

ECLI:NL:CBB:2011:BT6098

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	30-09-2011
Datum publicatie	30-09-2011
Zaaknummer	AWB 09/209 AWB 09/210 AWB 09/211 AWB 09/212 AWB 09/213
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	Marktanalyse Vaste telefonie
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 09/209, 09/210, 09/211, 09/212 en 09/213 30 september 2011

15334 Telecommunicatiewet

Verplichtingen als bedoeld in hoofdstuk 6A

Uitspraak in de zaken van:

1. BT Nederland N.V., te Amsterdam, Colt Telecom B.V.(thans: Colt Technology Services B.V.) te Amsterdam, Online Breedband B.V., te Amsterdam, Priority Telecom Netherlands B.V. (thans: UPC Nederland Business B.V.), te Amsterdam en Verizon Nederland B.V., te Amsterdam (hierna gezamenlijk: BT c.s.), appellanten in zaak AWB 09/209,
gemachtigde: mr. P. Burger, advocaat te Amsterdam;
2. Vodafone Libertel B.V., te Maastricht (hierna: Vodafone), appellante in zaak AWB 09/210,
gemachtigde: mr. P.M. Waszink, advocaat te Amsterdam;
3. Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V., te Den Haag (hierna: KPN), appellante in zaak AWB 09/211,
gemachtigde: mr. P.V. Eijsvoogel, advocaat te Amsterdam;
4. Pretium Telecom B.V., te Haarlem en Tele2 Nederland B.V., te Diemen (hierna: Pretium en Tele2), appellanten in zaak AWB 09/212,
gemachtigden: mr. M.J. Geus en mr. N. Linssen, beiden advocaat te Den Haag;
5. UPC Nederland B.V., te Amsterdam (hierna: UPC), appellante in zaak AWB 09/213,
gemachtigde: mr. P. Wit, advocaat te Amsterdam,

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA),
gemachtigden: mr. J. Bootsma, mr. M. Dijkstra en mr. E.C. Pietermaat, advocaten te Den Haag.

1. De procedure

Bij besluit van 19 december 2008 (kenmerk: OPTA/AM/2008/202721) heeft OPTA krachtens hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet de retailmarkten voor vaste telefonie en de wholesalemarkten voor vaste telefonie, met uitzondering van de markt voor vaste gespreksafgifte en transitgespreksafgifte, geanalyseerd. Tegen dit besluit hebben appellanten, alsmede bbned N.V., te Hoofddorp, en Atlantic Telecom Business B.V., te Venray, bij afzonderlijke brieven van 29 januari 2009, bij het College binnengekomen op dezelfde dag, beroep ingesteld.

Bij brief van 23 juli 2009 heeft OPTA de op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden. Met verwijzing naar artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft OPTA medegedeeld dat uitsluitend het College kennis mag nemen van de stukken B1 tot en met B42.

Bij afzonderlijke brieven van 14 augustus 2009 hebben appellanten de gronden van hun beroep ingediend.

Bij brieven van 16 oktober 2009 heeft OPTA verweerschriften ingediend en haar verzoek tot toepassing van artikel 8:29 Awb gewijzigd.

Bij afzonderlijke brieven van 13 november 2009 hebben appellanten een zienswijze ingediend.

Bij brief van 8 december 2009 heeft OPTA het verzoek tot toepassing van artikel 8:29 Awb opnieuw gewijzigd en nadere stukken ingediend.

Bij beslissing van 20 januari 2010 heeft het College de beperking van de kennisneming van de stukken B1 tot en met B42 gerechtvaardigd geacht.

Bij brieven van 27 januari 2010 (KPN), 2 februari 2010 (BT c.s., Vodafone), 4 februari 2010 (Pretium en Tele2) en 8 februari 2010 (UPC) hebben appellanten ermee ingestemd dat het College mede op grondslag van de stukken B1 tot en met B42 uitspraak doet op de beroepen.

Bij brief van 15 februari 2010 heeft OPTA een nader stuk in het geding gebracht.

Bij afzonderlijke brieven van 4 juni 2010 hebben BT c.s., KPN, Pretium en Tele2 en OPTA nadere stukken ingediend.

Bij brief van 14 juni 2010 heeft mr. Burger aangegeven dat bbned N.V. te Hoofddorp, die aanvankelijk samen met BT c.s. beroep had ingesteld, haar beroep niet voortzet.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 16 juni 2010. Voor BT c.s. is verschenen mr. Burger. Voor Vodafone zijn verschenen mr. Waszink, alsmede K. Lamberts en J.J.R. Lautenbach, werkzaam bij Vodafone. Voor KPN is verschenen mr. Eijsvoogel, alsmede C.P.L. Kramers-Van Baetenburg, S. ten Asbroek en N.J. Waanders, werkzaam bij KPN. Voor Pretium en Tele2 zijn verschenen mrs. Geus en Zwenne. Voor UPC is verschenen mr. Wit. Voor OPTA zijn verschenen mrs. Pietermaat en Bootsma.

Bij brief van 14 februari 2011 heeft mr. Zwenne het College medegedeeld, dat Atlantic Telecom Business B.V., die samen met Pretium en Tele2 beroep had ingesteld, haar beroep niet voortzet.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna: Kaderrichtlijn) luidt, voor zover en ten tijde hier van belang:

Procedure voor marktdefinitie

1. Na openbare raadpleging en overleg met de nationale regelgevende instanties neemt de Commissie een aanbeveling aan inzake relevante markten voor producten en diensten (hierna "de aanbeveling" genoemd). Daarin worden () de markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn, onverminderd markten die in bepaalde gevallen uit hoofde van het mededingingsrecht kunnen worden gedefinieerd. De Commissie definieert de markten overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.

De Commissie herzielt de aanbeveling op gezette tijden.

2. De Commissie publiceert () richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht (hierna "de richtsnoeren" te noemen), in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht.

3. De nationale regelgevende instanties bepalen, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten die overeenkomen met de nationale omstandigheden, met name relevante geografische markten binnen hun grondgebied, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht. De nationale regelgevende instanties volgen de procedures van de artikelen 6 en 7 voordat zij markten definiëren die verschillen van de in de aanbeveling genoemde.

()

Artikel 16

Marktanalyseprocedure

1. Zo spoedig mogelijk na de aanneming van de Aanbeveling of een bijwerking daarvan voeren de nationale regelgevende instanties, zoveel mogelijk met inachtneming van de richtsnoeren een analyse van de relevante markten uit.

() "

In de Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecomunicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, wordt voor zover thans van belang gesteld:

" 1. Bij het bepalen conform artikel 15, lid 3, van Richtlijn 2002/21/EG van de relevante markten die met de nationale omstandigheden overeenkomen, dienen de nationale regelgevende instanties de producten- en dienstenmarkten te analyseren die in de bijlage bij deze aanbeveling worden opgesomd.

()

Bijlage

()

Retailniveau

1. Toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere en niet-particuliere gebruikers.

Wholesaleniveau

2. Gespreksopbouw op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie. Voor de doeleinden van deze aanbeveling omvat gespreksopbouw ook de doorgifte van gesprekken, die zodanig wordt begrensd dat zij in een nationale context consistent is met de afgesproken grenzen voor de markten voor gespreksdoorgifte en voor gespreksafgifte op het openbare telefoonnetwerk, geleverd op een vaste locatie.
() "

In de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) is, voor zover hier van belang, bepaald:

" Artikel 6a.1

1. Het college bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht de relevante markten in de elektronische communicatiesector waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een in een aanbeveling als bedoeld in artikel 15, eerste lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG vermelde product- of dienstenmarkt. Het college bepaalt in elk geval zo spoedig mogelijk nadat een aanbeveling als bedoeld in de eerste volzin in werking is getreden, de in die volzin bedoelde relevante markten.

()

3. Het college onderzoekt de overeenkomstig het eerste en tweede lid bepaalde relevante markten zo spoedig mogelijk.

()

5. Het in het derde () lid bedoelde onderzoek is er in ieder geval op gericht om vast te stellen:

- a. of de desbetreffende markt al dan niet daadwerkelijk concurrerend is en of hierop ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden actief zijn die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en
- b. welke verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 en 6a.12 tot en met 6a.15 passend zijn voor de onder a bedoelde ondernemingen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht.

6. Nadat het onderzoek als bedoeld in het derde () lid is afgerond, geeft het college zo spoedig mogelijk uitvoering aan de artikelen 6a.2, eerste lid ().

7. Het college houdt bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden op grond van dit hoofdstuk rekening met door de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 15, tweede lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG vastgestelde richtsnoeren.

()

Artikel 6a.2

1. Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde () lid, blijkt dat een relevante markt () niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en:
 - a. legt hij ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 of 6a.12 tot en met 6a.15 op;
 - b. (), of
 - c. trekt hij eerder opgelegde () verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in indien zij niet langer passend zijn.
2. Het college legt op grond van het eerste lid, onderdeel a:
 - a. verplichtingen als bedoeld in de artikelen 6a.6 tot en met 6a.10 alleen op aan ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken of bijbehorende faciliteiten aanbieden;

()
3. Een verplichting als bedoeld in het eerste lid, is passend indien deze gebaseerd is op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 proportioneel en gerechtvaardigd is.
4. Bij de beoordeling of het opleggen van een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot toegang als bedoeld in artikel 6a.6 passend is, houdt het college met name rekening met de factoren, bedoeld in artikel 12, tweede lid, van richtlijn nr. 2002/19/EG.

Artikel 6a.3

1. Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt () daadwerkelijk concurrerend is, bepaalt het college dit en trekt hij eerder krachtens artikel 6a.2, eerste lid, opgelegde of in stand gehouden verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op die markt, in.

()

Artikel 6a.6

1. Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om te voldoen aan redelijke verzoeken tot door het college te bepalen vormen van toegang, onder andere indien het college van oordeel is dat het weigeren van toegang of het stellen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect, de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte eindgebruikersmarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.
2. De verplichting, bedoeld in het eerste lid, kan onder meer inhouden dat de desbetreffende onderneming:
 - a. aanbieders van elektronische communicatiediensten toegang verleent tot bepaalde netwerkelementen of faciliteiten, met inbegrip van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk;
 - b. te goeder trouw onderhandelt met aanbieders van elektronische communicatiediensten die verzoeken om toegang;
 - c. reeds verleende toegang tot faciliteiten niet intrekt;
 - d. op groothandelsbasis bepaalde diensten aanbiedt voor wederverkoop door aanbieders van elektronische communicatiediensten;
 - e. open toegang verleent tot technische interfaces, protocollen of andere kerntechnologieën die onmisbaar zijn voor de interoperabiliteit van openbare elektronische communicatiediensten of virtuele netwerkdiensten;

f. co-locatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten aanbiedt, inclusief gedeeld gebruik van kabelgoten, gebouwen of masten;

().

3. Het college kan aan de verplichting, bedoeld in het eerste lid, voorschriften verbinden betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit.

()

Artikel 6a.7

1. Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door het college te bepalen vormen van toegang een verplichting opleggen betreffende het beheersen van de hiervoor te rekenen tarieven of kostentoerekening indien uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van de eindgebruikers. Aan de verplichting kunnen door het college voorschriften worden verbonden die nodig zijn voor een goede uitvoering van de verplichting.

2. Een verplichting als bedoeld in het eerste lid kan inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief moet worden gerekend of dat een door het college te bepalen of goed te keuren kostentoerekeningssysteem moet worden gehanteerd.

()

4. Onverminderd het eerste lid, tweede volzin, kan het college aan een verplichting tot het opstellen van een kostentoerekeningssysteem voorschriften verbinden met betrekking tot het overleggen van de resultaten van de toepassing van het systeem door de onderneming waarop de verplichting rust.

()

Artikel 6a.8

Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door het college te bepalen vormen van toegang de verplichting opleggen om deze toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat de onderneming gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen.

Artikel 6a.9

1. Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om door het college nader te bepalen informatie met betrekking tot door het college te bepalen vormen van toegang bekend te maken.

Deze informatie kan onder meer betrekking hebben op:

a. tarieven en andere voorwaarden die bij het verlenen van toegang worden gehanteerd;

b. technische kenmerken en andere eigenschappen van het netwerk.

2. Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om een referentieaanbod bekend te maken waarin een omschrijving is opgenomen van door het college te bepalen vormen van toegang. Het referentieaanbod is opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang en de daarbij gehanteerde tarieven en andere voorwaarden.

()

5. Aan een verplichting als bedoeld in het eerste en tweede lid kan het college voorschriften verbinden met betrekking tot () de wijze van bekendmaking.

Artikel 6a.10

1. Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, de verplichting opleggen om een gescheiden boekhouding te voeren waarin de opbrengsten en de kosten van de door het college te bepalen vormen van toegang, aan de onderneming zelf of aan andere ondernemingen, gescheiden zijn van die van de door de ondernemingen verrichte overige activiteiten.

()

Artikel 6a.16

1. Een onderneming ten aanzien waarvan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, is vastgesteld dat zij op één relevante markt () of op meer relevante markten markten () tezamen, beschikt over een aanmerkelijke marktmacht bij de aanbidding van toegang tot en het gebruik van openbare telefoonnetwerken op een vaste locatie, wordt als zodanig aangewezen door het college.

()

Artikel 6a.17

1. Een onderneming die krachtens artikel 6a.16, eerste lid, is aangewezen draagt, voor zover zij is aangewezen, er zorg voor dat voor haar abonnees de voorzieningen beschikbaar zijn die het hen mogelijk maken om per oproep door middel van een keuzecode of standaard door middel van een voorkeuze de diensten af te nemen van aanbieders die toegang hebben tot haar openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie en de openbare telefoondienst, of een substantieel onderdeel daarvan, op een vaste locatie aanbieden.

()

4. Een onderneming die krachtens artikel 6a.16, eerste lid, is aangewezen voldoet, voor zover zij is aangewezen, aan redelijke verzoeken tot toegang tot haar openbare telefoonnetwerken op een vaste locatie van aanbieders die ten minste een substantieel onderdeel van de openbare telefoondienst op een vaste locatie door middel van de in het tweede lid bedoelde keuze of voorkeuze willen aanbieden. De tarieven voor de in de eerste volzin bedoelde toegang zijn op kosten georiënteerd.

()

Artikel 6b.2

()

3. Het college houdt bij het nemen van het besluit zoveel mogelijk rekening met de opmerkingen die de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de nationale regelgevende instanties met betrekking tot het ontwerp aan het college hebben medegedeeld.

() "

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Op 20 april 2007 heeft Dialogic Innovatie & Interactie te Utrecht (hierna: Dialogic) in opdracht van OPTA een rapport, getiteld 'Produktmarkten en marktsegmentering bij zakelijke telecommunicatiediensten' uitgebracht.

- Eveneens in opdracht van OPTA heeft Dialogic op 28 mei 2008 een rapport getiteld 'Eindgebruikersonderzoek in zakelijke marktsegmenten' uitgebracht.

- Op 22 januari 2008 heeft OPTA de vragenlijst Marktanalyse vaste telefonie aan marktpartijen gezonden. OPTA heeft van 15 marktpartijen een reactie op deze vragenlijst ontvangen.
- Op 12 juni 2008 heeft het onderzoeksbureau Verdonck, Klooster & Associates (hierna: VKA) een rapport getiteld 'Marktontwikkelingen 2008-2011, addendum bij Marktontwikkelingen 2007-2010, Ontwikkelingen van en scenarios voor de consumentenmarkt voor telefonie, omroep en breedbandinternettoegang' (hierna: VKA-rapport) uitgebracht.
- Op 29 juli 2008 heeft OPTA het ontwerp van het Marktanalysebesluit vaste telefonie bekend gemaakt en belanghebbenden in de gelegenheid gesteld hun zienswijze ten aanzien van het ontwerpbesluit te geven.
- BT c.s., Vodafone, KPN, Pretium en Tele2, en UPC hebben hun zienswijzen over dit ontwerpbesluit kenbaar gemaakt.
- OPTA heeft naar aanleiding van haar verzoek van 26 september 2008 van een aantal indieners van zienswijzen aanvullende informatie ontvangen .
- Op 17 oktober 2008 heeft KPN gereageerd op de zienswijzen.
- Op 5 november 2008 heeft OPTA het ontwerpbesluit genotificeerd bij de Europese Commissie (hierna: Commissie).
- Op 20 november 2008 heeft OPTA gereageerd op een verzoek van de Commissie om nadere informatie van 17 november 2008.
- Op 4 december 2008 heeft KPN gereageerd op de door OPTA voorgenomen wijzigingen in het genotificeerde ontwerpbesluit.
- Bij afzonderlijke brieven van 5 december 2008 heeft de Commissie haar opmerkingen overeenkomstig artikel 7, derde lid, Kaderrichtlijn aan OPTA medegedeeld.
- Vervolgens heeft OPTA het besluit van 19 december 2008 (hierna: bestreden besluit) genomen.

3. Het bestreden besluit

In het bestreden besluit heeft OPTA de volgende relevante markten afgebakend:

- de nationale residentiële retailmarkt voor vaste telefonie, bestaande uit residentiële diensten ofwel verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op twee of minder (gelijktijdige) gesprekken;
- de nationale zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie, bestaande uit zakelijke diensten ofwel verkeer- en aansluitingsdiensten gericht op meer dan twee (gelijktijdige) gesprekken;
- de nationale wholesalemarkt voor levering van gespreksopbouw en toegang tot de telefonieaansluiting ten behoeve van de residentiële retailmarkt voor vaste telefonie (residentiële wholesalemarkt);
- de nationale wholesalemarkt voor levering van gespreksopbouw en toegang tot de telefonieaansluiting ten behoeve van de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie (zakelijke wholesalemarkt).

Deze markten omvatten geheel Nederland en beperken zich tot Nederland.

Op grond van de dominantieanalyse heeft OPTA vastgesteld dat KPN, in aanwezigheid van de wholesaleverplichtingen die haar zijn opgelegd op de hoger gelegen markten (ULL, WBT en huurlijnen), op beide genoemde wholesalemarkten beschikt over aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM). OPTA heeft KPN op beide wholesalemarkten verplichtingen opgelegd inzake toegang (gespreksopbouw/C(P)S en WLR), nondiscriminatie, transparantie en tariefregulering. De nondiscriminatieverplichting is ingevuld met een aantal gedragsregels, waaronder gedragsregel 5, inhoudend dat tariefdifferentiatie verboden is, voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstreambedrijf een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge- uitholling op de downstreammarkten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.

OPTA heeft vastgesteld dat de residentiële retailmarkt in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering concurrerend is en de verplichtingen die bij het Marktanalysebesluit betreffende de retailmarkten voor vaste telefonie van 21 december 2005 (hierna: Retailbesluit 2005) met betrekking tot de residentiële retailmarkt zijn opgelegd, ingetrokken met ingang van 1 januari 2009.

OPTA heeft voorts geconcludeerd dat de zakelijke retailmarkt in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering niet daadwerkelijk concurrerend is, maar heeft na uitvoering van de driecriteriatoets op basis van de verwachting dat KPN aan het einde van de reguleringsperiode of kort daarna geen AMM meer zal hebben, met ingang van 1 januari 2010 de verplichtingen uit het Retailbesluit 2005 die betrekking hebben op de zakelijke markt, ingetrokken.

Aangezien de openbare versie van het bestreden besluit is gepubliceerd op de website van OPTA en partijen kennis dragen van dit besluit, acht het College het niet noodzakelijk de inhoud van het bestreden besluit op deze plaats uitvoeriger weer te geven.

4. Het standpunt van BT c.s.

4.1 Volgens grief 1 biedt gedragsregel 5 onvoldoende bescherming tegen margeuitholling en is deze verplichting derhalve niet passend. Het besluit ontbeert een draagkrachtige motivering. BT c.s. hebben in dit kader zeven subgrievens aangevoerd.

Volgens subgrief 1.1 is de regulering van OPTA inconsistent en in strijd met de prioritaire reguleringsdoelstelling van het besluit om de concurrentie te bevorderen. Het gaat erom dat KPNs downstreamdiensten prijstechnisch repliceerbaar moeten zijn. Als dan uitgegaan wordt van de kosten van KPN zijn efficiënte wholesaleafnemers van KPN niet in staat een concurrerend aanbod te doen. De EEO-test (Equally Efficient Operator-test) past dus niet bij de doelstelling. OPTA heeft ten onrechte en onvoldoende gemotiveerd niet voor de REO-test (Reasonably Efficient Operator-test) gekozen. BT c.s. wijzen op stukken van de Commissie die hun standpunt bevestigen.

Volgens subgrief 1.2 had OPTA een correctie voor schaal- en breedtevoordelen moeten opnemen. Zonder een dergelijke correctie kan margeuitholling niet worden voorkomen. Ten onrechte stelt OPTA het ontbreken van schaalvoordelen gelijk aan inefficiëntie.

BT c.s. hebben een aantal kostennadelen; ze zijn kleiner, hebben geen historisch klantenbestand en missen breedtevoordelen. Uiteindelijk zal het aanbod van BT c.s. significant goedkoper moeten zijn dan dat van KPN om te kunnen concurreren.

In subgrief 1.3 voeren BT c.s. aan dat OPTA ten onrechte niet heeft bepaald dat in het kader van de repliceerbaarheid van downstreamdiensten dient te worden uitgegaan van de lange termijn incrementele kosten met inbegrip van gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten. Ten onrechte meent OPTA dat daarmee inefficiënte concurrentie wordt bevorderd. Uit stukken van de Commissie leiden BT c.s. af dat een ruimhartiger standpunt alleszins toelaatbaar is. Om die reden is de maatregel niet passend en niet proportioneel.

Volgens subgrief 1.4 heeft OPTA ten onrechte nagelaten in het bestreden besluit te bepalen dat de hoogte van de door KPN te hanteren retailopslag door haar per dienst zal worden vastgesteld. Dat biedt KPN mogelijkheden voor margeuitholling. Bovendien is sprake van onvoldoende transparantie en rechtszekerheid. De maatregel is derhalve niet passend en niet proportioneel.

Met subgrief 1.5 betogen BT c.s. dat OPTA ten onrechte het begrip incrementele retailkosten niet nader heeft gespecificeerd in het bestreden besluit. In het verleden heeft OPTA dit begrip zeer restrictief gehanteerd; OPTA zou ook indirecte retailkosten in de beschouwing moeten betrekken.

Volgens subgrief 1.6 heeft OPTA ten onrechte niet de verplichting opgelegd tot ex-antetoetsing van tarieven aan gedragsregel 5. OPTA had moeten motiveren waarom dit niet is gebeurd. Uit stukken van de Commissie leiden BT c.s. af, dat ook de Commissie een ex-antetoetsing in dit geval aangewezen acht.

In subgrief 1.7 voeren BT c.s. ten slotte aan dat het bestreden besluit ten onrechte de corrigerende gevolgen bij overtreding van gedragsregel 5 niet preciseert. Weliswaar staat nu in de beleidsregels dat prijzen met terugwerkende kracht moeten worden aangepast, maar dat zou in het besluit zelf moeten staan. In de beleidsregels wordt voorts een overgangssituatie aangeduid voor bestaande diensten. BT c.s. menen dat margeuitholling ook niet tijdelijk kan worden toegelaten.

4.2 Volgens grief 2, die niet wordt ondersteund door UPC Nederland Business B.V., is EDC een onjuiste invulling van de aan KPN opgelegde verplichting om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren voor gespreksopbouw en C(P)S. In dit verband zijn zes subgrievens aangevoerd, waarvan de subgrievens 2.4 tot

en met 2.6 subsidiair zijn in die zin dat deze slechts gelden voor het geval dat in rechte komt vast te staan dat OPTA terecht heeft gekozen voor toepassing van de WPC/EDC-systematiek.

Als subgrief 2.1 voeren BT c.s. aan dat OPTA ten onrechte, althans zonder voldoende motivering, heeft geoordeeld dat het EDC-systeem een passende methode is om de efficiënte kosten van dienstverlening van KPN te bepalen. OPTA heeft nagelaten te motiveren waarom de WPC/EDC-systematiek geschikt en noodzakelijk is vanuit het oogpunt van proportionaliteit. Bezien tegen de achtergrond van de totstandkoming van de tarieven voor de reguleringsperiode 2006-2008, waarbij de tarieven op een aanvaardbaar niveau zijn gebleven als gevolg van bilaterale afspraken tussen KPN en haar wholesale-afnemers en de WPC in feite buiten werking is gebleven, kan deze systematiek niet worden gezien als een toekomstvast model dat geschikt is voor toepassing in het bestreden besluit omdat niet vaststaat dat het model geen prohibitieve tarieven voor gespreksopbouw oplevert. OPTA heeft ten onrechte nagelaten een inhoudelijke efficiëntiebeoordeling toe te passen.

Als subgrief 2.2 voeren BT c.s. aan dat OPTA ten onrechte heeft geoordeeld dat er geen aanleiding is om te veronderstellen dat KPN niet efficiënt is in haar bedrijfsvoering ten aanzien van de levering van gespreksopbouw. De redenen die OPTA geeft als ondersteuning voor haar stelling gaan niet op: ten eerste heeft KPN geen prikkel tot kostenminimalisatie als zij kostendalingen moet delen met concurrenten. Ten tweede is onbegrijpelijk dat OPTA stelt dat KPN weliswaar efficiënter lijkt te zijn dan de hoogste 10% van de meest efficiënte Amerikaanse telecombedrijven maar gelijktijdig overweegt dat die vergelijking niet meer wordt toegepast door de comparatieve efficiëntie analyse (CEA) niet meer standaard toe te passen. Aldus is sprake van een cirkelredenering.

Ten derde miskent OPTA dat het verlagen van kosten, bijvoorbeeld door het afstoten van personeel en het verkopen van centralegebouwen, geen rechtstreeks verband houdt met het bereiken van meer of minder efficiëntie van het bedrijf. Dat KPN streeft naar lagere kosten, betekent niet dat die lagere kosten automatisch efficiënt zijn. OPTA trekt zelf ook in twijfel of de verkoop van centralegebouwen als gevolg van uitfasering van MDF-locaties wel op gang komt gedurende de reguleringsperiode.

Volgens subgrief 2.3 heeft OPTA onvoldoende invulling gegeven aan de prioritaire doelstelling van de telefoniespecifieke regulering, te weten het bevorderen van dienstenconcurrentie. Tegen de achtergrond van deze doelstelling is het onbegrijpelijk dat OPTA een systeem van kostenoriëntatie hanteert in de vorm van WPC/EDC-systematiek dat ruimte laat voor het doorberekenen van inefficiënte kosten. Toepassing van het LRIC/ BULRIC-model ligt, gezien genoemde doelstelling, meer voor de hand.

Volgens (subsidiare) subgrief 2.4 heeft OPTA ten onrechte en onvoldoende gemotiveerd geoordeeld dat geen CEA hoefde te worden uitgevoerd. Gelet op de te verwachten inefficiënties die gepaard gaan met de modernisering van het netwerk had OPTA alsnog moeten overgaan tot het toepassen van een CEA, waarbij wordt vergeleken met telecombedrijven die zich in een vergelijkbare marktsituatie bevinden en bezig zijn met netwerkmigratie, zoals BT in het Verenigd Koninkrijk. Bij de bepaling van de mate waarin sprake is van stranded assets, mede als gevolg van leegloop, vormt toepassing van de CEA een nuttige aanvulling om te voorkomen dat stranded assets niet als zodanig worden benoemd en ten onrechte alsnog tot de relevante kosten worden gerekend.

Volgens (subsidiare) grief 2.5 heeft OPTA ten onrechte de reikwijdte van het verbod op doorberekening van kosten van stranded assets en leegloop beperkt in die zin dat wholesaletarieven geen vergoeding mogen omvatten voor de kosten en verliezen die KPN lijdt door stranded assets en leegloop als gevolg van het feit dat KPN zelf besluit om haar netwerk te vernieuwen. OPTA had een stap verder moeten gaan en als principieel uitgangspunt moeten hanteren dat concurrenten niet hoeven te betalen voor stranded assets en leegloop van KPN, ongeacht hoe deze ontstaan zijn, dus ook bijvoorbeeld bij leegloop van het netwerk als gevolg van migratie door verlies van klanten aan concurrenten.

Volgens (subsidiare) subgrief 2.6 heeft OPTA ten onrechte en onvoldoende gemotiveerd volstaan met het opleggen van de verplichting aan KPN een accountantsrapportage te voegen bij de rapportage over het resultaat van de toepassing van de WPC/EDC-systematiek. Aan een dergelijke rapportage kan geen enkele zekerheid worden ontleend omtrent de efficiëntie van de opgevoerde kosten en de vraag of kostenelementen terecht zijn opgenomen. OPTA had op voorhand moeten overgaan tot het aanstellen van een externe accountant die een verdergaande controle kan uitvoeren van de mate waarin de tarieven de onderliggende relevante kosten weerspiegelen.

4.3 In grief 3 betogen BT c.s. dat OPTA een onjuiste dominantieanalyse van de residentiële retailmarkt heeft uitgevoerd. OPTA heeft onvoldoende gemotiveerd waarom de residentiële markt, ondanks het hoge marktaandeel van KPN op deze markt en vele andere factoren die wijzen op AMM van KPN, daadwerkelijk concurrerend zou zijn. Deze markt is niet concurrerend en zal dat binnen de onderhavige reguleringsperiode ook niet worden.

BT c.s. stellen zich op het standpunt dat het door OPTA verwachte marktaandeel van KPN van 50-60% in 2011 in aanwezigheid van generieke en telefoonspecifieke regulering op zichzelf tot de conclusie leidt dat KPN in die situatie een AMM-positie heeft. Een dergelijk marktaandeel ligt ruim boven de 50% en is nog altijd vele malen groter dan het marktaandeel van de tweede marktpartij.

BT c.s. plaatsen verder vraagtekens bij de door OPTA verwachte daling van het marktaandeel van KPN van 60-70% in aanwezigheid van generieke wholesaleregulering naar 50-60% wanneer OPTA naast die regulering ook telefoniespecifieke wholesaleregulering oplegt. OPTA verwacht dat het marktaandeel van C(P)S/WLR-aanbieders in de onderhavige reguleringsperiode zal dalen van 5-10% in 2008 naar 0-5% in 2011 in aanwezigheid van generieke en telefoonspecifieke wholesaleregulering. Mede gelet op hetgeen in het VKA-rapport is gesteld over de rol van C(P)S in de onderhavige reguleringsperiode, is het derhalve zeer de vraag of OPTAs redenering dat C(P)S/WLR-aanbieders door telefoniespecifieke regulering klanten zullen werven die zij vervolgens vraaggestuurd naar VoDSL kunnen migreren, juist is. Voorts zijn de door OPTA in het marktanalysebesluit 2005 voorspelde ontwikkelingen met betrekking tot de marktaandelen van C(P)S-aanbieders en van KPN, ondanks de bij dat besluit opgelegde C(P)S/WLR-verplichting, niet uitgekomen. Blijkens het bestreden besluit heeft KPN nog steeds een marktaandeel van 70-80% en volgens de meest recente kwartaalcijfers van KPN is haar marktaandeel op de traditionele telefoniemarkt meer dan 75%. Dat KPN zich onafhankelijk kan gedragen blijkt ook uit de recent doorgevoerde prijsverhoging voor enkele vaste telefoniediensten. Nu de All IP-aankondigingen van KPN ertoe hebben geleid dat niet verder wordt geïnvesteerd, is twijfelachtig of de marktpositie van DSL-partijen wordt versterkt, zoals OPTA verwacht. Het feit dat het door OPTA verwachte marktaandeel van DSL-partijen in aanwezigheid van generieke wholesaleregulering gelijk is aan het verwachte marktaandeel in aanwezigheid van generieke én telefoonspecifieke wholesaleregulering, bevestigt die verwachting evenmin.

Volgens BT c.s. overschat OPTA de concurrentiedruk door de kabelaanbieders en motiveert OPTA deze druk niet. De kabelaanbieders hebben geen landelijke dekking en het verschil tussen hun marktaandeel en dat van KPN is dusdanig groot dat KPN zich onafhankelijk kan gedragen en een dominante positie behoudt.

Voorts betogen BT c.s. dat OPTA andere factoren in het kader van de dominantieanalyse onjuist heeft geanalyseerd of onvoldoende heeft onderzocht. OPTA heeft ten onrechte slechts zeer summier getoetst welk effect de voorgenomen wholesaleregulering heeft op enkele van deze factoren en daarbij een aantal in de Richtsnoeren genoemde andere factoren buiten beschouwing gelaten.

OPTA heeft ten onrechte niet onderkend dat KPN nog steeds voordeel heeft van haar verticale integratie, zolang OPTA niet ook de retailmarkten reguleert. Een aantal van de met de verticale integratie van KPN samenhangende voordelen blijven ook met wholesaleregulering onverminderd bestaan.

OPTA stelt ten onrechte dat schaal- en breedtevoordelen van KPN, voordelen van KPN uit product- en dienstendiversificatie en niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur en toetredingsbarrières voor andere aanbieders dan KPN door de C(P)S/WLR-verplichtingen niet zullen verminderen. OPTA leunt teveel op deze verplichtingen, waarvan de ervaring heeft geleerd dat deze niet althans niet zonder aanvullende waarborgen op retailniveau tot daadwerkelijke concurrentie zullen leiden.

4.4 Volgens grief 4 van BT c.s. is de dominantieanalyse van de zakelijke retailmarkt innerlijk tegenstrijdig. Tegenover de op de dominantieanalyse gebaseerde conclusie van OPTA dat de zakelijke markt na generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering niet daadwerkelijk concurrerend is, staat de op een zeer summiere toepassing van de driecriteriatoets gebaseerde conclusie van OPTA dat de aan KPN opgelegde wholesaleverplichtingen ertoe zullen leiden dat aan het einde van deze reguleringsperiode, dan wel in de periode kort daaropvolgend daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke markt wordt bereikt. Deze tegenstrijdige bevindingen maken het besluit onrechtmatig omdat OPTA haar tournure niet motiveert.

De stelling van OPTA dat VoB op de zakelijke markt op termijn zal toenemen is niet onderbouwd en gemotiveerd en verhoudt zich niet met het Dialogic-rapport. De opvatting van OPTA dat andere aanbieders

met C(P)S en WLR de mogelijkheid hebben om hun bestaande marktpositie te versterken en dat klanten kunnen migreren naar VoB is niet gebaseerd op onderzoek van OPTA. Tevens heeft OPTA niet onderkend dat ondanks wholesaleregulering toetredingsdrempels zullen blijven bestaan.

OPTA sluit ten onrechte aan bij de Aanbeveling om te motiveren dat de retailverplichtingen kunnen worden ingetrokken: een belangrijk element uit de Aanbeveling voor het schrappen van de retailtelefoniemarkten uit de Aanbeveling een daling van het marktaandeel van de incumbent ontbreekt in Nederland.

Voor een marktstructuur die neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon moeten volgens de toelichting op de Aanbeveling duidelijke bewijzen bestaan; aan dit vereiste voldoet het besluit geenszins, nu er geen daadwerkelijke concurrentie is ontstaan en volgens OPTA, gelet op haar dominantieanalyse, ook niet zal ontstaan.

Tot slot voeren BT c.s. aan dat OPTA onvoldoende specifiek heeft aangegeven wanneer de toegangsbelemmeringen zullen zijn verdwenen en er een situatie van daadwerkelijke concurrentie zal bestaan.

4.5 Met grief 5 betogen BT c.s. dat OPTA een onjuiste en onvoldoende gemotiveerde prospectieve analyse van de zakelijke retailmarkt heeft uitgevoerd. OPTA geeft aan dat er op de zakelijke markt in de afgelopen reguleringsperiode nauwelijks concurrentieontwikkeling is geweest, dat het marktaandeel van KPN in aanwezigheid van stringente retailregulering nauwelijks is afgenomen en dat de marktaandelen van alternatieve aanbieders slechts in beperkte mate zullen groeien. Verder geeft OPTA aan dat op de zakelijke markt VoB een beperkte rol speelt. De op het rapport van Dialogic van 28 mei 2008 gebaseerde constatering van OPTA dat VoB in de toekomst belangrijker wordt, is te algemeen om OPTA's aanname dat het marktaandeel van VoB in de zakelijke markt met 10% zal stijgen, te kunnen dragen. In de afgelopen periode heeft KPN voor zakelijke afnemers de toen geldende prijsplafonds maximaal opgezocht, wat een sterke aanwijzing voor afwezigheid van concurrentiedruk op KPN is.

Met de empirische gegevens en ervaringen uit het verleden, en de eigen vaststelling dat KPN momenteel nog even dominant is als enkele jaren geleden, zal OPTA goed moeten motiveren waarom zij desondanks het besluit heeft genomen om retailregulering die onvoldoende effectief is gebleken op te heffen. Dat heeft OPTA nagelaten.

4.6 Volgens grief 6 heeft OPTA de driecriteriatoets onjuist toegepast en heeft OPTA op grond van deze toets ten onrechte besloten de retailverplichtingen op de zakelijke markt in te trekken.

In subgrief 6.1 betogen BT c.s. dat OPTA ten onrechte aansluiting heeft gezocht bij de Aanbeveling van de Commissie ter rechtvaardiging van haar besluit tot intrekking van de retailregulering. De Commissie heeft het schrappen van de retailtelefoniemarkten uit de Aanbeveling gebaseerd op en onderbouwd met een verwijzing naar het feit dat alternatieve aanbieders in veel lidstaten hebben gezorgd voor significante daling van het marktaandeel van de incumbent. Dit gaat echter niet op voor de Nederlandse situatie, nu de bestaande wholesaleverplichtingen geen daadwerkelijke mededinging hebben gebracht. Het enkele feit dat in Nederland al langer C(P)S bestaat, is niet afdoende om te concluderen dat aan de driecriteriatoets niet is voldaan.

Volgens subgrief 6.2 heeft OPTA ten onrechte geconcludeerd dat niet is voldaan aan het eerste criterium van de driecriteriatoets (aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn). De stelling van OPTA dat VoB op de zakelijke markt op termijn in belang zal toenemen, is immers niet onderbouwd en gemotiveerd en verhoudt zich evenmin met het rapport van Dialogic van 28 mei 2008. Voorts is het zo dat OPTA ten onrechte niet heeft onderkend dat, ondanks de uitbreiding van het pakket aan telefoniespecifieke regulering (C(P)S/WLR), andere toegangsdrempels dan die van technische aard blijven bestaan, zoals die welke eraan bijdragen dat eindgebruikers inert zijn en moeilijk te bewegen om over te stappen van KPN naar een andere aanbieder.

In subgrief 6.3 voeren BT c.s. aan dat OPTA onvoldoende heeft onderbouwd dat niet is voldaan aan het tweede criterium van de driecriteriatoets. Er zijn immers geen duidelijke bewijzen dat de marktstructuur neigt naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon.

Volgens subgrief 6.4 ten slotte is er sprake van een onduidelijke tijdshorizon en geldt voor zowel het eerste als het tweede criterium dat OPTA onvoldoende specifiek heeft aangegeven wanneer de toegangsbelemmeringen verdwenen zullen zijn en de situatie van daadwerkelijke concurrentie zich zal voordoen.

5. Het standpunt van Vodafone

5.1 De grieven van Vodafone richten zich tegen de invulling van de tariefverplichting voor zover het betreft gespreksopbouw op de residentiële en zakelijke wholesalemarkten en tegen de intrekking van de verplichtingen op de retailmarkten.

5.2 In grief 1 stelt Vodafone zich in het kader van gespreksopbouw op het standpunt dat OPTA er ten onrechte voor heeft gekozen de tariefverplichting in te vullen volgens het EDC-kostentoerekeningssysteem. Ten onrechte heeft OPTA ervan afgezien te onderzoeken of KPN nog steeds kan worden gezien als efficiënte operator en een comparatieve efficiëntieanalyse (hierna: CEA) te verrichten.

De keuze voor EDC is onzorgvuldig. Gezien de reeds jaren bestaande en bekende bezwaren van marktpartijen tegen EDC had OPTA ten aanzien van de invulling van de tariefverplichting een fundamentele heroverweging moeten maken. Deze bezwaren houden onder meer in een gebrek aan transparantie en controle mogelijkheden, onvoldoende garanties dat alle opgevoerde kostenposten efficiënt zijn en dat niet wordt gegarandeerd dat een margin squeeze niet kan plaatsvinden.

Ten onrechte heeft OPTA geen CEA verricht. In de eerste reguleringsronde kon KPN zich meten met de efficiëntste operators uit de benchmark waarbij KPN is vergeleken met 10 Amerikaanse operators. Om die reden heeft toen geen efficiëntiecorrectie plaatsgevonden en werden EDC-tarieven zonder correctie van kracht, zodat de EDC-tarieven gelijk waren aan de WPC-tarieven. Bezwaren van marktpartijen hebben uiteindelijk geleid tot afspraken met KPN over lagere tarieven dan uit de EDC-kostentoerekening zouden volgen. Een groot deel van de EDC/CEA-analyse was daarmee verouderd. In het licht daarvan mag de EDC-systematiek niet zonder meer worden gehandhaafd.

De ratio van een reguleringsperiode van drie jaar is dat na die periode daadwerkelijke heroverweging plaatsvindt. Dit geldt ook ten aanzien van de vraag of KPN (nog wel) efficiënt is, zeker gelet op de uitrol van All IP en de uitfasering van het PSTN-netwerk, waarbij altijd sprake zal zijn van inefficiënties. KPN's tarieven behoren niet tot de goedkoopste van Europa.

5.3 Volgens subgrief 2.1 heeft OPTA in het kader van gespreksopbouw en toegang onvoldoende waarborgen aan gedragsregel 5 verbonden. Het voorkomen van margin squeezes is niet afdoende ex ante gegarandeerd. Daardoor is gedragsregel 5 niet passend.

OPTA ziet zowel op de residentiële als op de zakelijke retailmarkt margeutholling evenals kruissubsidiëring als potentiële mededingingsproblemen. Gedragsregel 5 kan die problemen niet voorkomen, ook al omdat OPTA ze niet eenvoudig kan herkennen. OPTA laat de verantwoordelijkheid voor toepassing van gedragsregel 5 bij KPN. Dus kan ze alleen ex post optreden. Dat betekent dat Vodafone bij OPTA aannemelijk zal moeten maken, dat overtreding plaatsvindt.

Volgens subgrief 2.2 heeft OPTA onvoldoende draagkrachtig gemotiveerd waarom de verplichting tot gescheiden boekhouding niet noodzakelijk is. OPTA legt de oproep van de Commissie om actief toezicht te houden op naleving van gedragsregel 5 naast zich neer. Niet valt in te zien hoe gedragsregel 5 volledig kan garanderen dat ongeoorloofde kruissubsidie en margeutholling niet plaatsvinden. OPTA heeft tevens miskend dat de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding een ander aanvullend karakter heeft dan de nondiscriminatieverplichting.

5.4 In grief 3 stelt Vodafone dat OPTA ten onrechte geen verplichtingen heeft opgelegd op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie.

In subgrief 3.1 argumenteert Vodafone dat het marktaandeel van KPN stabiel hoog blijft en dat KPN dominantie heeft. Volgens OPTA lag het marktaandeel van KPN op de zakelijke retailmarkt op het moment van onderzoek in 2008 tussen de 70 en 80%. Indien alleen generieke wholesaleregulering wordt opgelegd, zal dat aandeel aan het einde van de reguleringsstermijn (2011) onveranderd tussen de 70 en 80% liggen. Met oplegging van telefoniespecifieke wholesaleverplichtingen bedraagt het aandeel eind 2011 dan 65,75%. KPN beschikt derhalve over AMM.

Volgens subgrief 3.2 heeft OPTA de driecriteriatoets onjuist toegepast. Door de gehele markt aansluitingen en verkeer aan deze toets te onderwerpen en dit bovendien pas na de marktafbakening en de

dominantieanalyse te doen, is deze toets onjuist toegepast. Ten onrechte heeft OPTA nagelaten het derde criterium (het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen) te onderzoeken, hoewel de drie criteria altijd in onderlinge samenhang moeten worden gezien. Het niet voldoen aan deze toets kan alleen gevolgen hebben voor zover het betreft het verkeer op de (zakelijke) retailmarkt; aansluitingen vallen immers onder Markt 1 van de Aanbeveling en komen dus qualitate qua voor ex ante regulering in aanmerking. Ten aanzien van de aansluitingen heeft OPTA terecht het gebruikelijke onderzoekskader gevolgd en aan de hand daarvan, voorafgaand aan de driecriteriatoets, geconcludeerd dat KPN over AMM beschikt. Reeds daarom had OPTA verplichtingen moeten opleggen.

Materieel gezien heeft OPTA de toets veel te summier en bovendien onzorgvuldig uitgevoerd. Zou de analyse van het eerste en het tweede criterium met inachtneming van de instructies uit het ERG Report on Guidance on the application of the three criteria test correct zijn uitgevoerd, dan had de conclusie niet anders kunnen luiden dan dat aan deze criteria is voldaan. OPTA heeft de onderzoekslogica miskend door eerst een dominantieanalyse uit te voeren en te constateren dat KPN over AMM beschikt en pas daarna de driecriteriatoets te verrichten. Dit illustreert de tegenstrijdigheid: uit de dominantieanalyse volgt correct dat KPN over AMM beschikt op de zakelijke retailmarkt. Vervolgens concludeert OPTA incorrect aan de hand van de beoordeling van het eerste en het tweede criterium dat KPN toch niet dominant is, althans dat aan KPN geen maatregelen kunnen worden opgelegd. Dit terwijl de toetsingscriteria van enerzijds deze twee criteria en anderzijds de dominantieanalyse materieel niet van elkaar zullen verschillen.

Volgens subgrief 3.3 zal er hoe dan ook geen concurrentie bestaan, nu met behulp van WBT en ULL weliswaar vaste telefonie op basis van VoB wordt aangeboden, maar het effect voor de concurrentie op de zakelijke retailmarkt door OPTA sterk wordt overschat. Grootzakelijke klanten hebben weinig interesse in diensten op basis van VoB, zo blijkt uit het rapport van Dialogic. Grootzakelijke klanten zijn vrijwel alleen geïnteresseerd in diensten over glasverbindingen. Eveneens wordt de positieve werking van CPS- en WLR-verplichtingen door OPTA overschat. Het betreft een verouderde techniek en de animo voor WLR op de zakelijke markt zal uitermate gering zijn.

In het kader van subgrief 3.4 voert Vodafone aan dat OPTA passende maatregelen aan de dominante partij KPN had moeten opleggen en dat OPTA niet had kunnen besluiten tot intrekking van de verplichtingen. Nu KPN op de zakelijke retailmarkt beschikt over AMM is het niet opleggen van enige verplichting in strijd met artikel 16, vierde lid, van de Kaderrichtlijn.

Volgens subgrief 3.5 kan de analyse van OPTA niet de conclusie dragen dat zij de bestaande verplichtingen kon intrekken. In 2011 zal het marktaandeel van KPN slechts marginaal afnemen. Van intrekking kan pas sprake zijn indien aan KPN nieuwe op de door OPTA geconstateerde mededingingsproblemen afgestemde wholesaleverplichtingen zouden worden opgelegd. Subsidiair kan van intrekking pas sprake zijn indien de wholesaleverplichtingen daadwerkelijk effectief zijn en geen kinderziekten meer bevatten en een redelijke overgangstermijn in acht is genomen. Gezien de ervaringen uit het verleden, bijvoorbeeld met betrekking tot de implementatie van de per 1 januari 2006 opgelegde WLR-verplichting, is een overgangstermijn van één jaar zeer kort. Om die reden vereist de zorgvuldigheid dat OPTA een zelfstandig besluit tot intrekking van de verplichtingen had moeten nemen. Intrekking per 1 januari 2010 is niet passend.

6. Het standpunt van KPN

6.1 De grieven van KPN richten zich tegen de verplichtingen inzake gespreksopbouw en WLR, gedragsregel 5 en de bij het bestreden besluit behorende Annexen A, B, C en D.

6.2 Volgens grief 1 heeft OPTA ten onrechte van de aan KPN (op de zakelijke en residentiële wholesalemarkten) opgelegde verplichtingen tot het voldoen aan alle redelijke verzoeken om toegang tot haar openbare vaste telefoonnetwerken ten behoeve van de levering van gespreksopbouwdiensten, niet op voorhand uitgezonderd de verlening van toegang op het (lokale) niveau van de nummercentrales. Subsidiair had OPTA de verplichtingen met betrekking tot het verlenen van toegang op het (lokale) niveau van de nummercentrales voorwaardelijk dienen te maken op de toewijzing van een redelijk verzoek om deze vorm van toegang.

In de uitspraken van het College van 20 maart 2007 (AWB 06/115 t/m 119 en AWB 06/130 t/m 133, LJN: BA1008 en BA 1009) is - samengevat weergegeven - twijfel geuit over de passendheid van de

toegangsverplichtingen op lokaal niveau, die waren opgelegd bij de marktanalysebesluiten van 21 december 2005 voor de wholesalemarkten voor gespreksdoorgifte, respectievelijk gespreksopbouw, op het vaste openbare telefoonnetwerk. KPN heeft OPTA daaraan bij de voorbereiding van het bestreden besluit herinnerd. In het licht hiervan was een grondig onderzoek naar en een stevige motivering van de geschiktheid van en noodzaak tot het opleggen van de vergaande toegangsverplichting voor gespreksopbouw waarin bij het thans bestreden besluit is voorzien ter adressering van een concreet mededingingsprobleem, geboden geweest. Dit onderzoek is niet verricht en genoemde motivering ontbreekt. Daarom kan het bestreden besluit niet in stand blijven. Dit geldt te meer nu (-) het volume van de door KPN geleverde gespreksopbouwdiensten (CPS) op zijn retour is, (-) KPN in het kader van All IP haar nummercentrales op termijn zal uitfasen, waardoor investeringen met betrekking tot de toegang tot die centrales allesbehalve toekomstvast zijn, (-) van serieuze investeringsbereidheid bij potentiële afnemers thans geen sprake is en (-) investeringen in lokale toegang thans ook niet meer rendabel kunnen zijn omdat niet verwacht mag worden dat eindgebruikers die eenmaal naar telefonie over breedband of mobile only zijn overgestapt later weer naar CPS zullen terugkeren.

KPN heeft een zwaarwegend belang dat lokale toegang wordt uitgezonderd van de verplichting om toegang voor gespreksopbouw te bieden. Een dergelijke uitzondering (-) bevrijdt KPN van de arbeidsintensieve transparantieplichting uit hoofde van de dictumonderdelen xix en xx van het bestreden besluit, (-) ontheft haar van de verplichting de dienst toegang ten behoeve van gespreksopbouw op lokaal niveau daadwerkelijk te leveren waartoe zij een nieuwe standaarddienstverlening moet ontwikkelen en in haar systemen en processen moet implementeren en (-) vrijwaart KPN van de belastende verplichtingen uit dictumonderdeel xvii. Het is disproportioneel dat deze verplichtingen ten aanzien van lokale toegang gelden, omdat de dienst waarschijnlijk nooit zal worden afgenomen. KPN heeft er belang bij niet in onderhandelingen te worden betrokken met partijen die slechts om lokale toegang verzoeken om haar All IP-plannen te bemoeilijken.

Subsidiar stelt KPN dat het onwaarschijnlijk is dat een verzoek om lokale toegang ooit als redelijk wordt aangemerkt. Gelet op de kleine kans dat lokale toegang daadwerkelijk moet worden geleverd, brengt het evenredigheidsbeginsel mee dat bedoelde verplichting voorwaardelijk wordt gemaakt. KPN verzoekt in het subsidiaire geval het College zelf in de zaak te voorzien en deze voorwaarde aan de verplichtingen te verbinden.

6.3 Met grief 2 voert KPN aan dat OPTA haar in de dictumonderdelen xi en xii ten onrechte heeft verplicht om (op de zakelijke en residentiële wholesalemarkten) te voldoen aan alle redelijke verzoeken om toegang tot haar openbare vaste telefoonnetwerken ten behoeve van de levering van gespreksopbouwdiensten naar 14xy(z)-nummers.

De redenering die OPTA volgt, namelijk dat zonder deze verplichting niet is gewaarborgd dat eindgebruikers van KPN ook de 14xy(z)-nummers kunnen aankiesbaar maken die zijn geïmplementeerd op de netwerken van haar concurrenten, gaat niet op. KPN heeft er geen enkel belang bij om alleen 14xy(z)-nummers die op haar eigen netwerk zijn geïmplementeerd aankiesbaar te maken. Indien 14xy(z)-nummers op netwerken van andere aanbieders vanuit het netwerk van KPN niet aankiesbaar zijn, tast dat de kwaliteit van de retaildienstverlening van KPN ernstig aan. 14xy(z) nummers worden gebruikt voor niet-commerciële diensten van de overheid en niet goed voorstelbaar is dat KPN de bereikbaarheid van publieke instellingen, ook al zijn zij klant bij een van haar concurrenten, zou blokkeren. De verplichting verhoudt zich evenmin met de afwezigheid van een verplichting om een gespreksopbouwdienst te leveren voor gesprekken naar geografische nummers die op andere netwerken zijn geïmplementeerd. Voor gesprekken naar geografische nummers en naar 14xy(z)-nummers is binnen het Forum voor Interconnectie en Speciale Toegang (hierna: FIST) het terminating-model afgesproken. KPN is niet in staat zich eenzijdig aan het terminating-model te onttrekken. Daarnaast zijn alle 14xy(z)-nummers vanuit KPN aankiesbaar, maar hebben niet alle aanbieders die nummers op andere netwerken aankiesbaar gemaakt. Verder is de aankiesbaarheid van deze nummers gewaarborgd met de verplichtingen uit hoofdstuk 6 Tw; de bevoegdheden op grond van dat hoofdstuk bieden OPTA voldoende mogelijkheden om KPN te dwingen de 14xy(z)-nummers via het terminating model aankiesbaar te houden. Het is niet goed denkbaar dat een 14xy(z)-nummer vanuit het netwerk van KPN aankiesbaar is via het originating-model terwijl het vanuit alle andere netwerken aankiesbaar is via het terminating-model. Om die reden is het niet passend de oplossing van deze denkbare problematiek in het opleggen van een gespreksopbouwverplichting te

leggen. Daar zal geen gebruik van gemaakt worden, terwijl KPN er wel organisatorisch in moet investeren.

6.4 Volgens grief 3 heeft OPTA ten onrechte en zonder afdoende motivering KPN verplicht tot het leveren van WLR op hoogcapacitaire aansluitingen. Deze verplichting is niet passend.

Om de hier bedoelde levering mogelijk te maken moeten er aanpassingen in de organisatie van KPN plaatsvinden waarvan de kosten zijn begroot op 700.000,-- tot 800.000,--. Deze verplichting is niet passend in de zin van artikel 6a.2 Tw, omdat (-) partijen in de consultatiefase hebben aangegeven weinig te verwachten van WLR bij hoogcapacitaire aansluitingen en (-) er thans ook al zonder WLR de mogelijkheid bestaat voor concurrenten die bepaalde eindgebruikers willen gaan bedienen, om de contracten die deze klanten thans (nog) voor hun telefoonaansluitingen met KPN hebben, over te nemen. KPN houdt dan de aansluiting(en) van de klant in stand, maar stelt het contract op naam van de concurrent. Weliswaar blijft KPN daarbij haar standaard retailtarieven voor aansluitingen hanteren, maar het is, gelet op het door KPN gepresenteerde rekenvoorbeeld, niet waarschijnlijk dat dit tot een prijsklem leidt voor de concurrent.

6.5 In grief 4 voert KPN aan dat OPTA ten onrechte de op basis van retail minus gereguleerde WLR-tarieven niet heeft uitgesloten van de regulering door gedragsregel 5.

Doordat OPTA heeft nagelaten de met de retail minus-methodiek gereguleerde tarieven uit te sluiten van de werking van gedragsregel 5 zijn de betreffende aanbiedingen op twee verschillende wijzen gereguleerd ter voorkoming van margeuitholling, die bovendien tot niet dan wel slecht verenigbare uitkomsten leiden. Omdat de retail minusmethodiek werkt met een gewogen gemiddelde opbrengst per type aansluiting en gedragsregel 5 daarentegen voor iedere (zelfstandige of gebundelde) aanbieding van een aansluiting afzonderlijk, staan deze wijzen van regulering haaks op elkaar. Voorts werken de twee methodes met verschillende tarieven voor het ontbundelen van gebundelde aanbiedingen. Deze discrepanties leiden ertoe dat de toepassing van gedragsregel 5 op met retail minus gereguleerde WLR-tarieven de effecten van de als compromis aanvaarde wijze van berekening van het referentietarief weer goeddeels teniet doet. OPTA heeft ten onrechte niet onderzocht of gemotiveerd waarom deze dubbele regulering tegen margeuitholling passend zou zijn.

6.6 De grieven E1 tot en met E6 van KPN betreffen gedragsregel 5.

In grief E1 voert KPN aan dat OPTA ten onrechte heeft bepaald dat de toets voor margeuitholling moet worden toegepast op het niveau van individuele diensten. Het is niet noodzakelijk elke individuele dienst replaceerbaar te maken. KPN's concurrenten beschikken wel over eigen netwerken en moeten slechts soms ter aanvulling een beroep doen op KPN's wholesaleaanbod. Bovendien is gedragsregel 5 niet te beschouwen als het minste beperkende alternatief.

Volgens grief E2 heeft OPTA ten onrechte nagelaten bij de introductie van de toets voor margeuitholling op de voorheen ongereguleerde datamarkten rekening te houden met de specifieke kenmerken van deze markten en de daarop geleverde diensten.

Volgens grief E3 heeft OPTA ten onrechte met gedragsregel 5 een verplichting geïntroduceerd die in strijd is met de doelstelling van de bevordering van de belangen van eindgebruikers, omdat KPN de mogelijkheid ontnomen wordt om voor individuele klanten maatwerk te leveren en soms retailafnemers hogere prijzen moet vragen dan zonder die regel noodzakelijk zou zijn.

In grief E4 voert KPN aan dat OPTA gedragsregel 5, naar zijn aard een kwantitatieve norm, ten onrechte niet zodanig heeft gepreciseerd dat KPN direct vanaf haar inwerkingtreding in staat is haar te kwantificeren en aldus toe te passen. In besluiten dienen verplichtingen zo exact mogelijk beschreven te worden.

Volgens subgrief E4.1 is de norm van gedragsregel 5 naar zijn aard niet geschikt voor algemene normstelling. Volgens subgrief E4.2 heeft OPTA ten onrechte voor de kosten van ongereguleerde wholesalediensten in het bestreden besluit geen nadere invulling gegeven aan het voorschrift van de LRIC-kosten. In subgrief E4.3 voert KPN aan dat OPTA ten onrechte belangrijke uitgangspunten van de precisering van gedragsregel 5 heeft neergelegd in beleidsregels en niet in het bestreden besluit.

Volgens subgrief E4.4 heeft OPTA ten onrechte geen criterium gegeven voor het onderscheid tussen ongereguleerde wholesalediensten (waarvan de kosten bij toepassing van gedragsregel 5 op basis van LRIC moeten worden bepaald) en faciliteiten ten behoeve van de retaildienstverlening (waarvan uitsluitend de korte termijn incrementele kosten relevant zijn voor toepassing van gedragsregel 5).

Met grief E5 betoogt KPN dat OPTA gedragsregel 5 in werking heeft laten treden voordat KPN op basis van een voldoende precisering van de daarin vervatte normstelling haar lopende leveringsverplichtingen en bedrijfsvoering binnen een redelijke termijn op gedragsregel 5 kon instellen.

Volgens grief E6 ten slotte heeft OPTA ten onrechte bij de invoering van gedragsregel 5 onvoldoende onderzoek verricht en niet voldaan aan haar motiveringsplicht.

6.7 In het kader van Annex A voert KPN twee grieven aan.

Volgens grief A1 heeft OPTA ten onrechte voorkeur voor proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten. OPTA wil met name wholesalespecifieke kosten (deels) aan KPN toerekenen, hoewel deze kosten niet door KPN worden veroorzaakt. Dit is in strijd met de norm van kostenoriëntatie zoals deze door de wetgever is bedoeld, terwijl deze mogelijkheid ook de passendheid van de door OPTA beschreven tariefregulering aantast. Het uitgangspunt bij kostenoriëntatie is dat de partij voor wie de voorziening wordt gerealiseerd de kosten daarvoor moet dragen (kostencausaliteit). De wetgever heeft geen uitzonderingen op dit uitgangspunt in het leven willen roepen voor de door OPTA in randnummer 21 van Annex A genoemde situaties. KPN heeft in dit verband nog gewezen op hetgeen het College met betrekking tot de proportionele toerekening van kosten heeft overwogen in zijn uitspraak van 21 september 2007, LJN: BB3357.

Volgens grief A2 heeft OPTA ten onrechte geen voorbehoud gemaakt in verband met de mogelijke herziening tijdens de onderhavige reguleringsperiode van de regulering van de tarieven voor vaste gespreksafgifte. Toepassing van de Aanbeveling van de Commissie van 7 mei 2009 over de tariefregulering van vaste gespreksafgifte zal waarschijnlijk substantiële wijzigingen vergen ten opzichte van de uitgangspunten zoals thans vervat in de Annexen A, B en C.

6.8 In het kader van Annex B voert KPN een drietal grieven aan.

Volgens grief B1 houdt OPTA een verkeerde maatstaf aan voor het redelijk rendement door haar toepassing van de WACC. Ten onrechte heeft OPTA nagelaten in Annex B of elders te specificeren op basis van welke waarderingsgrondslag zij het geïnvesteerde vermogen zal bepalen, terwijl dit van groot belang is voor de bepaling van het redelijk rendement. Bij de bepaling van het redelijk rendement zou OPTA van de marktwaarde, en niet van de boekwaarde, moeten uitgaan. Vermogensverschaffers gaan immers uit van de marktwaarde en niet van de boekwaarde.

In grief B2 voert KPN aan dat OPTA ten onrechte heeft bepaald dat de kosten en waardeverliezen van stranded assets en leegloop die zijn ontstaan doordat KPN haar netwerk vernieuwt, voor rekening van KPN zijn en niet in de kostprijzen en daarop gebaseerde tarieven van gereguleerde wholesalediensten mogen worden verwerkt.

OPTAs motieven voor deze beslissing zijn ondeugdelijk. In de eerste plaats zijn de All IP-plannen van KPN, anders dan OPTA veronderstelt, niet het resultaat van een eigen autonome keuze van KPN, maar worden deze gedicteerd door de marktomstandigheden. In de tweede plaats is de stelling van OPTA onjuist dat de kosten van leegloop en van het tijdelijk exploiteren van twee actieve netwerken ('overlay') per definitie inefficiënt zouden zijn. De door OPTA in dit verband gestelde regels zijn in strijd met de wettelijke doelstelling tot aanmoediging van infrastructuurconcurrentie en zijn niet uitvoerbaar.

De eerste regel, die inhoudt dat volumedalingen door leegloop niet in de kostprijscalculatie mogen worden betrokken, is strijdig met de wettelijke norm van kostenoriëntatie: de implicatie van OPTA dat KPN wel haar volledige kosten zou kunnen goedmaken nu het risico op het niet (geheel) terugverdienen van de investeringen reeds in de WACC zou zijn verdisconteerd, is onjuist. De risicopremie uit de WACC biedt immers uitsluitend een vergoeding voor het risico dat de werkelijke bezetting kan afwijken van de verwachte bezetting. KPN wijst hiertoe op de door haar overgelegde notitie van Prof. dr. A. Boot van 12 december 2008. Voor zover die verwachting echter al uitgaat van onderbezetting, dient dit te worden meegenomen en is KPN daarvoor niet reeds gecompenseerd met de WACC.

De tweede regel, die inhoudt dat kostenreducties op de oude infrastructuur daarin wel moeten worden verwerkt, is strijdig met het bij de invulling van kostenoriëntatie geldende uitgangspunt van consistentie: kostenstijgingen en -reducties hangen onlosmakelijk met elkaar samen. Verouderde apparatuur brengt vanuit afschrijvingsoogpunt een kostenvoordeel mee, maar vanuit het oogpunt van onderhoud een nadeel omdat het noodzakelijk onderhoud duurder is.

De derde regel, die inhoudt dat KPN het tarief niet mag laten stijgen ten opzichte van het tarief dat gold voordat KPN tot de introductie van een All IP-netwerk overging, is strijdig met het verbod van vooringenomenheid: toepassing van kostenoriëntatie brengt mee dat alle relevante kosten van het leveren van wholesale-toegangsdiensten in aanmerking moeten worden genomen. Of de aanstaande netwerkvernieuwing zal leiden tot een hogere of een lagere kostprijs zal op die basis moeten worden bepaald, en valt in dit stadium niet op voorhand vast te stellen.

Volgens grief B3 heeft OPTA ten onrechte de mogelijkheid opengehouden om andere afschrijvingstermijnen en -methoden voor te schrijven dan door KPN in de jaarrekening worden toegepast. Dit is in strijd met de keuze voor de EDC-systematiek. Het volgen van de waardering- en resultaatsbepaling uit de jaarrekening is een dragend principe van de EDC-systematiek. Afwijking van de door KPN gehanteerde afschrijvingstermijnen en methoden brengt ook het uit de keuze voor kostenoriëntatie voortvloeiende uitgangspunt in gevaar dat KPN in staat moet worden gesteld haar daadwerkelijke kosten goed te maken. Een verlenging van de afschrijvingstermijnen voor bepaling van gereguleerde tarieven zou betekenen dat KPN niet in staat wordt gesteld haar kosten voor kapitaal te dekken die zij feitelijk heeft omdat zij sneller afschrijft. Een wijziging van de afschrijvingsmethode kan meebrengen dat KPN haar kosten langzamer terugverdient; nu dit de risico's voor KPN vergroot, zou dit moeten leiden tot een hoger toegestaan rendement. Ten onrechte redresseert OPTA deze aspecten niet. Behoudens de uitzondering dat KPN onrealistische afschrijvingstermijnen zou hanteren, brengt de keuze voor EDC mee dat OPTA dezelfde afschrijvingstermijnen en methoden hanteert als KPN in haar jaarcijfers.

6.9 In het kader van Annex C voert KPN eveneens twee grieven aan.

Volgens grief C1 zijn de WPC-tariefplafonds ten onrechte gebaseerd op realisatiecijfers van KPN over 2007 in plaats van op de tarieven uit 2008. In de methodiek van OPTA neemt de prikkel voor KPN om tegen het einde van de WPC-periode nog efficiëntieverbeteringen door te voeren sterk af. Subsidiar acht KPN het onzorgvuldig dat OPTA het WPC-tariefplafond voor de komende reguleringsperiode 2009-2011 baseert op de realisatiegegevens over 2007 in plaats van over 2008. OPTA had de WPC-tariefplafonds moeten baseren op de realisatiecijfers over 2008 als zijnde de meest actuele cijfers, die kort na 1 januari 2009 beschikbaar zijn. Voor de periode van 1 januari 2009 tot aan 1 juli 2009 had OPTA er voor kunnen kiezen om de op 31 december 2008 geldende tariefplafonds te blijven toepassen.

Volgens grief C2 zijn ten onrechte geen tariefmandjes toegestaan onder WPC. KPN acht het argument van OPTA waarom dit niet is toegestaan, namelijk dat KPN dan via een omweg in staat zou zijn om tariefdifferentiatie boven de WPC-plafonds toe te passen, hetgeen strategisch gedrag mogelijk zou kunnen maken, niet overtuigend. Juist bij markten die relatief concurrerend zijn legt het risico op strategisch gedrag minder gewicht in de schaal en er bestaan andere remedies om dit gedrag effectief tegen te gaan. Het niet toestaan van tariefmandjes is een vorm van overregulering om het risico van margeuitholling tegen te gaan. De WPC is daarmee niet proportioneel ingevuld en niet passend in de zin van artikel 6a.2, derde lid, Tw.

6.10 In het kader van Annex D voert KPN vijf grieven aan.

Volgens grief D1 heeft OPTA ten onrechte een pricecap opgelegd.

De toepassing van een pricecap wordt door OPTA passend geacht omdat anders het mededingingsprobleem van buitensporig hoge prijzen niet zou worden geremedieerd. Daarbij gaat OPTA echter voorbij aan de concurrentie die KPN ondervindt in het aanbod van telefonieaansluitingen, zoals VoB-diensten. Tevens gaat OPTA eraan voorbij dat, als de WLR-tarieven buitensporig worden, ook WLR-aanbieders kunnen uitwijken naar alternatieve wholesalediensten. Om deze redenen is het niet waarschijnlijk dat KPN de WLR-tarieven tot een buitensporig niveau zou kunnen verhogen. De pricecap is niet evenredig en passend in de zin van artikel 6a.2, derde lid, Tw.

Bij wijze van subsidiaire grief voert KPN in grief D2 aan dat OPTA ten onrechte in de toepassing van de pricecap het tarief per ultimo 2008 als uitgangspunt heeft genomen. Aldus blijft de tariefregulering uit de vorige reguleringsperiode bepalend voor de tarieven die KPN in de onderhavige reguleringsperiode mag vragen. Dit is inconsistent en niet passend, nu OPTA met Annex D een geheel nieuwe methodiek heeft geïntroduceerd voor de regulering van WLR-tarieven. Een zorgvuldige en consistente benadering vergt dat OPTA het nieuwe prijsplafond voor de onderhavige reguleringsperiode baseert op het tarief zoals dat op basis van deze nieuwe methodiek is berekend en niet op een oud tarief uit de vorige reguleringsperiode,

toen andere marktomstandigheden aanwezig waren.

Volgens grief D3 heeft OPTA ten onrechte de nieuwe WLR-tariefprocedure ingevoerd per 1 april 2009 en niet per 1 januari 2009.

Met grief D4 voert KPN aan dat OPTA ten onrechte voorbij is gegaan aan de operationele problemen die er zijn om het zakelijke van het residentiële aanbod te scheiden. OPTA heeft bepaald voor welke retaildiensten KPN een WLR-dienst moet bieden met een eigen WLR-tarief. Daarbij gaat OPTA voorbij aan het feit dat een aantal van de door haar onderscheiden residentiële en zakelijke retaildiensten in technisch opzicht gelijkwaardig zijn en dat het enige verschil dat er in sommige gevallen bestaat is gelegen in de toepassing door de klant en /of de voorwaarden die door het retailbedrijf worden gehanteerd. Omdat dit zich onttrekt aan de waarneming van KPN is het voor KPN lastig (zo niet onmogelijk) om het door OPTA voorgeschreven onderscheid te maken. Dit klemmt temeer nu Annex D niet voorziet in eenduidige criteria of ondersteunende informatievoorziening door OPTA aan KPN. Uitgangspunt had moeten zijn dat technisch identieke aansluitingen in beginsel tot dezelfde categorie gerekend worden, tenzij sprake is van voor KPN als WLR-aanbieder waarneembare verschillen. Voor zover uit Annex D de verplichting voortvloeit voor KPN om andere categorieën te onderscheiden, is die verplichting niet uitvoerbaar of leidt deze tot onnodige complexiteit en een verhoogd risico op fouten in de uitvoering. In zoverre is Annex D onzorgvuldig en vloeien daaruit voor KPN onevenredige verplichtingen voort.

Volgens grief D5 heeft OPTA ten aanzien van gebundeld verkeer ten onrechte de verkeerstarieven uitsluitend op het BelBasis aanbod gebaseerd. OPTA gaat er ten onrechte aan voorbij dat er ook andere ontbundelde tarieven voor verkeer zijn, waarbij de klant een korting krijgt bij oplopende verkeersvolumes. Door in alle gevallen de BelBasis-tarieven van KPN voor te schrijven als ontbundelde tarieven, rekent OPTA in wezen teveel kosten toe aan verkeer. Als uitgangspunt voor ontbundelde verkeerstarieven had OPTA moeten uitgaan van de laagst beschikbare, door KPN ongebundeld aangeboden verkeerstarieven.

7. Het standpunt van Pretium en Tele2

7.1 De grieven van Pretium en Tele2 richten zich tegen de intrekking van de regulering op de retailmarkten, de invulling van de tariefregulering, de toegangsverplichtingen, gedragsregel 5, de intrekking van de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding en de reikwijdte van de AMM-aanwijzing.

7.2 In grief A betogen Pretium en Tele2 dat KPN AMM heeft op de retailmarkten voor vaste telefonie en dat de bestaande retailregulering ten onrechte wordt ingetrokken. Het besluit is in strijd met de Aanbeveling: in de eerste plaats moet OPTA relevante markten bepalen die overeenkomen met de markten vermeld in de Aanbeveling. OPTA gaat echter niet uit van de door de Commissie aangewezen retailmarkt. In de tweede plaats heeft OPTA ten onrechte één relevante markt voor aansluitingen en verkeer afgebakend. De toename van gebundelde aanbiedingen, waarop OPTA deze marktafbakening baseert, is niet het gevolg van een vraag van eindgebruikers maar van een aanbod van KPN, terwijl KPN op de zakelijke retailmarkt niet dezelfde migratie naar bundels heeft verricht als aan de orde is geweest op de residentiële markt. In de derde plaats is er op de markt voor aansluitingen sprake van zeer hoge toetredingsbarrières. Ten aanzien van de residentiële retailmarkt heeft OPTA ten onrechte en in strijd met de Aanbeveling de driecriteriatoets niet toegepast en ten aanzien van de zakelijke retailmarkt heeft zij deze toets onjuist toegepast.

7.2.1 De onderbouwing van OPTA dat in aanwezigheid van wholesaleregulering de residentiële retailmarkt daadwerkelijk concurrerend is, is feitelijk en rechtens onjuist.

In de eerste plaats is de prognose van OPTA dat het marktaandeel van KPN daalt niet houdbaar. KPN heeft op het marktsegment PSTN een aandeel van 87%. Het aandeel van C(P)S en WLR-partijen in 2008 bedraagt 0-5% en is bovendien dalende. Het aantal consumenten dat via WLR telefonie van Pretium en Tele2 afneemt, is gestagneerd. WLR is, zoals deze maatregel door OPTA is ingevuld, geen passende remedie gebleken. Tevens stagneert de krimp van de traditionele telefoniemarkt en heeft KPN een zeer sterke positie in het VoB-segment. KPN ondervindt wel concurrentie van alternatieve aanbieders zoals Tele2, maar ondanks regulering heeft een enorme verschraling van het aantal aanbieders plaatsgevonden. De prognose van OPTA dat het marktaandeel van KPN zonder retailregulering tot 50-60% zal afnemen in

2011 is onrealistisch. Op de retailmarkt voor laagcapacitaire aansluitingen PSTN en VoB is de afstand tussen het marktaandeel van KPN en de overige aanbieders groot, hetgeen volgens het Europese mededingingsrecht een sterke indicatie vormt voor marktmacht.

In de tweede plaats heeft OPTA de concurrentiedruk van de kabel overschat. De kabelaars hebben in tegenstelling tot KPN geen landelijke dekking, de groei van VoB stagneert en het marktaandeel van KPN is zodanig dat zij zich onafhankelijk van de kabelaars kan gedragen.

In de derde plaats is sprake van een verschraving van DSL-aanbieders in plaats van groei en in de vierde plaats is de concurrentiedruk van CPS en WLR zeer gering.

Tot slot concludeert de Commissie dat de aansluitingenmarkt niet daadwerkelijk concurrerend is. Alleen de verkeersmarkt komt niet voor ex ante-regulering in aanmerking. Indien een Lidstaat deze markt wil reguleren, kan dat alleen indien voldaan wordt aan de driecriteriatoets. OPTA had deze toets moeten toepassen en concluderen dat de residentiële retailmarkt op basis van deze toets voor ex ante-regulering in aanmerking komt.

7.2.2 Ten aanzien van de zakelijke retailmarkt geeft OPTA de feiten juist weer, maar trekt zij daaruit een onjuiste en onbegrijpelijke conclusie.

Ten eerste is de prognose dat het marktaandeel van KPN zal dalen naar 65-75% onrealistisch. KPN heeft een sterke machtspositie met een marktaandeel van circa 80%, afwezigheid van concurrentie van kabelbedrijven en nagenoeg geen concurrentie in de markt voor MKB-MKB+. Ook wat betreft de overige factoren die van belang zijn voor het functioneren van een concurrerende markt, heeft KPN een grote voorsprong op haar concurrenten.

Ten tweede is de driecriteriatoets onjuist uitgevoerd. De stelling van OPTA in het kader van het eerste criterium dat de huidige toegangsbelemmeringen aan het einde van de reguleringsperiode verdwenen zullen zijn als gevolg van wholesaleregulering en het toenemende belang van VoB, is op onjuiste, niet onderzochte aannames gebaseerd. Niet aannemelijk is dat KPNs marktaandeel met 510% zal afnemen; OPTA overschat de positie van de kabelbedrijven. Tot slot concludeert OPTA ten onrechte dat haar bevindingen aansluiten bij de Toelichting op de Aanbeveling.

7.3 In grief B voeren Pretium en Tele2 aan dat EDC een onjuiste invulling is van kostenoriëntatie voor de tariefregulering van gespreksopbouw. Zij kunnen zich niet verenigen met de handhaving van het WPC/EDC-systeem en voeren daartegen de volgende grieven aan.

7.3.1 Volgens grief B1 heeft OPTA ten onrechte, althans zonder afdoende motivering, geoordeeld dat het EDC-systeem een passende methode is om de efficiënte kosten van dienstverlening van KPN te bepalen. WPC/EDC kan niet worden gezien als toekomstvast model dat geschikt is voor toepassing in het bestreden besluit, nu niet vaststaat dat EDC geen prohibitieve tarieven voor gespreksopbouw oplevert. De wholesaletarieven zijn op een aanvaardbaar niveau gebleven als gevolg van bilaterale afspraken tussen KPN en haar afnemers, waardoor de WPC in feite buiten werking is gesteld. OPTA had nader moeten motiveren waarom deze systematiek toch wordt gehandhaafd en op welke gronden zij aanneemt dat deze systematiek niet opnieuw leidt tot onaanvaardbare uitkomsten. Evenmin brengt het oordeel van het College omtrent EDC in andere procedures met zich, dat EDC in het licht van de huidige omstandigheden op deze markt een passende invulling van kostenoriëntatie is voor de regulering van gespreksopbouw.

7.3.2 Volgens grief B2 heeft OPTA ten onrechte geoordeeld dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat KPN niet efficiënt is in haar bedrijfsvoering ten aanzien van de levering van gespreksopbouw. In de eerste plaats heeft KPN geen prikkel tot kostenminimalisatie indien kostendalingen moeten worden gedeeld met concurrenten. Veeleer is het omgekeerde waar. In de tweede plaats is onbegrijpelijk dat OPTA meent dat KPN efficiënter is dan de meest efficiënte 10% van Amerikaanse telecombedrijven en tegelijk besluit dat die vergelijking niet meer wordt gemaakt door de CEA niet meer standaard toe te passen. In de derde plaats miskent OPTA dat het verlagen van kosten door het afstoten van personeel en centralegebouwen geen rechtstreeks verband houdt met het bereiken van meer of minder efficiëntie van het bedrijf. Dat KPN als bedrijf streeft naar lagere kosten betekent niet dat die lagere kosten automatisch efficiënt zijn.

7.3.3 Volgens grief B3 heeft OPTA onvoldoende invulling gegeven aan de prioritaire doelstelling van de telefoniespecifieke regulering, namelijk het bevorderen van de dienstenconcurrentie, omdat de WPC/EDC-systematiek ruimte laat voor het doorberekenen van inefficiënte kosten. Een consistente benadering houdt in dat OPTA bij maatregelen ter bevordering van dienstenconcurrentie uitgaat van de efficiënte kosten voor

KPN door toepassing van een LRIC-model dat gebaseerd is op de kosten van een hypothetisch efficiënte nieuwe toetreders in plaats van KPN.

7.3.4 Volgens de subsidiaire grief B4 heeft OPTA, als in rechte komt vast te staan dat zij terecht kiest voor toepassing van WPC/EDC-systematiek, ten onrechte en onvoldoende gemotiveerd geoordeeld dat geen CEA hoeft te worden uitgevoerd. Gelet op de All IP-plannen van KPN en de modernisering van haar netwerk moest opnieuw worden gekeken naar mogelijk daaruit voortvloeiende inefficiënties en moest OPTA een CEA toepassen.

7.3.5 Volgens de subsidiaire grief B5 heeft OPTA, als in rechte komt vast te staan dat zij terecht kiest voor toepassing van WPC/EDC-systematiek, ten onrechte de reikwijdte van het verbod op doorberekening van kosten beperkt in die zin dat wholesaletarieven geen vergoeding mogen omvatten voor de kosten en verliezen die KPN lijdt door stranded assets en leegloop als gevolg van het feit dat zij zelf besluit om haar netwerk te vernieuwen. OPTA had een stap verder moeten gaan en moeten bepalen dat concurrenten niet hoeven te betalen voor stranded assets van KPN, ongeacht of er sprake is van leegloop van het netwerk als gevolg van migratie.

7.3.6 Volgens de subsidiaire grief B6 heeft OPTA, als in rechte komt vast te staan dat zij terecht kiest voor toepassing van WPC/EDC-systematiek, ten onrechte en onvoldoende gemotiveerd volstaan met het opleggen van de verplichting aan KPN bij de rapportage over het resultaat van de toepassing van die systematiek een accountantsrapportage te voegen. OPTA had op voorhand een externe accountant moeten aanstellen. OPTA kan van de huisaccountant van KPN niet verlangen dat deze zonder medewerking van KPN onderzoek doet naar de efficiëntie van de opgevoerde kosten en de vraag of kostenelementen terecht in de WPC/EDC-systematiek zijn opgenomen. Zonder een externe accountant die een verdergaande controle als hiervoor omschreven kan uitvoeren, is de verplichting als verwoord in onderdeel xxx van het dictum van het bestreden besluit onvoldoende passend en strijdig met artikel 6a.2, eerste lid, sub a, Tw, althans onvoldoende gemotiveerd.

7.4 In grief C betogen Pretium en Tele2 dat VoB aansluitingen waaronder VoDSL en VoE ten onrechte zijn uitgezonderd van de verplichting voor toegang tot de telefonieaansluiting op de residentiële en zakelijke wholesalemarkten.

7.4.1 Met betrekking tot de residentiële markt voeren Pretium en Tele2 aan dat WBT geen alternatief is voor VoB omdat op basis van WBT niet uitsluitend telefonie kan worden geboden, of alleen tegen onevenredig hoge kosten. Anders dan OPTA meent, kunnen partijen met WLR geen klantenbestand opbouwen en deze klanten vervolgens migreren naar VoB. WLR is vooral een anti-churn middel, nodig om te voorkomen dat C(P)S klanten massaal overstappen naar het gebundelde aanbod van KPN.

7.4.2 Met betrekking tot de zakelijke markt voeren Pretium en Tele2 aan dat OPTA in het bestreden besluit niet haar stelling heeft onderbouwd dat voor VoE- en VoDSL-aansluitingen een verzoek om toegang niet redelijk is omdat de extra kosten niet opwegen tegen de vraag. OPTA gaat in het bestreden besluit slechts in op de implementatiekosten van KPN voor ISDN hoogcapacitair. Tevens is onjuist dat met WLR-toegang tot ISDN30 voldoende is gewaarborgd dat marktpartijen met KPN kunnen concurreren.

7.5 In onderdeel D hebben Pretium en Tele2 grieven aangevoerd met betrekking tot de WLR tariefregulering.

7.5.1 In grief D1 voeren zij aan dat OPTA ten onrechte voor een belangrijk deel kiest voor invulling van de aan KPN opgelegde tariefverplichtingen op basis van retail minus in plaats van kostenoriëntatie. Retail minus is, zoals OPTA in het bestreden besluit heeft onderkend, in de afgelopen reguleringsperiode manipulatiegevoelig gebleken, BelVrij abonnementen van KPN, waarbij aansluiting en verkeer met één gebundeld tarief in rekening worden gebracht, lagen buiten de scope van de WLR-regulering omdat bundels van aansluitingen en verkeer van de toenmalige regulering waren uitgezonderd. Door via opt out al haar residentiële BelBasis abonnees om te zetten naar een BelVrij Weekend-abonnement, maakte KPN zich grotendeels immuun voor de WLR-regulering.

Voorts heeft KPN voor wat betreft het jaar 2009 op onvoorspelbare momenten vier voorlopige aankondigingen voor gewijzigde WLR-tarieven gedaan, die telkens leidden tot onvoorspelbare stijgingen en dalingen. Daaruit blijkt dat WLR-tarieven vatbaar zijn voor manipulatie. De manipulatie met de mix van tarieven, diensten en bundels door KPN is niet in het belang van de eindgebruikers. De verhoging van de tarieven voor vaste telefonie door KPN in de afgelopen jaren is volledig toe te schrijven aan het falen van

de retail minus-regulering in de afgelopen reguleringsperiode. Regulering op basis van kostenoriëntatie is de enige maatregel die de doelstellingen van bevordering van de concurrentie en bescherming van de belangen van eindgebruikers naar behoren dient.

7.5.2 In onderdeel D.2 voeren Pretium en Tele2 grieven aan tegen de invulling van de retail minus systematiek.

Volgens grief D2.1 houdt OPTA in het besluit ten onrechte geen rekening met de mogelijkheid van deflatie.

Volgens grief D2.2 houdt OPTA ten onrechte voor wat betreft het eerste kwartaal van 2009 vast aan die tariefregulering zoals die krachtens het oude marktanalysebesluit gold. Het bestreden besluit bepaalt dat het nog door OPTA te nemen tariefbesluit de periode vanaf 1 januari 2009 zal betreffen. Niet valt in te zien waarom de definitieve WLR-tarieven die op grond daarvan door OPTA dienen te worden vastgesteld niet tot 1 januari 2009 zouden kunnen terugwerken.

Volgens grief D2.3 neemt OPTA bij bepaling van WLR-tarieven en de "ontbundeling" ten onrechte KPNs gemiddelde belprofielen tot uitgangspunt. Nu het gaat om concurrentie op de markt moeten ook de belprofielen van de alternatieve aanbieders daarbij worden betrokken. Met berekening van de WLR-tarieven op basis van louter de belprofielen van KPN, waarbij deze sturend kan optreden en die tot onverklaarbare uitkomsten leiden, worden de doelstellingen van de regulering niet bevorderd. De WLR-tariefregulering wordt onvoorspelbaar, onverklaarbaar en vatbaar voor manipulatie. Het klantenbestand van KPN is niet vergelijkbaar met dat van de andere aanbieders, zodat aangenomen moet worden dat ook de belprofielen verschillen. Ten onrechte maakt OPTA geen onderscheid tussen de belprofielen voor de residentiële en de zakelijke markt.

Volgens grief D2.4 gaat OPTA ten onrechte uit van een terugverdienperiode van 3 jaar voor incentives. Gezien de invoering van artikel 7.2a Tw, dat opzegging vergemakkelijkt en de opzegtermijn bekort, is een terugverdienperiode van 3 jaar te lang. Ook in de afgelopen reguleringsperiode was een periode van 3 jaar gezien de marktomstandigheden al veel te lang. OPTA miskent dat deze lange terugverdientijd de mogelijkheden voor manipulatie door KPN vergroot.

In onderdeel D.2.5 voeren Pretium en Tele2 grieven aan die afhankelijk zijn van de interpretatie van OPTA zoals die zal blijken uit het te nemen WLR-Tariefbesluit. Volgens grief D2.5.(i) had OPTA moeten bepalen dat bij de ontbundelde retailopbrengst van een aansluiting de opbrengsten van de overige diensten in de bundel dienen te worden bepaald aan de hand van de tarieven die van toepassing zijn voor die overige diensten. Volgens grief D2.5.(ii) dient OPTA WLR-tarieven te bepalen voor de zakelijke en residentiële markt in overeenstemming met de marktafbakening in het bestreden besluit. Indien door KPN niet voor de residentiële en de zakelijke markt aparte tarieven worden bepaald, wordt de berekeningswijze van de tarieven op de ene markt vervuild met de gegevens omtrent afgenomen soorten abonnementen en belprofielen uit de andere markt, terwijl die gegevens voor beide markten niet vergelijkbaar zijn. Volgens grief D2.5 (iii) is de typering van aansluitingen ten behoeve van WLR in bijlage 1.2 bij Annex D incompleet en niet in overeenstemming met de overige onderdelen van het besluit. Deze bijlage 1.2 vermeldt niet alle aanbiedingen van KPN die voor de bepaling van de gemiddelde WLR-tarieven in aanmerking dienen te worden genomen.

7.5.3 In onderdeel E hebben Pretium en Tele2 grieven aangevoerd met betrekking tot gedragsregel 5. Volgens grief E1 biedt gedragsregel 5 niet de noodzakelijke bescherming tegen margeuitholling. Deze regel is daarom niet passend en het bestreden besluit is in dit opzicht ondeugdelijk gemotiveerd. Volgens grief E2 is de regulering van OPTA inconsistent en in strijd met de prioritaire reguleringsdoelstelling van het bestreden besluit om concurrentie te bevorderen. OPTA kiest bij de invulling van gedragsregel 5 ten onrechte voor een EEO-test en motiveert deze keuze onvoldoende. Volgens grief E3 had OPTA een correctie voor schaal- en breedtevoordelen moeten opnemen. Met grief E4 betogen Pretium en Tele2 dat het bestreden besluit ten onrechte niet bepaalt dat in het kader van replicerbaarheid van downstreamdiensten wordt uitgegaan van de lange termijn incrementele kosten, inclusief gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten. Gedragsregel 5 is om die reden niet passend en proportioneel. Volgens grief E5 heeft OPTA ten onrechte nagelaten te bepalen dat zij de hoogte van de door KPN te hanteren retailopslag per dienst zal vaststellen. Gedragsregel 5 is daarom niet passend en proportioneel. Volgens grief E6 heeft OPTA ten onrechte niet de verplichting opgelegd tot ex ante-toetsing van tarieven aan gedragsregel 5. OPTA motiveert ten onrechte niet waarom dit niet is gebeurd. Volgens grief E7 preciseert het besluit de corrigerende gevolgen ten onrechte niet.

7.5.4 In grief F voeren Pretium en Tele2 aan dat de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding ten onrechte en in strijd met de wet is ingetrokken. KPN was in de afgelopen reguleringsperiode verplicht tot het voeren van een gescheiden boekhouding. OPTA motiveert niet waarom deze verplichting niet langer passend is voor de nieuwe reguleringsperiode, terwijl het ontwerpbesluit daarin nog wel voorzag. Door gescheiden boekhouding kan bevoordeling en ontoelaatbare kruissubsidiëring zichtbaar worden. De daadwerkelijke naleving van het nondiscriminatiebeginsel kan alleen worden getoetst indien de betreffende netwerkactiviteiten onderscheiden worden van andere activiteiten. Met het intrekken van de gescheiden boekhoudverplichting vervalt deze toets en daarmee het adequate toezicht op naleving van gedragregel 5. De effectiviteit van gedragsregel 5 wordt aangetast, temeer nu OPTA de retailregulering op de residentiële en zakelijke markt heeft ingetrokken. Niet valt in te zien waarom OPTA de verplichting tot gescheiden boekhouding wel passend achtte in een situatie waarin zowel retailregulering als wholesaleregulering op KPN van toepassing waren en nu de retailregulering is vervallen, niet meer, terwijl de concurrentiesituatie op de wholesale- en retailmarkten niet is verbeterd. Nu KPN reeds jaren een toerekeningssysteem en een gescheiden boekhouding hanteert, brengt het voortzetten van deze verplichting niet of nauwelijks extra lasten mee voor KPN. Uit de uitspraak van het College van 20 maart 2007 (AWB 06/115 tot en met 06/119, LJN: BA1008), volgt dat de verplichting tot gescheiden boekhouding in elk geval passend is indien een verplichting tot kostenoriëntatie en het hanteren van een toerekeningssysteem is opgelegd. Tot slot is er geen sprake van wijzigingen op de relevante markt waardoor het in stand houden van deze verplichting niet langer passend zou zijn. OPTA heeft de effecten van de intrekking van de verplichting niet onderzocht, noch de intrekking tijdig aangekondigd.

7.5.5 In het bestreden besluit wijst OPTA "Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 Burgerlijk Wetboek" aan als partij die beschikt over AMM. In grief G wijzen Pretium en Tele2 erop dat deze formulering afwijkt van de AMM-aanwijzing in het ontwerpbesluit. Zij betogen dat voor zover OPTA met de wijziging beoogt ondernemingen waarin KPN gezamenlijke zeggenschap heeft, zoals de joint venture tussen KPN en Reggefiber, buiten de reikwijdte van de AMM-aanwijzing te brengen, het besluit in strijd is met artikel 1.1, onder r, Tw en het algemene mededingingsrecht. Daartoe stellen zij ten eerste dat uit het bestreden besluit niet volgt op welke gronden OPTA de in het ontwerpbesluit gehanteerde aanwijzing heeft aangepast. Ten tweede voeren Pretium en Tele2 aan dat voor zover OPTA met genoemde AMM-aanwijzing beoogt af te wijken van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) inzake ondernemingen met een economische machtspositie en de uitspraak van het College van 2 mei 2007 (AWB 06/134, 06/135 en 06/137, www.rechtspraak.nl, LJN: BA4661), de AMM-aanwijzing in het bestreden besluit in strijd is met artikel 14 van de Kaderrichtlijn en de artikelen 6a.1, vijfde lid, onder b en 6a.2, eerste en tweede lid, Tw.

8. Het standpunt van UPC

8.1 De grieven van UPC richten zich uitsluitend tegen die onderdelen van het bestreden besluit die betrekking hebben op de residentiële retailmarkt. Volgens UPC is deze markt nog niet concurrerend. Het marktaandeel van KPN is nog steeds erg groot en tevens maken andere factoren dat KPN zich in een positie bevindt om zich onafhankelijk van haar concurrenten te gedragen en dit ook daadwerkelijk doet. De intrekking van de retailregulering zal de positie van KPN versterken.

8.2 In paragraaf II van het aanvullend beroepschrift heeft UPC haar grieven geformuleerd aan de hand waarvan zij betoogt dat de uitgevoerde dominantieanalyse onjuist, onvolledig, onzorgvuldig en niet deugdelijk gemotiveerd is. Hieronder volgt het College bij de nummering van de grieven de indeling van deze paragraaf.

8.2.1 Volgens grief II.2 handelt OPTA in strijd met de door haar gehanteerde uitgangspunten voor de dominantieanalyse, zoals beschreven in paragraaf 3.1 van de Richtsnoeren. Daarbij wijst OPTA op jurisprudentie van het Hof van Justitie waaruit volgt dat een zeer groot marktaandeel - meer dan 50% - op zich zelf reeds het bewijs van een machtspositie vormt, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten. OPTA geeft aan dat het marktaandeel van KPN in 2011 zonder wholesaleregulering zal liggen in de range van 60-70% en met wholesaleregulering in de range van 50-60%. Om tot de conclusie te kunnen komen dat de residentiële retailmarkt daadwerkelijk concurrerend is, had OPTA volgens haar eigen benadering

derhalve het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden moeten aantonen. Dat heeft zij echter niet gedaan.

8.2.2 Volgens grief II.3 baseert OPTA zich op een onjuist beeld van de ontwikkeling van de marktaandelen. De stelling dat het marktaandeel van KPN in de vorige reguleringsperiode belangrijk is gedaald en dat die daling zich in de komende reguleringsperiode zal doorzetten, wordt door OPTA niet onderbouwd. De groei van de concurrenten van KPN is een belangrijk argument om de retailregulering af te schaffen. Uit met name tabel 2 in randnummer 189 van het bestreden besluit komt naar voren dat de groei van de concurrenten tijdens de afgelopen reguleringsperiode zeer beperkt was en dat de positie van KPN nauwelijks minder sterk is geworden. Uit de door OPTA uitgevoerde Structurele monitoring markten vaste telefonie (hierna SMM) over Q2-2008 van 4 november 2008 volgt dat de conclusie van OPTA onjuist is. Daaruit blijkt dat de groei van alle concurrenten van KPN tijdens de afgelopen reguleringsperiode zowel in aan- als afwezigheid van regulering zeer beperkt was. Eveneens was de groei van de kabelondernemingen, volgens OPTA de belangrijkste concurrenten van KPN, beperkt en traag. Bovendien wordt duidelijk hoe dominant KPN was op de residentiële retailmarkt: KPN beschikte over een marktaandeel van 70-80% en de concurrenten van KPN gezamenlijk over een marktaandeel van 20-30%. Met uitzondering van @home tussen september 2006 en eind 2007 heeft geen enkele concurrent van KPN haar positie op de retailmarkt voor laagcapacitaire aansluitingen-VoB verbeterd tijdens de afgelopen periode van regulering. De belangrijkste concurrenten van KPN, de kabelaars, verloren tijdens de afgelopen reguleringsperiode ten opzichte van KPN positie. Tijdens die reguleringsperiode won KPN ongeveer 10% marktaandeel, terwijl UPC marktaandeel verloor. VKA concludeert in haar addendum van juni 2008 dat van de consumenten die een voorkeur hebben voor een DSL-aanbieder 78% een voorkeur heeft voor KPN.

OPTA heeft haar verwachtingen over de ontwikkeling van de marktaandelen van KPN en haar concurrenten in de onderhavige reguleringsperiode gebaseerd op de SMM en de rapporten van VKA. De SMM heeft expliciet geen prospectief karakter, zodat OPTA haar prognose daarop niet kan baseren. VKA heeft onderzoeken uitgevoerd naar de te verwachten ontwikkelingen na 2008 onder de aanname dat retail- en wholesaleregulering van kracht zouden blijven. Aldus is geen rekening gehouden met de afschaffing van de retailregulering, zodat de onderzoeken van VKA niet bruikbaar zijn. Daarmee vervalt het fundament onder de prospectieve analyse van OPTA. Overigens is in de onderzoeken van Dialogic en Interview NSS evenmin rekening gehouden met de impact van het afschaffen van de retailregulering op de marktontwikkelingen. Deze onderzoeken kunnen derhalve evenmin dienen als onderbouwing van genoemde prognose. OPTA's aanname dat de daling van het marktaandeel van KPN ook na 2011 zal doorzetten, is in nog veel mindere mate gefundeerd. OPTA is zonder marktconsultatie ook niet gerechtigd zich uit te spreken over de marktontwikkeling na 2011.

Zonder onderbouwing stelt OPTA dat de autonome groei die de kabelondernemingen de laatste jaren hebben ingezet op de residentiële markt, zal voortduren. Zelfs als juist zou zijn de stelling van OPTA dat de kabelaars hun positie hebben opgebouwd vanuit hun sterke TV-aanbod, had OPTA stil moeten staan bij het feit dat KPN inmiddels ook zeer succesvol TV aanbiedt en dus triple play kan aanbieden. Om die reden is het onwaarschijnlijk dat de kabelaars marktaandeel zouden kunnen winnen ten koste van KPN. Het afschaffen van retailregulering heeft negatieve gevolgen voor de mogelijkheden van de concurrenten van KPN om hun marktaandeel te vergroten.

8.2.3 Volgens grief II.4 heeft OPTA een onzorgvuldige en onvolledige analyse gemaakt van de overige criteria die naast het marktaandeel van belang zijn bij de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht. Een groot deel van deze in de Richtsnoeren genoemde overige criteria zijn door OPTA in het geheel niet onderzocht.

Partijen zonder eigen infrastructuur, die daarop zijn aangewezen, profiteren nauwelijks van C(P)S en WLR, maar worden door KPN middels (prijs)strategieën volledig buiten spel gezet. KPN kan als verticaal geïntegreerd bedrijf met controle over de toegang tot wholesalebouwstenen zonder haar winstgevendheid te verliezen concurrenten van de markt drukken, hetgeen OPTA in randnummer 352 van het bestreden besluit bevestigt.

Volgens UPC is het niet zo dat de schaalvoordelen door regulering van C(P)S en WLR-tarieven deels worden doorgegeven aan partijen die toegang krijgen tot het netwerk van KPN. Deze vorm van regulering neemt bovendien niet weg dat KPN nog steeds in staat is om haar kosten te verdelen over meer klanten en diensten. KPN blijft bij C(P)S de leverancier van gespreksafgifte en blijft daarvan inkomsten genieten.

Bovendien profiteren de kabelars niet van de wholesaleregulering en biedt een groot deel van de schaalvoordelen KPN op retailniveau voordelen.

Met betrekking tot breedtevoordelen voert UPC aan dat deze niet worden weggenomen door de wholesaleregulering en dus volledig blijven bestaan.

Ten aanzien van product- en dienstendiversificatie voert UPC aan dat het voordeel dat KPN heeft ten opzichte van haar concurrenten inclusief de kabelars, te weten een breder productaanbod, niet verdwijnt door de wholesaleregulering.

Ten aanzien van controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur voert UPC aan dat KPN als enige over een landelijk dekkende infrastructuur beschikt, terwijl concurrenten van KPN niet landelijk actief zijn. Dit betekent dat wholesaleregulering dit voordeel niet wegneemt.

Ten aanzien van toetredingsbarrières voert UPC het volgende aan. KPN beschikt over een grote groep trouwe klanten die niet prijsbewust zijn. De concurrenten van KPN vechten samen met KPN om de resterende groep klanten die sneller switcht en prijsgevoeliger is. Zelfs in deze strijd is KPN door haar kostenvoordelen en het prijspremium dat zij ook bij deze klanten kan vragen riant in het voordeel.

Met betrekking tot de totale omvang van de onderneming/gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot de kapitaalmarkten/financiële middelen voert UPC aan dat KPN betere connecties heeft en meer vertrouwen geniet bij financiers en dat dit voordelen zijn die niet worden weggenomen door wholesaleregulering.

UPC concludeert hieruit dat wholesaleregulering alleen niet afdoende is om een level playing field te creëren. De toegangsverplichtingen zijn niet relevant voor UPC en andere kabelars en de non-discriminatieverplichting alleen zorgt niet voor een level playing field. De conclusie van OPTA dat de overige factoren erop wijzen dat op de residentiële markt sprake is van daadwerkelijke concurrentie is onjuist.

8.2.4 Volgens grief II.5 heeft OPTA de driecriteriatoets onjuist uitgevoerd. Er is sprake van structurele toetredingsbarrières, de marktstructuur neigt niet naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon en alleen ex ante-regulering is geschikt om het marktfalen voldoende te herstellen. Gezien de zeer marginale rol van C(P)S- en DSL-partijen is onjuist de stelling van OPTA dat de driecriteriatoets niet kan worden doorstaan, Integendeel, daaruit blijkt dat ex ante-regulering is aangewezen.

8.2.5 Als grief II.6 voert UPC aan dat de weergave van de marktaandelen in het bestreden besluit gebrekkig en onzorgvuldig is. De manier waarop OPTA marktaandelen weergeeft maakt het onmogelijk om inzicht te krijgen in de werkelijke ontwikkelingen. Het is niet acceptabel dat OPTA middels schijnbaar bewuste keuzes bepaalde ranges benut om een ontwikkeling te suggereren die niet blijkt uit de feiten. De groei van het marktaandeel van UPC op de residentiële retailmarkt zou door middel van ranges kunnen worden uitgelegd als een verdubbeling, terwijl het in werkelijkheid slechts gaat om een zeer beperkte groei. Uit tabel 17 zou kunnen worden afgeleid dat het marktaandeel van KPN in aanwezigheid van generieke wholesaleregulering daalt ten opzichte van de situatie zonder regulering. Nu de door OPTA gebruikte ranges (60-70% en 65-75%) elkaar overlappen, hoeft er echter geen sprake te zijn van een daling. De marktaandelen van concurrenten van KPN zijn veel lager en in een dergelijke situatie is de impact van het gebruik van grote ranges van 10% aanzienlijk. Een stijging of daling van het marktaandeel met een range van 10% lijkt relatief ook groot bij kleine partijen. Een stijging van 0-10% naar 10-20% lijkt minimaal een verdubbeling van het marktaandeel aan te geven. Deze onduidelijkheid had kunnen worden verkleind door in tabel 18, net als elders in het bestreden besluit, ranges te gebruiken van 5%. Door het gebruik van elkaar overlappende ranges en ranges van verschillende omvang weet OPTA het zicht op de werkelijkheid te verbloemen. Anders dan uit tabel 18 lijkt te volgen, was de positie van de kabelars medio 2008 marginaal. Dat geldt ook voor het marktaandeel van de C(P)S- en WLR-partijen. De concurrentiekracht van de concurrenten van KPN lijkt door het gebruik van inconsequente en ruime ranges veel sterker dan deze in werkelijkheid is.

8.2.6 In onderdeel II.7 voert UPC aan dat de dominantieanalyse niet volledig is.

Volgens grief II.7.1 heeft OPTA ten onrechte de effecten van de afschaffing van de retailregulering niet volledig meegenomen in haar analyse van de relevante markt. In de eerste plaats had OPTA in haar analyse van de ontwikkeling van de marktaandelen expliciet aandacht moeten besteden aan de invloed van de retailregulering op de marktaandelen. Daarnaast had OPTA bij de analyse van de overige relevante factoren de door de intrekking van de retailregulering zich ontwikkelende voorsprong van KPN moeten betrekken. UPC moet in aanwezigheid van de huidige retail- en wholesaleregulering minimaal 50% onder

de prijs van KPN offren om nieuwe klanten binnen te halen.

In afwezigheid van retailregulering kan KPN overgestapte klanten direct benaderen en een nog scherper aanbod doen. Dat maakt het voor UPC zeer moeilijk om nog langer succesvol te concurreren. Omdat de marges voor UPC lager zijn, kan KPN ook prijzen in de markt zo laag zetten dat zij nog winst maakt, terwijl concurrenten dat niet meer doen dan wel geen gezonde winstmarge meer kunnen behalen. Dit zal leiden tot toename van het marktaandeel van KPN. OPTA neemt dit effect ten onrechte niet mee in de dominantieanalyse.

In randnummer 53 van de Nota van bevindingen bevestigt OPTA dat de retailregulering KPN heeft gedisciplineerd. Onjuist, en niet onderbouwd, is de stelling van OPTA dat het wegvallen van die regulering slechts zou leiden tot verscherping van de concurrentie. OPTA neemt evenmin in ogenschouw dat het marktaandeel van KPN bijna volledig is opgebouwd uit trouwe klanten die zeer winstgevend zijn, terwijl de concurrenten vanuit achterstandpositie nog vooral met KPN strijden om de prijsbewuste switchers.

KPN beschikt over aanzienlijke kostenvoordelen en hoeft slechts de kleine groep vertrokken klanten terug te winnen met gerichte aanbiedingen, terwijl de klanten van KPN nauwelijks vertrekken door inertie. De afschaffing van retailregulering maakt dit soort specifieke strategieën mogelijk en zal voorkomen dat de alternatieve aanbieders nog marktaandeel kunnen winnen ten koste van KPN.

Volgens grief II.7.2 wijkt het bestreden besluit zonder geldige motivering af van het retailbesluit 2005. OPTA mag in de onderhavige situatie niet volledig abstraheren van het oude marktanalysebesluit. In het nieuwe besluit wordt, in tegenstelling tot in het oude besluit, nauwelijks ingegaan op de mogelijkheden voor KPN om daadwerkelijk mededingingsbeperkende strategieën toe te passen. OPTA gaat ten onrechte voorbij aan haar constatering in het retailbesluit 2005 dat KPN zich zelfs bij het bestaan van wholesaleregulering onafhankelijk van concurrenten kan gedragen. UPC stelt zich op het standpunt dat de problemen die speelden tijdens de vorige reguleringsronde nog steeds gelden. Nu OPTA niet duidelijk maakt waarom deze omstandigheden niet meer zouden gelden, is sprake van een motiveringsgebrek. KPN kan nog steeds haar tarieven onafhankelijk van haar concurrenten en afnemers vaststellen. KPN beschikt ook nog steeds over kostenvoordelen die voortkomen uit technologische voorsprong of superioriteit, schaalvoordelen en verticale integratie.

Volgens grief II.7.3 neemt OPTA ten onrechte de effecten van de andere marktanalysebesluiten niet mee. OPTA gaat geheel voorbij aan de impact van het marktanalysebesluit FTA 2008 op het business model van UPC. Bij dat besluit wordt het systeem van vertraagde reciprociteit afgeschaft. Dat leidt ertoe dat een aanzienlijke hoeveelheid inkomsten van UPC verdwijnt. UPC zal daardoor financieel nadeel ondervinden, hetgeen een negatieve invloed heeft op de mogelijkheden om met KPN op prijs te concurreren. Het is voor UPC in aanwezigheid van beide vormen van regulering al niet gemakkelijk om klanten te werven. Alleen door scherp te offren kan UPC klanten van KPN overnemen. De marges voor UPC zijn daardoor klein. Door het wegvallen van inkomsten uit gespreksafgifte worden de financiële mogelijkheden van UPC nog verder beperkt, waardoor de kansen op uitbreiding van marktaandeel teruglopen. Omdat OPTA ook deze factoren niet heeft meegenomen in haar dominantieanalyse kan het bestreden besluit op dit punt niet in stand blijven vanwege strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.

8.2.7 UPC concludeert dat OPTA ten onrechte heeft geoordeeld dat de residentiële retailmarkt daadwerkelijk concurrerend is en dat zij ten onrechte de retailregulering zoals aan KPN opgelegd in het oude marktanalysebesluit vaste telefonie heeft ingetrokken. OPTA heeft de intrekking onvoldoende gemotiveerd. Het besluit is onzorgvuldig omdat OPTA de gevolgen van de intrekking niet zorgvuldig heeft onderzocht. UPC verzoekt na gegrondverklaring van haar beroep de dictumonderdelen lxvii en lxviii van het bestreden besluit te vernietigen en te bepalen dat als gevolg daarvan het retailbesluit 2005 en de daarin aan KPN opgelegde retailregulering onverminderd van kracht is gebleven.

9. Het verweer van OPTA en hetgeen appellanten overigens hebben aangevoerd

Het College acht het niet noodzakelijk het verweer van OPTA alsmede de in paragraaf 1 van deze uitspraak genoemde schriftelijke uiteenzettingen en reacties op het verweerschrift en de betogen van appellanten ter zitting hier afzonderlijk weer te geven. Het College zal hetgeen partijen naar aanleiding van de verschillende beroepsgronden hebben aangevoerd, betrekken en zonodig bespreken bij de beoordeling van

de beroepen.

10. De beoordeling van het geschil

10.1 Het College stelt vast dat partijen geen grieven hebben gericht tegen de marktafbakening. Ter zitting is geverifieerd dat de opmerkingen in de beroepen die dit punt raakten, er niet toe strekten aan het College de vraag voor te leggen of de marktafbakening correct was. Deze opmerkingen zouden wel effect kunnen hebben bij beoordeling van de dominantieanalyse.

Dit betekent dat het College bij de beoordeling van het bestreden besluit de daarin door OPTA afgebakende markten tot uitgangspunt neemt.

Partijen hebben evenmin grieven gericht tegen de dominantieanalyse op de wholesalemarkten. Voor deze markten spitst de discussie zich dus toe op de aan KPN opgelegde verplichtingen.

10.2 In grief G betogen Pretium en Tele2 dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 1.1, onder r, Tw en het algemene mededingingsrecht, voor zover OPTA met de in het dictum geformuleerde AMM-aanwijzing heeft beoogd ondernemingen waarin KPN gezamenlijke zeggenschap heeft, buiten de reikwijdte van het besluit te brengen.

Het College overweegt als volgt. In het dictum van het bestreden besluit heeft OPTA in onderdeel vi vastgesteld dat Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen, als bedoeld in artikel 24b, boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, over AMM beschikken. In het ontwerpbesluit had OPTA de AMM-aanwijzing afwijkend geformuleerd. In de in het ontwerpbesluit opgenomen AMM-aanwijzing waren namelijk tevens begrepen de ondernemingen waarin KPN of haar groepsmaatschappijen alleen of gezamenlijke zeggenschap hebben. OPTA is van mening dat de gewijzigde AMM-aanwijzing in overeenstemming is met de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het begrip onderneming op het terrein van de mededinging.

Ingevolge artikel 1.1, aanhef en onder r en s, Tw wordt onder het begrip 'onderneming die beschikt over een AMM' begrepen een onderneming in de zin van artikel 81, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans: artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) die alleen of tezamen met andere ondernemingen over een economische kracht beschikt die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Zoals het College onder andere in zijn uitspraak van 9 mei 2007 (AWB 06/120 en 06/136, LJN: BA4656) heeft geoordeeld, brengt dit mee dat voor de uitleg van het begrip 'onderneming die beschikt over een AMM' aansluiting dient te worden gezocht bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot ondernemingen met een economische machtspositie, waaronder begrepen de jurisprudentie inzake tot een economische eenheid behorende ondernemingen.

Daaruit vloeit voort dat OPTA, als zij feitelijk kan onderbouwen dat een onderneming over AMM beschikt, deze onderneming als houder van AMM mag aanmerken en aan deze onderneming verplichtingen mag opleggen. Deze verplichtingen gelden dan, zoals door OPTA bij de aanwijzing nog eens uitdrukkelijk gemarkeerd wordt, voor die onderneming en alle ondernemingen waarin de aangewezen onderneming eenzijdig de economische koers kan bepalen en alle ondernemingen die in de aangewezen onderneming eenzijdig de economische koers kunnen bepalen. OPTA is echter op basis van die onderbouwing niet bevoegd om deze verplichtingen ook op te leggen aan andere ondernemingen, tenzij ook daarvan onderbouwd wordt dat zij AMM hebben, of door een dergelijke overheersende zeggenschapsrelatie met een houder van AMM verbonden zijn. Derhalve kan OPTA geen verplichtingen opleggen aan een onderneming, die zelf geen AMM heeft en waarin een AMM-houder alleen gezamenlijke zeggenschap heeft. Dat kan slechts anders zijn als twee of meer AMM-houders op één markt zijn aangewezen, die gezamenlijk beslissende zeggenschap in een derde onderneming hebben.

Grief G van Pretium en Tele2 is derhalve ongegrond.

10.3 Het College zal vervolgens de grieven bespreken die betrekking hebben op de opgelegde verplichtingen ten aanzien van gespreksopbouw.

10.3.1 Het College volgt KPN niet in grief 1 waarin is aangevoerd dat OPTA ten onrechte niet op voorhand de verlening van toegang op het lokale niveau van de nummercentrales heeft uitgezonderd van de verplichting tot het voldoen aan redelijke verzoeken om toegang tot haar openbare vaste

telefoonnetwerken ten behoeve van de levering van gespreksopbouwdiensten.

In het bestreden besluit heeft OPTA KPN aangewezen als een ondernemer die beschikt over aanmerkelijke marktmacht op grond van artikel 6a.16, eerste lid, Tw. Gezien deze aanwijzing moet KPN ingevolge artikel 6a.17, eerste lid, Tw haar abonnees de mogelijkheid van C(P)S bieden. Ingevolge artikel 6a.17, vierde lid, Tw moet KPN voorts voldoen aan redelijke verzoeken om toegang ten behoeve van C(P)S, zoals door OPTA terecht is vastgesteld in onderdeel ix van het dictum van het bestreden besluit. In onderdeel x van het bestreden besluit heeft OPTA bepaald dat KPN op grond van artikel 6a.17, derde lid, Tw C(P)S en de daarvoor benodigde toegang mogelijk moet maken voor alle gesprekken die originieren op het vaste aansluitnetwerk van KPN.

Het College stelt vast dat in de Tw niet is voorzien in de mogelijkheid voor OPTA om voor toegang op het lokale niveau van de nummercentrale op voorhand en in algemene zin ex ante een uitzondering te maken op de in artikel 6a.17, vierde lid, Tw geregelde algemene toegangsverplichting ten behoeve van C(P)S. Als een aanbieder KPN vraagt om toegang op het lokale niveau van de nummercentrales ten behoeve van C(P)S voor vast telefoonverkeer, zullen de verzoekende partij en KPN allereerst moeten proberen in onderling overleg overeenstemming te bereiken over dit verzoek. Als partijen daar niet in slagen en OPTA wordt gevraagd het geschil te beslechten, moet OPTA op grond van de feiten en omstandigheden van het aan haar voorgelegde geval beoordelen of sprake is van een redelijk verzoek in de zin van artikel 6a.17, vierde lid, Tw. Het is niet mogelijk dat OPTA deze beoordeling op voorhand en in algemene zin verricht door ex ante te bepalen dat KPN hoe dan ook niet hoeft te voldoen aan verzoeken om toegang op het lokale niveau van de nummercentrales ten behoeve van C(P)S voor vast telefoonverkeer.

Op zichzelf sluit het voorgaande niet uit, dat OPTA bij de verdere vormgeving van de verplichtingen in een marktanalysebesluit onderscheid kan maken tussen vormen van toegang, waarvan meer of minder aannemelijk is, dat daarop betrekking hebbende verzoeken als redelijk zouden worden aangemerkt. Het College acht bijvoorbeeld niet uitgesloten, dat voor vormen van toegang, waarvoor een verzoek naar stellige verwachting onder geen enkele omstandigheid als redelijk zal worden aangemerkt, wegens disproportionaliteit niet de verplichting wordt opgelegd om in een referentieaanbod gedetailleerde informatie over tarieven en voorwaarden van levering daarvan op te nemen.

In concreto moet echter worden opgemerkt dat de verplichting om toegang te verlenen tot het lokale niveau van de nummercentrales niet bij het bestreden besluit geïntroduceerd is, maar al langer op KPN rust. Tevens bestaat er in elk geval bij Tele2 belangstelling voor de levering van gespreksopbouwdiensten, waarbij het College opmerkt dat het feit dat de hier bedoelde dienst feitelijk niet wordt geleverd, gezien moet worden in verband met geschillen tussen Tele2 en KPN over de kosten die zijn gemoeid met het gereedmaken van de nummercentrales. Voorts overweegt het College dat KPN ook geen gegevens heeft overgelegd over de kosten die zij moet maken voor bijvoorbeeld het actueel houden van een referentieaanbod in verband met mogelijke toegang op lokaal niveau.

Het College komt tot de slotsom dat niet is komen vast te staan dat OPTA in dit geval aanleiding had moeten vinden om in het bestreden besluit voor toegang op lokaal niveau een afwijkend regime te introduceren. Dat de gemachtigde van OPTA ter zitting heeft aangegeven dat OPTA niet handhavend zal optreden indien KPN niet aan de verplichting voldoet, is daarvoor onvoldoende.

Grief 1 van KPN slaagt niet.

10.3.2 KPN betoogt in grief 2 dat zij ten onrechte is verplicht om te voldoen aan redelijke verzoeken om toegang tot haar openbare vaste telefoonnetwerken ten behoeve van de levering van gespreksopbouwdiensten naar 14xy(z)-nummers.

De hier bedoelde verplichting houdt in dat KPN gespreksopbouw moet leveren naar 14xy(z)-nummers die zijn geïmplementeerd op de netwerken van haar concurrenten.

14xy(z)-nummers zijn bestemd voor het aanbieden van niet-commerciële diensten waarbij de nummergebruiker een publieke taak heeft of regisseur is voor de publieke taak. Met deze verplichting beoogt OPTA te waarborgen dat concurrenten van KPN in staat zijn abonnees van KPN gebruik te laten maken van 14xy(z)-nummers, die zijn geïmplementeerd op de netwerken van haar concurrenten. Volgens OPTA zou KPN zonder deze verplichting haar dominante positie op de residentiële en zakelijke retailmarkt, alsmede op de residentiële en zakelijke wholesalemarkt kunnen gebruiken om voor haar abonnees uitsluitend 14xy(z)-nummers aankiesbaar te maken die zijn geïmplementeerd op haar eigen netwerk.

Het College is van oordeel dat OPTA zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat deze verplichting passend is. Als gevolg van deze verplichting kunnen gebruikers van 14xy(z)-nummers ook kiezen voor aansluiting op het netwerk van een concurrent van KPN in plaats van dat van KPN waartoe zij zich in verband met de dominante positie van KPN op vorengenoemde markten anders gedwongen zouden kunnen voelen. Deze verplichting voorkomt derhalve dat KPN haar dominante positie op vorengenoemde markten kan gebruiken om andere aanbieders te verhinderen met haar te concurreren bij het aanbieden van vaste telefoniediensten met 14xy(z)-nummers als bestemming. Het College ziet voorts geen grond voor het oordeel dat de invoering van de onderhavige verplichting KPN noopt tot het treffen van dermate kostbare voorzieningen dat deze verplichting om die reden disproportioneel moet worden geacht. Blijkens dictumonderdeel xii van het bestreden besluit geldt een soortgelijke verplichting eveneens voor zes vergelijkbare nummerreeksen, te weten 067(60)-, 0800-, 082-, 090x-, 116xyz- en 18xy-nummers, waartegen KPN geen grieven heeft aangevoerd. KPN heeft in het licht hiervan niet aannemelijk gemaakt dat met betrekking tot 14xy(z)-nummers sprake is van een zodanig afwijkende dienst met specifieke uitvoeringslasten dat de op deze nummers betrekking hebbende verplichting een onevenredig belasting oplevert.

Grief 2 van KPN slaagt derhalve niet.

10.3.3 Grief 1 van Vodafone, grief 2 van BT c.s (met uitzondering van UPC Nederland Business B.V.) en grief B van Tele2 houden bezwaren in tegen het EDC-systeem en de invulling van de tariefverplichting.

Vodafone voert aan dat OPTA gezien de jarenlange bezwaren van marktpartijen tegen het EDC-systeem, te weten een gebrek aan transparantie en controlemogelijkheden, onvoldoende garanties aangaande de efficiëntie van de kostenposten en de afwezigheid van margin squeeze, thans het EDC-systeem fundamenteel had moeten heroverwegen. Bovendien heeft OPTA volgens Vodafone ten onrechte geen CEA verricht: in de vorige reguleringsronde hebben marktpartijen in overleg met KPN lagere tarieven dan die volgen uit het EDC-systeem afgesproken. Daarmee was een groot deel van de EDC/CEA-analyse verouderd. Om die reden had OPTA zich thans de vraag moeten stellen of zij een efficiëntiecorrectie moest uitvoeren.

BT, Online, Colt en Verizon alsmede Pretium en Tele2 stellen zich in respectievelijk subgrief 2 (i) en B1 op een soortgelijk standpunt.

Het College overweegt dat het EDC-systeem uitgaat van de daadwerkelijke kosten van KPN, die via de EDC-systematiek aan diensten worden toegerekend. Dit in tegenstelling tot het BULRIC-systeem waarbij wordt uitgegaan van de kosten van een hypothetische efficiënte aanbieder. Volgens partijen biedt het EDC-systeem KPN de mogelijkheid om de tarieven te manipuleren door daarvoor onjuiste of te hoge kosten als uitgangspunt te nemen en deze kosten vervolgens aan de betreffende tarieven toe te rekenen. Partijen brengen met deze grieven mede hun visie tot uitdrukking dat OPTA onvoldoende inzicht heeft in de kosten van KPN om een onjuiste toerekening te ontmaskeren, waardoor de tarieven onzuiver en te hoog zijn.

OPTA heeft ter onderbouwing van haar keuze voor het EDC-systeem erop gewezen dat bij de toepassing van het beginsel van kostenoriëntatie geldt dat KPN een vergoeding dient te krijgen voor de kosten die zij moet maken om de diensten te leveren. Daarbij gaat het in beginsel om de efficiënte kosten, zijnde de kosten die KPN in een concurrerende omgeving in de prijsstelling kan verwerken. OPTA ziet geen reden om aan te nemen dat de kosten van KPN niet efficiënt zouden zijn.

Naar het oordeel van het College staat het geldende regelgevende kader in beginsel aan OPTA toe om uit te gaan van de daadwerkelijke kosten van KPN en geldt in het algemeen dat aan OPTA bij de keuze van een systeem voor tariefbepaling een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. Gegeven het feit dat KPN de marktpartij is die de dienst gespreksopbouw levert, kan de keuze voor een kostentoerekeningssysteem waarbij wordt uitgegaan van de kosten die KPN voor het leveren van die dienst maakt, op zichzelf geen onjuiste invulling worden geacht van het beginsel van kostentoerekening, zoals dit door de wetgever tot uitgangspunt is genomen bij de regeling van de in artikel 6a.7 Tw aan OPTA toegekende bevoegdheid tot het opleggen van tariefregulering aan een onderneming met AMM en evenmin op zichzelf onredelijk worden geacht.

Dit neemt niet weg dat de keuze voor een dergelijk kostentoerekeningssysteem onder omstandigheden niet gerechtvaardigd geoordeeld kan worden. Hiervan kan sprake zijn indien toepassing van een dergelijk systeem ertoe leidt dat de tarieven van KPN zo hoog worden dat het daardoor voor andere aanbieders

onmogelijk wordt om met KPN op de relevante markten te concurreren, dan wel indien in het kader van dat systeem andere aanbieders door KPN aantoonbaar worden misleid.

Het College stelt vast dat Vodafone, BT, Online, Colt en Verizon slechts algemene grieven hebben aangevoerd tegen het EDC-systeem, die zijn samen te vatten onder de noemer dat het gevaar bestaat dat KPN elementen aan de dienst gespreksopbouw zou toerekenen die daartoe niet behoren. Dit is onvoldoende voor het oordeel dat OPTA bij het bestreden besluit niet in redelijkheid voor het EDC-systeem heeft kunnen kiezen. Genoemde partijen hebben niet, bijvoorbeeld door middel van een deskundigenrapport, aangetoond dat KPN in het kader van het EDC-systeem andere aanbieders misleidt, bijvoorbeeld door bepaalde kosten mee te nemen die met de dienst gespreksopbouw niets van doen hebben, of dat door dit systeem de tarieven van KPN zo hoog worden dat andere aanbieders als gevolg daarvan niet meer in staat zijn tot concurrentie met KPN op de relevante markten.

Het College ziet onder ogen dat ten tijde van de vorige reguleringsronde de uit het EDC-systeem voortvloeiende WPC-tarieven deels hoger lagen dan de tarieven die KPN destijds feitelijk hanteerde en dat KPN ermee heeft ingestemd laatstgenoemde tarieven te continueren in plaats van de hogere WPC-tarieven. Dit doet naar het oordeel van het College niet in die mate afbreuk aan het EDC als kostentoe rekeningssysteem dat daarom moet worden geoordeeld dat OPTA bij het thans bestreden besluit niet in redelijkheid voor dit systeem heeft kunnen kiezen. Immers, niet is komen vast te staan dat KPN heeft besloten de lagere feitelijke tarieven te blijven hanteren om redenen die verband houden met (één van) de hiervoor genoemde situaties waarin de keuze voor het EDC-systeem niet gerechtvaardigd is.

Het College komt tot de slotsom dat grief 1 van Vodafone, subgrief 2.1 van BT, Online, Colt en Verizon en subgrief B1 van Pretium en Tele2 niet slagen.

10.3.4 In subgrief 2.2 en B2 die zien op de invulling van het EDC-systeem voeren BT, Online, Colt en Verizon, respectievelijk Pretium en Tele2 aan dat OPTA ten onrechte heeft geoordeeld dat er geen aanleiding is om te veronderstellen dat KPN niet efficiënt is in haar bedrijfsvoering ten aanzien van de levering van gespreksopbouw. KPN heeft geen prikkel tot kostenminimalisatie indien kostendalingen moeten worden gedeeld met concurrenten. Voorts is onbegrijpelijk dat OPTA oordeelt dat KPN efficiënter is dan 10% van de meest efficiënte Amerikaanse telecombedrijven terwijl OPTA de CEA niet meer standaard toepast. Tot slot hecht OPTA er ten onrechte belang aan dat KPN efficiëntieslagen maakt door personeel en centrale gebouwen af te stoten, omdat dat losstaat van de verbetering van de efficiëntie van het bedrijf.

OPTA heeft daar tegenover gesteld dat de allocatie van gemeenschappelijke kosten niets van doen heeft met de prikkel tot efficiëntie. De gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten van KPN worden op basis van reeds gealloceerde kosten verdeeld, zodat alle geleverde diensten een evenredig deel daarvan dragen. Om die reden is het voor KPN niet mogelijk om een onevenredig groot deel van deze kosten af te wentelen op de gereguleerde wholesaledienstverlening. OPTA heeft tevens het standpunt ingenomen dat zij in de vorige reguleringsronde een CEA heeft uitgevoerd en dat zij geen indicaties heeft dat de efficiëntie van KPN nadien zou zijn verslechterd. Ten slotte heeft OPTA het standpunt ingenomen dat partijen de efficiëntieslagen van KPN te beperkt voorstellen en dat KPN na de CEA in 2005 de verdere verbetering van de efficiëntie van het bedrijf serieus ter hand heeft genomen.

Het College acht deze motivering een voldoende onderbouwing van het standpunt van OPTA dat geen aanleiding bestaat om te veronderstellen dat de kosten van KPN niet efficiënt zouden zijn. De subgrievens 2.2 en B2 slagen derhalve niet.

10.3.5 In subgrief 2.3 en B3 voeren BT, Online, Colt en Verizon, respectievelijk Pretium en Tele2 aan dat OPTA onvoldoende invulling heeft gegeven aan de prioritaire doelstelling van de telefoniespecifieke regulering, namelijk het bevorderen van dienstenconcurrentie. In het kader van die doelstelling mag OPTA uitsluitend een BULRIC-systeem hanteren omdat alleen dit systeem geen ruimte laat voor doorberekening van inefficiënte kosten.

Het College verwijst naar zijn overwegingen onder nummer 10.3.3 en 10.3.4 en concludeert op basis daarvan dat de subgrievens 2.3 en B3 niet slagen.

10.3.6 In subgrief 2.4 en B4 voeren BT, Online, Colt en Verizon, respectievelijk Pretium en Tele2 aan dat OPTA, voor zover in rechte komt vast te staan dat zij terecht heeft gekozen voor toepassing van de WPC/EDC-systematiek, ten onrechte en onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat geen CEA hoefde te worden uitgevoerd.

Ook hier verwijst het College naar zijn overwegingen onder nummer 10.2.3 en concludeert op basis daarvan dat de subgrievens 2.4 en B4 niet slagen. Overigens wijst het College erop dat OPTA heeft aangegeven dat in de mogelijkheid is voorzien alsnog een CEA uit te voeren indien afwijkende kosten- en volumeontwikkelingen, die een afwijkend kostenpatroon tot gevolg hebben, zich zullen voordoen.

10.3.7 In subgrief 2.5 en B5 voeren BT, Online, Colt en Verizon, respectievelijk Pretium en Tele2 aan dat OPTA, voor zover in rechte komt vast te staan dat zij terecht heeft gekozen voor toepassing van de WPC/EDC-systematiek, de reikwijdte van het verbod om kosten van stranded assets en de gevolgen van leegloop door te berekenen ten onrechte heeft beperkt tot de situatie dat KPN overgaat van een oud naar een nieuw netwerk. Ook stijging van de kosten per eenheid als gevolg van volumedalingen, omdat KPN klanten kwijtraakt aan haar concurrenten, zouden onder dit verbod moeten vallen.

OPTA heeft zich op het standpunt gesteld dat het verbod niet moet worden uitgebreid tot een stijging van de kosten per eenheid als gevolg van leegloop en stranded assets, ongeacht de oorzaak daarvan, nu partijen in het verleden voordeel hebben gehad van een daling van tarieven door toename van schaalvoordelen als gevolg van een stijgende bezetting van het netwerk van KPN. Het College volgt OPTA hierin. De subgrievens 2.5 en B5 slagen niet.

10.3.8 In subgrief 2.6 en B6 voeren BT, Online, Colt en Verizon, respectievelijk Pretium en Tele2 aan dat OPTA, voor zover in rechte komt vast te staan dat zij terecht heeft gekozen voor toepassing van de WPC/EDC-systematiek, ten onrechte en onvoldoende gemotiveerd heeft volstaan met het opleggen van de verplichting aan KPN om een accountantsrapportage te voegen bij de rapportage over het resultaat van de toepassing van de WPC/EDC-systematiek. OPTA had moeten aankondigen een externe accountant te zullen aanstellen om te controleren of bepaalde kostenelementen niet ten onrechte zijn opgenomen en of de volume- en kostenontwikkelingen reëel zijn ingeschat.

Volgens OPTA is er geen aanleiding om een tweede accountant een controle te laten uitvoeren, nu de huisaccountant van KPN zich net als andere accountants dient te houden aan de beroepsregels en richtlijnen voor accountants. Er is op voorhand geen reden te veronderstellen dat de huisaccountant zich daar niet aan zou houden. OPTA heeft bovendien altijd de mogelijkheid een andere accountant aan te wijzen en een review op het accountantsonderzoek te laten uitvoeren. Dit is vastgelegd in Annex A van het bestreden besluit.

Naar het oordeel van het College heeft OPTA aldus haar keuze om te volstaan met de verplichting een rapportage van de huisaccountant van KPN over te leggen, voldoende onderbouwd. De stelling dat verdergaande waarborgen noodzakelijk zijn, is niet voorzien van concrete en feitelijke onderbouwing en blijft daarmee te algemeen om door het College onderschreven te kunnen worden. Om die reden slagen de subgrievens 2.6 en B.6 niet.

10.4 Het College zal thans de grieven bespreken die betrekking hebben op de aan KPN opgelegde verplichtingen met betrekking tot wederverkoop op de retailmarkt (hierna: WLR).

10.4.1 Met grief C betogen Pretium en Tele2 dat OPTA in onderdeel xxxiv van het dictum van het bestreden besluit ten onrechte voor de levering van VoB een uitzondering heeft gemaakt op de aan KPN opgelegde verplichting om afnemers in staat te stellen om op wholesaleniveau laag- en hoogcapacitaire telefonieaansluitingen af te nemen ten behoeve van WLR.

Met betrekking tot de residentiële markt hebben zij daartoe aangevoerd dat WBT geen alternatief is voor VoB omdat op basis van WBT breedbandinternetaansluitingen geleverd worden die geschikt zijn voor de combinatie van internet en VoB en die te duur zijn voor WLR-klanten die PSTN of ISDN afnemen zonder breedbandinternet. Ook kunnen partijen met WLR, dat voornamelijk een anti-churn middel is - een middel ter voorkoming van een massale overstap van C(P)S-klanten naar het gebundelde aanbod van KPN - geen klantenbestand opbouwen en dit migreren naar VoB. Nu aangekondigd is dat KPN traditionele telefoniediensten zal uitfasen, kunnen partijen niet duurzaam een klantenbestand opbouwen en dit migreren naar VoB.

OPTA acht het niet passend KPN te verplichten om WLR te leveren over VoB-aansluitingen omdat dit ten koste zou gaan van de investeringsprikkel van VoB-aanbieders. De aanbieders kunnen op basis van generieke wholesalemaatregelen als ULL en WBT VoB leveren en met deze maatregelen wordt voldoende concurrentiedruk gegenereerd. VoB-telefonie wordt vrijwel uitsluitend afgenomen in combinatie met breedbandinternet en is derhalve zeer goed op basis van WBT te leveren.

Ten aanzien van dit onderdeel van Grief C overweegt het College dat, in zoverre er sprake is van vraag naar VoB-diensten ten koste van traditionele telefoniediensten, KPN - evenals andere aanbieders - daarop zal moeten inspelen met de migratie van die traditionele telefoniediensten naar VoB-diensten. In dit opzicht valt niet in te zien dat Pretium en Tele2 ten opzichte van KPN op achterstand staan. Voorts is van belang dat Pretium en Tele2 naar het oordeel van het College onvoldoende hebben onderbouwd dat het economisch onmogelijk is om op basis van WBT en ULL VoB te leveren om aan de vraag naar VoB-diensten te voldoen, maar dat het voor hen noodzakelijk is om VoB-diensten op basis van WLR te kunnen aanbieden. In de All IP-plannen van KPN ziet het College onvoldoende grond voor een ander oordeel. Uit de actuele stand van zaken met betrekking tot die plannen komt immers naar voren dat voor het einde van de onderhavige reguleringsperiode geen MDF-centrales zullen worden uitgefaseerd.

Het College komt tot de slotsom dat dit onderdeel van grief C niet slaagt.

Met betrekking tot de zakelijke markt hebben Pretium en Tele2 aangevoerd dat OPTA ten onrechte alleen een WLR-verplichting aan KPN heeft opgelegd voor ISDN30. Zij menen dat OPTA ondeugdelijk heeft gemotiveerd waarom een WLR-verplichting voor andere typen aansluitingen, zoals VoE en VoDSL, niet passend is.

OPTA is van mening dat de WLR-verplichting voor de zakelijke retailmarkt moet worden beperkt tot de meest courante set van aansluitingen. Blijkens onderdeel xxxv van het dictum van het bestreden besluit gaat het daarbij om enkelvoudig en meervoudig PSTN/ISDN1/2, ISDN 15/20/30 en CityPhone ISDN30. Voor de andere typen aansluitingen, zoals VoE en VoDSL, acht OPTA een dergelijk verplichting niet passend omdat de daarmee voor KPN gemoeide kosten niet opwegen tegen de vraag naar deze aansluitingen.

In hetgeen Pretium en Tele2 hebben aangevoerd ziet het College geen grond voor het oordeel dat OPTA zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de vraag naar VoE en VoDSL dermate gering is dat deze niet opweegt tegen de kosten die voor KPN zouden zijn gemoeid met de uitvoering van een WLR-verplichting voor deze diensten. Blijkens het bestreden besluit heeft OPTA door middel van vragenlijsten bij marktpartijen geïnventariseerd welke vraag bestaat naar WLR op de zakelijke markt. Voorts heeft KPN in haar zienswijze (randnummer 4.7) gesteld dat VoDSL en VoE inmiddels niet meer (aan nieuwe klanten) worden geleverd. Hiertegenover staat dat Pretium en Tele2 slechts hebben gesteld dat uit niets blijkt dat er geen of slechts een beperkte vraag is naar WLR over VoDSL en VoE, maar dat zij niet hebben aangegeven (op grond waarvan zij menen) dat er wel een substantiële vraag bestaat. Onder deze omstandigheden is er onvoldoende grond om OPTA niet te volgen in haar conclusie dat op de zakelijke markt niet of nauwelijks sprake is van vraag naar WLR op basis van VoDSL en VoE. Het ligt dus niet in de rede om aan te nemen dat OPTA er ten onrechte van is uitgegaan dat de kosten die voor KPN zouden zijn gemoeid met de uitvoering van een WLR-verplichting voor VoE en VoDSL, uitstijgen boven de baten.

KPN heeft in haar zienswijze (randnummer 4.4) gesteld dat, hoewel het mogelijk is om met behulp van een 2Mb huurlijn over koper een ISDN30-aansluiting te bouwen, deze aansluiting ook zonder een dergelijke huurlijn kan worden gerealiseerd. Het College ziet geen reden om aan de juistheid van deze stelling te twijfelen. Van belang is verder dat uit de actuele stand van zaken met betrekking tot de All IP-plannen naar voren komt dat voor het einde van de onderhavige reguleringsperiode geen MDF-centrales zullen worden uitgefaseerd. Onder deze omstandigheden ziet het College in de stelling van Pretium en Tele2 dat in verband met de door KPN voorgenomen uitfasering van 2Mb-huurlijnen over koper vanaf 2012 onvoldoende is gewaarborgd dat marktpartijen met WLR tot ISDN30 kunnen concurreren met KPN, geen grond om aan te nemen dat hier sprake is van een probleem dat zich in de huidige reguleringsperiode kan voordoen en moet worden opgelost met een WLR-verplichting voor VoDSL en VoE.

Het College komt tot de conclusie dat ook het onderdeel van Grief C van Pretium en Tele2 dat betrekking heeft op de zakelijke retailmarkt, niet slaagt.

10.4.2 In onderdeel D hebben Pretium en Tele2 grieven gericht tegen de WLR-tariefregulering.

Deze grieven komen erop neer dat OPTA ten onrechte kiest voor invulling van de tariefverplichtingen op basis van retail minus, dan wel dat de manier waarop OPTA de retail minus invult onjuist is.

Volgens grief D1 kiest OPTA ten onrechte niet voor tariefregulering op basis van kostenoriëntatie. Door tariefregulering op basis van retail minus op te leggen worden de doelstellingen van bevordering van de concurrentie en bescherming van de belangen van de eindgebruikers niet naar behoren gediend.

Tariefregulering op basis van retail minus heeft in de afgelopen reguleringsperiode gefaald in verband met de toen geldende bundelvrijstelling. Regulering op basis van retail minus biedt KPN tal van mogelijkheden om retailsaanbiedingen te manipuleren om de WLR-tarieven op een bepaald door haar gewenst (hoog) niveau te brengen.

OPTA meent dat tariefregulering op basis van retail minus voor WLR geschikter is dan regulering op basis van kostenoriëntatie. Daartoe heeft OPTA erop gewezen dat WLR alternatieve aanbieders in staat stelt de retailklantrelatie van KPN over te nemen, één rekening voor zowel telefoonaansluiting als verkeer te sturen aan hun eindgebruikers en gebundelde aanbiedingen van zowel verkeer als aansluiting te doen.

Alternatieve aanbieders kunnen hierdoor hetzelfde type aanbieding doen als de AMM-aanbieder KPN en daardoor een klantenbestand opbouwen of behouden. Invulling van de tariefverplichting op basis van kostenoriëntatie is hiervoor niet noodzakelijk, omdat een prijsniveau boven de kosten het niet onmogelijk maakt voor alternatieve aanbieders om actief te worden of te blijven op de markt. OPTA acht hierbij van belang dat WLR is gebaseerd op een verouderde technologie, namelijk PSTN, die vervangen zal worden door een nieuwe technologie, te weten VoB. Het is daarom niet nodig dat alternatieve aanbieders moeten worden geprikkeld zelf te investeren in het voortbrengen van (een deel van) de WLR-dienst. Als alternatieve aanbieders met WLR in staat worden gesteld een klantenbestand op te bouwen of te behouden, krijgen zij de mogelijkheid hun klanten te migreren van de oude naar de nieuwe technologie en meer zekerheid over hun afzet op VoB. Investerings in VoB zullen daarom rendabeler worden. Wel moet worden voorkomen dat margeuitholling plaatsvindt. Tariefregulering op basis van retail minus is daarvoor noodzakelijk.

Het College overweegt dat OPTA in het kader van artikel 6a.7, eerste lid, Tw een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij de keuze van een systeem van tariefregulering, mits voldaan is aan de voorwaarde dat uit de marktanalyse blijkt dat de onderneming met AMM de prijzen op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen ten nadele van de eindgebruikers. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat OPTA met haar keuze van tariefregulering op basis van retail minus voor WLR buiten de grenzen van deze beoordelingsruimte is getreden en deze keuze niet in redelijkheid heeft kunnen maken. Voor dit oordeel acht het College de hiervoor weergegeven onderbouwing van OPTA toereikend. Pretium en Tele2 betwisten niet dat sprake is van de door OPTA genoemde technologische ontwikkeling waarbij VoB geleidelijk aan de plaats zal gaan innemen van PSTN ten koste van de vraag naar op deze oude techniek gebaseerde WLR-diensten. Pretium c.s bestrijden evenmin dat, zoals OPTA heeft aangegeven, WLR erop is gericht alternatieve aanbieders in staat te stellen een klantenbestand op te bouwen of te behouden op de retailmarkten voor vaste telefonie, waardoor het mogelijk wordt hun klanten te migreren van op PSTN gebaseerde diensten naar diensten op basis van VoB. Tegen de achtergrond van genoemde ontwikkeling, ziet het College niet in dat regulering van

WLR-tarieven op basis van kostenoriëntatie in de onderhavige reguleringsperiode noodzakelijk is met het oog op het bereiken van het door OPTA met WLR nagestreefde doel. Met hetgeen Pretium en Tele2 in grief D1 hebben aangevoerd, is niet gezegd en aannemelijk gemaakt dat alternatieve aanbieders bij tariefregulering op basis van

retail minus in deze reguleringsperiode geen reële mogelijkheid hebben om met KPN te concurreren op de markt voor vaste telefonie en vanuit die positie te voorzien in de bij klanten levende vraag naar VoB-diensten en de daarvoor benodigde investeringen te plegen. Pretium c.s hebben het College er niet van kunnen overtuigen dat de bij het bestreden besluit opgelegde retail-minusregulering, waarin de bundelvrijstelling uit de vorige reguleringsperiode niet is gehandhaafd, KPN de ruimte laat door misleiding of anderszins dermate hoge wholesaletarieven in rekening te brengen dat daardoor evengenoemde positie van de alternatieve aanbieders wordt ondermijnd.

In onderdeel D2 hebben Pretium en Tele2 vijf grieven, D2.1 tot en met D2.5, gericht tegen de invulling van de retail-minussystematiek in het besluit. Grief D2.5 is onderverdeeld in drie subgrieven (D2.5(i) tot en met D2.5 (iii)).

Ter zitting is grief D2.1 ingetrokken. Over de resterende grieven overweegt het College als volgt.

Volgens grief D2.2 houdt OPTA voor wat betreft het eerste kwartaal van 2009 ten onrechte vast aan de tariefregulering zoals deze onder de gelding van het oude marktanalysebesluit van toepassing was.

Het besluit Wholesale Line Rental 2009-2011 van 16 december 2009 (kenmerk: OPTA/AM/2009/203473, hierna: WLR II-besluit) luidt voor zover van belang als volgt:

" 168. Het college kan zich vinden in de voorkeur van marktpartijen om de tarieven en de methode die worden vastgesteld in dit besluit in werking te laten gaan per 1 januari 2009. Hiermee wordt namelijk de in het marktanalysebesluit opgelegde verplichting om bundels waarin een aansluiting wordt verkocht tezamen met verkeer in aanmerking te nemen bij het bepalen van het relevante retailtarief ook effectief met ingang van 1 januari 2009.

()

9 Dictum

I. Het college wijzigt randnummer 11 van Annex D van het marktanalysebesluit door de tekst van randnummer 11 van Annex D met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009 te vervangen door de volgende tekst:

Het "ontbundelde" of geschoonde retailtarief, of beter gezegd de ontbundelde retailopbrengst, van een aansluiting die in een bundel wordt aangeboden of geleverd, dient bepaald te worden door de opbrengsten van de overige diensten in de bundel in mindering te brengen op de totale opbrengst van de bundel. De opbrengsten van de overige diensten in de bundel worden bepaald op basis van de tarieven van de meest vergelijkbare diensten die in de markt worden aangeboden. Dat zijn de tarieven die worden gehanteerd behorend bij de bundel (BelVrij of CVXL). Indien zich een situatie voordoet dat er geen enkel vergelijkbaar tarief beschikbaar is, dient KPN als alternatief EDC-kostprijzen (inclusief een redelijk rendement) te hanteren."

Hiermee is OPTA geheel tegemoet gekomen aan grief D2 van Pretium en Tele2. Gesteld noch gebleken is dat Pretium en Tele2 nog belang hebben bij een inhoudelijke beoordeling van deze grief. Het College laat deze grief verder buiten bespreking.

Grief D2.3 komt erop neer dat OPTA voor de bepaling van de opbrengst van een verkeersdienst die in een bundel wordt aangeboden of geleverd ten onrechte alleen het gemiddelde belprofiel van KPN-kanten in aanmerking neemt. Ter voorkoming van manipulatie door KPN moeten volgens Pretium en Tele2 ook de gemiddelde belprofielen van de klanten van alternatieve aanbieders in aanmerking worden genomen.

Het College acht het in beginsel rechtens niet ontoelaatbaar dat OPTA bij de invulling van retail-minusregulering met betrekking tot een verkeersdienst die in een bundel wordt aangeboden en waarvan de opbrengst in mindering moet worden gebracht op de totale opbrengst van de bundel om het ontbundelde retailtarief van de tot de bundel behorende aansluiting te kunnen bepalen, uitgaat van de tarieven van vergelijkbare verkeersdiensten die door KPN op de markt worden aangeboden. Artikel 6a.7 Tw staat daaraan niet in de weg en aan OPTA komt een ruime beoordelingsvrijheid toe bij de invulling van tariefregulering op basis van retail minus.

Dit sluit niet uit dat de bepaling van het ontbundelde retailtarief van de tot de bundel behorende aansluiting op evengenoemde wijze onder bepaalde omstandigheden niet gerechtvaardigd kan zijn. Dat zou zich kunnen voordoen indien moet worden aangenomen dat de gemiddelde belprofielen van klanten van KPN zodanig afwijken van die van alternatieve aanbieders dat hantering van eerstgenoemde profielen ertoe leidt dat het met de WLR-verplichting door OPTA nagestreefde, hiervoor in 10.4.2 genoemde doel wordt ondergraven. Tevens kan daarvan sprake zijn indien de onderhavige methode KPN zoveel ruimte laat voor misleiding dat daardoor betekenisvol afbreuk wordt gedaan aan evengenoemd doel. Het is dan aan de partij die stelt dat sprake is van een dergelijke situatie om dit aannemelijk te maken. Met hetgeen Pretium c.s in het kader van grief D2.3 (in aansluiting op grief D2.1) hebben aangevoerd, zijn zij daarin naar het oordeel van het College niet geslaagd. Grief D2.3 van Pretium en Tele2 treft geen doel.

Grief D2.4 houdt in dat OPTA in het kader van de retail minus ten onrechte is uitgegaan van een terugverdientermijn van drie jaar voor zogenoemde incentives en niet van de minimale contractperiode. Mede gezien de invoering van artikel 7.2a Tw, dat grenzen stelt aan de contractsduur voor eindgebruikers, is er alle aanleiding om aan te nemen dat een terugverdientperiode van drie jaar te lang is. Een lange terugverdientijd vergroot de mogelijkheden tot manipulatie door KPN.

OPTA stelt zich op het standpunt dat de waarde van een incentive, door KPN aangeboden aan nieuwe klanten, ter bepaling van het retail-minustarief uit het retailtarief moet worden verwijderd. De terugverdientijd is van belang voor de bepaling van de waarde van de incentive. OPTA meent dat de gemiddelde terugverdientijd een goede maatstaf is. De theoretische contractduur die KPN met abonnees heeft kan volgens OPTA niet bepalend zijn; het feit dat abonnees op korte termijn kunnen overstappen betekent niet dat zij dat ook doen. Omdat de gemiddelde terugverdientijd moeilijk meetbaar en niet prospectief bepaalbaar is, is OPTA in aansluiting op de Beleidsregels Ondergrenstariefregulering en de Beleidsregels voor gedragsregel 5 uitgegaan van hetgeen bij het opstellen van een business case gebruikelijk is, te weten drie jaar. Indien de marktomstandigheden hiertoe aanleiding geven, kan het noodzakelijk zijn dat OPTA deze termijn in de Beleidsregels aanpast, zo is onderkend in voetnoot 424 bij randnummer 11 van Annex D. Dat er thans een dergelijke noodzaak bestaat, is niet gebleken.

OPTA wijst er ten slotte op dat een te strakke aanpak het gebruik van incentives door KPN geheel zou ontmoedigen, hetgeen niet in het belang van de eindgebruikers zou zijn.

Het College onderschrijft het argument van OPTA dat de minimale contractduur op zich zelf geen reëel beeld geeft van de werkelijke duur van de contractuele relatie tussen KPN en haar klanten en daarmee evenmin van de beschikbare terugverdientijd van een incentive. Voorts hebben Pretium c.s niet aannemelijk gemaakt dat een terugverdientijd van drie jaar evident onvoldoende steun vindt in de duur van de periode dat abonnees van KPN gemiddeld aan een door hen aangegaan contract vasthouden. Naar het oordeel van het College kan derhalve niet onredelijk worden geacht dat OPTA heeft gekozen voor een terugverdientijd van drie jaar, in aansluiting op de in vorengenoemde beleidsregels in het algemeen gehanteerde terugverdientijd voor de daarin aan de orde zijnde diensten. Grief D2.4 van Pretium en Tele2 slaagt derhalve niet.

In onderdeel D2.5 hebben Pretium en Tele2 grieven aangevoerd die naar eigen zeggen afhankelijk zijn van de interpretatie van OPTA die moet blijken uit het te nemen WLR-II-besluit.

Volgens grief D2.5 (i) moeten voor het bepalen van de ontbundelde retailopbrengst van een aansluiting de opbrengsten van de overige diensten in de bundel worden vastgesteld aan de hand van de tarieven die van toepassing zijn of geacht worden te zijn voor die overige diensten binnen de bundel.

In het verweerschrift stelt OPTA dat het ontwerp-WLR II-besluit van 21 september 2009 voorziet in een zodanige wijziging van randnummer 11 van Annex D van het bestreden besluit, dat rekening wordt gehouden met de andere ontbundelde tarieven. Volgens OPTA wordt daarmee tegemoetgekomen aan grief D2.5 (i) van Pretium en Tele2.

Het College verwijst hier naar het hierboven weergegeven onderdeel 9.I van het dictum van het WLR II-besluit van 19 december 2009. Daaruit blijkt dat OPTA randnummer 11 van Annex D van het bestreden besluit overeenkomstig het ontwerp van het WLR II-besluit - in die zin wijzigt dat, kort gezegd, de opbrengsten van de overige diensten in de bundel (zonder de aansluiting) worden bepaald op basis van de tarieven die worden gehanteerd bij de bundel BelVrij of CVXL en EDC-kostprijzen indien geen vergelijkbaar tarief beschikbaar is.

Het College stelt vast dat Pretium en Tele2 in randnummer 74 van hun zienswijze hebben aangegeven dat met deze oplossing tegemoet wordt gekomen aan grief D2.5 (i). Nu deze oplossing thans rechtens geldt, hebben Pretium en Tele2 geen belang meer bij inhoudelijke beoordeling van deze grief. Het feit dat onder meer door Pretium en Tele2 beroep is ingesteld tegen het WLR-II besluit en dit besluit dus in rechte nog niet onaantastbaar is, acht het College op zichzelf geen grond voor de conclusie dat beoordeling van deze grief onontkoombaar in het kader van de onderhavige beroepsprocedure dient plaats te vinden. Voor zover het belang van Pretium en Tele2 bij beoordeling van die grief afhankelijk is van de beoordeling van grief D5 van KPN, overweegt het College, onder verwijzing naar hetgeen in nummer 10.9.11 van deze uitspraak met betrekking tot die grief wordt overwogen, dat eventuele daarmee verband houdende bezwaren van Pretium en Tele2 door het College zullen worden betrokken in de behandeling van het beroep tegen het

WLR-II besluit.

Volgens grief D2.5 (ii) dient OPTA op grond van het bestreden besluit WLR-tarieven te bepalen voor de zakelijke en residentiële markt in overeenstemming met de marktafbakening in het besluit. Pretium en Tele2 zien niet dat KPN die tarieven goed onderscheidt. OPTA had daaraan aandacht moeten besteden en had de gevolgen daarvan moeten analyseren.

Voor die vrees, dat OPTA niet vast zou houden aan het onderscheid in WLR-tarieven voor de residentiële en de zakelijke markt is naar het oordeel van het College geen steun te vinden in de bij het bestreden besluit aan KPN opgelegde tariefregulering op basis van retail minus, zoals deze met name is uitgewerkt in de bij dat besluit behorende Annex D na de bij het WLR-II besluit van 19 december 2009 doorgevoerde wijziging van die Annex. Met het oog op de bepaling van het wholesaletarief in het kader van de retail minus is daarin voorzien in nadere regels voor zowel het bepalen van het retailtarief van relevante retaildiensten op de residentiële als op de zakelijke retailmarkt, aan welke regels KPN zich zal moeten houden. Daartoe behoren ook regels over de wijze waarop het onderscheid tussen diensten op de residentiële en zakelijke retailmarkt moet worden gemaakt (zie daarover ook de bespreking van grief D4 van KPN in 10.9.4 van deze uitspraak).

De conclusie moet daarom zijn dat Grief D2.5 (ii) niet slaagt.

Volgens grief D2.5 (iii) van Pretium en Tele2 is de typering van aansluitingen ten behoeve van WLR in bijlage 1.2 bij Annex D incompleet en niet in overeenstemming met de overige onderdelen van het besluit. OPTA moet voor iedere markt een WLR-tarief bepalen, dat is afgeleid van het retailtarief dat KPN gemiddeld op die markt rekent voor het betreffende aansluitingstype. Voor de residentiële retailmarkt betekent dit dat naast de BelBasis aansluitingen die sedert de omzetting van deze abonnementen in BelVrij Weekend abonnementen op de residentiële retailmarkt bijna niet meer voorkomen met name ook de BelVrij abonnementen moeten worden meegewogen. Bijlage 1.2 vermeldt echter ten onrechte niet alle aanbiedingen van KPN die voor de bepaling van de gemiddelde WLR-tarieven in aanmerking dienen te worden genomen.

OPTA heeft aangegeven dat de BelVrij-arrangementen van KPN, die Pretium en Tele2 in de bijlage missen, geen aansluitingen zijn maar bundels op basis van de PSTN- dan wel ISDN-aansluitingen, die wel in bijlage 1.2 staan.

Het College stelt vast dat genoemde aansluitingen zijn opgenomen in bijlage 1.2 bij Annex D. Het College acht het standpunt van OPTA niet onjuist en concludeert dat grief D2.5 (iii) van Pretium en Tele2 niet slaagt.

10.4.3 Met grief 3 betoogt KPN dat de aan haar opgelegde verplichting om WLR te leveren op hoogcapacitaire aansluitingen niet passend is. Er bestaat geen vraag naar deze vorm van WLR en in het licht daarvan zijn de met de implementatie van deze vorm van WLR gemoeide kosten te hoog. Tevens is de verplichting disproportioneel, omdat door middel van het instrument van contractsovername een aanbiedende partij ongeveer hetzelfde kan bereiken als door middel van WLR.

Het College stelt vast dat KPN het argument dat de WLR-verplichting voor hoogcapacitaire aansluitingen niet passend is, gelet op het reeds bestaande commerciële aanbod van contractsovername, niet reeds heeft aangevoerd in het kader van haar zienswijze tegen het ontwerp van het bestreden besluit. Met dat argument heeft OPTA derhalve geen rekening kunnen houden bij het nemen van dit besluit. Bovendien is de door KPN geponeerde stelling dat op een andere, door de markt blijkbaar nog niet als aantrekkelijk herkende, wijze een effect bereikt kan worden, dat enigszins met WLR vergelijkbaar is, op zichzelf onvoldoende reden om de WLR-verplichting voor hoogcapacitaire aansluitingen niet proportioneel te achten. Daarvoor zou onderzocht moeten zijn of een probleemloze implementatie van dat alternatief gegarandeerd is en of daaraan geen nadelen kleven. Bij gebreke van gegevens die dat bevestigen, vindt het College in KPNs stellingen geen grond om de opgelegde WLR-verplichting voor hoogcapacitaire aansluitingen uit het bestreden besluit te verwijderen.

Het College gaat daarom aan dit argument voorbij.

Met betrekking tot de stelling van KPN dat geen vraag bestaat naar WLR overweegt het College dat KPN die stelling wat betreft hoogcapacitaire lijnen op basis van ISDN niet met enig bewijs heeft onderbouwd. Daar staat tegenover dat OPTA de vraag naar WLR op de zakelijke markt bij marktpartijen heeft onderzocht door middel van de toezending van vragenlijsten op 26 september 2008. Gelet op de daaruit

door OPTA verkregen gegevens, ten aanzien waarvan beperking van de kennisneming op de voet van artikel 8:29 Awb door het College gerechtvaardigd is geacht en partijen aan het College toestemming hebben gegeven mede op grondslag daarvan uitspraak te doen, ziet het College geen grond voor het oordeel dat OPTA ten onrechte heeft geoordeeld dat enige vraag bestaat naar WLR voor genoemde hoogcapacitaire lijnen.

In hetgeen KPN heeft aangevoerd ziet het College evenmin grond voor het oordeel dat OPTA een onjuiste schatting heeft gemaakt van de kosten die voor KPN zijn gemoeid met de implementatie van de WLR-verplichting voor hoogcapacitaire lijnen op basis van ISDN. KPN heeft in de zienswijze van 16 november 2009 uiteengezet, dat zij OPTA eerst gemeld had, dat de implementatiekosten 1,5 miljoen euro zouden bedragen. In de randnummers 129 tot 133 van de Nota van bevindingen bij het bestreden besluit (het College raadpleegde de vertrouwelijke versie) heeft OPTA uiteengezet, waarom zij een bedrag van 0,5 tot 0,7 miljoen reëel achtte. KPN kwam in haar aanvullend beroepschrift op een bedrag van 0,7 tot 0,8 miljoen uit. Het ging dus op dat moment niet om berekeningen die heel ver uiteen liepen.

In de zienswijze meldt KPN dat het inmiddels 1,1 miljoen geworden is, maar legt niet uit hoe dat komt en al helemaal niet, waarom OPTA ten tijde dat het bestreden besluit genomen werd, had kunnen of moeten weten, dat haar aanname in die mate onjuist was.

Het College is van oordeel dat OPTA heeft mogen uitgaan van de door haar gemaakte schatting. Hierbij geldt dat, indien een belanghebbende stelt dat een besluit rehtens onjuist is, het aan deze partij is om gedetailleerde informatie te verstrekken waaruit die onjuistheid blijkt. Bij gebreke daarvan kan de rechter niet tot vernietiging van het besluit op die grond overgaan. Het voorgaande geldt temeer indien het bestuursorgaan het besluit heeft gebaseerd op informatie die afkomstig is van de partij die het besluit thans aanvalt; in een dergelijk geval mag van die partij worden verwacht dat hij concreet beargumenteerd aangeeft dat en waarom de eerder door hem aangedragen gegevens onjuist zijn. OPTA mocht dus, ten tijde dat het bestreden besluit genomen werd, van een bedrag van 0,5 tot 0,7 miljoen uitgaan.

OPTA heeft geoordeeld, dat gelet op de door haar geconstateerde mate van dominantie van KPN op de zakelijke markt, het besteden van een dergelijk bedrag aan het mogelijk maken van WLR op die markt verantwoord was. Daartegen is uitsluitend ingebracht hetgeen hierboven reeds besproken is.

Gelet daarop ziet het College geen grond om te oordelen dat de kosten die met de uitvoering van de onderhavige verplichting zijn gemoeid, afgezet tegen de vraag naar dergelijke lijnen, te hoog zijn, zodat deze verplichting niet passend zou zijn.

Grief 3 van KPN slaagt dan ook niet.

10.5 Het College zal thans de grieven die partijen hebben aangevoerd in het kader van gedragsregel 5 bespreken. Het betreft de grieven E en 4 van KPN, E van Pretium en Tele2,

1 van BT c.s. en 2.1 van Vodafone.

10.5.1 Gedragsregel 5 luidt:

"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 margeuitholling op de downstreammarkten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden."

OPTA heeft toegelicht dat deze gedragsregel, kort gezegd, KPN verbiedt om bij elke door haar in de markt gezette, of nog te zetten, downstreamdienst een tarief te hanteren dat lager ligt dan het wholesaletarief dat zij aan andere aanbieders in rekening brengt voor de wholesalebouwsteen ten behoeve van dezelfde dienst. KPN's downstreamdiensten dienen voor andere aanbieders te allen tijde prijstechnisch repliceerbaar te zijn. Zoals is uiteengezet in randnummer 774 van het bestreden besluit, stelt OPTA als voorwaarde voor deze prijstechnische repliceerbaarheid dat het tarief van de door KPN geleverde downstreamdienst ten minste de inkoopkosten van de gereguleerde wholesalediensten, alsmede de lange termijn incrementele kosten voor de ongereguleerde wholesalediensten omvat. Als het om een downstream-retaildienst gaat dienen daar nog de met de retaildienst samenhangende incrementele retailkosten aan te worden toegevoegd. Wanneer het tarief van een door KPN geleverde downstreamdienst

niet prijstechnisch repliceerbaar is omdat het niet ten minste deze kosten omvat, zal OPTA tot de conclusie komen dat KPN aan zichzelf een lager wholesaletarief in rekening heeft gebracht dan het tarief dat zij voor andere aanbieders hanteert en dat KPN gedragsregel 5 heeft overtreden.

10.5.2 Het college overweegt allereerst dat de discussie van partijen zich niet zozeer richt op het verbod van gedragsregel 5 op zichzelf, die in feite ook niet meer betekent, dan dat voor een houder van AMM een prijsstelling op de wholesalemarkt die leidt tot margeuitholling, niet is toegestaan, waarvan zeker na de arresten van het Hof van Justitie van 14 oktober 2010, C-280/08P, Deutsche Telekom AG, en 17 februari 2011, C-52/09, TeliaSonera Sverige AB, kan worden vastgesteld, dat zulks ook ingevolge het algemene mededingingsrecht verboden is, maar op de concrete invulling daarvan. Conclusie is dat tegen de opgelegde gedragsregel 5, zoals geformuleerd in het dictum onder xlix, in zoverre rehtens geen bezwaar bestaat.

10.5.3 Met betrekking tot de vraag wat de aldus vastgestelde regel in de praktijk precies kan betekenen overweegt het College als volgt.

De bedoeling van gedragsregel 5 is margeuitholling te voorkomen.

Gedragsregel 5 geeft niet in detail aan hoe hij exact moet worden toegepast. Onder het hoofde 'Toelichting en operationalisering gedragsregel 5' wordt in de randnummers 772 tot en met 775 van het bestreden besluit geschetst wat de regel zal betekenen. In het ontwerpbesluit ontbrak deze toelichting nog.

OPTA heeft op 31 maart 2009 ontwerpbeleidsregels inzake de invulling van gedragsregel 5 gepubliceerd. Op 27 mei 2009 zijn de Beleidsregels inzake gedragsregel 5 (hierna: de beleidsregels) vastgesteld en gepubliceerd.

De beleidsregels zijn vastgesteld na de totstandkoming van het bestreden besluit. Ook als geoordeeld zou kunnen worden, dat het besluit tot vaststelling van de beleidsregels moet worden aangemerkt als een wijziging van het bestreden besluit in de zin van artikel 6:18 Awb, zodat ingevolge artikel 6:19 Awb de aanhangige beroepen geacht moeten worden mede daartegen gericht te zijn, kan het College zich daarover niet uitspreken, nu ingevolge artikel 8:2, aanhef en onder a, Awb tegen een beleidsregel geen beroep openstaat.

Het College overweegt vervolgens dat de discussie van partijen zich juist op de inhoud van die beleidsregels heeft toegespitst en dat voor de spelers op de retail- en wholesalemarkten voor vaste telefonie, de marktregulering zoals die uit het marktanalysebesluit voortvloeit voor een belangrijk gedeelte juist door de beleidsregels wordt bepaald. Het College zal zich derhalve naar aanleiding van de aangevoerde beroepsgronden moeten beperken tot beantwoording van de vraag of gedragsregel 5, zoals toegelicht, maar zonder de preciseringen van de beleidsregels, in het marktanalysebesluit kon worden opgenomen. Pas naar aanleiding van een beroep tegen een besluit waarbij de beleidsregels worden toegepast kan het College zich concreet over de juridische houdbaarheid van de beleidsregels uitspreken.

10.5.4 KPN heeft in een apart beroepsschrift tegen de oplegging van gedragsregel 5, die in een viertal marktanalysebesluiten aan haar is opgelegd, een groot aantal grieven gericht. Zij heeft verzocht deze grieven in een aparte zitting los van de behandeling van de beroepen tegen genoemde vier marktanalysebesluiten te behandelen. Het College heeft echter besloten deze grieven steeds in het kader van de beroepen tegen bepaalde marktanalysebesluiten te beoordelen. Daartegen zou kunnen pleiten dat toepassing van gedragsregel 5 op een van de betrokken markten, gevolgen kan hebben op een downstreammarkt die in een ander besluit geanalyseerd is, maar daar stond tegenover dat het College de toelaatbaarheid van een opgelegde remedie niet kan beoordelen zonder daarbij de ernst van het daarmee te remediëren mededingingsprobleem in acht te nemen, terwijl voorts de indruk bestond dat de belasting die gedragsregel 5 met zich brengt, per markt sterk zou kunnen variëren.

In dit verband merkt het College op dat de door KPN tegen OPTAs operationalisering van gedragsregel 5 aangevoerde bezwaren voornamelijk betrekking hebben op twee hoofdthemas: enerzijds de grootte van de inspanning die geleverd moet worden om voor ieder verschillend product of dienst alle benodigde informatie bijeen te brengen die nodig is om de toelaatbare minimumprijs op de downstreammarkt te berekenen en anderzijds de geringe bewegingsruimte die OPTAs operationalisering van gedragsregel 5 KPN op die downstreammarkt laat voor een op individuele afnemers en individuele situaties toegespitste prijsstelling.

Het ligt voor de hand en dit wordt ook door de door KPN ter adstructie van haar betoog gegeven voorbeelden bevestigd, dat deze bezwaren met name spelen op in ontwikkeling zijnde markten, waarin weinig gestandaardiseerde producten en diensten verkocht worden en waarop voor afwijkende situaties steeds een bijzonder aanbod tot stand gebracht wordt. Dat betekent dat daar waar de downstreammarkt vooral een consumentenmarkt is en/of de geleverde producten of diensten met behulp van uitontwikkelde technologie en bestaande infrastructuur geleverd kunnen worden, de uitvoeringslasten en de gedragsbeperking verbonden aan gedragsregel 5 zullen afnemen, omdat de noodzaak om voor individuele gevallen bijzondere arrangementen te treffen geringer zal zijn.

Partijen werpen de vraag op of gedragsregel 5, zoals door OPTA toegelicht, voor de wholesalemarkten voor vaste telefonie een uitvoerbare en passende maatregel is.

In dat verband is van belang dat in de voorafgaande reguleringsperiode van 1 januari 2006 tot en met 31 december 2008 voor de markten voor vaste telefonie een combinatorische prijsstreekttoets (CPST) gold.

KPN heeft in haar beroepschrift tegen gedragsregel 5 grote nadruk gelegd op het feit, dat de introductie van CPST op de markt voor vaste telefonie al veel inspanning gekost heeft, maar dat een nog veel grotere inspanning haar wacht bij het inventariseren van de kosten van alle mogelijke producten en diensten die op de datamarkten verhandeld worden.

Niet gezegd kan worden dat gedragsregel 5 voor KPN als aanbieder met AMM andere of zwaardere administratieve en organisatorische eisen stelt dan de CPST, zodat KPN door de introductie van gedragsregel 5 op de markten voor vaste telefonie, waar de van belang zijnde gegevens inmiddels voorhanden zijn, in dit opzicht niet zeer zwaar belast wordt.

Conclusie is dat gedragsregel 5, zoals toegelicht, het College niet onaanvaardbaar voorkomt.

Vervolgens merkt het College naar aanleiding van de algemene grief van KPN, voor zover daarin wordt betoogd dat de invoering van gedragsregel 5 in strijd is met artikel 6a.2, eerste lid, Tw en de rechtszekerheid, het volgende op.

Zoals het College meermalen heeft overwogen (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 14 mei 2007, AWB 06/121, 06/122, 06/123 en 06/124, LJN: BA4935, paragraaf 8.7.9) kan in de context van een marktanalysebesluit, waarin OPTA ex-anteregulering geeft voor een periode van drie jaar, voor een dynamische markt, niet steeds van haar worden geleverd dat zij de door haar opgelegde normen zodanig precies omschrijft dat vooraf precies kan worden aangegeven in welke situaties ze van toepassing zullen zijn.

Niettemin gaat het bij een marktanalysebesluit om een situatie waarin van toepassing van het algemene mededingingsrecht onvoldoende soelaas verwacht wordt en waarbij daarom aan een partij met AMM meer specifieke verplichtingen worden opgelegd. Zoals het College overwoog in de uitspraak van 2 mei 2007, eisen ook artikel 6a.2, eerste lid, Tw en de rechtszekerheid dat de door OPTA gegeven verplichtingen zo duidelijk en precies mogelijk worden omschreven, opdat marktpartijen weten wat rechtens geldt. Verwacht mag worden, dat de verplichtingen zo geformuleerd zijn, dat een aanbieder zijn gedragmogelijkheden in niet-uitzonderlijke situaties op basis daarvan eenduidig kan bepalen en niet afhankelijk is van een nadere invulling achteraf door OPTA. Daarbij geldt dat de te vereisen mate van precisie in de omschrijving van een op te leggen verplichting afhankelijk is van vele factoren, zoals de aard van de te regelen materie en de verplichting, de mechanismen die beschikbaar zijn om bij gerezen twijfel tot een juiste uitleg te komen en de gevolgen die aan het niet voldoen aan de verplichting verbonden worden.

KPN heeft terecht aangevoerd dat OPTA gedragsregel 5 op het moment van inwerkingtreding van het bestreden besluit op 1 januari 2009, als zij daaraan de betekenis wilde geven, zoals die in de randnummers 772 tot en met 775 van het bestreden besluit is uiteengezet, onvoldoende had gepreciseerd. Bij andere nog onvoldoende gepreciseerde verplichtingen in eerdere marktanalysebesluiten heeft OPTA gekozen voor een systeem van aankondiging van nadere uitvoeringsbesluiten. Zolang een systeem gekozen wordt, waarbij over het inwerkingtreden van de aldus gepreciseerde verplichtingen bij het uitvoeringsbesluit beslist wordt, bestond daartegen geen bezwaar. In de beleidsregels heeft OPTA de algemene normstelling van gedragsregel 5 nader uitgewerkt. Daarmee heeft OPTA geregeld hoe een downstreamdienst moet worden getoetst aan de gedragsregel. Daartoe zijn onder meer de begrippen dienst en bundel gedefinieerd en regels gegeven voor de kostenberekening van een prijstechnisch repliceerbare downstreamdienst. Naar het oordeel van het College gaat het hierbij om een nadere

normstelling die zodanig bepalend is voor de toepassing van gedragsregel 5 dat moet worden aangenomen dat KPN, voordat zij hiervan na vaststelling op 29 mei 2009 kennis kon nemen, niet in alle gevallen in staat was om met een zekerheid grenzende mate van waarschijnlijkheid te beoordelen of sprake was van een ingevolge gedragsregel 5 verboden vorm van tariefdifferentiatie. Weliswaar had KPN door de toezending - ter consultatie - van de conceptversie van de beleidsregels op 31 maart 2009 reeds inzicht in de naar verwachting te stellen normen gekregen, maar voor het aangaan of wijzigen van meerjarige overeenkomsten met afnemers biedt een dergelijk concept onvoldoende basis.

KPN heeft aangevoerd, dat haar wholesaleafnemers niettemin vanaf 1 januari 2009 aan het Marktanalysebesluit aanspraak konden ontlenen op prijzen die in overeenstemming zijn met gedragsregel 5 en dat zij dus moet vrezen voor terugvordering van het teveel ontvangen bedrag. Het College constateert echter, dat OPTA in randnummer 775 van het bestreden besluit weliswaar overwogen heeft dat KPN een eventuele overtreding van de gedragsregel dient te beëindigen door de wholesaletarieven van gereguleerde diensten voor andere partijen te verlagen, doch deze remedie niet in het dictum van het bestreden besluit heeft neergelegd. Derhalve kan niet gezegd worden dat marktpartijen rechtstreeks aan het bestreden besluit een aanspraak op verlaagde wholesaleprijzen kunnen ontlenen; daartoe is eerst een nadere beslissing van OPTA vereist, waarbij zij haar beleidsregels daadwerkelijk toepast.

Bij die beslissing zal de vraag onder ogen gezien moeten worden of het gerechtvaardigd is die prijsverlaging met terugwerkende kracht in te laten gaan tot een moment voorafgaande aan het moment waarop KPN kon berekenen dat haar tarieven niet in overeenstemming waren met hetgeen voortvloeit uit de beleidsregels van OPTA. Het College kan op die beslissing van OPTA niet vooruitlopen.

10.5.5 Grief E van KPN houdt voorts in dat gedragsregel 5 niet voldoet aan het passendheidsvereiste van artikel 6a.2, derde lid, Tw.

KPN betoogt dat gedragsregel 5, omdat deze wordt toegepast op het niveau van elke individuele dienst, niet noodzakelijk is om de geconstateerde mededingingsproblemen te remediëren en het nagestreefde doel van een effectieve concurrentie op de downstreammarkten te bereiken. KPN stelt dat OPTA met gedragsregel 5 een per-se-regel heeft ingevoerd, die ertoe leidt dat reeds sprake is van overtreding van de non-discriminatieverplichting in het geval één enkele dienst prijstechnisch niet repliceerbaar is, ongeacht de vraag of er in dat geval wel enig effect is op de (mogelijkheden tot) concurrentie op de retailmarkt. Volgens KPN blijken alternatieve aanbieders feitelijk in staat om met gebruikmaking van eigen infrastructuur en het inkopen van wholesalediensten bij andere aanbieders dan KPN, aanbiedingen van KPN op retailniveau te repliceren en zelfs te onderbieden, ook indien deze aanbiedingen van KPN net niet voldoende opbrengen om geheel te voldoen aan gedragsregel 5.

Het College oordeelt dat deze grief in elk geval voor wat betreft de markt voor vaste telefonie geen doel treft. Opgelegde verplichtingen hebben per definitie een algemeen karakter en natuurlijk kunnen zich dan bij toepassing daarvan situaties voordoen, waarbij een gedraging verboden wordt, die op zichzelf de mededinging op de markt niet in gevaar zou brengen, of incidenteel misschien zelfs zou dienen. KPN heeft echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een dergelijke situatie zich op de markt voor vaste telefonie in zodanige mate zou voordoen, dat om die reden geoordeeld moet worden dat gedragsregel 5, over het geheel genomen, het daarmee beoogde doel op de markt voor vaste telefonie in te geringe mate zou dienen.

Hetzelfde geldt voor KPNs betoog dat de belangen van de eindgebruikers vooral gediend zijn met de mogelijkheid om hun op hun verzoek maatwerk te kunnen leveren, hetgeen door gedragsregel 5 soms bemoeilijkt of verhinderd kan worden.

10.5.6 KPN heeft in grief 4 van haar beroepschrift specifiek de verhouding tussen de tariefregulering in verband met de WLR-verplichting en gedragsregel 5 ter discussie gesteld. Daarbij is aangevoerd, dat het feit dat de retailminusverplichting geldt per type aansluiting, terwijl gedragsregel 5 voor iedere aanbieding afzonderlijk geldt, een inconsistentie inhoudt.

OPTA heeft er in haar verweerschrift op gewezen, dat het gevaar van margeuitholling bestreden wordt met zowel een tariefmaatregel als een non-discriminatieverplichting. Deze maatregelen vullen elkaar aan en ondersteunen elkaar. In de uitwerking van de tariefmaatregel is een vorm gekozen die ertoe leidt dat het wholesaletarief per type aansluiting wordt bepaald door KPNs totale retailkosten, terwijl gedragsregel 5 op het lagere dienstniveau een absolute ondergrens treft bij de incrementele kosten.

KPN heeft daar weer tegenover gesteld, dat de retailminusregulering, zoals concreet uitgewerkt, op zichzelf reeds garandeert, dat haar concurrenten voldoende kansen krijgen. OPTA's stelling dat er toch nog behoefte is aan gedragsregel 5 om te verhinderen dat KPN juist op de meest omstreden delen van de markt extra goedkope aanbiedingen gaat inzetten, zou naar het oordeel van KPN onderbouwd moeten worden met concrete feiten, waaruit blijkt dat zulke marktsegmenten bestaan en dat andere partijen op die segmenten aanbiedingen van KPN niet kunnen matchen als gedragsregel 5 niet van toepassing is.

De werking van retail minus en gedragsregel 5 tezamen is zo ingrijpend, dat oplegging daarvan niet enkel op basis van algemene overwegingen gerechtvaardigd kan worden. OPTA heeft er ter zitting op gewezen, dat het College ook in de uitspraak van 14 mei 2007 de combinatie van een toets op marktniveau en op dienstniveau uitdrukkelijk toelaatbaar heeft geoordeeld. Dat het nodig is KPN ervan te weerhouden op specifieke marktsegmenten kortingen aan te bieden, blijkt uit het feit, dat OPTA KPN in de afgelopen jaren herhaaldelijk boetes heeft moeten opleggen naar aanleiding van dergelijke in strijd met de gestelde regels verleende kortingen.

Het College ziet niet in, waarom een probleem niet met een samenstel van maatregelen zou mogen worden aangepakt, indien dit samenstel in de zin van artikel 6a.2, derde lid, Tw passend geacht kan worden. OPTA heeft met haar verwijzing naar de ervaringen in de afgelopen jaren voldoende aannemelijk gemaakt, dat zij mag oordelen dat er naast de retailminusregeling voor WLR, die in algemene zin de mededinging op de markt voor vaste telefonie bevordert, nog behoefte bestaat aan een specifieke maatregel die margeuitholling op felomstreden marktsegmenten beoogt te voorkomen. De stelling dat nu gekozen is voor prijsregulering op aansluitingsniveau geen ingreep op dienstniveau mag plaatsvinden, kan het College niet overtuigen. Beslissend is of de maatregelen (ook in onderling verband gezien) gebaseerd zijn op de geconstateerde mededingingsproblemen en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3, tweede lid, Tw proportioneel en gerechtvaardigd zijn. Dat dat niet het geval zou zijn heeft KPN naar het oordeel van het College niet genoegzaam feitelijk onderbouwd.

10.5.7 Pretium en Tele2 hebben in hun grieven E met betrekking tot gedragsregel 5 aangevoerd, dat OPTA, in het licht van de prioritaire doelstelling om concurrentie te bevorderen, had moeten kiezen voor een systeem waarbij KPN's prijzen voor een redelijke efficiënte concurrent (REO) te repliceren zouden zijn. OPTA heeft echter in randnummer 885 van het besluit aangegeven te kiezen voor een regel die slechts voor concurrenten die even efficiënt (EEO) zijn als KPN, de eis van repliceerbaarheid stelt. OPTA motiveert haar keuze door erop te wijzen dat als KPN haar prijzen op de downstreammarkt zo hoog moet vaststellen, dat ook minder efficiënte concurrenten de strijd aan kunnen binden, de eindgebruiker te hoge prijzen zou moeten betalen.

Pretium en Tele2 beroepen zich op beleidsdocumenten waarin is neergelegd dat concurrentie en alternatieve investeringen het best bevorderd kunnen worden door de REO-test te gebruiken, terwijl de EEO-test zich meer zou lenen voor innovatieve markten, waarop investering gestimuleerd moet worden. KPN's concurrenten hebben een aantal nadelen in de concurrentie, ze zijn kleiner, hebben meer out-of-pocketkosten, minder ervaring, missen een historisch klantenbestand, etc. Daarom geldt dat als men margeuitholling wil voorkomen er een schaalvoordelencorrectie toegepast zal moeten worden.

OPTA ziet al die door Pretium en Tele2 genoemde verschillen wel onder ogen en vindt daarin aanleiding tot het nemen van de in het bestreden besluit neergelegde maatregelen. De discussie gaat dan ook niet over de vraag of voor partijen zoals Pretium en Tele2 niet een extra opstap in de concurrentiestrijd geboden moet worden, maar betreft de vraag welke dat dan moet zijn en wat de eindgebruiker daar uiteindelijk voor over zal moeten hebben. OPTA benadrukt dat het beschermen van minder efficiënte concurrenten in strijd is met de doelstelling om de belangen van eindgebruikers te bevorderen. OPTA zoekt mede op basis daarvan het juiste midden tussen het mogelijk maken van de ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie en bescherming van inefficiënte aanbieders op kosten van de consument. OPTA zet uiteen dat de keuze tussen EEO- en REO-test per land verschillend gemaakt wordt en dat er geen vast beleid hiervoor is uitgezet. OPTA wijst er daarbij ook op, dat het College in zijn uitspraak van 14 mei 2007 (r.o. 8.10.8 en 8.10.9) heeft uitgesproken, dat OPTA in redelijkheid voor een EEO-benadering heeft kunnen kiezen.

Het College houdt vast aan deze jurisprudentiële lijn en benadrukt dat het hier gaat om een beleidsmatige keuze van OPTA, die wellicht ook anders had kunnen uitvallen, maar intussen, zoals gemaakt, ligt binnen de bandbreedte van hetgeen waartoe de richtlijnen op het gebied van de telecommunicatie de lidstaten verplichten.

Pretium en Tele2 hebben voorts bepleit, dat bij het bepalen van de lange termijn incrementele kosten voor ongereguleerde wholesalediensten de gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten niet buiten beschouwing gelaten mogen worden. Het College merkt daarover op, dat nu uit het bestreden besluit geen standpunt van OPTA over deze kwestie kan worden afgeleid, aangezien OPTA in de hier niet ter discussie staande beleidsregels daarover voor het eerst een standpunt heeft ingenomen, het College zich van een oordeel ter zake moet onthouden.

Met betrekking tot de door Pretium en Tele2 opgeworpen stelling dat OPTA had moeten motiveren waarom zij KPN niet verplicht heeft haar wholesaleprijzen vooraf ter toetsing aan gedragsregel 5 aan OPTA voor te leggen, merkt het College op, dat gedragsregel 5 een algemene regel is, die in een aantal marktanalysebesluiten een plaats gevonden heeft. Het College constateert dat gedragsregel 5, zoals hij inmiddels is uitgewerkt, per dienst moet worden toegepast en daarom voor zoveel verschillende prijzen van belang is, dat een toetsing vooraf van iedere prijs, die eronder valt, een zware administratieve belasting oplevert, die alleen als daarvoor bijzondere redenen worden aangevoerd, gerechtvaardigd kan worden. In het licht daarvan is goed te begrijpen en rehtens niet onaanvaardbaar te achten, dat OPTA niet voor toetsing ex ante gekozen heeft.

Met betrekking tot de stelling van Pretium en Tele2 dat vooraf bepaald had moeten worden, welke gevolgen aan overtreding van gedragsregel 5 verbonden zijn, herinnert het College eraan, dat het in de uitspraak van 30 november 2006 (AWB 06/32 e.v. WLR, LJN: AZ3361) uitdrukkelijk geaccepteerd heeft dat de rechtsgevolgen van een marktanalyse in meer dan één besluit worden vastgesteld. Ook belangrijke elementen van een op te leggen verplichting kunnen dus in uitwerkingsbesluiten geregeld worden. Dan ligt het voor de hand om ook vragen van handhaving, die pas naar aanleiding van die nadere uitwerking rijzen, in die fase te regelen. Pas als de precieze inhoud van een verplichting duidelijk is, kan gezien worden of een bepaalde handhavingsmodaliteit noodzakelijk en passend is. Derhalve slaagt deze grief niet.

10.5.8 Gelet op hetgeen hiervoor over de bevoegdheid van het College tot inhoudelijke toetsing van de beleidsregels gezegd is kan het College zich over de overige grieven die zich tegen de inhoud van de beleidsregels inzake gedragsregel 5 richten, niet uitlaten.

10.6 Het College zal thans de grieven 2.2 van Vodafone en F van Pretium en Tele2 over de gescheiden boekhouding bespreken.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de in artikel 6a.10 Tw aan OPTA toegekende bevoegdheid om marktpartijen met AMM te verplichten om voor de betrokken activiteiten een gescheiden boekhouding te voeren, dient ter controle op de naleving van de nondiscriminatieverplichting. In de memorie van toelichting (TK 2002-2003, 28 851, nr. 3, blz. 24) is in dit verband gesteld dat het bij verticaal geïntegreerde ondernemingen met name van belang is om gemakkelijk te kunnen vaststellen of zij hun dochterbedrijven niet bevoordelen dan wel dat er sprake is van oneerlijke kruissubsidiëring.

Ter nadere invulling van de opgelegde nondiscriminatieverplichting heeft OPTA aan KPN onder andere de hiervoor besproken gedragsregel 5, met de daaraan verbonden beleidsregels, opgelegd, waarmee beoogd wordt prijsdiscriminatie en margeuitholling te voorkomen. Nadat OPTA in het ontwerp-marktanalysebesluit een verplichting tot het voeren van gescheiden boekhouding had opgenomen, heeft zij bij het definitieve besluit die verplichting laten vallen. Daartoe heeft zij overwogen, dat op de markt voor gespreksopbouw en toegang tot de telefoonaansluiting door de aangescherpte gedragsregel 5 in combinatie met tariefregulering voldoende waarborgen bestaan tegen het ontstaan van ongeoorloofde kruissubsidies en margeuitholling. Gescheiden boekhouding is daarnaast niet noodzakelijk en dus niet passend.

Vodafone en Pretium en Tele2 verschillen met OPTA van mening over de vraag of een adequaat toezicht op de naleving van de (beleidsregels inzake) gedragsregel 5 mogelijk is zonder dat aan KPN de verplichting is opgelegd tot het voeren van een gescheiden boekhouding.

Gescheiden boekhouding is naar het oordeel van het College een verplichting, die op zichzelf aan het bevorderen van een concurrerende markt geen bijdrage levert, doch noodzakelijk kan zijn ter ondersteuning van het toezicht op de nakoming van verplichtingen die een dergelijk effect wel kunnen hebben. Indien de toezichthouder hiervan geen gebruik denkt te hoeven maken om adequaat toezicht te kunnen verwezenlijken, is niet in te zien dat de belangen van andere marktpartijen door het niet opleggen van de verplichting tot gescheiden boekhouding geschaad kunnen worden. Dat zou slechts anders zijn als die marktpartijen kunnen aanwijzen welke ontduikingsmogelijkheden KPN als AMM-houder heeft om aan

de haar opgelegde verplichtingen te ontkomen, die alleen door gescheiden boekhouding voor OPTA zichtbaar zouden worden. Vodafone en Pretium en Tele2 hebben aan dit vereiste niet voldaan.

10.7 Het College zal nu de grieven 3 van BT c.s., A van Pretium en Tele2 en II van UPC met betrekking tot de intrekking van de regulering op de residentiële retailmarkt bespreken. Deze grieven komen hierop neer dat OPTA zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld, dat de residentiële retailmarkt in aanwezigheid van generieke en telefoniespecifieke wholesaleregulering daadwerkelijk concurrerend is en dat voor het opleggen van verplichtingen op die markt geen grond meer bestaat. Voor de daartoe door genoemde partijen gebruikte argumenten verwijst het College naar de samenvatting in 4.3 (BT c.s), 7.2 (Pretium en Tele2) en 8.2.1 (UPC).

10.7.1 Het College heeft hiervoor in 10.1 reeds vastgesteld dat de marktafbakening in het bestreden besluit bij de beoordeling daarvan als een gegeven beschouwd moet worden. Specifiek met het oog op de grieven 3, A en II van respectievelijk BT c.s., Pretium en UPC merkt het College hier aanvullend nog op dat uit de context waarin deze partijen hebben gesteld dat OPTA de driecriteriatoets onjuist heeft toegepast, blijkt dat zij daarmee niet hebben beoogd de marktafbakening als zodanig aan te vechten. Ter zitting, waar het College zijn visie op de consequentie hiervan uitdrukkelijk aan de orde heeft gesteld, is evenmin gebleken dat dit hun bedoeling is geweest. Dit betekent dat de relevante markten, bestaan uit aansluit- en verkeersdiensten.

10.7.2 Daarvan uitgaande moet OPTA ingevolge artikel 6a.1, derde en vijfde lid, Tw onderzoeken of deze markten al dan niet daadwerkelijk concurrerend zijn en of hierop aanbieders actief zijn die beschikken over aanmerkelijke marktmacht. In het kader van dit onderzoek dient OPTA een analyse te maken van de mededingingsomstandigheden op deze markten aan de hand van de daarvoor van belang zijnde criteria. Dergelijke criteria zijn neergelegd in de Richtsnoeren van de Commissie van 11 juli 2002 voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (hierna: Richtsnoeren marktanalyse), waarmee OPTA volgens artikel 6a.7, zevende lid, Tw rekening moet houden. Indien dit onderzoek leidt tot de conclusie dat een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is, betekent dit dat er geen individuele of collectieve machtspositie van een onderneming op die markt bestaat en dat er geen verplichtingen kunnen worden opgelegd aan welke aanbieder op die markt dan ook. Indien dit onderzoek tot uitkomst heeft dat wel sprake is van een dergelijke machtspositie, dan moet de marktanalyse vervolgens aan de hand van de geconstateerde mededingingsrechtelijke problemen en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 Tw ingaan op de vraag welke verplichtingen passend zijn voor de onderneming(en) die beschikken over aanmerkelijke marktmacht.

Naar het oordeel van het College past de toepassing van de driecriteriatoets niet binnen dit beoordelingskader dat is toegespitst op de dominantieanalyse van de relevante markten aan de hand van daarbij in aanmerking te nemen specifieke criteria en, indien deze analyse daartoe noopt, vervolgens op de beoordeling van concrete mededingingsrechtelijke problemen op die markten met het oog op het opleggen van passende verplichtingen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. De driecriteriatoets is van belang bij de selectie van markten die aan een marktanalyse onderworpen moeten worden en niet bij de waardering van de resultaten van een dergelijke analyse.

10.7.3 OPTA is van mening dat in aanwezigheid van wholesaleverplichtingen, die ten opzichte van de vorige reguleringsperiode enigszins zijn aangezet, waarbij met name ook aan (de beleidsregels inzake) gedragsregel 5 gedacht moet worden, de residentiële retailmarkt daadwerkelijk concurrerend zal zijn. OPTA heeft daaruit de conclusie getrokken dat geen grond bestaat voor het opleggen van verplichtingen op die markt en dat de regulering, als opgelegd in het Retailbesluit 2005, voor zover betrekking hebbende op de residentiële retailmarkt, moet worden ingetrokken.

OPTA heeft daarvoor de volgende argumenten aangedragen. Het marktaandeel van KPN is aanzienlijk gedaald en bedraagt aan het einde van de onderhavige reguleringsperiode naar verwachting 50-60%. Daarna voorziet OPTA nog een verdere daling. Tevens is van belang dat de positie van de met KPN concurrerende kabelaanbieders in de afgelopen periode sterker is geworden en naar verwachting nog verder versterkt zal worden. Voorts kunnen DSL-partijen door introductie van regulering van lage kwaliteit WBT en uitbreiding van de ULL-regulering naar ontbundelde glastoegang een landelijk aanbod doen en daardoor maximale concurrentiedruk uitoefenen op KPN. Tot slot acht OPTA van belang dat

DSL-partijen door de continuering van C(P)S en WLR alle typen eindgebruikers een aanbod kunnen doen.

In het licht van de door partijen aangevoerde argumenten constateert het College dat de onderbouwing door OPTA van haar standpunt dat wholesaleregulering een zodanig effect sorteert op de residentiële retailmarkt dat regulering van deze markt niet langer noodzakelijk is, niet op alle punten overtuigend is.

Blijkens voetnoot 334 onder tabel 17 op bladzijde 230 van het bestreden besluit berust de verwachting van OPTA dat het marktaandeel van KPN in aanwezigheid van generieke en specifieke wholesaleregulering zal dalen van 70-80% in 2008 naar 50-60% in 2011 mede op het VKA-rapport. In dit rapport heeft VKA geconcludeerd dat C(P)S en WLR rond 2011 geen rol van betekenis meer zullen spelen, dat in 2011 nog maar 15% van de huishoudens gebruik zal maken van PSTN/ISDN en dat het marktaandeel van KPN in 2011, als gevolg van toenemende met telefonie gebundelde aanbiedingen van andere marktpartijen, op circa 44% uitkomt, gevolgd door Ziggo en UPC met respectievelijk 22% en 15%. Zoals OPTA heeft aangegeven in randnummer 10.1.21 van het verweerschrift, is VKA bij haar onderzoek uitgegaan van de aanwezigheid van retailregulering. Naar het oordeel van het College is dit onderzoek daarom niet goed bruikbaar voor een analyse van de residentiële retailmarkt waarbij juist de concurrentieverhoudingen moeten worden geanalyseerd indien geen sprake is van regulering van die markt. Het VKA-onderzoek bestrijkt voorts de periode tot en met 2011. Dat rapport kan dan ook geen steun bieden aan de verwachting van OPTA dat het marktaandeel na de onderhavige reguleringsperiode verder zal afnemen. Blijkens de Nota van Bevingingen (randnummer 253) heeft OPTA dit ook onder ogen gezien en daarom de uitkomsten van VKA op een aantal punten op grond van eigen inschattingen aangepast. Daarmee verliest een beroep op het VKA-rapport veel van zijn overtuigingskracht.

Voorts kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de verwachting van OPTA dat de concurrentiepositie van de kabelaanbieders aanzienlijk zal versterken. Hoofdstuk 3.4.3 van het VKA-rapport bevat de volgende opmerking:

"Aangezien de huidige snelheid (van de transitie van PSTN naar IPT; toevoeging van het College) tussen laag en midden in zit, lijkt het plausibeler te worden (dat; toevoeging van het College) KPN concurrenten als Ziggo van zich af weet te houden."

Deze opmerking lijkt enigszins afbreuk te doen aan vorengenoemde verwachting van OPTA. Het College wijst in dit verband ook op randnummer 10.1.55 van het verweerschrift, waar OPTA heeft gesteld dat de concurrentiedruk vanuit de kabelaanbieders aanzienlijk is, maar op zichzelf niet toereikend.

Niettemin ziet het College voldoende aanleiding om OPTA te volgen in haar conclusie dat de residentiële retailmarkt in aanwezigheid van wholesaleregulering daadwerkelijk concurrerend is of binnen aanvaardbare tijd zal worden. Het College baseert dit oordeel op de volgende overwegingen.

In het bestreden besluit heeft OPTA gewezen op de aanzienlijke groei van het aantal afnemers van VoB-diensten op de residentiële markt in de afgelopen reguleringsperiode (zie met name randnummers 192 e.v.). OPTA verwacht dat deze groei zich in de toekomst zal voortzetten. OPTA rekent op basis van de door haar waargenomen ontwikkelingen en het VKA-rapport er zelfs op dat eind 2011 63% van de residentiële aansluitingen op basis van VOB zullen functioneren. Ook met inachtneming van hetgeen hierboven over dat rapport is opgemerkt, acht het College een ontwikkeling in die richting voldoende aannemelijk gemaakt. Daarbij komt dat voor vaste telefonie moet worden uitgegaan van een dalend aantal aansluitingen. Hoewel verschillende scenario's denkbaar zijn voor het exacte tempo waarin deze ontwikkeling zich zal voortzetten, acht het College aannemelijk geworden dat hierbij sprake is van een autonome, van regulering in beginsel onafhankelijke, ontwikkeling waarbij VoB-diensten de vaste telefoniediensten via PSTN en ISDN verder van deze markt zullen verdringen. Dit heeft tot gevolg dat op termijn hoe dan ook een andere verhouding zal ontstaan tussen KPN en de andere (grotere) aanbieders van vaste telefonie, UPC, Ziggo en Tele2. Het ligt daarbij niet in de rede om aan te nemen dat de positie van KPN op deze markt in aanwezigheid van wholesaleregulering voor haar concurrenten onaantastbaar is.

Deze omstandigheden rechtvaardigen naar het oordeel van het College dat aan de hoogte van de marktaandelen van de aanbieders, die actief zijn op de onderhavige markt in absolute zin minder betekenis wordt toegekend dan aan die in relatieve zin waarbij de onderlinge verdeling van de markt tussen enerzijds KPN en alle alternatieve aanbieders anderzijds gezamenlijk wordt gezien. Hiervoor bestaat te meer aanleiding omdat het in verband met de infrastructuur die voor de levering van vaste

telefoniediensten nodig is, waarbij met name het koperen netwerk van KPN en de coax-netwerken van kabelbedrijven relevant zijn, niet waarschijnlijk is dat in de toekomst veel (meer) concurrenten actief zullen worden op de residentiële markt voor vaste telefonie. Anders dan DSL-aanbieders of aanbieders op basis van C(P)S en WLR, kunnen kabelbedrijven geheel onafhankelijk van regulering, met behulp van hun eigen infrastructuur, een aanbod van vaste telefonie in de markt zetten.

Gelet op het vorenstaande moet het er naar het naar het oordeel van het College voor worden gehouden dat op de residentiële retailmarkt in aanwezigheid van de in het bestreden besluit opgenomen wholesaleregulering de voorwaarden voor een daadwerkelijke mededinging tussen KPN en alternatieve aanbieders in voldoende mate aanwezig zijn. Hierbij gaat het College er op basis van de in het dossier voorhanden zijnde gegevens over de marktaandelen van KPN en de alternatieve aanbieders vanuit dat de alternatieve aanbieders gezamenlijk in de onderhavige reguleringsperiode een substantieel deel van de residentiële retailmarkt in handen zullen houden.

10.7.4 In het kader van grief A hebben Pretium en Tele2 aangevoerd dat OPTA op de residentiële retailmarkt had moeten concluderen dat KPN AMM heeft en in overeenstemming met het systeem van de Tw derhalve tenminste één verplichting aan KPN had moeten opleggen, te weten in elk geval de nondiscriminatieverplichting.

Het College overweegt allereerst, dat een dergelijke verplichting uitsluitend opgelegd zou kunnen worden, als eerst zou zijn vastgesteld dat de markt niet daadwerkelijk concurrerend is en dat KPN daarop AMM heeft. Het College begrijpt echter dat de gedachte achter deze grief is dat KPN alleen bij het opleggen van een dergelijke retailverplichting geen mogelijkheden heeft om te discrimineren en dus deze mogelijkheid nu nog wel heeft en daarom geacht moet worden wel AMM te hebben.

OPTA heeft daartegenover gesteld dat KPN met het wegvallen van de retailregulering weliswaar meer vrijheid heeft om op maat gesneden aanbiedingen te doen en aldus onderscheid te maken, maar dat andere aanbieders met het uitgebreide pakket aan wholesalemaatregelen voldoende mogelijkheden hebben om te concurreren met KPN en voldoende worden beschermd.

In het licht van de bij het bestreden besluit genomen wholesalemaatregelen hebben Pretium en Tele2 niet aannemelijk gemaakt dat een dringende behoefte bestaat aan een nondiscriminatieverplichting op de residentiële retailmarkt.

Het voorgaande brengt het College tot de conclusie dat de grieven 3 van BT c.s., 3 van Vodafone, A van Pretium en Tele2 en II van UPC niet slagen.

10.8 Hier zal het College de hiervoor respectievelijk in 5.4, 4.4 tot en met 4.6 en 7.2.2. weergegeven grieven 3 van Vodafone, 4 tot en met 6 van BT c.s. en A van Pretium en Tele2, voor zover zij betrekking hebben op de zakelijke retailmarkt, bespreken.

OPTA heeft in onderdeel 13.4.3 van het bestreden besluit geconcludeerd dat de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie in aanwezigheid van generieke en specifieke wholesaleverplichtingen niet daadwerkelijk concurrerend is. De redenen daarvoor zijn de hoogte van het marktaandeel van KPN aan het einde van de reguleringsperiode (65-75%), de beperkte rol van de kabel en de verwachting dat VoB pas op de langere termijn een vergelijkbare rol zal spelen als in de residentiële markt, waarbij door de continuering van de C(P)S-regulering het voordeel van KPN ten opzichte van alternatieve aanbieders afneemt.

Vervolgens heeft OPTA in onderdeel 13.4.4 van het bestreden besluit de driecriteriatoets toegepast en op grond van bepaalde ontwikkelingen geconcludeerd dat de uitgebreide set wholesaleverplichtingen die een toenemende concurrentie van andere aanbieders dan KPN bewerkstelligen en de toenemende concurrentiedruk van partijen die in de eigen infrastructuur investeren, er op zichzelf toe zullen leiden dat aan het einde van de huidige reguleringsperiode, dan wel de periode kort daarop volgend daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie wordt verwezenlijkt. OPTA heeft daarin aanleiding gevonden de bij het Retailbesluit 2005 opgelegde verplichtingen met betrekking tot de zakelijke retailmarkt per 1 januari 2010 in te trekken.

OPTA heeft allereerst in aanmerking genomen de opgelegde wholesaleverplichtingen ten aanzien van hoge kwaliteit ULL en WBT, die worden versterkt door het op termijn toenemende belang van VoB op de zakelijke markt. Het aandeel VoB stijgt volgens OPTA in deze reguleringsperiode van 1% naar 11%, waarbij OPTA verwacht dat de migratie van ISDN naar VoB na de reguleringsperiode een verdere vlucht neemt. Dit betekent dat de effectiviteit van hoge kwaliteit WBT en ULL, met behulp waarvan andere

aanbieders dan KPN VoB kunnen aanbieden, steeds groter zal worden. Dankzij VoB kunnen andere aanbieders dan KPN relatief meer nieuwe klanten binnenhalen, waardoor de concurrentiedruk toeneemt. Andere ontwikkelingen waarop OPTA het oog heeft gehad zijn de uitbreiding van het pakket aan telefoniespecifieke regulering (C(P)S en WLR) dat andere aanbieders de mogelijkheid biedt om bestaande marktposities te versterken en de uitbreiding van de verplichtingen voor wholesale huurlijnen (met name ILL). Ten slotte acht OPTA het ontstaan van meer concurrentiedruk als gevolg van de investeringen door aanbieders in infrastructuur van belang. Volgens OPTA zullen de wholesaleregulering en deze investeringen leiden tot een situatie waarbij de markt neigt naar daadwerkelijke mededinging.

Uitgaande van de in het bestreden besluit afgebakende zakelijke retailmarkt, geldt naar het oordeel van het College ook voor die markt dat de toepassing van de driecriteriatoets niet past binnen het wettelijke beoordelingskader voor de marktanalyse, zoals hiervoor in 10.7.2 is overwogen in het kader van de residentiële retailmarkt. De driecriteriatoets kan naar het oordeel van het College daarom niet dienen als basis voor de door OPTA getrokken conclusie dat daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt wordt gerealiseerd aan het einde van de onderhavige reguleringsperiode dan wel de periode kort daarop volgend.

Dat neemt niet weg dat de door OPTA bij de driecriteriatoets in beschouwing genomen omstandigheden, als hierboven genoemd, ook naar voren zouden moeten komen bij een marktanalyse. Zo wordt bijvoorbeeld in randnummer 27 van de preambule van de Kaderrichtlijn gesteld:

"Bij een analyse van de daadwerkelijke mededinging moet onder meer worden onderzocht of de markt in de toekomst concurrerend zal zijn en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend is."

Daarmee wordt in feite het tweede criterium van de driecriteriatoets afgedekt.

De driecriteriatoets is immers ook niet meer dan een soort voorlopig marktonderzoek op hoofdpunten, op basis waarvan door de Commissie of een NRI besloten kan worden of een veel meer op de details ingaande marktanalyse moet worden verricht. Op basis daarvan is simpelweg ondenkbaar dat, waar een marktanalyse een noodzaak aantoonde om regulering op te leggen, de driecriteriatoets een inzicht zou kunnen opleveren op grond waarvan daar toch van zou moeten worden afgezien.

Anderzijds moet onder ogen gezien worden, dat als OPTA beschikt over inzichten of feitelijke informatie, die voor beantwoording van de vraag of regulering moet worden opgelegd beslissend kan zijn, deze informatie in de marktanalyse betrokken moet worden en niet genegeerd kan worden omdat zij ten onrechte als resultaat van een driecriteriatoets gepresenteerd wordt.

In verband hiermee overweegt het College als volgt.

OPTA heeft in het kader van het eerste criterium van de toets gesteld dat het effect van de wholesaleverplichtingen ten aanzien van hoge kwaliteit WBT en ULL wordt versterkt door de door haar verwachte stijging van VoB op de zakelijke markt van 1% naar 11%. OPTA baseert zich hierbij op het Dialogic-rapport van 28 mei 2008. Uit tabel 9 van hoofdstuk 3.2 van dit rapport maakt OPTA op dat in totaal 17% van de zakelijke afnemers het voornemen heeft om over te stappen op VoB. Dit betreft de categorieën "volledig zeker in komende 3 jaar" (4,8%), "vrijwel zeker in komende 3 jaar" (1,0%) en "misschien in komende 3 jaar" (10,8%). Uit tabel 10 van het rapport, die aangeeft naar welke dienst wordt overgestapt, blijkt volgens OPTA vervolgens dat 59% van de eindgebruikers overstapt naar VoB-diensten. Uitgaande van 17% zakelijke overstappers betekent dit, aldus OPTA, een groei van VoB met 10%.

Het College constateert, dat de weinig voor de hand liggende interpretatie van de antwoorden "vrijwel zeker in komende 3 jaar" en "misschien in komende 3 jaar" als "volledig zeker in komende 3 jaar" in het onderzoeksrapport van Dialogic gesuggereerd wordt. Op p.17 van het rapport staat:

"In het SOHO-segment was er in de afgelopen jaar opmerkelijk veel beweging (16%) maar lijkt de situatie zich in de nabije toekomst te stabiliseren (5%). Vanwege het grote aandeel van SOHO in de totale populatie laat het gewogen gemiddelde ook een sterk verschil zien voor de situatie voor de afgelopen drie

jaar (14%) en voor de komende drie jaar (6%). Wanneer de relatief grote groep van twijfelaars ('maakt misschien overstap') wordt meegerekend, komt het totaal uit op 17%."

OPTA heeft deze suggestie zonder toelichting gevolgd. Nu duidelijk is, dat de uitkomst van 17% niet gebaseerd is op wetenschappelijk onderzoek, maar slechts het gevolg is van een manipulatie van de onderzoeksgegevens om een onwenselijk geachte uitkomst van de onderzoeksopzet door een aannemelijk lijkende schatting te vervangen, had OPTA zich daarop naar het oordeel van het College niet mogen baseren.

Dit betekent dat OPTA op onjuiste gronden heeft aangenomen dat sprake zal zijn van een groei van VoB met 10%.

Voorts heeft OPTA in verband met het eerste criterium van de toets gesteld dat C(P)S en WLR een zodanig grote rol spelen dat mede daardoor de toegangsbelemmeringen tegen het einde van de onderhavige reguleringsperiode, dan wel de periode kort daarop volgend voor het grootste deel zullen zijn verdwenen. Naar het oordeel van het College ontbreekt een toereikende onderbouwing van deze stelling. Van belang daarbij is onderdeel 3.4.2. van het VKA-rapport, waarin staat:

" De verwachting van VKA is dat CPS in gelijk tempo of sneller dan PSTN/ISDN zal verdwijnen tot 2011. Deze versnelling is een direct gevolg van de overstap naar IPT, die de meerwaarde van CPS-diensten grotendeels kleiner lijkt te maken. Volgens berekeningen van VKA zal CPS (CPS-only en CPS via WLR) in 2011 hoogstens een marginale 4% marktaandeel van de totale markt bedienen. Veel beweging anders van de overstap naar IPT verwacht VKA binnen deze markt niet."

Uit deze passage maakt het College op dat C(P)S en WLR veeleer een marginale rol spelen. Weliswaar heeft het citaat betrekking op laagcapacitaire aansluitingen, maar dat is de categorie waarbij C(P)S en WLR tot nu toe voornamelijk een rol gespeeld hebben. OPTA heeft niet toegelicht waarom in het licht van dit gegeven niettemin moet worden aangenomen dat C(P)S en WLR een zo grote bijdrage aan het terugdringen van bestaande toegangsbelemmeringen op de zakelijke markt zullen leveren dat de verwachting is gerechtvaardigd dat deze belemmeringen tegen het einde van de onderhavige reguleringsperiode of kort daarna grotendeels zullen zijn verdwenen. Gelet op de door OPTA niet toegelichte omvang van het marktaandeel van slechts enkele procenten, dat aan C(P)S/WLR op de zakelijke markt wordt toegedacht, ziet het College niet in, wat de betekenis daarvan zal zijn, mede in aanmerking nemend dat op de residentiële markt C(P)S en WLR door de opkomst van VoB hun belang sterk hebben zien verminderen.

Met het oog op de door OPTA verrichtte toets aan de hand van het tweede criterium van de toets, wijst het College op de volgende passage in de Toelichting op de Aanbeveling:

" 2.2. ()

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.

()"

Naar het oordeel van het College heeft OPTA geen 'clear evidence' aangedragen voor haar verwachting dat de zakelijke retailmarkt binnen een overzienbare termijn neigt naar daadwerkelijk concurrentie. De daartoe door OPTA in het bestreden besluit (zie randnummers 982 tot en met 985) genoemde ontwikkelingen hebben het College daarvan niet kunnen overtuigen in het licht van hetgeen hiervoor reeds is overwogen en gezien de door OPTA in het kader van de dominantieanalyse van de zakelijke retailmarkt

in aanwezigheid van wholesaleregulering getrokken conclusie dat de positie van KPN op deze markt nog zo sterk is, dat de markt niet concurrerend is.

Gelet op het vorenstaande kan de conclusie van OPTA dat daadwerkelijke concurrentie op de zakelijke retailmarkt zal worden gerealiseerd aan het einde van de onderhavige reguleringsperiode dan wel de periode kort daarop volgend, niet worden gedragen door de daaraan in het bestreden besluit ten grondslag gelegde motivering.

Omdat de beslissing van OPTA tot intrekking van de bij het Retailbesluit 2005 opgelegde verplichtingen met betrekking tot de zakelijke retailmarkt, op die conclusie is gebaseerd, gaat die beslissing mank aan hetzelfde gebrek. Dit betekent dat het bestreden besluit is genomen in strijd met artikel 3:46 van de Awb, waarin is bepaald dat een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering. De grieven A van Pretium en Tele2, 3 van Vodafone en 4, 5 en 6 van BT slagen derhalve.

10.9 Het College zal thans de beroepsgronden van KPN tegen de bij het bestreden besluit behorende Annexen bespreken.

Met betrekking tot de juridische status van de Annexen moet in algemene zin worden opgemerkt, dat OPTA op diverse punten in het dictum van het bestreden besluit verwijst naar de Annexen, maar dat zij daarvan in beginsel geen deel uitmaken. Een specifiek tegen de Annexen gerichte grief kan slechts dan door het College behandeld worden als en voor zover die grief de nadere bepaling of inkleuring van een of meer van de in het dictum opgelegde verplichtingen door een bepaling uit de Annexen betreft.

10.9.1 Grief A1 is gericht tegen Annex A, getiteld "Kostentoerekening en financiële rapportages: algemeen" en betreft de randnummers 16-21, waarin uiteengezet wordt, dat bij kostenoriëntatie in het algemeen causale toerekening past, maar niet wanneer het wholesalespecifieke kosten betreft. Deze dienen proportioneel te worden toegerekend. Incidenteel kan ook bij andere kostensoorten van causale toerekening worden afgezien.

OPTA heeft bepleit om te kiezen voor de benadering, dat de genoemde randnummers nog geen concreet rechtsgevolg opleveren en heeft in dat verband verwezen naar de uitspraak van het College van 30 november 2006 (AWB 06/32 e.a, LJN: AZ3361) waarin ook met betrekking tot de verrekening van wholesalespecifieke kosten in rechtsoverweging 9.11 is overwogen:

" Het College ziet geen grond voor het oordeel dat het bestreden besluit onrechtmatig is op de grond dat OPTA geen eenduidige beslissing heeft genomen over de wijze waarop de met implementatie van WLR gemoeide kosten zullen worden toegerekend. OPTA zal nog een tariefbesluit nemen, waartegen KPN, Pretium en Tele2 beroep kunnen instellen als zij menen dat de met de implementatie van WLR gemoeide kosten ten onrechte wel of juist niet (gedeeltelijk) wholesalespecifiek zijn toegerekend. Het thans bestreden besluit brengt in dit opzicht geen rechtsgevolg teweeg en bevat evenmin een definitief rechtsoordeel. Grief P van KPN alsmede haar beroepsgrond A2 tegen Annex A () vormen derhalve geen grond voor vernietiging van het bestreden besluit."

Het College ziet echter een duidelijk verschil tussen de daar aan de orde zijnde situatie, waarin OPTA de mogelijkheid openhield om tot een proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten te komen en de voorliggende situatie. Uit de nummers I en liv van het dictum, gelezen in samenhang met artikel 6a.7, vijfde lid, Tw vloeit voor KPN de verplichting voort een kostentoerekeningssysteem te ontwikkelen en bekend te maken voor het leveren van toegang op de wholesalemarkten. Dat systeem dient te voldoen aan de voorschriften die nader zijn uitgewerkt in Annexen A en D. OPTA spreekt in randnummer 19 van Annex A een voorkeur uit voor proportionele toerekening. Het College begrijpt dit randnummer aldus, dat KPN in beginsel verplicht is die voorkeur te respecteren, tenzij in het bijzondere geval gelegen concrete omstandigheden een dergelijke toerekening zouden verhinderen.

KPN heeft principieel de stelling ingenomen dat proportionele toerekening van kosten als hier aan de orde in strijd is met het beginsel van kostenoriëntatie als zodanig en heeft zich daarnaast beroepen op de wetsgeschiedenis, waaruit naar haar mening duidelijk een keuze voor causale toerekening blijkt.

Het College volgt KPN niet in haar betoog, dat ertoe strekt dat proportionele toerekening als zodanig in strijd zou zijn met artikel 6a.7 Tw en verwijst daarvoor naar overweging 9.2.1 van zijn uitspraak van 12

september 2007 (AWB 07/36, 07/68 en 07/69, LJN: BB3357). In genoemde uitspraak heeft het College geoordeeld dat artikel 6a.7 TW naast kostenoriëntatie ook de verplichting kent tot het beheersen van de tarieven en dat niet algemeen is uitgesloten dat bij deze tariefbeheersing bijvoorbeeld ter bestrijding van het gevaar van margeutholling tot een verdergaande vorm van tariefbeheersing gekomen zou worden dan oplegging van de verplichting van causale kostentoerekening met zich zou brengen.

KPN heeft echter ook gewezen op overweging 9.2.2 van bovengenoemde uitspraak, waarin het College vastlegt, dat gelet op het bijzonder vergaande karakter van proportionele toerekening van OPTA gevergd moet worden specifiek te onderzoeken of de verplichting daartoe geschikt is voor het bereiken van concurrentie en of deze niet verder gaat dan voor het bereiken van dit doel nodig is. Daarbij is ook van belang in hoeverre de gereguleerde partij de kosten van wholesaleactiviteiten aan eindgebruikers moet doorberekenen. Overwegingen en berekeningen dienaangaande moeten zoveel als mogelijk inzichtelijk gemaakt worden.

Het College constateert dat bij het licht van die overwegingen, die het nog ongewijzigd onderschrijft, de door OPTA 'voor dit type kosten' categorisch uitgesproken voorkeur, die KPN bij het opstellen van het kostentoerekeningsmodel in acht moet nemen, niet kan worden gehandhaafd. OPTA zal voor iedere vorm van toegang afzonderlijk op basis van een concrete weging van alle van belang zijnde factoren en daarop afgestemde berekeningen dienen te onderzoeken, of er een bijzondere reden bestaat om af te wijken van het beginsel van causale kostentoerekening. Het beroep is derhalve op dit punt gegrond. Dat betekent, dat in dictumonderdeel liv in de laatste volzin de verwijzing naar Annex A zal moeten worden geschrapt.

10.9.2 Grief A2 houdt in dat OPTA ten onrechte geen voorbehoud heeft gemaakt in verband met de herziening van de regulering van vaste gespreksafgifte, gepland voor 2010. De Aanbeveling van de Commissie over de regulering van vaste en mobiele gespreksafgifte (Aanbeveling van 7 mei 2009, C(2009) 3359 final) ziet op de tariefregulering voor vaste gespreksafgifte en toepassing daarvan zal waarschijnlijk volgens KPN substantiële wijzigingen vergen ten opzichte van de uitgangspunten die thans in de Annexen A, B en C zijn vervat.

Met OPTA is het College van oordeel dat KPN zich met deze grief richt op toekomstige besluitvorming van OPTA naar aanleiding van genoemde Aanbeveling waarmee OPTA ten tijde van het nemen van het bestreden besluit geen rekening kon houden, omdat die besluitvorming toen niet bestond.

Indien op basis van gewijzigde feiten of omstandigheden naar het oordeel van een belanghebbende wijziging of intrekking van een marktanalysebesluit geboden is, kan deze OPTA verzoeken daartoe op basis van artikel 6a.4 Tw over te gaan. Tegen de weigering een dergelijk besluit te nemen, staat beroep open.

Grief A2 slaagt gelet op een en ander niet.

10.9.3 Annex B, "Kostentoerekening en financiële rapportages: wholesale", bevat aanvullingen en uitzonderingen op de algemene regels zoals die in Annex A ten aanzien van kostentoerekening en financiële rapportages zijn beschreven. Grief B1, gericht tegen onderdeel B.2.5 van Annex B, houdt in dat OPTA een verkeerde maatstaf aanhoudt voor het redelijk rendement door haar toepassing van de Weighted Average Cost of Capital (WACC). OPTA heeft, aldus KPN, ten onrechte nagelaten in Annex B of elders te specificeren op basis van welke waarderingsgrondslag zij het geïnvesteerde vermogen zal bepalen.

Met OPTA is het College van oordeel dat Grief B1 van KPN niet is gericht tegen een onderdeel van het bestreden besluit dat nu al rechtsgevolgen heeft voor KPN, terwijl er evenmin sprake is van een definitief rechtsoordeel. OPTA heeft er terecht op gewezen dat in Annex B uitsluitend is bepaald dat de kostenvoet van het geïnvesteerde vermogen wordt berekend met behulp van de WACC en dat besluitvorming over de wijze waarop de WACC wordt berekend nog moet plaatsvinden. Eerst in deze nadere besluitvorming zal de waarderingsgrondslag van het geïnvesteerde vermogen worden vastgesteld. Hiertegen kunnen rechtsmiddelen worden ingesteld. De conclusie is dat Grief B1 niet slaagt.

10.9.4 Grief B2 houdt in dat OPTA ten onrechte heeft bepaald dat de wholesaletarieven van KPN geen vergoeding mogen omvatten voor kosten en verliezen van KPN door stranded assets en leegloop, veroorzaakt door de vernieuwing van haar netwerk. De door OPTA in dit verband gestelde regels zijn volgens KPN om de hiervoor in 6.8 genoemde redenen niet aanvaardbaar.

OPTA heeft haar beslissing gemotiveerd, door erop te wijzen dat KPN bepaalt dat haar netwerk wordt vernieuwd en daarbij alle belangrijke beslissingen neemt, bijvoorbeeld over de technologie, het moment

van investeren, wanneer eindgebruikers ertoe worden aangezet om naar het nieuwe netwerk over te stappen en hoe lang zij een dubbel netwerk in stand wil houden. KPN bepaalt dus zelf ook in belangrijke mate de kosten en verliezen door stranded assets en leegloop, die de vernieuwing veroorzaakt. Het ligt derhalve in de rede om KPN - en niet de wholesaleafnemers - de kosten te laten dragen van de inefficiënte situatie waarin twee netwerken naast elkaar bestaan. Met de in Annex B neergelegde maatregelen wordt KPN gestimuleerd tot het minimaliseren van deze inefficiënte situatie.

Voorts neemt OPTA in aanmerking dat het in de retailmarkt niet mogelijk is om de onderhavige kosten en verliezen op de eindgebruikers te verhalen. De klanten stappen immers eerst over op nieuwe technologie als zij hierdoor beter af zijn, hetzij doordat dezelfde dienst goedkoper wordt, hetzij doordat zij voor dezelfde prijs meer of betere dienstverlening kunnen krijgen. Er is dus geen ruimte om de retailprijs van de oude dienstverlening te verhogen omdat de bezetting van het oude netwerk lager wordt of activa buiten gebruik worden gesteld. Het is niet redelijk om dit dan wel toe te staan op de wholesalemarkt waar KPN een dominantie positie heeft. Voor wholesaleafnemers is het immers ook niet mogelijk om de hogere wholesalekosten door te berekenen in hun retailprijzen, omdat hun marges dan worden uitgehold. Investerings door andere aanbieders worden niet ontmoedigd, omdat zij, ook als zij gebruik maken van de toegang tot het netwerk van KPN, moeten investeren in eigen netwerk en apparatuur.

OPTA beroept zich voorts op de jurisprudentie van het College, waarin is neergelegd dat haar bij de invulling van het begrip kostenoriëntatie beoordelingsruimte toekomt. Daarbij geldt dat OPTA kan besluiten dat de aangewezen onderneming met aanmerkelijke marktmacht bepaalde kosten geheel of gedeeltelijk niet in rekening mag brengen bij haar afnemers. Daarvoor kan onder meer aanleiding bestaan indien sprake is van inefficiënte netwerkkosten. Een dergelijke beslissing is op zichzelf niet in strijd met het beginsel van kostenoriëntatie. Wel staat dit beginsel eraan in de weg dat niet bestaande kosten in de kostprijzen worden verwerkt, wat zich kan voordoen indien behaalde kostenreducties niet hun weerslag krijgen in lagere kostprijzen.

Het College acht de hiervoor weergegeven motivering van OPTA voldoende voor het oordeel dat OPTA in redelijkheid heeft kunnen besluiten KPN niet toe te staan haar kosten door stranded assets en leegloop, veroorzaakt door vernieuwing van haar netwerk, via de tarieven van gereguleerde wholesalediensten bij haar afnemers in rekening te brengen.

In het licht hiervan volgt het College KPN ook niet in haar bezwaren tegen de door OPTA in randnummers 38-40 van Annex B gestelde drie regels, waarmee OPTA beoogt te waarborgen dat de bedoelde kosten niet in de prijzen van KPN terechtkomen. Het College kan zich op hoofdlijnen verenigen met het in het verweerschrift door OPTA gegeven nadere betoog ter weerlegging van deze bezwaren van KPN.

10.9.5 Grief B3 van KPN houdt in dat OPTA ten onrechte de mogelijkheid heeft opengehouden om andere afschrijvingstermijnen- en methoden voor te schrijven dan door KPN in de jaarrekening worden toegepast. KPN acht dit in strijd met de keuze voor de EDC-systematiek.

Aan Annex B ontleent het College het volgende:

" 14. In Annex A is uiteengezet dat KPN in het kostentoerekeningssysteem in principe de grondslagen voor waardering en resultaatbepaling uit haar jaarrekening dient te hanteren. In de jaarrekening hanteert KPN de lineaire afschrijvingsmethode en een per activatype bepaalde afschrijvingstermijn om de boekwaarde van de activa en de omvang van de afschrijvingen te bepalen. Tot heden heeft het college bij de kosten- en kostprijsbepaling in EDC geen aanleiding gezien om hiervan af te wijken en een andere afschrijvingsmethode en andere afschrijvingstermijnen te hanteren. Vanwege de ingrijpende netwerkvernieuwingen houdt het college nadrukkelijk de mogelijkheid open om van deze gedragslijn af te wijken.

()

21. Het college zal tijdens het tarieftraject de toepasselijkheid van de lineaire afschrijvingsmethode ten aanzien van nieuwe activa beoordelen. In geval hier aanleiding toe is, zal hij een andere afschrijvingsmethode voorschrijven. Het college zal daarbij mede in overweging nemen dat de

administratieve belasting hierdoor kan toenemen."

Hieruit blijkt dat OPTA slechts de mogelijkheid heeft opengehouden om, indien daartoe aanleiding bestaat, in de toekomst aan KPN een andere afschrijvingsmethode dan de in haar jaarrekening toegepaste lineaire methode op te leggen ten aanzien van nieuwe activa. Daarvoor is dan nieuwe besluitvorming noodzakelijk. Grief B.3 van KPN is dus niet gericht tegen een onderdeel van het bestreden besluit dat nu al rechtsgevolgen heeft voor KPN, terwijl er evenmin sprake is van een definitief rechtsoordeel. Het College concludeert dat Grief B3 van KPN niet slaagt.

10.9.6 Annex C, "Tariefregulering op basis van kostenoriëntatie" houdt een nadere uitwerking van het WPC-systeem in.

Grief C1 van KPN betreft de berekening van de WPC-tariefplafonds. Voor een samenvatting van de argumentatie van KPN verwijst het College naar onderdeel 6.9 van deze uitspraak.

OPTA heeft uiteengezet dat door de tariefplafonds te baseren op de EDC over 2007 de efficiencyverbeteringen die tot en met 2007 door KPN zijn gerealiseerd per 1 januari 2009 in de starttarieven van de WPC-II worden verwerkt. Hierdoor ondervinden de afnemers via de tarieven eerder voordeel van de door KPN doorgevoerde efficiencyverbeteringen dan in de door KPN in feite bepleite verlenging van de periode waarin KPN de opbrengsten van de efficiencyverbetering mag houden en waarbij de prikkel voor KPN om gedurende de gehele WPC-periode efficiëntieverbeteringen door te voeren groter is. OPTA merkt daarbij op niet in te zien, waarom KPN zich zou beklagen dat zij door OPTA niet gedwongen wordt tot efficiëntieverhogingen. Met betrekking tot KPN's subsidiaire voorstel om dan uit te gaan van de meest actuele gegevens, dus over 2008, merkt OPTA op dat ten tijde van het nemen van het bestreden besluit nog geen cijfers over 2008 beschikbaar waren; anders zou daarvan uitgegaan zijn. OPTA wil zo vroeg mogelijk duidelijkheid over tarieven scheppen, OPTA kiest er daarom voor de tariefregulering te baseren op het meest recente jaar waarover ten tijde van de besluitvorming cijfers beschikbaar zijn.

In artikel 1.3, eerste lid, onder c, Tw, is bepaald dat OPTA zorg draagt voor de bevordering van de belangen van de eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit. In het licht van deze doelstelling is het College van oordeel dat OPTA in redelijkheid het door haar geschetste en door KPN op zich zelf niet betwiste snellere voordeel voor de eindgebruikers bij gebruik van de realisatiecijfers over 2007 zwaarder heeft mogen laten wegen dan het door KPN genoemde voordeel van vergroting van de prikkel tot het doorvoeren van efficiencyverbeteringen. KPN's stelling dat het voor haar wholesaleafnemers van groot belang is dat de tarieven zich geleidelijk ontwikkelen, omdat tariefsprongen vreemde effecten kunnen hebben, mag juist zijn, maar zolang deze afnemers daar zelf niet voor pleiten, moet het belang daarvan niet overschat worden.

Dat KPN dan als alternatief de meest actuele cijfers van 2008 aanbeveelt, kan het College er niet van overtuigen dat OPTA's keuze om de ten tijde van de besluitvorming beschikbare cijfers over 2007 als uitgangspunt te kiezen, onrechtmatig zou zijn.

10.9.7 Grief C2 houdt in dat in het kader van het WPC-systeem ten onrechte geen tariefmandjes zijn toegestaan (zie voor een samenvatting van KPN's argumentatie eveneens onderdeel 6.9 van deze uitspraak).

OPTA heeft daar tegenover gesteld dat ook het niet toestaan van tariefmandjes noodzakelijk is om ongewenst strategisch gedrag van KPN te voorkomen. Indien KPN tariefmandjes mag hanteren zal via een omweg alsnog tariefdifferentiatie boven de WPC-tariefplafonds mogelijk zijn. In het verweerschrift heeft OPTA dit toegelicht aan de hand van een fictief voorbeeld. Daaruit blijkt dat het effect van de tariefmandjes hetzelfde is als het effect bij toetsing op marktniveau in plaats van op dienstniveau. Ook dan zou KPN de winst op de ene retaildienst kunnen gebruiken om het verlies (door een prijsstelling onder het wholesaletarief) op een andere dienst te compenseren.

Het College overweegt dat OPTA in haar verweerschrift heeft uiteengezet, hoe met tariefmandjes KPN de mogelijkheid zou krijgen om gedragsregel 5 zijn werking te ontnemen en toetreding te bemoeilijken. KPN heeft daarop gereageerd door te verwijzen naar een door haar in het kader van het beroep tegen het ULL-besluit ingediende zienswijze. Daarin wordt uiteengezet, dat tariefmandjes een middel kunnen zijn om passendheid en proportionaliteit van tariefregulering te waarborgen en dat een categorische verwerping daarvan onvoldoende recht doet aan specifieke omstandigheden in de betrokken markt.

Dit argument komt het College weinig overtuigend voor nu KPN volstaat met door haar in het kader van het ULL-besluit aangevoerde grieven te verwijzen. De aangevoerde argumenten, zoals de onnodige administratieve belasting en de technische complexiteit, de in een enkel geval bestaande onmogelijkheid om eenduidig een kostprijs per tariefelement te ontwikkelen, zijn voor wat betreft het bestreden besluit niet bij uitstek toepasselijk.

Het College concludeert derhalve dat Grief C.2 van KPN niet slaagt.

10.9.8 Annex D, "Implementatie en tariefregulering WLR", bevat onder meer nadere regels omtrent de door OPTA opgelegde tariefregulering op basis van retail minus. OPTA acht de retail minus regulering op zichzelf onvoldoende om het probleem van buitensporig hoge tarieven te remediëren. In aanvulling daarop heeft OPTA KPN een wholesale pricecap opgelegd in de vorm van een maximale stijging van het wholesaletarief.

Met Grief D1 betoogt KPN dat deze pricecap onevenredig en niet passend is. Wegens de concurrentie die KPN ondervindt in het aanbod aan telefoniediensten, onder meer door de VoB-diensten van de kabelbedrijven, moet het onwaarschijnlijk worden geacht dat KPN de WLR-tarieven tot een buitensporig niveau zou kunnen verhogen.

Volgens OPTA richt KPN zich aldus veeleer tegen de dominantieanalyse en het onderzoek naar de mededingingsproblemen, terwijl KPN daartegen geen afzonderlijke grieven heeft aangevoerd. Zonder telefoniespecifieke regulering zoals de pricecap op WLR heeft KPN AMM op de retailmarkt en kan zij onafhankelijk van concurrenten opereren en de tarieven op een buitensporig niveau vaststellen. WLR is een noodzakelijke toegangsverplichting en afnemers moeten WLR daadwerkelijk kunnen afnemen, zodat moet worden voorkomen dat buitensporige prijzen worden gerekend. Retail minus in combinatie met de pricecap is daartoe de passende maatregel.

Het College overweegt, dat in hoofdstuk 10 van het bestreden besluit de potentiële mededingingsproblemen beschreven worden. Voor dergelijke problemen geldt dat enerzijds niet bewezen hoeft te worden dat de houder van AMM concrete plannen heeft, om tot dergelijk gedrag over te gaan. Voldoende is dat de mogelijkheid en de prikkel bestaan, waarbij de prikkel geconstateerd mag worden op grond van algemene overwegingen aangaande rationeel gedrag van op maximalisering van de winst gerichte ondernemingen. Op basis daarvan mag OPTA remedies opleggen. Vervolgens kan blijken dat een remedie op enigerlei grond als bijzonder belastend beschouwd moet worden. In dat kader kan de passendheid en proportionaliteit van opgelegde remedies dan een rol spelen, in die zin dat, als een opgelegde remedie een grote investering van de AMM-partij vraagt, of diens wendbaarheid op de markt in zeer grote mate aantast, terwijl aangetoond kan worden dat de prikkel tot het gewraakte gedrag in concreto zwak is, er strijd kan optreden met de evenredigheid.

Het College constateert, dat voor hem niet evident is, dat hier van een dergelijke, onnodig zwaar belastende remedie sprake is, terwijl KPN ook geen daarop toegespitste informatie heeft aangebracht. In dit verband heeft KPN voornamelijk naar voren gebracht, dat zij niet geneigd is haar prijzen substantieel te verhogen, omdat de marktomstandigheden dat niet toelaten, maar waarom onder die omstandigheden, de opgelegde wholesale pricecap voor haar een grote belasting zou vormen, is het College niet duidelijk geworden.

Grief D1 van KPN slaagt derhalve niet.

10.9.9 Grief D2 houdt in dat OPTA bij de toepassing van de pricecap ten onrechte het tarief per ultimo 2008 als uitgangspunt heeft genomen. OPTA heeft ervoor gekozen de in Annex D neergelegde nieuwe methode voor bepaling van de WLR-tarieven pas volledig toe te passen met ingang van 1 april 2009. Volgens Grief D3 is OPTA ten onrechte daartoe niet al met ingang van 1 januari 2009 overgegaan. Voor het eerste kwartaal 2009 geldt nog een overgangstarief, dat in wezen een voortzetting is van de methode zoals die in de vorige reguleringsperiode werd toegepast. Inconsistent en niet passend is dat dit overgangstarief als startpunt wordt genomen voor het prijsplafond voor de hele komende reguleringsperiode.

Het College verwijst naar de hiervoor in 10.4.2 weergegeven randnummers 165 tot en met 168 van het WLR II-besluit en stelt vast dat uit het dictum van dat besluit (zie onderdeel 9) ook blijkt dat daarbij de ingangsdatum voor de nieuwe methode ter bepaling van de WLR-tarieven is vastgesteld op 1 januari 2009. Daarmee is tegemoet gekomen aan Grief D3 van KPN. Nu gesteld noch gebleken is dat KPN nog belang

heeft bij een inhoudelijke beoordeling van Grief D3, gaat het College verder aan deze grief voorbij. Dit betekent naar het oordeel van het College dat ook aan Grief D3 het belang van een inhoudelijke beoordeling is ontvallen, omdat voor het eerste kwartaal 2009 geen overgangstarieven meer gelden, maar de per 1 januari 2009 met toepassing van de nieuwe methode bepaalde WLR-tarieven.

10.9.10 Grief D4 houdt in dat OPTA ten onrechte voorbijgaat aan de operationele problemen die er zijn om het zakelijke van het residentiële aanbod te scheiden. OPTA heeft bepaald voor welke retaildiensten KPN een WLR-dienst moet bieden met een eigen WLR-tarief, maar geen eenduidige norm gesteld aan de hand waarvan kan worden bepaald of sprake is van een zakelijke of residentiële aanbieding.

OPTA stelt dat in randnummer 2 van bijlage 1 bij het bestreden besluit is aangegeven op welke wijze het onderscheid tussen diensten voor de residentiële en zakelijke retailmarkt moet worden gemaakt. In deze bijlage is voorts op basis van de dienstenportfolio van KPN een tabel opgenomen met een indeling van de betreffende diensten naar deze twee te onderscheiden retailmarkten. Het bestreden besluit biedt dus een oplossing voor het door KPN geschetste probleem dat KPN op wholesaleniveau geen onderscheid kan zien tussen residentiële en zakelijke aansluitingen. OPTA heeft gewezen op de randnummers 103 tot en met 105 van het ontwerp-WLR II-besluit van 21 september 2009, waarin is aangegeven dat zij zich om praktische redenen kan vinden in een voorstel van KPN waarmee aan dat probleem tegemoet kan worden gekomen.

Uit de zienswijze van KPN van 13 november 2009 (Bijlage D, randnummer 15) blijkt dat KPN zich met deze oplossing van OPTA kan verenigen. Het College stelt vast dat deze oplossing door OPTA ongewijzigd is overgenomen in het WLR-II-besluit van 16 december 2009 (zie randnummers 104 tot en met 106) en thans rechtens geldt. Naar het oordeel van het College heeft KPN derhalve geen belang meer bij een inhoudelijke beoordeling van Grief D4. KPN heeft gewezen op het feit dat bij het College beroep is ingesteld tegen het WLR II-besluit. Dat feit geeft op zich zelf echter geen aanleiding om aan te nemen dat KPN nog belang heeft bij de beoordeling van specifiek grief D4. De conclusie is dat Grief D4 niet slaagt.

10.9.11 Grief D5 van KPN ziet op de wijze waarop in het geval aansluiting en verkeer in één bundel worden aangeboden het "ontbundelde" tarief voor de aansluiting moet worden bepaald. Door in alle gevallen uit te gaan van BelBasis worden teveel kosten toegerekend aan verkeer, terwijl er ook andere ontbundelde tarieven voor verkeer zijn, waarbij de klant korting krijgt bij oplopende verkeersvolumes. Dit zijn bijvoorbeeld de zogeheten CVN (Corporate Voice Nationaal)-tarieven. Deze kortingsregeling is in de vorige reguleringsronde getoetst aan de toen geldende regels en daarmee in overeenstemming bevonden. Deze retail-verkeerstarieven resulteren niet in een prijsklem voor de concurrenten van KPN en zijn geschikter dan BelBasis om te worden toegepast als ontbundelde tarieven voor gebundeld verkeer. De keuze van OPTA is onzorgvuldig, niet passend en in elk geval onvoldoende gemotiveerd.

Het College verwijst hier naar onderdeel 10.4.2 van deze uitspraak en de daarin genoemde wijziging van Annex D van het bestreden besluit, zoals vastgesteld bij het WLR-II besluit van 19 december 2009.

KPN heeft in haar zienswijze van 13 november 2009 (Bijlage D, randnummer 17), onder verwijzing naar haar zienswijze over het ontwerp-WLR II-besluit van 2 november 2009, gemotiveerd gesteld dat deze wijziging van Annex D niet volledig tegemoet komt aan haar grief. Volgens KPN zouden de BelVrij-bundels op basis van de BelBasis-tarieven ontbundeld moeten worden en bundels voor zakelijke afnemers op basis van de CVN-tarieven.

Het College constateert dat OPTA met vorengenoemde wijziging in het WLR II-besluit afstand heeft genomen van het door haar in Annex D van het bestreden besluit ingenomen standpunt met betrekking tot de wijze waarop het ontbundelde tarief voor de aansluiting moet worden bepaald in het geval dat aansluiting en verkeer in één bundel worden aangeboden. Dit betekent dat het bestreden besluit wat betreft dat standpunt niet kan worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering en in strijd is met artikel 3:46 van de Awb.

Grief D5 treft in zoverre doel. Met de onderhavige wijziging in het WLR II-besluit is het zwaartepunt van de door KPN in het kader van Grief D5 aangevoerde bezwaren inhoudelijk bij die wijziging komen te liggen. Het College zal die bezwaren beoordelen bij de behandeling van het beroep tegen het WLR II-besluit, zodat bij besluitvorming daarop in verband van de onderhavige zaak geen belang meer bestaat

10.10 Gelet op de hiervoor in 10.8 geconstateerde gebreken met betrekking tot de intrekking van de regulering op de zakelijke retailmarkt en het in 10.9.1 en 10.9.2 gegeven oordeel over de grieven A1 en

D5 van KPN over een onderdeel van Annex A en Annex D, komt het College tot de slotsom dat de beroepen gegrond zijn en dat het bestreden besluit voor gedeeltelijke vernietiging in aanmerking komt.

10.11 Het College zal voorts bepalen dat OPTA het door appellanten betaalde griffierecht van 288,- aan ieder van hen vergoedt. Het College ziet voorts aanleiding OPTA te veroordelen in de proceskosten van appellanten. Met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden deze kosten voor BT c.s., Vodafone, KPN, Pretium en Tele2, en UPC vastgesteld op 1.288,- (1 punt voor de beroepschriften en 1 punt voor het verschijnen ter zitting; wegingsfactor 2 voor het gewicht van de zaak).

11. De beslissing

Het College:

- verklaart de beroepen gegrond en vernietigt het bestreden besluit, doch uitsluitend voor wat betreft dictumonderdelen liv

(laatste volzin voor wat betreft de verwijzing naar Annex A), lxxi en lxxii;

- bepaalt dat OPTA binnen drie maanden na de verzending van deze uitspraak een nieuw besluit neemt over

instandhouding van de verplichtingen op de zakelijke retailmarkt na 1 januari 2010;

- bepaalt dat OPTA in alle zaken het door appellanten betaalde griffierecht ten bedrage van telkens 288,- (zegge:

tweehonderdachtentachtig euro) aan ieder van hen vergoedt;

- veroordeelt OPTA in de proceskosten van BT c.s. in zaak AWB 09/209, van Vodafone in zaak AWB 09/210, van KPN in zaak

AWB 09/211, van Pretium en Tele2 in zaak AWB 09/212 en van UPC in zaak AWB 09/213, telkens vastgesteld op

1.288,- (zegge: twaalfhonderdachtentachtig euro).

Aldus gewezen door mr. W.E. Doolaard, mr. R.F.B. van Zutphen en mr. S.C. Stuldreher, in tegenwoordigheid van mr. E. van Kerkhoven als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 30 september 2011.

w.g. W.E. Doolaard w.g. E. van Kerkhoven