildiensten mag introduceren die behoren tot de relevante markt waarvoor de verplichting is opgelegd als concurrenten daarmee concurrerende diensten kunnen aanbieden op basis van wholesale-equivalenten die een rechtstreekse afspiegeling vormen van de betrokken retaildiensten met gelijke kwaliteit als de onderliggende retaildiensten<sup>19</sup>. Daarmee wordt bereikt dat KPN en concurrenten gelijktijdig aan de start kunnen verschijnen en wordt voorkomen dat KPN de markt naar zich toetrekt door niet gelijktijdig adequate wholesale-equivalenten te leveren. Een toetsing van wholesale-equivalenten bij de voorgenomen introductie van nieuwe retaildiensten of varianten op bestaande diensten als gevolg van technologische innovaties dient plaats te vinden aan de hand van een fit-for-purpose test<sup>20</sup>. Een dergelijke test dient tevens te worden toegepast op de

<sup>18</sup> Ofcom: Equivalence of input will mean that all providers will benefit from (i) the same products, with equal opportunity to contribute to the development of new products (ii) the same prices, offered to all providers equally; and (iii) the same processes, to ensure all providers are able to order, install, maintain and migrate connections for their customers on equal terms.  
[http://www.ofcom.org.uk/media/news/2005/06/nr\\_20050623](http://www.ofcom.org.uk/media/news/2005/06/nr_20050623):

<sup>19</sup> Een dergelijke bepaling vormt het noodzakelijke complement als OPTA vasthoudt aan het voorgenomen besluit dat retailverplichtingen op de zakelijke telefoniemarkten zullen worden ingetrokken als de relevante wholesaleverplichtingen daadwerkelijk zijn geïmplementeerd.

<sup>20</sup> [http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/line\\_rental/wlrfp\\_statement/](http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/line_rental/wlrfp_statement/)

implementatie van wholesaleverplichtingen, voor zover OPTA onverhoopt mocht besluiten tot voorwaardelijke intrekking van retailverplichtingen, zoals voorgesteld voor de zakelijke retailmarkten voor vaste telefonie. Een inventarisatie van de relevante kwaliteitsparameters is door ACT reeds overgelegd in als bijlage 1 [vertrouwelijk] bij de ACT zienswijze WBT d.d. 8 september 2008 waarvan de inhoud als hier ingelast en herhaald mag worden beschouwd.

58. *Non-discriminatie en marge-uitholling/tariefdifferentiatie* - In § 738 overweegt OPTA expliciet dat de non-discriminatieverplichting wordt opgelegd om te verhinderen dat KPN haar eigen retailonderneming bevoordeelt ten opzichte van andere afnemers van wholesalediensten en dat door discriminatie de marges van concurrenten op de downstream markten worden uitgehold. ACT benadrukt het belang van het voorkomen van marge-uitholling en waardeert dat OPTA hiervoor specifieke voorwaarden opneemt zoals een verbod op selectieve prijsontbinding, getrouwheidskortingen, strikte voorwaarden voor tariefdifferentiatie op basis van het vraagprofiel en geografische omstandigheden. Hoewel de opgelegde verplichtingen onvoldoende zijn om marge-uitholling op adequate wijze te kunnen aanpakken, vindt ACT de volgende gedragsregel als weergegeven in punt 5 van § 746 een stap in de goede richting:

*Tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream-bedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening brengt, waardoor andere afnemers als gevolg van marge-uitholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.*

59. OPTA stelt terecht dat deze gedragsregels geschikt en noodzakelijk zijn om de geconstateerde mededingingsproblemen te adresseren. ACT vindt dat een nadere uitwerking omtrent de achtergrond en strekking van de vijfde gedragsregel noodzakelijk is zodat over de interpretatie ervan in het kader van de handhaving van het discriminatieverbod geen misverstanden kunnen ontstaan. Deze uitwerking moet bestaan uit het volgende: Als het eigen downstream onderdeel van KPN retailtarieven hanteert en concurrenten aan de hand van een imputation test constateren dat het wholesaletarief dat KPN aan concurrenten in rekening brengt leidt tot marge-uitholling, dan is dat een teken dat KPN (impliciet) tariefdifferentiatie toepast en zichzelf daarmee bevoordeelt. OPTA dient KPN dan op basis van deze gedragsregel KPN te verplichten om de betreffende retaildienst uit de markt te halen en/of met terugwerkende kracht het wholesale tarief aan te passen. De toelichting kan tevens inhouden dat OPTA overweegt dat het constateren van marge-uitholling door concurrenten op basis van de prijsstelling van door KPN geleverde wholesalediensten een weerlegbaar vermoeden oplevert dat sprake is van ongeoorloofde tariefdifferentiatie en dat OPTA dit in voorkomende geval nader zal onderzoeken. De invulling en de naleving van de non-discriminatieverplichting houdt nauw

verband met de invulling van de tariefreguleringsverplichting teneinde marge-  
uitholling tegen te gaan. Essentiële bijkomende elementen is de proportionele  
toerekening van wholesalespecifieke kosten en het buiten beschouwing laten van  
leegloop van het netwerk. De wijze waarop marge-uitholling in dient te worden  
tegengegaan is uitgewerkt in een separate zienswijze.

60. *Tariefvoorwaarden* - In § 743 e.v. stelt OPTA dat de non-discriminatieverplichting in  
beginsel niet in de weg staat aan enige vorm van tariefdifferentiatie. OPTA redeneert  
voorts dat tariefdifferentiatie zijn toegestaan voor zover de kortingen een door een  
economische prestatie gerechtvaardigd voordeel weerspiegelen. ACT is het daarmee  
niet eens en meent dat tariefdifferentiatie slechts is toegestaan indien er sprake is van  
*aantoonbare* en *objectieve* kostenvoordelen en dat een dergelijke differentiatie  
daarnaast nimmer de interne KPN leveringen mag bevoordelen ten opzichte van  
externe leveringen. Dit betekent dus ook dat – anders dan OPTA in § 745 overweegt -  
kwantumkortingen niet zijn toegestaan, indien KPN zelfs in het geval van  
aantoonbare en objectieve kostenvoordelen als enige aanspraak kan maken op een  
bepaalde kwantumkorting. Gezien haar schaalgrootte zal KPN retail immers veel  
eerder en/of als enige aanspraak kunnen maken op de hoogste  
staffel/kwantumkorting.

OPTA dient in het definitieve besluit expliciet te bepalen dat tariefdifferentiatie  
slechts is toegestaan indien er sprake is van *aantoonbare* en *objectieve*  
kostenvoordelen. Dit mag in ieder geval nimmer leiden tot bevoordeling van KPN's  
eigen retailorganisatie (ook niet indien KPN als gevolg van aantoonbare en objectieve  
kostenvoordelen aanspraak maakt op een kwantumkorting).

De invulling van de non-discriminatieverplichting moet nader worden uitgewerkt op  
basis van het uitgangspunt van *equivalence of input* waarbij  
(i) KPN zelf de diensten dient af te nemen die zij aan derden levert (en niet  
andersom); (ii) KPN eerst nieuwe retaildiensten mag introduceren die behoren tot de  
relevante markt waarvoor de verplichting is opgelegd als concurrenten daarmee  
concurrerende diensten kunnen aanbieden op basis van wholesale-equivalenten die  
een rechtstreekse afspiegeling vormen van de betrokken retaildiensten met gelijke  
kwaliteit als de onderliggende retaildiensten (voorkomen kwaliteitsdiscriminatie);  
(iii) dit door OPTA is getoetst aan de hand van een fit-for-purpose test (gelijktijdig  
aan de start kunnen verschijnen);  
(iv) OPTA bepaalt dat het constateren van marge-uitholling voor concurrenten op  
basis van de prijsstelling van door KPN geleverde wholesalediensten een vermoeden  
oplevert dat sprake is van prijzen die niet in voldoende mate op kosten zijn  
georiënteerd (voorkomen vestzak-broekzak effect), en  
(v) het KPN wordt verboden om concurrentiegevoelige informatie vanuit de  
wholesaleorganisatie door te leiden naar de retailorganisatie.

### **Tariefregulering (12.2.6)**

61. ACT kan zich er in vinden dat OPTA van mening is dat kostenoriëntatie passend is (§ 751 e.v.). ACT is evenwel van mening dat aan de overwegingen tevens dient te worden toegevoegd dat de tariefregulering op zodanige wijze wordt vormgegeven dat ook aan het voorkomen van marge-utholling wordt bijgedragen. Kostenoriëntatie is op zichzelf evenwel niet voldoende om marge-utholling te kunnen tegengaan. Om die reden moeten er in aanvulling op de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven aanvullende waarborgen komen ter voorkoming van marge-utholling als omschreven in de ACT zienswijze marge-utholling (bijlage 3).

Kostenoriëntatie is een passende verplichting en moet op zodanige wijze worden vormgegeven dat tevens marge-utholling wordt voorkomen. Kostenoriëntatie is evenwel niet voldoende om marge-utholling te kunnen tegengaan. In aanvulling op kostenoriëntatie moeten er extra waarborgen komen ter voorkoming van marge-utholling als omschreven in de ACT zienswijze marge-utholling (bijlage 3).

### **Invulling van kostenoriëntatie (12.2.7)**

62. ACT is tegen het gebruik van EDC. Op de EDC systematiek en de toepassing ervan wordt door ACT in een separate zienswijze ingegaan, waarnaar hier kortheidshalve wordt verwezen (bijlage 4). De inhoud ervan dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

### **Verplichtingen voor toegang tot de telefonieaansluiting (12.3)**

#### **Wederverkoop van wholesale-telefonieaansluitingen (12.3.1)**

63. Zoals hierboven is weergegeven is ACT van mening dat WLR voor de zakelijke telefoniemarkt niet voldoende is. Adequate regulering van WBT en ILL tarieven is passend en noodzakelijk. Voor een zienswijze inzake de specifieke invulling van WLR en de daaraan verbonden verplichtingen (non-discriminatie, tariefregulering, gescheiden boekhouding) wordt hier verwezen naar de zienswijze van Tele2, waarvan de inhoud als hier herhaald en ingelast dient te worden beschouwd.

WLR is als verplichting voor de zakelijke markt niet toereikend. Daarvoor is tevens regulering van WBT en ILL tarieven noodzakelijk.

### **Analyse retailmarkten vaste telefonie in aanwezigheid van regulering (13)**

#### **Afbakening retailmarkten vaste telefonie (13.2)**

64. In § 887 stelt OPTA vast dat in aanwezigheid van wholesaleregulering nieuwe spelers op de markt komen die vaste telefoniediensten aan eindgebruikers kunnen aanbieden.

ACT onderschrijft dat zonder wholesaleregulering geen ruimte bestaat voor alternatieve aanbieders op de residentiële en zakelijke telefoniemarkten.

65. Ten aanzien van de afbakening van de retailmarkten voor vaste telefonie geldt dat wholesale regulering - anders dan door OPTA wordt overwogen – wel degelijk relevante invloed heeft.
66. *Aparte markten voor aansluitingen en verkeer* - ACT kan zich niet vinden in de conclusie van OPTA in § 904 dat in aanwezigheid van wholesaleregulering sprake is van één relevante productmarkt voor aansluitingen en verkeersdiensten zoals ook hiervoor is aangegeven in randnr 25 en de reactie van ACT op de VT vragenlijst (§ 1.2).
67. Juist is dat mede als gevolg van de introductie van VoB en WLR op de consumentenmarkten in toenemende mate flat-fee bundels met aansluiting en verkeer worden afgenomen, doch feit blijft dat verkeer in de vorm van CPS en carrierselect in de markt nog steeds separaat van de aansluiting kan worden afgenomen. KPN kent thans drie belvrij abonnementsvormen: Belvrij Weekend, Belvrij Avond&Weekend en Belvrij Altijd<sup>21</sup>. Eindgebruikers die Belvrij Weekend of Belvrij Avond&Weekend afnemen betalen derhalve nog steeds voor telefoonverkeer per minuut in de avonden respectievelijk doordeweekse dagen. Op tijdstippen die buiten de bundel vallen kan het derhalve voor eindgebruikers nog steeds aantrekkelijk zijn om gebruik te maken van carrierselectdiensten. Bovendien vallen internet- en servicenummers buiten de Belvrij abonnementsvormen. Als gevolg van de goedkeuring van OPTA van de Belvrij abonnementsvormen is het in het algemeen niet meer aantrekkelijk voor consumenten om CPS zonder WLR af te nemen doch dit brengt niet mee dat in de markt thans uitsluitend bundels van aansluitingen en verkeer worden afgenomen. Sterker nog, OPTA stelt zelf vast in § 186 dat 49% van de eindgebruikers telefonie in een bundel afneemt van KPN. Met betrekking tot de afbakening van een relevante markt voor aansluitingen en verkeer merkt ACT op dat de cijfers in tabel 16 bij § 894 niet overeenkomen met de cijfers in tabel 3 bij § 185. Op basis van tabel gaat OPTA uit van een aandeel van 65% van gebundelde laagcapacitaire aansluitingen ultimo 2007, terwijl in tabel 3 wordt uitgegaan van 49%. Hoe het ook zij, voor de overige 51% respectievelijk 35% is derhalve een onderscheid tussen aansluitingen en verkeersdiensten nog steeds relevant.
68. ACT constateert dan ook dat de feitelijke marktsituatie niet rechtvaardigt dat op de retailmarkt niet langer onderscheid wordt gemaakt tussen aansluitingen en verkeer. Met het laten vervallen van dit onderscheid loopt OPTA vooruit op de marktsituatie zoals die mogelijk na 2011 zal ontstaan. OPTA verwacht immers zelf blijkens tabel 16 dat in 2011 nog in 17% telefonieaansluitingen en verkeersdiensten apart worden

<sup>21</sup> <http://www.kpn.com/abbonement-voor-thuis.htm>

afgenomen. Het is dan ook prematuur om uit te gaan van een gezamenlijke relevante markt voor aansluitingen en verkeer. Dit heeft tot gevolg dat het aanbieden van separate verkeersdiensten niet langer aantrekkelijk is, zodat de concurrentie op de telefoniemarkt afneemt. Dat is een onwenselijke ontwikkeling die niet het gevolg mag zijn van het reguleringsbeleid van OPTA.

69. Juist is dat de introductie van WLR alternatieve telefonieaanbieders in staat heeft gesteld om zowel telefonieaansluitingen als verkeersdiensten aan te bieden (§ 899), maar OPTA gaat eraan voorbij dat aansluitingen en verkeer nog steeds ook apart in de markt worden aangeboden en afgenomen.
70. Met de afbakening van één relevante markt voor aansluitingen en verkeer wijkt OPTA af van de Aanbeveling van de Commissie inzake relevante markten<sup>22</sup> waarin aansluitingen en verkeer als separate markten worden beschouwd. In de Aanbeveling heeft de Commissie op retailniveau een separate relevante markt afgebakend voor toegang tot het openbare telefonienetwerk op een vaste locatie voor residentiële en niet-residentiële gebruikers (markt 1). ACT is van mening dat OPTA de markt voor aansluitingen in overeenstemming met de aanbeveling dient af te bakenen. Voor zover OPTA afwijkt van de Aanbeveling, dient de drie-criteria-test te worden uitgevoerd. Toetsing aan de elementen van de test (hoge en niet-tijdelijke toegangsdrempels, markt neigt niet naar daadwerkelijke concurrentie, mededingingsrecht is niet afdoende) heeft in het ontwerpbesluit niet plaatsvonden. Voor zover OPTA daartoe zou overgaan ziet ACT niet in op welke wijze toetsing aan de test ertoe kan leiden dat OPTA kan concluderen dat sprake is van een relevante markt voor aansluitingen en verkeer.
71. Voor het overige kan ACT zich vinden in de conclusie van OPTA in § 904 dat ten aanzien van verschillende netwerken, typen aansluitingen, verkeersdiensten, residentieel versus zakelijk, bundelmarkten, mobiele telefonie en geografische afbakening de aanwezigheid of afwezigheid van wholesaleregulering niet van belang is.

---

<sup>22</sup> C 2007/ 5406

In aanwezigheid van wholesaleregulering is sprake van separate relevante productmarkten voor aansluitingen en verkeersdiensten. OPTA dient in dit verband aan te sluiten bij de Aanbeveling relevante markten. In de markt bestaat nog steeds vraag naar separate verkeersdiensten (CPS). Dit dient door OPTA in het besluit te worden aangepast. Ten aanzien van verschillende netwerken, typen aansluitingen, verkeersdiensten, residentieel versus zakelijk, bundelmarkten, mobiele telefonie en geografische afbakening is de aanwezigheid of afwezigheid van wholesaleregulering niet van belang.

### **Dominantieanalyse residentiële retailmarkt (13.3) en Conclusie dominantieanalyse (13.3.3)**

72. ACT is het eens met OPTA (§ 906) dat de marktpositie van DSL aanbieders met telefoniespecifieke regulering verder wordt versterkt met 5 á 10% ten opzichte van de situatie dat alleen generieke wholesaleregulering wordt opgelegd. OPTA verwacht dat KPN in 2011 in een situatie met telefoniespecifieke wholesaleregulering en marktaandeel zal hebben van 50-60% (tabel 17). Desalniettemin trekt OPTA in § 904 de conclusie dat het dalende marktaandeel op de residentiële retailmarkt een aanwijzing is voor het ontbreken van aanmerkelijke marktmacht. ACT kan zich hierin niet vinden. OPTA stelt immers zelf vast dat KPN in 2007 nog een marktaandeel van 70-80% beschikte. Voor de bepaling van de dominantiecriteria zijn de Richtsnoeren marktanalyse van de Commissie richtinggevend<sup>23</sup>. Opvallend is dat OPTA bij de dominantieanalyse de door de Commissie genoemde criteria niet één-op-één overneemt. Met name ontbreken de volgende criteria (i) totale omvang van de onderneming (ii) technologische voorsprong of superioriteit (iii) gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen (iv) product-/dienstendiversificatie (v) een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk en (vi) grenzen aan de expansie. ACT is van mening dat alle door de Commissie genoemde criteria in het kader van de residentiële telefoniemarkten relevant zijn.

- (vi) *Totale omvang van de onderneming* – Naast marktaandeel is de totale omvang van KPN een factor van significante betekenis. KPN ontleent immers mede aan haar omvang en productportfolio een grote bekendheid in de markt waardoor potentiële klanten bij telecommunicatiediensten doorgaans ‘het eerst’ aan KPN denken.
- (vii) *Technologische voorsprong of superioriteit* – KPN heeft niet zozeer een technologische voorsprong maar is wel in staat om de investeringsbereidheid van concurrenten te beïnvloeden door mededelingen te doen over investeringen in innovatie van netwerken en/of diensten (All-IP). Bekend is dat de investeringen van alternatieve aanbieders als gevolg van de

<sup>23</sup> 2002/C 165/03, paragraaf 78



- aankondiging van All-IP in Q4 2005 zijn stopgezet. Daaruit volgt dat KPN superieur gedrag kan vertonen.
- (viii) *Gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen* – Uit de financiële berichtgeving van KPN blijkt dat de financiële positie van KPN op dit moment sterk is (zo bedroeg het bedrijfsresultaat in 2007 €2,5 mrd.). Mede als gevolg hiervan staat buiten enige twijfel dat KPN ten opzichte van vaste alternatieve aanbieders een zeer goede toegang heeft tot de kapitaalmarkten en in staat is betere voorwaarden te bedingen (lagere WACC) dan concurrenten. Daarnaast is KPN in staat haar All IP plannen grotendeels te financieren uit de opbrengst van de verkoop van veel van haar nummercentrale gebouwen (opbrengst naar zeggen van KPN ca. €1,2 mld.).
- (ix) *Een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk* – KPN beschikt voor haar gehele dienstenportfolio over grote en fijnmazige distributie- en verkoopnetwerken. Die netwerken zijn bovendien specifiek gericht op de verschillende marktsegmenten, zoals bijvoorbeeld het zakelijke segment of het consumentensegment. Hierdoor beschikt KPN over zeer uitgebreide mogelijkheden om eindgebruikers op actieve en gerichte wijze te benaderen.
- (x) *Grenzen aan de expansie* – KPN is, anders dan alternatieve aanbieders, in staat zichzelf zowel in horizontale als in verticale zin op de betreffende markten relatief gemakkelijk te versterken, inclusief door middel van overnames, waarvan gedurende de huidige reguleringsperiode ook sprake is geweest.

ACT is van mening dat ook deze dominantiecriteria door OPTA meegenomen dienen te worden in de dominantieanalyse voor de residentiële retailmarkt.

In het definitieve besluit dient OPTA alle relevante dominantiecriteria te analyseren. De dominantiecriteria die OPTA in het ontwerpbesluit niet heeft onderzocht, zoals benoemd in randnr. 71 dienen derhalve ook in het definitieve besluit opgenomen te worden.

73. De overige factoren als onderdeel van de dominantieanalyse worden door OPTA in § 909 e.v. (in aanwezigheid van wholesaleregulering) ten onrechte zeer summier getoetst. Hieronder gaat ACT in op de overige relevante factoren.

KPN beschikt op de residentiële telefoniemarkt met een huidig marktaandeel van 70-80% nog steeds over aanmerkelijke marktmacht en zal deze positie in de komende reguleringsperiode behouden. Dit moet door OPTA in het besluit worden aangepast.

74. *Verticale integratie en netwerkdekkingsvoordelen* – OPTA miskent dat ondanks de extra wholesaleverplichtingen nog steeds sprake is van verticale integratie. Bij de

analyse van retailmarkt zonder verplichtingen (§ 363 ev.) geeft OPTA juist aan dat die verticale integratie leidt tot een dominante positie op de residentiële markt en de zakelijke markt. In § 579 geeft OPTA ook nog aan dat KPN als verticale onderneming in staat is tot marge uitholling en voorts dat KPN belang heeft bij zo min mogelijk concurrenten op de retailmarkt. OPTA verzuimt echter om aan te geven waarom ze uiteindelijk besluit het door haar zelf geconstateerde probleem niet te adresseren, waarbij ten onrechte geen retailverplichtingen worden opgelegd. In § 910 stelt OPTA dat KPN aan verticale integratie geen voordelen meer ontleent omdat alternatieve aanbieders met C(P)S en WLR overal in Nederland waar KPN diensten aanbiedt ook diensten kunnen aanbieden. OPTA gaat er evenwel aan voorbij dat de strategische voordelen voor KPN als verticaal geïntegreerd bedrijf de toegang tot wholesale bouwstenen controleert en tevens actief is op de onderliggende retailmarkten onverminderd blijven bestaan. Met name marge-uitholling en kwaliteitsdiscriminatie op de residentiële retailmarkten is een mededingingsrechtelijk probleem dat zich in de praktijk voordoet. Marge-uithollingseffecten worden versterkt door de relatief hoge wholesale marges van KPN van ongeveer 48% ten opzichte van retailmarges van ongeveer 20 respectievelijk 24% voor de consumenten- en zakelijke markten<sup>24</sup>. ACT verwijst hiervoor tevens naar haar zienswijze d.d. 7 maart 2008 § 3.1. Diverse marktpartijen waaronder ook niet ACT leden hebben blijkens de voeten 212 en 213 aangegeven dat zowel op de residentiële als zakelijke retail telefoniemarkten sprake is van marge-uitholling.

75. Zolang OPTA niet ook de retailmarkten reguleert, heeft KPN nog steeds en juist voordeel van de verticale integratie. Hetzelfde geldt voor de zakelijke markt. Dat probleem kan niet volledig opgelost met de voorgenomen invulling van wholesale regulering (waaronder de non-discriminatieverplichting). Indien niet alsnog retailverplichtingen worden opgelegd, zijn belangrijke aanscherpingen van de wholesaleverplichtingen op zijn plaats. Dit wordt hieronder nader beschreven alsmede in separate zienswijzen inzake het voorkomen van marge-uitholling en de WPC/EDC systematiek, waarnaar hier wordt verwezen.

KPN controleert als verticaal geïntegreerde onderneming met nationale dekking de toegang tot wholesale bouwstenen voor concurrenten en heeft mogelijkheden en sterke prikkels tot kwaliteitsdiscriminatie en marge-uitholling. OPTA gaat er evenwel aan voorbij dat de strategische voordelen voor KPN als verticaal geïntegreerd bedrijf de toegang tot wholesale bouwstenen controleert en tevens actief is op de onderliggende retailmarkten onverminderd blijven bestaan. Dit dient door OPTA in het besluit te worden meegenomen.

76. *Schaal- en breedtevoordelen* – OPTA overweegt in § 911 dat deze voordelen door middel van lagere wholesale C(P)S en WLR tarieven (deels) worden doorgegeven aan

<sup>24</sup> KPN Half year results 2008, slides 16 en 17 [www.kpn.com](http://www.kpn.com)

alternatieve aanbieders, maar dat KPN nog wel schaal- en breedtevoordelen op de retailmarkt behoudt. Deze breedtevoordelen houden in dat KPN de hoge vaste kosten die zij moet maken voor haar netwerk kan spreiden over de verschillende diensten die over het netwerk worden aangeboden. Dit geldt met name omdat KPN (naast Tele2 als speler met een beperkt marktaandeel) als enige in de markt zowel residentiële als zakelijke diensten aanbiedt. Deze breedtevoordelen blijven in een marktsituatie in aanwezigheid van wholesaleregulering onverminderd bestaan. Een concreet voorbeeld is de mogelijkheid van KPN om zowel vast als mobiel verkeer aan te bieden waarbij zij zelf 60% als onnet verkeer kan afwickelen zonder out-of-pocket inkoopkosten. KPN heeft de afgelopen twee jaar een aanzienlijke hoeveelheid PSTN klanten overgezet naar InternetPlusbellen zodat KPN tevens sprake is van overheveling van marktmacht van telefonie naar breedband.

Als gevolg van breedtevoordelen kan KPN de hoge vaste kosten spreiden over verschillende residentiële en zakelijke diensten. Deze voordelen en de daaruit voortvloeiende mogelijkheden tot overheveling van marktmacht blijven bestaan en moeten door OPTA worden geadresseerd.

77. *Product- en dienstendiversificatie* – Ook hier verwijst OPTA in § 912 naar het afnemen van de voordelen voor KPN als gevolg van C(P)S en WLR verplichtingen. Deze voordelen nemen weliswaar af door de genoemde verplichtingen, maar blijven wel bestaan omdat KPN eenvoudig aanverwante diensten tegen scherpe prijzen kan leveren, bijvoorbeeld in de vorm van mobiele telefonie op haar eigen netwerk. Partijen als Tele2 en UPC die tevens mobiele telefonie leveren zijn daarvoor afhankelijk van MVNO diensten die zijn van KPN (Telfort) afnemen. Voor deze aanbieders betreft het derhalve out-of-pocket kosten. Tevens kan KPN tegen concurrerende tarieven televisiediensten leveren via Digitenne als onderdeel van het KPN concern. KPN beschikt van oudsher over een zeer breed productportfolio met zowel traditionele telecomdiensten (zoals PSTN) als innovatieve diensten. Hierdoor beschikt KPN over de mogelijkheid om klanten aan zich te binden en ook om haar kosten over verschillende diensten te spreiden. Daarnaast vormen met name de traditionele telecomdiensten voor KPN een cash cow op basis waarvan KPN bijvoorbeeld nieuwe investeringen kan realiseren.

KPN kan als enige partij in de markt zonder out-of-pocket kosten alle communicatiediensten bieden (vaste en mobiele telefonie, internet en televisiediensten, hetgeen als mededingingsprobleem door OPTA moet worden erkend en geadresseerd in het besluit.

78. *Controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur* – OPTA stelt in § 914 dat andere partijen door C(P)S en WLR verplichtingen als het ware KPN's infrastructuur

ter beschikking hebben voor het leveren van PSTN diensten. Anders dan OPTA stelt leiden C(P)S en WLR in het geheel niet tot controle over de infrastructuur van KPN. WLR is louter een administratieve dienst zonder dat de alternatieve aanbieders enige controle of invloed kan uitoefenen op technische of fysieke elementen van het netwerk. C(P)S levert daarnaast uitsluitend gespreksopbouw en kent niet de fysieke mogelijkheid van gespreksafgifte en kan dus niet de gehele verkeersstroom voor klanten afwikkelen. C(P)S en WLR verplichtingen leiden er dus niet toe dat alternatieve aanbieders daarmee als het ware KPN's infrastructuur kunnen repliceren. Dat is overigens wel het geval bij ontbundelde toegang, waarbij de alternatieve aanbieder geheel of gedeeltelijk de technische controle krijgt over de ontbundelde aansluitlijn.

C(P)S en WLR verplichtingen leiden er niet toe dat alternatieve aanbieders daarmee als het ware de controle krijgen over KPN's netwerk en dat sprake zou zijn van gemakkelijk te repliceren infrastructuur. OPTA moet oordelen dat dit niet het geval is.

79. *Toetredingsbarrières* – Volgens OPTA in § 915 zijn door C(P)S en WLR verplichtingen toetredingsbarrières voor alternatieve aanbieders afgenomen. Dit is onjuist. Deze verplichtingen hebben in de voorafgaande reguleringsperiode slechts geleid tot een bescheiden afname van het marktaandeel van KPN met [5-10%], temeer omdat KPN bij C(P)S de leverancier van gespreksafgifte blijft en waarvan KPN de inkomsten verkrijgt. Met C(P)S kunnen dus slechts gedeeltelijk de financiële en operationele voordelen van het grote volume onnetverkeer ten opzichte van alternatieve aanbieders worden weggenomen, waardoor toetredingsbarrières blijven bestaan in de vorm van hogere kosten voor het afwikkelen van verkeer. Daarnaast geldt dat de toetredingsbarrières zijn versterkt door de aankondiging van de All-IP plannen door KPN hetgeen heeft geleid tot een investeringsstop bij alternatieve aanbieders in wholesale toegangsdiensten zoals ook uiteengezet in § 3.3 van de reactie op de VT vragenlijst.

Ook met C(P)S verplichtingen blijven toetredingsbarrières bestaan aangezien KPN de inkomsten van gespreksafgifte verkrijgt. Met C(P)S kunnen slechts gedeeltelijk de financiële en operationele voordelen van het grote volume onnetverkeer ten opzichte van alternatieve aanbieders worden weggenomen. De aankondiging van de All-IP plannen door KPN heeft de toetredingsbarrières versterkt. OPTA moet dit meenemen in het besluit.

80. In § 917 zijn de belangrijkste overwegingen van OPTA voor de conclusie dat de residentiële retailmarkt in aanwezigheid van wholesaleregulering daadwerkelijk concurrerend is, dat (i) OPTA een verdere daling van KPN's marktaandeel voorziet en (ii) kabelexploitanten onafhankelijk van inkoop bij KPN met KPN kunnen

concurreren, (iii) met gereguleerde WBT diensten ontbundelde toegang over glas de positie van DSL partijen gelijk blijft en (iv) continuering van C(P)S en WLR tevens belangrijk is:

- (i) de daling van het marktaandeel van KPN leidt nog steeds tot een verwacht marktaandeel van 50-60%, hetgeen reeds conform de jurisprudentie op zich tot een machtspositie leidt (uitzonderlijke omstandigheden daargelaten);
- (ii) kabelexploitanten hoeven weliswaar geen toegang en gespreksopbouw diensten af te nemen bij KPN omdat zij beschikken over een eigen aansluitnet, maar dit doet niet af aan het 'Two is not enough' uitgangspunt van OPTA;
- (iii) het gezamenlijk marktaandeel van DSL partijen zal tot 2011 volgens OPTA maximaal verbeteren van 0-5% naar 5-10% (tabel 17), hetgeen een zeer bescheiden verwachting is van het resultaat van wholesaleregulering;
- (iv) continuering van C(P)S en WLR leidt volgens OPTA slechts tot handhaving van het bestaande marktaandeel van C(P)S en WLR partijen (die overigens veelal tevens DSL partijen zijn) in 2010 van 0-5% (tabel 17).

Derhalve dient OPTA KPN alsnog aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de residentiële retailmarkten. Er is dan ook geen grond voor intrekking van de bestaande retailverplichtingen zoals door OPTA in § 919 wordt voorgesteld. Integendeel, bestaande verplichtingen dienen opnieuw te worden opgelegd en aangescherpt zoals hieronder nader zal worden toegelicht.

Door OPTA zijn geen omstandigheden aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat de residentiële retailmarkten gedurende de komende reguleringsperiode tot 2012 daadwerkelijk concurrerend zullen worden en KPN met een huidig marktaandeel van 70-80% en een verwacht marktaandeel van 50-60% in 2010 niet meer over aanmerkelijke marktmacht zou beschikken. Bestaande verplichtingen dienen door OPTA te worden gehandhaafd en aangescherpt conform de aanbevelingen in deze zienswijze.

#### **Dominantieanalyse zakelijke retailmarkt (13.4)**

81. In § 922 stelt OPTA dat de marktpositie van alternatieve aanbieders op basis van inkoop van generieke wholesalediensten als gevolg van de meer strikte regulering van hoge kwaliteit WBT (ACT neemt aan dat daarmee tariefregulering wordt bedoeld) en de toegenomen acceptatie van VoB op de zakelijke markten zal verbeteren. Het effect van ILL blijft naar verwachting hetzelfde. Dit wordt echter door OPTA niet toegelicht. OPTA verwacht tevens dat als gevolg van zakelijke WLR diensten het marktaandeel van alternatieve aanbieders zal groeien. Volgens de verwachting van OPTA in tabel 18 bij § 923 betreft het een zeer beperkte groei van enkele percenten aangezien het marktaandeel voor zakelijke C(P)S/WLR partijen in 2011 wordt

ingeschat op 0-5% terwijl dit gelijk is aan het werkelijke marktaandeel in 2007 van 0-5%. Alternatieve zakelijke aanbieders verwachten weinig van de introductie van WLR diensten, aangezien deze niet geschikt zijn voor de grootzakelijke markt. Zakelijke aanbieders zien meer in gereguleerde hoge kwaliteit WBT en ILL diensten als wholesale bouwstenen waarbij een waarborg tegen prijsstijging met KPN's ISDN30 diensten zoals eerder vermeld een vereiste is naast waarborg tegen prijsstijging op verkeer.

ACT verwacht dat de thans bescheiden marktpositie van alternatieve aanbieders met stringenter wholesale regulering (WBT en huurlijnen) kan verbeteren en dat zakelijk WLR een kleine bijdrage kan leveren aan de MKB markt. Waarborgen tegen prijsstijging blijven van essentieel belang waarvoor retailregulering noodzakelijk blijft. Zonder retailregulering verwacht ACT dat het verwachte effect stringenter wholesale regulering inclusief WLR teniet zal worden gedaan.

#### Andere factoren 13.4.2

82. Evenals bij de beoordeling en weging van de andere relevante factoren op de residentiële retailmarkten (verticale integratie en netwerkdekkingsvoordelen, schaal- en breedtevoordelen, product- en dienstendiversificatie, niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur, toetredingsbarrières) dragen bij aan de conclusie dat KPN over aanmerkelijke marktmacht beschikt. De opmerkingen van ACT ten aanzien van de residentiële retailmarkten gelden in dit verband tevens voor de zakelijke retailmarkten.
83. ACT sluit zich aan bij de conclusie van OPTA in § 924 dat KPN's marktaandeel op de zakelijke retailmarkten hoog zal blijven en dat deze markten niet effectief concurrerend zullen worden binnen de reguleringsperiode. ACT kan zich tevens vinden in de meeste belangrijkste overwegingen van OPTA dat de markt niet daadwerkelijk concurrerend is in § 932, namelijk dat (i) KPN's marktaandeel aan het einde van de reguleringsperiode naar verwachting nog altijd 65-75% zal bedragen, (ii) de kabel op de zakelijke retailmarkten een zeer beperkte rol zal spelen en (iii) continuering van ULL en verzwaarde regulering van WBT meer mogelijkheden biedt voor alternatieve VoB diensten. Zoals reeds vermeld verwacht ACT weinig van regulering van zakelijke WLR diensten, maar wel van C(P)S regulering en uitbreiding van de ILL regulering.
84. ACT onderschrijft niet de overwegingen van OPTA in § 935 e.v. dat wholesale verplichtingen binnen de reguleringsperiode toereikend zijn om daadwerkelijke concurrentie tot stand te brengen en dat de bestaande retailverplichtingen na implementatie van de set van wholesale verplichtingen kan worden ingetrokken. In § 17 stelt OPTA dat de complete set aan wholesale verplichtingen op termijn, maar buiten de reguleringsperiode, toereikend is.

ACT kan niet volgen dat OPTA desalniettemin aanleiding ziet om de retailverplichtingen voorwaardelijk in te trekken tijdens de reguleringsperiode.

Met betrekking tot de weging van de andere relevante dominantiefactoren gelden in de zakelijke markten dezelfde overwegingen als in de residentiële markten. Aan de hand daarvan is de conclusie dat KPN in de komende reguleringsperiode haar dominante positie zal behouden en zonder retailregulering verder zal kunnen versterken. De retailverplichtingen mogen niet voorwaardelijk worden ingetrokken op de grond dat de markt mogelijk na de reguleringsperiode concurrerend zal worden.

85. OPTA overweegt ten aanzien van de toereikendheid van wholesaleverplichtingen (i) dat kabelondernemingen zich iets meer gaan richten op de zakelijke markt en dat dit op termijn zal leiden tot structureel hogere concurrentiedruk op KPN, (ii) VoB belangrijker wordt in de zakelijke markt en VoB aan het einde van de reguleringsperiode maximaal 10% marktaandeel zal hebben en (iii) de uitbreiding van de wholesaleregulering voor C(P)S, WLR en ILL alternatieve aanbieders de mogelijkheid biedt om hun bestaande marktposities te versterken.

- (i) Kabelondernemingen hebben slechts een beperkt dekkinggebied en leggen alleen infrastructuur aan binnen het eigen verzorgingsgebied. Deze ondernemingen hebben geen landelijk dekkende netwerken. Van de plaatselijke uitrol van infrastructuur gaat derhalve geen nationale concurrentiedruk uit op KPN en mogelijk alleen op regionaal niveau;
- (ii) VoB zal ongetwijfeld in marktaandeel toenemen, doch slechts beperkt. Zakelijke klanten stellen in het algemeen hogere eisen aan de kwaliteit van dienstverlening waaraan VoB niet altijd kan voldoen. OPTA baseert zich daarbij blijkens voetnoten 285 en 183 op het Dialogic rapport Eindgebruikersonderzoek in zakelijke marktsegmenten van april 2008. Dit betreft evenwel een onderzoek onder eindgebruikers en niet onder zakelijke aanbieders zodat het rapport niet representatief kan zijn van de verwachtingen van de marktontwikkelingen van deze aanbieders. Los daarvan valt niet in te zien dat een marktaandeel van 10% voor VoB op zich een argument is voor intrekking van retailverplichtingen. Zelfs dan behoudt KPN een totale marktaandeel van 65-75%.
- (iii) ACT kan zich erin vinden dat uitbreiding van de ILL verplichtingen de marktpositie van alternatieve aanbieders op termijn zal versterken, ervan uitgaande dat ILL gedurende de reguleringsperiode niet zal worden uitgefaseerd. Dit geldt echter niet voor C(P)S en WLR verplichtingen als hiervoor omschreven in 79. Ook bij versterking van de marktaandelen van alternatieve aanbieders op grond van ILL en mogelijk hoge kwaliteit WBT zal het totale marktaandeel van KPN 65-75 % blijven bedragen.

Kabelondernemingen zijn voor landelijke dekking ook afhankelijk van KPN toegangsdiensten. VoB kan niet altijd voldoen aan de hogere kwaliteitseisen die in de zakelijke markt worden gesteld. Aangescherpte wholesaleverplichtingen inzake WLR, WBT en huurlijnen leiden mogelijk tot meer concurrentiedruk, maar zorgen er niet voor dat KPN's marktaandeel onder 65-75% uitkomt, zodat nog steeds sprake is van aanmerkelijke marktmacht.

### **Intrekking van retailverplichtingen (13.5)**

86. ACT verzet zich tegen intrekking van de retailverplichtingen op de residentiële retailmarkten als verwoord in § 945. ACT is tevens geen voorstander van de voorwaardelijke intrekking van retailverplichtingen voor de zakelijke markt. In beide markten geldt dat niet in redelijkheid kan worden besloten dat prijssqueezebescherming kan worden afgeschaft als enkele additionele wholesalemaatregelen worden geïmplementeerd.

### **Residentiële retailmarkten**

87. ACT heeft de volgende argumenten voor handhaving van de retailregulering:

- (i) Met de intrekking van de retailverplichtingen op de residentiële retailmarkten verdwijnen de resterende waarborgen tegen marge-uitholling, aangezien niet voldoende is gewaarborgd dat op basis van uitsluitend wholesaleregulering daartegen op adequate wijze kan worden opgetreden; Dit wordt nader toegelicht in een separaat document over de wijze waarop marge-uitholling dient te worden tegengegaan;
- (ii) Daarnaast blijft in ieder geval handhaving van de non-discriminatieverplichting op retailniveau van groot belang (ook als de overige retailverplichtingen worden ingetrokken) om te voorkomen dat KPN op maat gesneden aanbiedingen kan doen aan bepaalde doelgroepen, klanten van concurrenten of op basis van belprofielen. Daarbij verwelkomt ACT de invulling die OPTA op wholesaleniveau aan de non-discriminatieverplichting geeft, met inachtneming van de door ACT hierboven in randnr. 54 gemaakte opmerkingen;
- (iii) Het wegvallen van retailregulering maakt het mogelijk dat KPN bundels van met name vast en mobiel verkeer gaat aanbieden, bijvoorbeeld als onderdeel van Belvrij abonnementen, tegen flat fee tarieven, terwijl concurrenten de relatief hoge MTA tarieven *out-of-pocket* moeten betalen op minuutbasis en derhalve deze aanbiedingen niet kunnen matchen. KPN is zelf slechts in geringe mate gevoelig voor hoge tarieven voor vast-mobiel verkeer, aangezien zij zelf 60% van het verkeer onnet kan afwikkelen.



- (iv) De huidige vormen van ontbundelde toegang staan als gevolg van de All-IP en FttH plannen van KPN onder aanzienlijke druk. Zoals OPTA bekend heeft KPN aangekondigd MDF centrales te gaan uitfasen. KPN denkt daarbij aan een aankondigingstermijn van twee jaar<sup>25</sup>. Zolang niet duidelijk is dat migratie kan plaatsvinden naar een volwaardig alternatief tegen aanvaardbare voorwaarden en tarieven, kan van intrekking van retailverplichtingen geen sprake zijn. Indien sprake van intrekking, is een termijn van drie jaar op zijn plaats, te meer aangezien deze termijn door TNO als minimale termijn wordt gezien voor de uitvoering na de interne besluitvorming bij OPTA. Er is geen reden waarom KPN nog een jaar zou mogen wachten met het doen van de aankondiging als de besluitvorming heeft plaatsgevonden. Tevens kan worden geconstateerd dat er geen concrete vooruitzichten meer bestaan dat de MDF Migration Agreement (MMA) in de praktijk zal worden uitgevoerd, zodat de vrijwillige prijssqueezetest die daarin is opgenomen niet in werking zal treden.
- (v) De verwachtingen die OPTA heeft ten aanzien van de toekomstige ontwikkelingen op de retailmarkten worden in het begin van het ontwerpbesluit beschreven en komen ook in hoofdstuk 13 weer terug. Het is niet duidelijk waar OPTA die verwachtingen op baseert. In voetnoot 280 wordt verwezen naar een “prognose van OPTA mede gebaseerd op VKA” OPTA verliest uit het oog dat de ontwikkelingen in de huidige reguleringsperiode 2006-2008 en de marktaandelen van alternatieve aanbieders tot stand zijn gekomen in aanwezigheid van retailregulering.
- (vi) Ten aanzien van de residentiële markt constateert OPTA dat deze in aanwezigheid van de op te leggen verplichtingen daadwerkelijk concurrerend zal zijn. Daarbij kijkt OPTA ten onrechte verder dan de reguleringsperiode waar zij in § 908 stelt dat het marktaandeel in 2011 ‘weliswaar hoog is’ maar dat de daling nadien zal voortzetten. Ten onrechte trekt OPTA deze verwachting door met een verwachte daling van het marktaandeel van KPN van 70-80% in 2007 naar 50-60% in 2011 in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering, waarbij OPTA tegelijkertijd die situatie opheft. Hiermee geeft OPTA zelf reeds aan dat gedurende de reguleringsperiode met een marktaandeel van KPN van 50-60% nog steeds sprake is van aanmerkelijke marktmacht. Onder die omstandigheden had OPTA dus onderzoek moeten doen naar de noodzaak en passendheid van verplichtingen op retailniveau. De verwachting van OPTA is niet realistisch, omdat het wegvallen van retailregulering in het VKA rapport Marktontwikkelingen 2008-2011 buiten beschouwing is gelaten bij het inschatten van de toekomstige marktaandelen. OPTA kan er dus niet van uitgaan dat de dalende trend zich ongewijzigd blijft voortzetten in de afwezigheid van retailregulering,

---

<sup>25</sup> brief J. Farwerck KPN van 29 juli 2008

temeer omdat KPN dan alle vrijheid heeft om met stuntaanbiedingen te komen, al dan niet voor specifieke diensten en doelgroepen als hiervoor omschreven.

88. OPTA miskent dat de markt nu deels concurrerend is juist dankzij retailregulering. Daar komt bij dat het bestaande stoplichtmodel niet adequaat is en dient te worden aangescherpt door de inkoopkosten van alternatieve partijen tot uitgangspunt te nemen en een minimale retailopslag van 23%, waarbij alle retailaanbiedingen voorafgaand aan de introductie door OPTA moeten worden getoetst ter voorkoming van marge-uitholling.

De retailregulering op de residentiële telefoniemarkten moet worden gehandhaafd om hiervoor genoemde redenen. OPTA dient het besluit in dit verband te herzien.

### **Zakelijke retailmarkten**

89. OPTA overweegt in § 952 dat de verplichtingen voor de zakelijke retailmarkt eerst zullen worden ingetrokken op de dag nadat de implementatie van de wholesaleverplichtingen is afgerond. ACT is van mening dat OPTA de retailregulering op de zakelijke markt onverminderd dient te handhaven om de volgende redenen:

- (i) De marktontwikkelingen in de huidige reguleringsperiode hebben laten zien dat de concurrentie op de zakelijke markten juist is afgenomen en niet verder van de grond komt. Dit is mede het gevolg van het ontbreken van kostengeoriënteerde tarieven voor hoge kwaliteit WBT en regulering van huurlijnen >2Mbit/s. Dit is voor OPTA een belangrijke reden voor striktere regulering van wholesalediensten, hetgeen door ACT wordt toegejuicht. Ten aanzien van de zakelijke markt constateert OPTA dat het er in de afgelopen reguleringsperiode niet beter op is geworden en dat de dominantie van KPN eigenlijk alleen maar groter is geworden. VOB heeft zich op de zakelijke markt veel minder ontwikkeld dan op de residentiële markt. Uit § 265 blijkt dat die groei ook in de toekomst zeer beperkt zal zijn. Hier constateert OPTA dan ook terecht dat er geen sprake is van daadwerkelijke concurrentie, ook niet in aanwezigheid van wholesaleverplichtingen. Echter, zelfs met striktere regulering van wholesalediensten verwacht OPTA blijkens tabel 18 een zeer bescheiden daling van het totale marktaandeel van KPN van slechts 5-10% zodat de markt niet daadwerkelijk concurrerend zal worden. Een dergelijke kleine daling kan in redelijkheid geen aanleiding zijn voor voorwaardelijke intrekking van de retailverplichtingen. Dit geldt temeer aangezien ook voor de zakelijke retailmarkten niet duidelijk is op welke wijze wholesaleregulering voldoende waarborgen kan bevatten ter voorkoming van marge-uitholling. Dit

is in de zakelijke markt in de afgelopen jaren meerdere malen aan de orde geweest.

- (ii) Vervolgens haalt OPTA een konijn uit de hoge hoed door te kijken of de wholesaleverplichtingen “op termijn (mogelijk buiten de reguleringsperiode)” al dan niet toereikend zijn om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken. Los van de vraag of die toets juist is geeft OPTA niet aan binnen welke termijn zij dan verwacht dat er wel daadwerkelijke concurrentie zal zijn en de wholesaleverplichtingen dus effect sorteren. Zij geeft bijvoorbeeld slechts aan dat kabelondernemingen “op langere termijn” structurele concurrentiedruk op KPN zullen uitoefenen en dat VoB “op de lange termijn” ook concurrentiedruk zal uitoefenen. Los van het feit dat hier iedere verwijzing naar enig onderzoek ontbreekt, is volstrekt onduidelijk of het hier gaat om een termijn van 4, 5 of 20 jaar. Gezien de door OPTA zelf beschreven negatieve ontwikkelingen tot nu toe, is er geen enkele reden om aan te nemen dat deze zakelijke markt nu opeens binnen afzienbare tijd wel concurrerend zal worden, zeker niet als OPTA ook nog eens de bestaande retailverplichtingen gaat opheffen.
- (iii) OPTA concludeert in § 936 ten onrechte dat de uitgebreide set van wholesaleverplichtingen (na afronding van de implementatie) toereikend is om op termijn daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken en de belangen van eindgebruikers te beschermen.
- (iv) a) OPTA verwijst in dat kader in § 937 zelf naar de Aanbeveling van de Commissie waarin aangegeven is dat retailregulering opgelegd kan worden indien – ondanks alle mogelijke wholesalemaatregelen – er gebrek aan concurrentie blijft bestaan op de retailmarkt. Die situatie doet zich hier onmiskenbaar voor. OPTA is van mening dat de drie criteriatoets niet hoeft te worden uitgevoerd omdat zij ex ante regulering hoe dan ook niet nodig vindt. Toch gaat ze er vervolgens op in. OPTA stelt in dat kader in § 940 dat de 3-criteriatoets alleen doorstaan wordt in “member states where CS & CPS obligations have only recently been introduced or so far remain ineffective....” En vervolgens dat de Nederlandse zakelijke markt hier niet aan voldoet omdat CPS al langer geïntroduceerd is en VoB weliswaar nog niet zo groot is, maar op termijn steeds belangrijker wordt in de zakelijke retailmarkt. Daarom is volgens OPTA ook niet aan het tweede criterium van de 3-criteriatoets is voldaan. Dit is onjuist. In de toelichting op de aanbeveling (p.28) stelt de Commissie:

*Therefore, the retail calls markets are no longer considered susceptible to ex ante regulation on an EU-wide basis. However, if an NRA finds that national circumstances require a different conclusion, it is open to that NRA to*

*demonstrate that one or more of the retail calls markets in its country continue to meet the three-criteria test. This may for example (onderstreping red.), be the case in Member States where Carrier Select and Carrier Pre-Select obligations have only recently been introduced or so far remain ineffective (e.g. because of particular consumer habits) and where broadband penetration is low and VoB offerings insignificant.*

b) Uit de toelichting volgt dat juist niet dat de drie-criteriatest alleen kan worden doorstaan in ‘member states where CS & CPS obligations have only recently been introduced or so far remain ineffective’. De Commissie geeft dit slechts als voorbeeld. OPTA dient de drie-criteriatest alsnog uit te voeren, waarbij om in onderdeel c genoemde redenen de uitkomst zal zijn dat de markt binnen de reguleringsperiode niet voldoende concurrerend zal worden.

c) OPTA’s stelling dat het mogelijk is geen retailverplichtingen op te leggen ondanks het feit dat een markt gedurende de reguleringsperiode niet daadwerkelijk concurrerend wordt is op zich juist, gezien vanuit het tweede criterium van de drie criteriatoets (ontwikkeling naar daadwerkelijke concurrentie) maar daarbij moet het niet gaan om een theoretische exercitie gaan en moet er hard bewijs zijn. Het enkele feit van dalende marktaandelen onvoldoende. Bovendien moet het gaan om een “meaningful timeframe”. Hoe langer het duurt hoe eerder aan het tweede criterium is voldaan. Zoals gezegd geeft OPTA in het geheel niet aan waar haar verwachtingen op zijn gebaseerd en hoe lang volgens haar de periode naar daadwerkelijke concurrentie zal zijn. Op p. 10 van de toelichting stelt de Commissie:

*The tendency towards effective competition does not necessarily imply that the market will reach the status of effective competition within the period of review. It simply means that there is clear evidence of dynamics in the market within the period of review which indicates that the status of effective competition will be reached in the longer-run without ex ante regulation in the market concerned. Where market dynamics are changing rapidly care should be taken in choosing the period of review so as to reflect the pertinent market developments. Anticipated events must be expected within a meaningful timeframe and on the basis of concrete elements (e.g. business plans, investments made, new technologies being rolled out) rather than something which may be theoretically possible.*

*The simple fact that market shares have begun to decrease in recent years or uncertain technological future developments are in themselves insufficient to find that the market tends towards effective competition.*

*In general, the later effective competition is expected to materialise in the future, the more likely it is that the second criterion will be fulfilled.*

Het besluit van OPTA voldoet niet aan deze criteria. Er is geen hard en onderbouwd bewijs dat de ontwikkeling naar daadwerkelijke concurrentie zich binnen een afzienbare periode zal voordoen. De ervaring tot nu toe wijst op het tegendeel. Het ligt dus meer voor de hand om nu retailverplichtingen op te leggen met eventueel een beoordelingsmoment gedurende de reguleringsperiode.

- (v) Mede naar aanleiding van klachten van zakelijke aanbieders heeft OPTA KPN meerdere malen beboet voor het geven van ongeoorloofde kortingen<sup>26</sup>. ACT ziet niet in hoe OPTA zonder retailregulering en ondergrensregulering dergelijke ongeoorloofde gedragingen op adequate wijze kan aanpakken. Zonder retailregulering ontbreekt immers de toetssteen voor een prijssqueezetoets aan de hand waarvan marge-utholling kan worden aangepakt. Het is zeer de vraag of alternatieve zakelijke aanbieders bereid zullen zijn om verdere investeringen te doen in hoge kwaliteit WBT en ILL en ULL als retailregulering ontbreekt. Daar komt bij dat de All-IP plannen ertoe hebben geleid dat alternatieve investeringen tot stilstand zijn gekomen. Om partijen te stimuleren verder te gaan met investeren is een duidelijk signaal van OPTA nodig. ACT pleit er dan ook voor dat OPTA de komende reguleringsperiode de retailverplichtingen voor KPN handhaaft en eerst in het kader van de daaropvolgende reguleringsperiode vanaf 2012 opnieuw overweegt of intrekking van retailverplichtingen opportuun is.
- (vi) Daar komt bij dat OPTA nalaat precies aan te geven wanneer sprake is van afronding van de implementatie van de wholesaleverplichtingen en waaruit die wholesaleverplichtingen precies bestaan. Niet duidelijk is of alle wholesaleverplichtingen moeten zijn geïmplementeerd (dat kan per verplichting in tijd verschillen) en hoe dit door OPTA wordt getoetst. ACT vindt dat OPTA nauwkeurig moet omschrijven om welke wholesaleverplichtingen het precies gaat en wanneer sprake is van een afgeronde implementatie. Het feit dat referentieaanbiedingen zijn geïmplementeerd is in ieder geval onvoldoende. Wholesale afnemers moeten de dienst ook van hun zijde hebben geïmplementeerd op zodanige wijze dat zij op retailniveau daadwerkelijk een concurrerend aanbod kunnen doen. Daartoe dienen de afnemers om hun zienswijze worden gevraagd. Het kan niet zo zijn dat OPTA de retailverplichtingen voor KPN intrekt terwijl afnemers van mening zijn dat zij niet of onvoldoende uit de voeten kunnen met de wholesalediensten. De toetsing of daarvan sprake is dient even wel niet alleen

<sup>26</sup> zie tevens § 3.4 en 5.1 van de ACT zienswijze op de VT vragenlijst d.d. 7 maart 2008

af te hangen van de mening van de wholesaleafnemers maar ook te worden geobjectiveerd. Daartoe is nodig dat OPTA een eerder genoemde fit-for-purpose test ontwikkelt, aan de hand van concrete kwaliteitsparameters controleert of geen sprake is van kwaliteitssqueeze en nagaat of geen sprake is van marge-utholling.

De retailregulering op de zakelijke telefoniemarkten mag niet (voorwaardelijk) worden ingetrokken om de in randnr. 89 genoemde redenen. OPTA dient het besluit in dit verband te herzien.

90. Voor zover de voorwaardelijke intrekking van de retailverplichtingen op de zakelijke markt wordt gehandhaafd, dienen daarvoor de volgende strikte randvoorwaarden te gelden:

- (i) de wholesaleregulering op dusdanige wijze ingericht dat marge-utholling en kwaliteitsdiscriminatie op adequate wijze kunnen worden voorkomen;
- (ii) er worden heldere en transparante voorwaarden verbonden aan de implementatie van de wholesaleverplichtingen als onderdeel van de non-discriminatieverplichting in de vorm van een fit-for-purposetest<sup>27</sup>
- (iii) afnemers hebben een zienswijze kunnen geven;

Subsidiar: Voorwaardelijke intrekking van retailverplichtingen op de zakelijke markt mag alleen als (i) er voldoende waarborgen bestaan tegen kwaliteitsdiscriminatie en marge-utholling en (ii) een fit-for-purposetest wordt gehanteerd en (iii) afnemers een zienswijze hebben kunnen geven.

Indien gewenst is ACT graag bereid tot het geven van een nadere toelichting.

Met vriendelijke groet,



Fejo Sickinghe  
Voorzitter ACT

<sup>27</sup> zie [http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/line\\_rental/wlrrfp\\_statement/](http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/line_rental/wlrrfp_statement/)

Bijlagen

1. ACT reactie op VT vragenlijst d.d. 7 maart 2008
2. Emailcorrespondentie KPN
3. ACT zienswijze marge-utholling
4. ACT zienswijze WPC/EDC
5. Vertrouwelijke bijlage