



Zienswijze BCPA

ontwerpbesluit

Marktanalyse wholesalebreedband-toegang en -huurlijnen

BCPA maakt graag gebruik van de gelegenheid om een zienswijze in te dienen met betrekking tot het ontwerpbesluit Marktanalyse wholesalebreedband-toegang en -huurlijnen¹. Deze zienswijze is tot stand gekomen in samenwerking met EspritXB.

1. Inleiding

De derde ronde marktanalyses markeert een cruciaal punt in de ontwikkeling van de zakelijke markt. In de jaren kort na de liberalisering van de telecommarkt concentreerde het toezicht van OPTA zich met name op de ontwikkeling van de consumentenmarkt. De zakelijke markt kreeg aanvankelijk niet de nodige aandacht. Dat veranderde in de loop der jaren. Nog in 2009 benoemde OPTA de zakelijke markt tot belangrijk aandachtspunt omdat de ontwikkeling daarvan achterbleef. Inmiddels voltrekken de ontwikkelingen in de zakelijke markt zich volgens OPTA zo snel dat OPTA overweegt om de zakelijke markt grotendeels te dereguleren. Deze ommekeer heeft BCPA vreemd.

BCPA waardeert de wijze waarop marktpartijen tijdens de voorfase met de toezichthouder van gedachten hebben kunnen wisselen over de benodigde dosis regulering voor de zakelijke markt. OPTA heeft zijn reguleringsvisie op onderdelen op een positieve manier bijgesteld. OPTA is afgestapt van de gedachte dat de zakelijke markt volledig kan worden gedereguleerd. Terecht. De ontwikkelingen die volgens OPTA moeten leiden tot een versoepeling van regulering kunnen hooguit evolutionair worden genoemd. Deze werken bovendien niet door in de gehele zakelijke markt. De in BCPA deelnemende

¹ 6 oktober 2011 OPTA/AM/2011/202264, 10.0249.23



aanbieders zien aan de bovenkant van de zakelijke markt, waar zij actief zijn, niet of nauwelijks verbetering in de concurrentie-omstandigheden². Dit geldt zowel voor op koper als voor op glasvezel gebaseerde diensten. In de zakelijke markt is duidelijk sprake van minder dynamiek dan in de consumentenmarkt. Het is dan ook te vroeg voor deregulering van de zakelijke markt. De dereguleringsgedachte staat ook haaks op de belofte van OPTA om de zakelijke markt bijzondere aandacht te geven.

Deregulering komt te vroeg en brengt mogelijk onomkeerbare schade toe aan de ontwikkeling van de zakelijke markt. BCPA verwacht niet dat de mate van concurrentie in de zakelijke markt in de loop van de komende reguleringsperiode zodanig zal toenemen dat verplichtingen kunnen worden versoepeld. Tenslotte is de verwachting van OPTA dat minder regulering zal leiden tot meer concurrentie te mooi om realistisch te kunnen zijn.

2. Samenvatting zienswijze

De zienswijze van BCPA richt zich in hoofdzaak op drie onderdelen³:

- Een toegangsverplichting (en bijbehorende verplichtingen) tot HKWBT/HL over het glasvezelnetwerk van KPN: BCPA meent dat deze toegangsverplichting wel noodzakelijk is;
- Een verplichting tot kostenoriëntatie voor de HKWBT/HL dienstverlening van KPN: BCPA meent dat deze verplichting wel noodzakelijk is;
- De ND-5 toets: BCPA meent dat deze toets niet toereikend is ondanks verbetering op onderdelen.

De zienswijze van BCPA met betrekking tot deze onderdelen leunt sterk op de waardering van de beschikbare alternatieven in de markt. BCPA taxeert de potentie daarvan minder rooskleurig dan OPTA doet. Zo worden de alternatieven voor KPN op glas door BCPA minder enthousiast beoordeeld dan door OPTA. KPN heeft een groter aantal klanten aangesloten en bevindt zich als gevolg van een betere netwerkdekking in een betere uitgangspositie voor de toekomst dan haar concurrenten. De combinatie van het exclusieve bezit

² EspritXB is met name actief in het MKB en in mindere mate in het grootzakelijke marktsegment. Voor beide segmenten geldt dat EspritXB niet of nauwelijks verbetering in de concurrentie-omstandigheden signaleert.

³ Hetgeen in deze zienswijze wordt opgemerkt ten aanzien van de toegangsverplichting tot HKWBT/LL over het glasvezelnetwerk van KPN representeert niet het standpunt van Verizon Nederland B.V.



van een kopernetwerk en van het grootste glasvezelnetwerk levert KPN blijvende voordelen op. Ook in de perceptie van afnemers scoort KPN het hoogst. De bestaande concurrentie in de zakelijke wholesale markten is kwetsbaar. Het is denkbaar dat Tele2 in de komende reguleringsperiode haar wholesale-activiteiten staakt⁴. Eurofiber dreigt naar eigen zeggen uit de markt te worden gedrukt. KPN heeft recent de overname aangekondigd van enkele glasvezelnetwerken⁵. Uit deze transacties blijkt dat KPN haar glasstrategie intensiveert, ook met betrekking tot zakelijk glasvezel. Het alternatieve aanbod neemt hierdoor naar verhouding af.

OPTA kan niet louter afgaan op de goede intenties van enkele alternatieve partijen. OPTA dient een economische kosten-batenanalyse te maken met betrekking tot de veronderstelde voordelen van infrastructuurconcurrentie, de kans van slagen daarvan, en de verwachte effecten voor eindgebruikers.

Deze onderwerpen, alsmede de voorgestelde ND-5 toets, worden besproken in paragraaf 4. Daarvoor bespreekt BCPA in het kort de marktafbakening en de dominantie-analyse.

3. Marktafbakening en dominantie-analyse

3.1. Marktafbakening

Hoewel BCPA met de afbakening van de relevante productmarkten uit 2008 goed uit de voeten kon, en hoewel BCPA niet volledig overtuigd is van de noodzaak om de afbakening uit 2008 bij te stellen, steunt BCPA niettemin de nieuwe marktafbakening. De analyse van de vraag leidt tot de juiste conclusie dat de relevante markt zowel wholesale huurlijnen en hoge kwaliteit WBT over glas omvat als over koper. Dit blijkt onder meer uit het feit dat KPN de producten Wholesale Broadband Access (WBA ZM en WBA CM) en Wholesale Ethernet Access (WEAS) over glasvezel aanbiedt terwijl beide producten ook over koper worden geleverd. KPN biedt bovendien klassieke wholesale huurlijnen (ILL) aan over koper en over glasvezel.

⁴ Op 17 november werd bekend dat KPN een overname van Tele2 overweegt, zie: <http://www.telecompaper.com/nieuws/kpn-ceo-blok-uit-belangstelling-voor-tele2-nl>

⁵ Op 9 november jl. kondigde KPN aan dat zij Edutel, XMS en Concepts ICT van Reggeborgh overneemt, en Lijbrandt overneemt van Reggefiber, als mede de wholesale-activiteiten van Reggefiber

3.2. *Dominantie-analyse*

BCPA steunt de dominantie-analyse. De zeer hoge score van KPN op de besproken criteria moet aanleiding zijn voor een kritische beschouwing van de op te leggen verplichtingen. OPTA heeft oog voor de 'multi-site' problematiek. Het belang van netwerkdekking bij zakelijke netwerkdiensten is groot omdat afnemers met meerdere vestigingen ontsloten moeten worden. De door OPTA gebruikte tabel 21 op pagina 131 van het ontwerpbesluit spreekt in dit verband boekdelen. Een aanbieder die een enkele locatie niet kan ontsluiten loopt het gehele contract (vele locaties) mis. Op basis van alleen MDF-access kunnen andere partijen derhalve zeer beperkt actief zijn op die markt, omdat de kans dat er een locatie buiten het eigen dekkingsgebied valt groot is. BCPA herkent het beeld dat in tabel 21 wordt geschetst. KPN heeft vanuit haar landelijke kopernetwerk en vanuit het grootste glasvezelnetwerk evidente voordelen ten opzichte van concurrenten bij het aansluiten van 'multi-site' bedrijven. KPN kan immers alle bedrijvenlocaties aansluiten op koper en genoeg alle locaties op glas. Alternatieve aanbieders van glasvezel hebben een aanzienlijk kleiner netwerk. Zij zijn zonder regulering niet in staat om meerdere vestigingen van eenzelfde eindgebruiker op hun eigen netwerk aan te sluiten. Dit pleit voor robuuste HKWBT/HL regulering van zowel koper als glas.

Verder dragen ook de voordelen uit verticale integratie en schaal- en breedtevoordelen bij aan de machtspositie van KPN. Er is geen sprake van voldoende kopersmacht die een tegengewicht zou kunnen bieden aan de machtspositie van KPN. BCPA deelt de conclusie van OPTA dat de markt voor HKWBT/HL in aanwezigheid van ULL-regulering niet daadwerkelijk concurrerend is en dat KPN op deze markt beschikt over AMM.

4. Potentiële problemen en verplichtingen

4.1. *Potentiële problemen*

OPTA besteedt bij de beoordeling van de potentiële mededingingsproblemen terecht aandacht aan de 'multi-site'-problematiek. Aanbieders die actief zijn in dit segment, en die niet beschikken over een netwerk met volledige dekking (alle in BCPA actieve deelnemers) hebben een dekkingsprobleem. Dit blijkt als gezegd reeds uit tabel 21. Een aanbod aan 'multi-site'-klanten vereist een aansluiting op alle klantlocaties.



BCPA ziet net als OPTA een aanzienlijk risico dat KPN toegang aan concurrenten of aan service providers weigert of die alleen aanbiedt tegen buitensporig hoge tarieven. Deze zaken leiden tot de potentiële mededingingsproblemen van toegangsweigering en de daaraan gerelateerde toegangsproblemen, prijsdiscriminatie, marge-utholling en buitensporig hoge tarieven. BCPA is beducht voor het risico dat KPN haar eigen retail onderdelen bevoordeelt, door toegang aan haar retail onderdelen te leveren tegen een zodanig laag tarief dat KPN op retail niveau haar klanten een aanbod kan doen dat andere marktpartijen niet kunnen evenaren.

In het licht van het voornemen van OPTA om geen toegangsverplichting op te leggen voor op glasvezel gebaseerde HKWBT/HL is het opvallend dat OPTA hier geen onderscheid maakt tussen (potentiële) problemen die zich voordoen op glasvezel en (potentiële) problemen die zich voordoen op koper. BCPA meent dat de problemen zich op beide netwerken kunnen voordoen, en zal hierna, bij de bespreking van de verplichtingen, betogen dat dit moet leiden tot verplichtingen die zowel op koper als op glas gelden.

4.2. *Verplichtingen*

4.2.1. *Infrastructuurconcurrentie*

OPTA legt in zijn inleiding tot de bespreking van mogelijke verplichtingen sterk de nadruk op de bevordering van infrastructuur concurrentie. Deze benadering is wat BCPA betreft tamelijk eenzijdig. OPTA stelt dat door het bevorderen van concurrentie ook de belangen van eindgebruikers worden bevorderd. Dat is mooi, maar BCPA mist een analyse waaruit blijkt dat alle relevante belangen daadwerkelijk op de juiste wijze zijn afgewogen. Die analyse is van belang, zo blijkt uit de toelichting bij de beleidsregels van de Minister uit 2005⁶. De Minister schrijft daarin dat OPTA, wanneer hij voornemens is een onderneming met AMM een bepaalde verplichting op te leggen, bij het onderzoeken van de markt moet bekijken wat de gevolgen zijn van die maatregel voor de bereidheid van concurrenten om te investeren in infrastructuur. Op basis van een economische analyse dient OPTA de te verwachten effecten van de voorgenomen maatregel op de investeringen in infrastructuur door bestaande of potentiële concurrenten in kaart te brengen.

⁶ Staatscourant 9 juni 2005, nr. 109 / pag. 11



BCPA meent dat de door OPTA verrichte analyse niet voldoet aan de eisen die de Minister stelt. OPTA hecht groot belang aan de beloften van alternatieve partijen maar onderzoekt onvoldoende de ware potentie en de bruikbaarheid van het alternatief. BCPA waardeert de bestaande concurrenten van KPN en de deelnemende aanbieders doen met hen zaken. Niettemin is evident sprake van kwetsbare concurrentie. Dit gegeven noopt tot behoedzaamheid.

De vraag moet worden gesteld of deze kwetsbare concurrentie de komende reguleringsperiode weet te doorstaan. Tele2, als enig overgebleven wholesale alternatief op koper, zou haar wholesale dienstverlening kunnen staken, al dan niet als gevolg van (prijs gerelateerd) mededingingsbeperkend gedrag van KPN of als gevolg van een overname⁷. De wholesaledienstverlening van Tele2 behoort ook niet tot de core business van dit internationale concern. Het recent verschenen rapport van A.T. Kearney⁸ noemt het aannemelijk dat de consolidatie in de markt doorzet, waarbij een aanbieder als Tele2 betrokken kan zijn. Bovendien is het moederbedrijf van Tele2 primair gericht op mobiele dienstverlening en zijn de onderdelen die vaste diensten leverden in vrijwel alle overige Europese landen de afgelopen jaren reeds afgestoten. Onlangs werd bekend dat Tele2 Nederland het management van Tele2 Zakelijk heeft herschikt vanwege een zorgelijke omzetontwikkeling⁹. OPTA wijst ook graag op de inspanningen van Eurofiber. Maar ook die partij is kwetsbaar. Bovendien heeft Eurofiber een bescheiden aandeel in de groei van het glasvezelsegment. Eurofiber dreigt naar eigen zeggen uit de markt te worden gedrukt. Ook de omzet van Eurofiber steekt schril af tegen de omzet van haar belangrijkste concurrent, KPN.

Het vertrekpunt van BCPA bij de beoordeling van de voorgestelde verplichtingen is dat alle wholesale concurrentie welkom is, maar dat de bestaande en potentiële concurrentie niet moet worden overschat. OPTA kan bij het opleggen van verplichtingen dan ook niet zonder meer voorrang geven aan maatregelen die erop zijn gericht om de bestaande en potentiële concurrentie te bevorderen.

⁷ Op 17 november werd bekend dat KPN een overname van Tele2 overweegt, zie: <http://www.telecompaper.com/nieuws/kpn-ceo-blok-uit-belangstelling-voor-tele2-nl>

⁸ *Toekomstbeelden Nederlandse Telecommarkten 2014*, ATKearney/Telecompaper, maart 2011, pagina 43

⁹ Telecompaper d.d. 31 oktober jl: *Tele2 NL grijpt in vanwege zorgelijke omzetontwikkeling*.

4.2.2. *Toegangsverplichting*

4.2.2.1. *Algemeen*

OPTA concludeert dat het opleggen van een toegangsverplichting geschikt en noodzakelijk is. BCPA is het eens met dit oordeel. Vervolgens onderzoekt OPTA of een toegangsverplichting tot HKWBT/HL diensten zowel over koper als over glasvezel geschikt en noodzakelijk is. Dat is volgens OPTA niet het geval. OPTA komt tot de conclusie dat alleen een toegangsverplichting op koper geschikt en noodzakelijk is.

BCPA steunt de opgelegde toegangsverplichting op koper. Dit betreft de verplichting om op koper gebaseerde ILL-toegang op regionaal niveau te leveren, alsmede de verplichting om op koper gebaseerde WBT-toegang te bieden op metroniveau (op dit niveau van toegang komt BCPA hierna terug, in paragraaf 4.2.2.3.), met uitzondering van over koper geleverde ATM-gebaseerde toegangsdiensten waarvoor een toegangsverplichting op regionaal niveau geschikt en noodzakelijk is.

4.2.2.2. *Toegang over glasvezel*

OPTA oordeelt als gezegd dat een verplichting om op glasvezel gebaseerde HKWBT/HL-toegang te leveren niet noodzakelijk is. BCPA is het met dit oordeel niet eens. OPTA legt aan dit onjuiste oordeel een onderscheid ten grondslag tussen koper en glas. Dit onderscheid tussen glas en koper komt enigszins uit de lucht vallen. Immers, OPTA heeft in zijn analyse van de (potentiële) mededingingsproblemen niet een dergelijk (expliciet) onderscheid gemaakt tussen potentiële problemen die zich voordoen op glasvezel respectievelijk op koper. (OPTA lijkt overigens te menen dat dit onderscheid wel is gemaakt bij de analyse van de potentiële problemen, maar vermeldt niet waar dan dat onderscheid wordt gemaakt. BCPA leest in het ontwerpbesluit hooguit enkele voorbeelden van potentiële gedragingen die zich afspelen in de context van koper. OPTA bespreekt niet in hoeverre die potentiële gedragingen zich niet zouden kunnen voordoen op glas.) BCPA begrijpt niet goed hoe OPTA bij de beoordeling van de noodzaak van een toegangsverplichting een onderscheid kan maken tussen koper en glasvezel terwijl OPTA bij de beoordeling van de potentiële problemen niet een dergelijk onderscheid heeft gemaakt. BCPA begrijpt ook niet goed hoe potentiële problemen, die zich ook volgens OPTA zowel op glas als op koper kunnen voordoen, kunnen worden geremedieerd door uitsluitend voor koper een toegangsverplichting op te leg-



gen. Volgens OPTA is het op basis van de toegangsverplichting die geldt voor op koper gebaseerde HKWBT/HL mogelijk om diensten met een landelijke dekking aan te bieden. BCPA begrijpt niet goed hoe de toegangsverplichting voor op koper gebaseerde diensten problemen in de wholesale- en de retailmarkt kan oplossen die spelen bij op glasvezel gebaseerde diensten waarvoor koper geen alternatief kan zijn wegens de inherent beperkte capaciteit. De analyse van OPTA is dan ook onjuist. Alleen hierom al ligt het niet voor de hand om het glasvezelnetwerk van KPN uit te zonderen van de toegangsverplichting. BCPA is het dan ook niet eens met het oordeel van OPTA dat een toegangsverplichting voor op glas gebaseerde HKWBT/HL niet noodzakelijk is.

Een belangrijke pijler in de argumentatie van OPTA is het oordeel van OPTA dat KPN niet beschikt over AMM in de bovenliggende wholesalemarkt ODF-access (FttO). Zoals bekend is BCPA het met dat oordeel niet eens. BCPA verwijst naar haar zienswijze met betrekking tot het ontwerpbesluit ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken, waarvan de inhoud als hier herhaald en ingelast moet worden beschouwd. Een centraal punt in die zienswijze betreft de machtspositie die KPN ontleent aan het feit dat zij als enige aanbieder beschikt over een kopernetwerk in combinatie met het grootste glasvezelnetwerk. BCPA meent dat KPN wel beschikt over AMM in de wholesalemarkt voor ODF-access (FttO). Het oordeel van OPTA om KPN geen toegangsverplichting op te leggen met betrekking tot op glasvezel gebaseerde HKWBT/HL kan niet worden gedragen door het onjuiste oordeel dat KPN niet beschikt over AMM in de bovenliggende wholesalemarkt ODF-access (FttO).

OPTA benadrukt de aanwezigheid van concurrentie op de markt voor ODF-access (FttO), waardoor KPN en andere aanbieders, zoals Eurofiber, op glas gebaseerde HKWBT/HL diensten leveren zonder dat hiervoor een toegangsverplichting voor KPN geldt. OPTA nuanceert het voordeel dat KPN heeft ten aanzien van de netwerkdekking van zakelijke glasnetwerken. BCPA is het met die analyse niet eens. KPN's dekking via glasvezel is immers aanzienlijk groter dan de dekking van de glasvezelnetwerken van andere partijen, zoals Eurofiber. BCPA wijst verder op de trendbreuk in glasleveringen sinds het tweede kwartaal van 2010, die is besproken in paragraaf 4.1 onder punt 2 van de zienswijze met betrekking ODF-access (FttO). Marktpartijen hebben de indruk dat momenteel vrijwel alle glasverbindingen door KPN worden geleverd. Daardoor moet het marktaandeel van KPN fors stijgen ten koste van het marktaandeel van haar concurrenten.

Conclusie toegangsverplichting

Een verplichting voor KPN om op glas gebaseerde HKWBT/HL-toegang te leveren is wel noodzakelijk, in het bijzonder omdat koper geen alternatief vormt voor glas voor de hogere bandbreedten. Zonder toegangsverplichting blijven alternatieve marktpartijen op glas ook verstoken van een toets die hen beschermt tegen marge-utholling. KPN zal daardoor naar verwachting in staat zijn om via aantrekkelijke aanbiedingen voor glasvezeldiensten (al dan niet gebundeld met koper) de retailmarkt naar zich toe te trekken.

4.2.2.3. Niveau van toegang

In randnummer 720 bespreekt OPTA dat KPN sinds 2006 verplicht is om hoge kwaliteit breedband toegangsdiensten te leveren op regionaal niveau. OPTA beoogt met zijn regulering echter dat de diensten op een zo laag mogelijk niveau in het netwerk moeten worden geleverd om zo dicht mogelijk infrastructuurconcurrentie te benaderen. In het voorgaande marktanalysebesluit WBT betekende dit het zogenaamde 'metroniveau'. OPTA heeft in 2008 tevens bepaald dat KPN ook regionale toegang diende te blijven leveren zolang zij geen afneembaar metro-aanbod beschikbaar had. OPTA acht toegang op metroniveau ook nu passend.

BCPA was in 2008 geen voorstander van dit streven van OPTA om de toegang op metroniveau te laten ontstaan. BCPA verwijst naar grief 1 (voorwaardelijke uitfasering van WBT-toegang op regionaal niveau) uit het beroepsschrift van BT, Colt en Verizon in de procedure tegen het marktanalysebesluit WBT uit 2008¹⁰. BCPA geeft deze grief hier verkort weer:

1. De voorwaardelijke intrekking was onvoldoende gemotiveerd;
2. De voorwaardelijke intrekking was niet (kenbaar) gebaseerd op een adequate afweging van alle betrokken belangen;
3. De mate van concurrentie op de markt voor trunkverbindingen tussen metro en regionale niveau was niet van (doorslaggevend) belang voor de passendheid van WBT-toegang op regionaal niveau;
4. Het desbetreffende oordeel uit het huurlijnenbesluit (2008), dat de markt voor trunkverbindingen tussen metro en regionale niveau concurrerend is, was in dat besluit onvoldoende gemotiveerd en overigens onjuist;
5. De voorwaardelijke intrekking werd niet gerechtvaardigd door OPTA's

¹⁰ Beroepsschrift in zaaknummer AWB 09/206, d.d. 19 juni 2009



6. doelstelling om infrastructuurconcurrentie te bevorderen;
Zelfs als de voorwaardelijke intrekking van WBT-toegang op regionaal niveau passend zou zijn geweest, dan bood OPTA marktpartijen in het bestreden besluit onvoldoende zekerheid door niets te overwegen over de duur van de redelijke migratietermijn die KPN in acht dient te nemen bij het uifasieren van regionale toegang.

OPTA is bekend met deze grief, die als hier herhaald en ingelast moet worden beschouwd.

4.2.3. *Kostenoriëntatie*

OPTA meent dat het opleggen van tariefregulering aan KPN op de HKWBT/HL-markt weliswaar een geschikte maar geen noodzakelijke maatregel is. BCPA meent dat kostenoriëntatie niet alleen geschikt maar ook noodzakelijk is.

OPTA baseert zijn oordeel dat het opleggen van tariefregulering aan KPN op de HKWBT/HL-markt niet noodzakelijk is op de aanwezigheid van een aantal overige verplichtingen, waaronder een non-discriminatieverplichting (verbod op tariefdifferentiatie). De analyse van OPTA wordt beschreven in een enkele alinea, in randnummer 744. Daar beschrijft OPTA een zestal omstandigheden op grond waarvan OPTA meent dat kostenoriëntatie niet noodzakelijk is:

- I. in de A-gebieden zal concurrentie heersen op koper en glas;
- II. het verbod op tariefdifferentiatie voorkomt dat KPN in B- gebieden hogere HKWBT/HL tarieven rekent dan in A-gebieden;
- III. de ND-5 toets zorgt voor prijsdruk op de wholesale tarieven waardoor de concurrentie op wholesaleniveau toeneemt;
- IV. de aldus toegenomen wholesale concurrentie leidt tot meer retail concurrentie;
- V. meer retailconcurrentie leidt tot lagere retailtarieven;
- VI. lagere retailtarieven leiden via ND-5 tot lagere wholesaletarieven.

BCPA citeert hieronder de betreffende passage uit het ontwerpbesluit en zal in dit citaat verwijzen naar de hiervoor genoemde zes omstandigheden:

744. Het college is van oordeel dat tariefregulering niet noodzakelijk is in de aanwezigheid van de hiervoor geschikt en noodzakelijk bevonden verplichtingen. Daarvoor is wel een invulling van de non-discriminatieverplichting noodzakelijk waarbij tariefdifferentiatie tussen gebieden is verboden (behoudens op basis van kostenverschillen) en verschillende marges worden getoetst (de invulling waarvoor het college in paragraaf 8.3 kiest). Deze invulling van de non-discriminatieverplichting waarborgt



naar het oordeel van het college voldoende dat op de HKWBT/HL-markt competitieve tarieven ontstaan. De non-discriminatieverplichting met een verbod op tariefdifferentiatie voorkomt dat KPN tarieven differentieert tussen gebieden en verschillende afnemers zonder dat dit is gebaseerd op kostenverschillen (I en II). Een squeeze-toets tussen geregleerde HKWBT/HL-toegang en andere diensten in de HKWBT/HL-markt en onderliggende retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten, zorgen voor voldoende prijsdruk op de geregleerde toegang die KPN dient te leveren. Het college verwacht dat wholesale concurrenten daardoor HKWBT/HL-diensten bij KPN kunnen inkopen tegen redelijke tarieven. Dat zal leiden tot meer concurrentie op HKWBT/HL-diensten (III) en meer concurrentie op de onderliggende retailmarkten (IV). Die toegenomen concurrentie zorgt naar verwachting voor lagere tarieven (V) die via een squeeze-toets bijdragen aan lagere tarieven voor geregleerde HKWBT/HL-toegang (VI). Aangezien KPN niet in staat is in generieke zin de wholesaletarieven buitensporig te verhogen, is het college van oordeel dat in deze situatie tariefregulering niet noodzakelijk is.

OPTA verwacht kennelijk een eindeloze verlaging van tarieven, zowel van wholesale- als van retaildiensten. Immers, de dalende wholesaletarieven, die als een gegeven worden beschouwd, leiden - volgens OPTA - tot dalende retailtarieven die - volgens OPTA - via ND-5 leiden tot steeds verder dalende wholesaletarieven, die weer leiden tot dalende retailtarieven, en zo voorts. Dit is onmogelijk.

Opmerkelijk is de aanname dat in A-gebieden sprake zal zijn van concurrerende tarieven. OPTA licht niet toe waar hij deze verwachting op baseert. BCPA meent dat deze verwachting moet worden genuanceerd. Hiervoor is betoogd dat OPTA onvoldoende heeft onderzocht wat de duurzame potentie is van de bestaande alternatieven. BCPA is er niet van overtuigd dat de bestaande alternatieven in alle opzichten even bruikbaar zijn als het aanbod van KPN, en meent dat dit aanbod te kwetsbaar is om een (blijvende) druk uit te oefenen op de WBHT/HL tarieven van KPN. Als dit aanbod de komende reguleringsperiode niet overleeft dan gaat deze belangrijke aanname onderuit.

OPTA neemt aan dat niet alleen Tele2 maar ook Eurofiber en andere glas-aanbieders zorgen voor concurrentie op HKWBT/HL in A-gebieden (die vervolgens via verbod op tariefdifferentiatie moet zorgen voor redelijke tarieven in B-gebieden). OPTA heeft onvoldoende onderzocht en niet gemotiveerd hoe dat in zijn werk gaat, terwijl OPTA wel inziet dat glas wegens de hoge tarieven vaak geen alternatief is voor koper (vgl. randnummers 139, 147, 548, 600).



Verder is het zo dat voorzover sprake is van concurrentie op wholesale niveau, deze concurrentie (mede) tot stand is gekomen door (dreiging van) regulering, waaronder tariefregulering. OPTA maakt nergens duidelijk op grond waarvan de verwachting is gewettigd dat in de komende reguleringsperiode ook zonder (tarief)regulering sprake zal zijn van concurrerende tarieven.

BCPA plaatst ook vraagtekens bij het onder III beschreven causaal verband (de ND-5 toets zorgt voor prijsdruk op de wholesale tarieven waardoor de concurrentie op wholesaleniveau toeneemt). Het moge zo zijn dat de afgelopen periode bepaalde wholesale tarieven zijn gedaald, maar de vraag is of dat inderdaad een direct gevolg was van de toepassing van de ND-5 toets. Opmerkelijk genoeg is OPTA daar zelf kennelijk niet volledig van overtuigd. BCPA citeert randnummer 557 uit het ontwerpbesluit:

557. Na de vernietiging door het CBb van het Huurlijnenbesluit in april 2010, gelden geen verplichtingen meer op de huurlijnenmarkt zoals deze indertijd was afgebakend. Dit betreft onder de huidige afbakening HKWBT/HL de wholesaleproductcategorieën WEAS, SDH ILL, DWDM ILL en ILL smalband. De prijzen van deze wholesaleproductcategorieën zijn gedurende deze periode echter nog wel indirect gereguleerd door de ND-5 verplichting op ULL. De ND-5 houdt kortgezegd in dat KPN hierdoor onder meer HKWBT-diensten niet hoger mocht prijzen dan de retaildiensten die op basis van HKWBT werden aangeboden. De ND-5 verplichting is daarom mogelijk een belangrijke verklarende factor voor de forse prijsdaling van de WEAS-diensten van KPN. Zodoende kan regulering de oorzaak zijn van prijsdalingen bij WBT ZM en WEAS diensten. Echter, de prijsdalingen van SDH ILL, DWDM ILL en ILL smalband staan op zichzelf. (onderstrepingen toegevoegd.)

Het causaal verband tussen de ND-5 toets en de tariefdaling in de afgelopen reguleringsperiode is kennelijk niet eenduidig en mogelijk zelfs niet bestaand. De laatste zin maakt duidelijk dat de verwachte effecten niet gelden met betrekking tot de tarieven van *alle* relevante wholesalediensten. Zelfs wanneer wordt aangenomen dat sprake was van een causaal verband, dan is niet uitgesloten dat dit een eenmalige verlaging betrof. OPTA motiveert niet waarom hij meent dat herhaling aannemelijk is.

BCPA merkt in dit verband op dat de verzwaarde ND-5 toets tussen ULL en HKWBT/HL in de komende reguleringsperiode kan leiden tot hogere HKWBT/HL tarieven. Dit effect van de verzwaarde ND-5 toets wordt erkend door OPTA in randnummer 418 van de Nota van Bevindingen bij het op 10



november jl. genotificeerde ULL-besluit¹¹. Deze mogelijke verhoging van HKWBT/HL tarieven in de komende reguleringperiode staat haaks op de aanname dat de HKWBT/HL tarieven blijvend onder druk staan (vgl. III). Denkbaar is dat KPN haar HKWBT/HL-tarieven zal verhogen om een einde te maken aan een eventuele marge-utholling. Denkbaar is dan ook dat Tele2 die prijsverhoging van KPN zal volgen. OPTA houdt althans met deze reële mogelijkheid ten onrechte geen rekening in zijn analyse.

Conclusie kostenoriëntatie

OPTA verwacht dat het niet-opleggen van een verplichting tot kostenoriëntatie leidt tot *meer* concurrentie dan in de huidige periode, waarin wel een verplichting tot kostenoriëntatie was opgelegd. OPTA legt niet uit waarom hij verwacht dat daardoor de concurrentie *toeneemt*. De verwachting dat de wholesale- en retailtarieven (blijven) dalen kan niet juist zijn en is ook niet aannemelijk gemaakt.

OPTA maakt niet aannemelijk dat de tarieven van KPN verder zullen dalen en maakt niet aannemelijk dat zij niet kunnen stijgen. BCPA meent dan ook primair dat OPTA een verplichting tot kostenoriëntatie moet opleggen. Subsidiair pleit BCPA voor het opleggen van een safety cap. Een safety cap biedt afnemers de zekerheid dat tarieven niet zullen stijgen. Nu OPTA uitgaat van (eindelozes) dalingen van de betreffende wholesaletarieven kan OPTA onmogelijk van mening zijn dat een safetycap niet passend en niet proportioneel is. Daar komt bij de er geen kosten van implementatie aan zijn verbonden. Een safetycap kan dus ook om die reden niet disproportioneel zijn.

¹¹ OPTA bevestigt dat een verhoging van de HKWBT/HL-tarieven een mogelijk gevolg zal zijn van de gewijzigde invulling van de wholesale-wholesale toets. OPTA meent echter dat dit alleen het geval is als KPN haar huidige tarieven onder EDC-minus kostenniveau heeft gezet. OPTA meent dat dit niet waarschijnlijk is, kennelijk omdat OPTA meent dat KPN niet het doel heeft om daarmee haar concurrenten uit de markt te drukken, ernstig te verzwakken of om toetreding onmogelijk te maken. BCPA ziet niet op voorhand in waarom KPN niet dit doel zou hebben. Uit de beschrijving van potentiële mededingingsbeperkende gedragingen door OPTA blijken voldoende voorbeelden van het tegenovergestelde. OPTA motiveert niet waarom hij meent dat KPN haar tarieven niet onder het EDC-minus kostenniveau heeft gezet, noch in de NvB noch in het onderhavige ontwerpbesluit HKWBT/HL. OPTA vervolgt randnummer 418 uit de NvB met de opmerking dat in die gevallen waar een tariefverhoging op WHBT wel nodig is om aan de toets te voldoen, het college die noodzakelijk acht om ULL afnemers voldoende mogelijkheden te bieden om met KPN te concurreren op de WHBT-markt. Kortom, een verhoging van HKWBT/HL tarieven als gevolg van de verzwaarde ND-5 toets is wel degelijk mogelijk, ook volgens OPTA.

4.2.4. ND-5

4.2.4.1. Algemeen

De ND-5 toets uit de vorige reguleringperiode bood alternatieve aanbieders onvoldoende soelaas. BCPA zal hierna in het kort de bezwaren ten aanzien van de oorspronkelijke toets bespreken, voorzover deze ook nu relevant zijn. De introductie van EDC minus in de wholesale-to-retail toets, alsmede de opname van de inkoopkosten van extern ingekochte wholesalebouwstenen (out-of-pocket), zoals bijvoorbeeld de inkoop van FTA/MTA bij andere aanbieders, betreffen verbeteringen ten opzichte van de oorspronkelijke toets, maar maken de ND-5 toets nog niet tot een adequaat instrument.

4.2.4.2. ND-5 toets (oud)

De ND-5 toets is grotendeels ongewijzigd. BCPA handhaaft haar bezwaren tegen de oude test¹². Volledigheidshalve worden de voornaamste bezwaren kort samengevat:

- De keuze voor een EEO test (Equally Efficient Operator test) en niet voor een REO test (Reasonably Efficient Operator test). Ten onrechte wordt uitgegaan van de voortbrengingswijze van KPN. OPTA rept met geen woord over het bestaan van de REO-test, die door de Europese Commissie is aanbevolen¹³. Marktpartijen hebben deze variant, die ook in de jurisprudentie¹⁴ steun vindt, bij herhaling bepleit. OPTA motiveert niet waarom hij voorbij gaat aan het bestaan van de REO-test. Ingeval van een keuze voor een EEO test zou OPTA een correctie voor schaal- en breedtevoordelen moeten toepassen die rekening houdt met de efficiënte kosten van concurrenten.
- De hoogte van de door KPN te hanteren retailopslag. Betoogd is dat deze per dienst moet worden vastgesteld. BCPA verwijst verder naar het in opdracht van Tele2 c.s. opgestelde rapport Margin Squeeze Testing in an ex ante Regulatory Environment, van 23 maart 2011, waarin een groot aantal kosten wordt genoemd die in de test zouden moeten worden meegenomen. OPTA besteedt hier ten onrechte geen aandacht aan. Een retailopslag van 1% voor huurlijnen en dataconnect (en spraaktelefonie) en 3% voor breedband is te laag. Ook de specifiek voor het bedrijfsonderdeel Corporate Solutions berekende retail-to-

¹² vgl. aanvullend beroepschrift BT, Colt en Verizon Business, in het beroep tegen het marktanalysebesluit huurlijnen 2008, zaaknummer AWB 09/215, d.d. 17 juli 2009

¹³ overweging 26 in de NGA Recommendation

¹⁴ TeliaSonera, HvJ EU, 17 februari 2011, zaak C-52/09



retailopslag van 4% is aan de lage kant. Voor het geval OPTA vasthoudt aan zijn voornemen om de in 2009 berekende retailopslagen te handhaven verdient het aanbeveling ook de genoemde 4% voor het bedrijfs onderdeel Corporate Solutions expliciet op te nemen in het besluit.

- Tenslotte zijn grieven naar voren gebracht met betrekking tot het proces. Het ND-5 proces is en blijft voor derden zeer onduidelijk. Alleen KPN en OPTA weten nu precies wat er speelt. Derde-belanghebbenden weten dat niet en lopen daardoor voortdurend achter de feiten aan. Dit is onwenselijk. Een transparant proces is erbij gebaat indien het resultaat van de toets wordt vastgelegd in een separaat appelabel besluit.

4.2.4.3. *Nieuwe elementen*

Een aantal zaken wordt niet voldoende opgehelderd. De toelichting in het besluit is erg summier en niet in alle opzichten duidelijk. Met betrekking tot de definities in randnummer 788 e.v. vraagt BCPA zich af waarop precies wordt bedoeld met de term '(gecombineerde) aanbidding van KPN'. Wordt hier bedoeld op bundels, die bestaan uit gereguleerde alsmede ongereguleerde diensten? Onduidelijk blijft hoe bundels in de toets worden verwerkt.

In randnummers 681 - 685 noemt OPTA vier voorbeelden van marge-utholling. In de conclusie (randnummer 686) blijkt vervolgens dat OPTA van de vier genoemde voorbeelden het risico op marge-utholling op het niveau van de HKWBT/HL-markt, dat wil zeggen tussen HKWBT/HL-markt geleverd op verschillende netwerkniveaus, het grootst acht. OPTA motiveert deze analyse niet.

BCPA merkt tenslotte op dat de mogelijkheden van KPN om de marges van concurrerende aanbieders uit te hollen worden vergroot nu OPTA afziet van het opleggen van een verplichting tot kostenoriëntatie. In het verleden nam OPTA altijd aan dat de verplichting tot kostenoriëntatie bijdroeg aan het beperken van het risico op marge-utholling. Daarvan is nu zeker geen sprake meer. Dit pleit voor een strengere toets dan voorheen - volgens OPTA - gerechtvaardigd was.

Conclusie ND-5:

De ND-5 toets in het ontwerpbesluit is op onderdelen verbeterd, maar bevat op hoofdlijnen nog te veel elementen uit de oorspronkelijke toets om werkelijk effectief te kunnen zijn. Het proces moet transparant zijn voor alternatieve



ve aanbieders. Zij zijn erbij gebaat indien het resultaat van de toets wordt vastgelegd in een separaat appelabel besluit.

4.2.5. *Verbod op tariefdifferentiatie*

OPTA is blijkens de nota van bevindingen bij het Marktanalysebesluit ontbundelde toegang van plan om de norm voor tariefdifferentiatie in het definitieve ULL-besluit te verruimen. OPTA houdt daarbij wel vast aan een verbod, met als enige uitzondering voorafgaande goedkeuring door het college. De norm voor tariefdifferentiatie zal door OPTA zodanig worden verruimd dat KPN goedkeuring kan verkrijgen voor door haar voorgenomen tariefdifferentiatie indien zij kan aantonen dat met die differentiatie het level playing field niet wordt verstoord en er geen anti-competitieve effecten vanuit gaan.

Nu BCPA moet vrezen dat OPTA deze verruiming ook in het onderhavige besluit wil doorvoeren merkt BCPA op dat BCPA het niet eens zou zijn met een dergelijke verruiming. KPN heeft niet aangetoond dat het niet voor iedere vorm van tariefdifferentiatie bij voorbaat zeker is dat die tot negatieve effecten leidt. Mocht de verruiming toch plaatsvinden, ook in het onderhavige besluit, dan is van groot belang dat marktpartijen worden geconsulteerd in de goedkeuringsprocedure. Zij moeten zich kunnen uitlaten over het verzoek van KPN waarin KPN tracht aan te tonen dat het level playing field niet wordt verstoord en dat er geen anti-competitieve effecten vanuit gaan.

5. Analyse retailmarkten

BCPA constateert dat OPTA heeft nagelaten om de onderliggende retailmarkt(en) te analyseren in aanwezigheid van ULL regulering, in afwezigheid van FttO-regulering en in afwezigheid van HKWBT/HL regulering via glasvezel. Die analyse betreft stap 5 in de op pagina 24 beschreven werkwijze van OPTA en heeft in 2008 wel plaatsgevonden (in hoofdstuk 14 uit het marktanalysebesluit huurlijnen 2008). Daardoor ontbreekt in feite een (volledige) analyse van de effecten van de voorgestelde verplichtingen, dan wel van de effecten van het niet-opleggen van verplichtingen.



6. Conclusie

Deregulering van de HKWBT/HL markt, ook gedeeltelijke deregulering, komt te vroeg en brengt mogelijk onomkeerbare schade toe aan de ontwikkeling van de zakelijke markt. Als de markt zich al zou ontwikkelen *richting concurrentie* dan is sprake van een trage, evolutionaire ontwikkeling. De zakelijke markt is daarmee nog niet concurrerend. BCPA taxeert de waarschijnlijkheid dat de mate van concurrentie in de zakelijke markt in de loop van de komende reguleringsperiode toeneemt veel minder rooskleurig dan OPTA. De verwachting van OPTA dat minder regulering moet leiden tot meer concurrentie is te mooi om realistisch te kunnen zijn.