

Het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG
Programma-MA@opta.nl

17 november 2011

Zienswijze

namens

de besloten vennootschap Eurofiber B.V.
gevestigd te Maarsse,

Inzake:

Ontwerpbesluit Marktanalyse wholesalebreed-
bandtoegang en -huurlijnen van 6 oktober 2011
(met kenmerk OPTA/AM/2011/202264).

1 Inleiding

- 1 Op 6 oktober 2011 heeft het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (“OPTA”) het ontwerpbesluit marktanalyse wholesalebreedbandtoegang en -huurlijnen (“WBT/HL ontwerpbesluit”) gepubliceerd. In het ontwerpbesluit wijst OPTA Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 Burgerlijk Wetboek, voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de HKWBT/HL-markt (hierna: “KPN”), aan als onderneming met aanmerkelijke markt (“AMM”). Op deze afzonderlijke markt voor HKWBT/HL worden aan KPN de volgende verplichtingen opgelegd: de verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken om HKWBT/HL-toegang over koper, een non-discriminatieverplichting en een transparantieplichting (inclusief de verplichting tot het doen van een referentieaanbod). Daarnaast concludeert OPTA dat de afzonderlijke LKWBT -markt concurrerend is en dat KPN niet over AMM beschikt op deze markt. KPN wordt daarom niet gereguleerd op de LKWBT-markt.
- 2 De consultatietermijn voor dit ontwerpbesluit loopt tot en met 17 november 2011. Eurofiber B.V. (“Eurofiber”) dient hierbij als belanghebbende tijdig een zienswijze in over het WBT/HL ontwerpbesluit. Voor zover het WBT/HL ontwerpbesluit zou bestaan uit afzonderlijke besluitonderdelen merkt Eurofiber op dat haar zienswijze ziet op alle afzonderlijke besluitonderdelen van dit ontwerpbesluit.

2 Relevante markt voor WBT en WHL

- 3 In hoofdstuk 4 van het WBT/HL ontwerpbesluit bakent OPTA de relevante markt voor WBT en WHL af.
- 4 Samengevat, komt OPTA tot de conclusie dat er sprake is van twee relevante productmarkten: de relevante markt voor hoge kwaliteit WBT en wholesalehuurlijnen, inclusief terminating dark fiber (“HKWBT/HL”) en de relevante markt voor lage kwaliteit WBT (“LKWBT”). Eurofiber onderschrijft het afbakenen van een separate markt voor HKWBT/HL. Eurofiber is zelf (mede) actief als aanbieder van HKWBT/HL (via Eurofiber wholesale diensten), maar biedt geen diensten aan op de markt voor LKWBT. Eurofiber kan uit haar eigen ervaring als HKWBT/HL-aanbieder bevestigen dat de markt voor HKWBT/HL een andere markt is dan de LKWBT -markt. Door een HKWBT/HL-partij kan volgens Eurofiber niet zonder additionele investeringen en aanpassingen van het bedrijfsproces worden toegetreden op deze LKWBT markt.

- 5 OPTA concludeert daarnaast dat interne leveringen tot dezelfde relevante markt gerekend kunnen worden als externe leveringen (paragraaf 4.4.1), dat glasvezeltoegang tot dezelfde markt behoort als kopertoegang (paragraaf 4.4.2) en dat alleen bij LKWBT (dus niet bij HKWBT/HL) coax tot dezelfde markt behoort als WBT over koper (paragraaf 4.4.3). Eurofiber onderschrijft deze conclusies van OPTA.
- 6 De conclusie dat interne leveringen tot dezelfde relevante markt gerekend kunnen worden als externe leveringen wordt gestaafd door de omstandigheden op de HKWBT/HL-markt. Dat er sprake is van aanbodsubstitutie tussen aanbieders van interne en externe leveringen van HKWBT/HL volgt volgens Eurofiber reeds uit het gegeven dat bepaalde marktpartijen in de praktijk nu al zowel intern als extern HKWBT/HL leveren. Dit geldt onder meer voor Eurofiber zelf.
- 7 De conclusie van OPTA dat HKWBT/HL over glas en koper tot dezelfde markt behoren wordt eveneens gedeeld door Eurofiber. Dit volgt reeds uit OPTA's analyse van directe vraagsubstitutie: HKWBT/HL over deze typen netwerken is technisch mogelijk, het kopernetwerk heeft een nagenoeg landelijke dekking terwijl de dekking van het FttO-netwerk gestaag toeneemt en over deze netwerken kunnen (nagenoeg) dezelfde retaildiensten worden opgebouwd.
- 8 Tot slot concludeert OPTA dat de markt voor HKWBT/HL nationaal dient te worden afgebakend omdat de concurrentievoorwaarden nationaal voldoende homogeen zijn. Eurofiber onderschrijft deze conclusie van OPTA. Eurofiber kan uit haar eigen ervaring als HKWBT/HL-aanbieder (via Eurofiber wholesale diensten) bevestigen dat er in haar eigen aanbod geen duurzame verschillen zijn in prijzen en productaanbod tussen de verzorgingsgebieden waar zij (via Eurofiber wholesale diensten) actief is.

3 Dominantieanalyse markt voor HKWBT/HL

- 9 In hoofdstuk 5 van het WBT/HL ontwerpbesluit onderzoekt OPTA of de relevante wholesalemarkt voor LKWBT en HKWBT/HL al dan niet daadwerkelijk concurrerend is, en of op deze markt ondernemingen actief zijn die beschikken over AMM. In het onderstaande deel van deze zienswijze zal Eurofiber alleen ingaan op de dominantieanalyse van OPTA voor zover deze ziet op de markt voor HKWBT/HL.
- 10 Samengevat, komt OPTA tot de conclusie dat de markt voor HKWBT/HL bij de aanwezige ULL-regulering niet daadwerkelijk concurrerend is en dat KPN op deze markt beschikt over AMM. Eurofiber kan zich vinden in deze eindconclusie van OPTA. Bij het bereiken van deze eindconclusie door OPTA zijn een aantal deelconclusies van OPTA van belang, waaronder dat het marktaandeel van KPN op de markt voor HKWBT/HL op zichzelf een indicatie van een AMM-positie is (paragraaf 5.3.1). De deelconclusie van OPTA dat het marktaandeel van KPN op de markt voor

HKWBT/HL op zichzelf een indicatie is van een AMM-positie wordt gedeeld door Eurofiber.

- 11 Daarbij merkt Eurofiber in de eerste plaats op dat zij instemt met de aanpak van OPTA om interne en externe leveringen bij elkaar op te tellen en op die basis het marktaandeel van marktpartijen te berekenen. Indien alleen gerekend zou worden met marktaandelen gebaseerd op externe leveringen zou een vertekend beeld van de HKWBT/HL-markt ontstaan volgens Eurofiber. Dit is bevestigd in eerdere beschikkingen van de NMa waarin de WBT-markt is geanalyseerd, zoals de zaken KPN/CAIW¹ en KPN/Reggefiber². Het principe dat marktaandelen voor interne en externe leveringen moeten worden opgeteld om een reëel beeld van de markt te krijgen is bovendien eveneens terug te vinden in de NMa-beschikking in de zaak KPN/Telfort³ en de Commissie-beschikking in de zaak IBM/Maerskdata.⁴
- 12 Tot slot merkt Eurofiber op dat zelfs als OPTA in deze consultatie tot de conclusie zou komen dat dat het marktaandeel van KPN op de HKWBT/HL-markt geen indicatie zou zijn van een AMM-positie van KPN (hetgeen volgens Eurofiber een onjuiste conclusie zou zijn), de overige voor dominantie relevante factoren er nog steeds op zouden wijzen dat de HKWBT/HL-markt niet daadwerkelijk concurrerend is en KPN beschikt over AMM op deze markt.

4 Ten onrechte geen verplichtingen voor zakelijk glas

- 13 Eurofiber's principiële bezwaar tegen het huidige ontwerpbesluit is dat OPTA vervolgens, na een juiste marktafbakening en dominantieanalyse voor HKWBT/HL, een uitzondering maakt op de verplichtingen aan KPN voor wat betreft glas. De reden hiervoor is weergegeven in de randnrs. 724-726 van het huidige ontwerpbesluit. Kort gezegd legt OPTA geen verplichtingen op aan KPN omdat i.) een toegangsverplichting bij koper voldoende wordt geacht (randnr. 725), en ii.) er concurrentie zou zijn op de markt voor ODF-toegang (FttO). Deze redenering houdt dus direct verband met de conclusie van OPTA dat zij vooralsnog geen aanmerkelijke marktmacht van KPN heeft kunnen aantonen voor de 'bouwsteen' FttO in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken van 6 oktober 2011. Eurofiber acht deze conclusie onjuist, zoals zij uiteenzet in haar zienswijze inzake het ontwerpbesluit ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken. Deze zienswijze is aangehecht als bijlage (BIJLAGE 1).

¹ NMa-besluit van 5 augustus 2011, zaaknummer 7204/52 (KPN/CAIW), par. 129.

² NMa-besluit van 19 december 2008, zaaknummer 6397/274 (KPN/Reggefiber), voetnoot 61.

³ NMa-besluit van 30 augustus 2005, zaaknummer 5104/45 (KPN/Telfort), par. 23.

⁴ Commissie-beschikking van 18 november 2004, zaaknummer COMP/M.3571 (IBM/Maerskdata), par. 18.

- 14 In de aangehechte zienswijze wordt er op gewezen dat in randnummer 240 van het ontwerpbesluit ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken van 6 oktober 2011 door OPTA wordt gesteld dat bij een marktaandeel van tussen 40 en 50 procent niet op voorhand aannemelijk is dat de betrokken onderneming een machtspositie bezit, maar dat dit afhankelijk is van bijkomende factoren. OPTA onderwerpt vervolgens deze factoren aan een onderzoek en concludeert dat er op dit moment geen of onvoldoende aanwijzingen zijn dat KPN beschikt over aanmerkelijke marktmacht. Deze conclusie is geheel inconsistent omdat de factoren, op een uitzondering na, geheel of beperkt bijdragen aan een mogelijke machtspositie van KPN.
- 15 Voor wat betreft de analyse van de eerste factor, te weten de controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur (paragraaf 5.4.1), wijst Eurofiber nog op het recente document met de titel 'Marktanalyse FttO' van 16 november 2011, opgesteld door Stratix (BIJLAGE 2). Dit document is in opdracht van zeven marktpartijen tot stand gekomen, waaronder Eurofiber. Het document bespreekt twee onderwerpen: beschikbaarheid en bruikbaarheid van zakelijk glas. Voor wat betreft het eerste onderwerp is mede gebruik gemaakt van gegevens van Eurofiber. Hoewel het document een reactie geeft op het ontwerpbesluit ULL van 23 juni 2011, is het document ook voor het onderhavige Ontwerpbesluit relevant. Uit de bespreking van het eerste onderwerp volgt dat, anders dan in randnummer 256 Ontwerpbesluit door OPTA weergegeven, de netwerkdekkingsvoordelen van KPN substantieel zijn. OPTA wordt verzocht in haar definitieve besluit met de door Stratix in het document verzamelde gegevens rekening te houden.
- 16 Verder wordt in aangehechte zienswijze gerefereerd aan documenten van OPTA in de procedures bij het Cbb, deels in reactie op de grieven van Eurofiber. Hierin onderschrijft OPTA dat KPN een AMM heeft op de markt voor ODF-toegang FttO. Zie onder andere het Herstelbesluit ULL van 27 april 2010, alsmede het Verweerschrift OPTA van 1 oktober 2010 (rnr. 3.34):

OPTA heeft zich in het kader van de dominantieanalyse niet alleen de vraag gesteld of KPN op de gehele markt voor ontbundelde toegang over een aanmerkelijke marktmacht beschikt, maar zich daarnaast ook uitdrukkelijk de vraag gesteld of, als uitsluitend naar FttO wordt gekeken, KPN ook daar over een dominante positie beschikt. OPTA heeft beide vragen bevestigend beantwoord.
- 17 Naast de interne inconsistentie van de voorlopige bevindingen over de aanmerkelijke marktmacht van KPN, wijst Eurofiber in aangehechte zienswijze nog op het gebrekkige onderzoek dat OPTA heeft gedaan in het kader van de aanmerkelijke marktmacht naar KPN's rooftprijzen.

- 18 Het feit dat KPN in staat is dergelijke roofprijzen aan te bieden onderstreept het feit dat zij zich onafhankelijk van haar concurrenten kan gedragen op de markt voor ODF-access (FttO) en derhalve beschikt over een AMM (die door OPTA is vast te stellen). Op voorhand is volgens Eurofiber daarom ondergrenstariefregulering bij de aansluiting van nieuwe locaties noodzakelijk om dit mededingingsprobleem te ondervangen.

5 Conclusie

- 19 Eurofiber verzoekt OPTA om rekening te houden met haar zienswijze bij het opstellen van het definitieve marktanalysebesluit WBT/HL.