



OPTA marktanalyse wholesale breedbandtoegang en -huurlijnen

**Reactie van KPN op het ontwerpbesluit 6 oktober 2011
(kenmerk: OPTA/AM/2011/202264)**

- OPENBARE VERSIE -

**KPN
Contactpersonen: mr. I.M.A. van der Hart / mr. P.C. Knol
Postbus 30 000
2500 GA Den Haag
iris.vanderhart@kpn.com / paul.knol@kpn.com**

Kenmerk: R/11/U/130

17 november 2011

Inleiding en samenvatting

KPN heeft kennis genomen van het ontwerpbesluit marktanalyse wholesale breedbandtoegang en – huurlijnen (hierna: WBTHL), dat het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA of het college) op 6 oktober 2011 heeft gepubliceerd. De uitgevoerde marktanalyse WBTHL vormt een onderdeel van het totaal van de ex ante regulering op de markten voor elektronische communicatie 2012–2014, dat in hoofdlijnen en vanuit een breder perspectief is beschreven in de Reguleringsvisie van het college van 23 juni 2011¹ en bouwt voort op de uitgevoerde marktanalyse in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang tot het aansluitnet (hierna: ULL).² KPN heeft in de reactie³ op het ontwerpbesluit ULL haar bedenkingen tegen de voorgenomen ex ante regulering al uitvoerig toegelicht. Deze bedenkingen plaatst KPN onverkort ook bij het ontwerpbesluit WBTHL. Aangezien de markt WBTHL ook wordt geanalyseerd vanuit de retailmarkt voor vaste telefonie, geldt hetzelfde voor de bedenkingen die KPN heeft toegelicht in haar reactie op het ontwerpbesluit vaste telefonie.⁴ KPN zal haar reactie op het ontwerpbesluit ULL en op het ontwerpbesluit vaste telefonie in onderhavige reactie niet volledig herhalen, maar zal enkel de hoofdpunten noemen en voor het overige verzoekt KPN het college deze reacties hier als herhaald en ingelast te beschouwen.

Het college komt op basis van een analyse van de retailmarkten voor vaste telefonie, zakelijke netwerkdiensten en internettoegang tot de conclusie dat er in aanwezigheid van regulering van ontbundelde toegang een risico bestaat op AMM van KPN op de retailmarkten voor zakelijke netwerkdiensten en vaste telefonie, maar niet op de retailmarkt voor internettoegang.

Het college concludeert vervolgens, weliswaar op grond van een andere marktafbakening, dat de markt voor lage kwaliteit wholesalebreedbandtoegang (hierna: LKWBT) in aanwezigheid van regulering van ontbundelde toegang daadwerkelijk concurrerend is en dat de markt voor hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en -huurlijnen (hierna: HKWBT/HL) niet daadwerkelijk concurrerend is en dat KPN op deze markt over AMM beschikt. Op de wholesale markt dient KPN, voor zover het de levering van HKWBT/HL over het koperenaansluitnetwerk betreft, zich te houden aan een toegangs-, non-discriminatie- en transparantieverplichting.

Hoewel KPN constateert dat het college onderdelen van de voorgenomen ex ante regulering heeft versoepeld ten opzichte van de marktanalysebesluiten van december 2008, plaatst KPN kanttekeningen bij het proces van de uitgevoerde marktanalyse alsmede bij een aantal conclusies met betrekking tot de marktafbakening, dominantieanalyse en de opgelegde verplichtingen van het college. KPN zal dit hierna toelichten.

Het valt op dat het college in de derde marktanalyseronde, dat ziet op de reguleringsperiode die loopt van 2012 tot en met 2014 en de markten voor vaste telefonie, televisie, internettoegang en zakelijke netwerkdiensten omvat, gaandeweg zijn aanvankelijke planning heeft bijgesteld. Deze aanpassingen in de planning leiden ertoe dat de marktanalyses gefaseerd worden uitgevoerd en de besluiten op verschillende momenten in werking treden. KPN twijfelt er niet aan dat het college meent dat hij goede redenen heeft om hiervoor te kiezen. Echter, wat KPN betreft schaadt deze aanpak de belangen van marktpartijen omdat zij bij deze aanpak nimmer in de gelegenheid zijn gesteld om te reageren op het geheel van de onderling samenhangende analyses. Ook meent KPN dat de marktanalyses ‘ontbundelde toegang’, ‘vaste telefonie’ en ‘wholesale breedbandtoegang en huurlijnen’ een dusdanige samenhang hebben dat de gefaseerde aanpak ten koste gaat van de kwaliteit en zorgvuldigheid van de procedurele en de inhoudelijke analyse en besluitvorming. Ook het college leek deze mening te hebben toen hij op 23 juni 2011 in de Regulerings-

¹ Reguleringsvisie op de markten voor elektronische communicatie 2012-2014, 23 juni 2011, kenmerk OPTA/AM/2011/201355.

² Ontwerpbesluit ontbundelde toegang, 23 juni 2011, kenmerk OPTA/AM/2011/201353.

³ Reactie KPN op het ontwerpbesluit ontbundelde toegang tot het aansluitnet van 23 juni 2011, 18 augustus 2011, kenmerk R/11/U/080.

⁴ Reactie KPN op het ontwerpbesluit vaste telefonie van 14 juli 2011, 8 september 2011, kenmerk R/11/U/095.

visie aangaf dat hij de analyses tegelijkertijd en met inachtneming van de onderlinge relaties heeft uitgevoerd vanwege het feit dat deze markten onderling een nauwe samenhang kennen. Nu echter het college op 10 november jl. de marktanalyse ontbundelde toegang al heeft genotificeerd voordat zelfs maar de consultatietermijn van het onderhavige ontwerpbesluit was verstreken, heeft het college zichzelf de kans ontnomen om consistentie van alle besluiten te optimaliseren.

KPN is het fundamenteel oneens met de keuze van het college om bij de invulling van de ND-5 verplichting de kostengrondslag van LRIC naar EDC minus te wijzigen. Volgens KPN is dit een niet te rechtvaardigen verzwarende ten opzichte van de huidige regulering. Voor KPN is deze 'verzwarende' niet te rijmen met het hogere belang van concurrentie tussen verschillende infrastructuren en met het belang van afnemers van actieve wholesale diensten die door deze verzwarende slechter af zijn omdat de prijsbodems door een combinatie van de aangescherpte non-discriminatieverplichting en de gewijzigde ND5 hoger worden.⁵ Hun concurrentiepositie verslechtert niet alleen ten opzichte van afnemers van ULL maar vooral ten opzichte van kabelaanbieders.

Leeswijzer

In de navolgende reactie zal KPN het voorgaande verder uitwerken voor de marktanalyse WBTHL en daarbij ingaan op de onderdelen van het ontwerpbesluit WBTHL die naar haar oordeel heroverwogen zouden moeten worden. Voor haar reactie heeft KPN een vergelijkbare opbouw gehanteerd als bij haar reactie op de ontwerpbesluiten ULL en vaste telefonie. Dit betekent dat KPN alvorens in te gaan op de analyse van de stroomopwaarts gelegen wholesale markten voor breedbandtoegang en huurlijnen, eerst zal ingaan op de analyse en conclusies van het college met betrekking tot de stroomafwaarts gelegen retailmarkten. De reactie van KPN is als volgt opgebouwd. KPN zal in hoofdstuk 1, op dezelfde wijze als in hoofdstuk 2 van haar reactie op het ULL ontwerpbesluit, een aantal andere algemene opmerkingen over het ontwerpbesluit maken. Vervolgens maakt KPN in hoofdstuk 2 een aantal aanvullende opmerkingen over de marktafbakening en dominantieanalyse van de retailmarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten. Hoofdstuk 3 bevat de reactie van KPN op de analyse van de markt voor WBTHL. De hoofdstukken 4 en 5 bevatten de zienswijze van KPN op de in het ontwerpbesluit WBTHL geïdentificeerde potentiële mededingingsproblemen en de verplichtingen die het college voornemens is aan KPN op te leggen. Tot slot reageert KPN in hoofdstuk 6 op de door het college uitgevoerde effectenanalyse. In hoofdstuk 7 is een overzicht opgenomen van de bij onderhavige reactie gevoegde bijlagen.

KPN heeft in en bij haar reacties op de vragenlijsten voor de verschillende marktanalyses al veel informatie verstrekt (in de tekst of in bijlagen). KPN zal niet al die bijlagen en informatie hier integraal opnieuw meezenden, maar daarnaar verwijzen. De desbetreffende stukken moeten geacht worden integraal onderdeel van deze reactie op het ontwerpbesluit uit te maken.

Vertrouwelijkheid

KPN doet een uitdrukkelijk beroep op de vertrouwelijkheid van informatie die in dit document en de daarbij behorende bijlagen als zodanig wordt aangeduid. **Vertrouwelijke informatie in de tekst wordt in vette letter weergegeven.** Deze informatie mag niet zonder toestemming van KPN openbaar worden gemaakt. Zoals verzocht, zal KPN ook een openbare versie van deze reactie zenden.

⁵ Als alternatief voor een prijsverhoging van de actieve wholesale diensten wordt een verlaging van de MDF tarieven gesuggereerd door marktpartijen tijdens de IG bijeenkomst van 15 augustus jl. Volgens KPN is dit geen uitkomsten voor het probleem. Immers, dit leidt tot kostenonderdekking voor KPN en is de ND5 toets niet bedoeld als tariefplafondinstrument. Bovendien conflicteert een daling van het MDF tarief direct met de doelstelling om de migratie van koper naar glas te bevorderen.

Inhoud

In dit document worden de volgende onderwerpen behandeld:

1	Algemene opmerkingen	4
1.1	<i>Gefaseerde behandeling marktanalyses</i>	4
1.2	<i>Afwezigheid van regulering</i>	4
2	De retailmarkt voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten	6
2.1	<i>Inleiding</i>	6
2.2	<i>TV van doorslaggevend belang in bundels</i>	6
2.3	<i>Onzekerheid koper upgrade</i>	7
3	De markt voor wholesale breedbandtoegang en -huurlijnen	9
3.1	<i>Inleiding</i>	9
3.2	<i>Marktafbakening</i>	9
3.3	<i>Dominantieanalyse markt voor LKWBT</i>	15
3.4	<i>Dominantieanalyse markt voor HKWBT/HL</i>	15
3.5	<i>Toetredingsdrempels</i>	18
4	Potentiële mededingingsproblemen	19
4.1	<i>Aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen</i>	19
4.2	<i>Prijsgelateerde potentiële mededingingsproblemen</i>	20
5	Verplichtingen	22
5.1	<i>Inleiding</i>	22
5.2	<i>Toegang</i>	23
5.3	<i>Non-discriminatie</i>	25
5.4	<i>Transparantieverplichting en referentieaanbod</i>	36
5.5	<i>Tariefregulering</i>	37
6	Welvaartseffecten	38
6.1	<i>Effectentoets onvolledig uitgevoerd</i>	38
6.2	<i>Toegangsverplichting niet opportuun en effectief</i>	38
6.3	<i>Overige opmerkingen inzake effectentoets</i>	39
6.4	<i>Reguleringskosten</i>	39
7	Overzicht bijlagen	41

1 Algemene opmerkingen

Zoals het college in hoofdstuk 3 van het ontwerpbesluit WBTHL beschrijft, begint een marktanalyse met de betrokken retailmarkten. Als relevante retailmarkten voor de upstream ontbundelde toegangsmarkt beschrijft het college de retailmarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten. Het college concludeert (in Annex B van het ontwerpbesluit) ten aanzien van elk van deze drie markten dat – bij gebreke van wholesale regulering – ‘het risico bestaat’ dat KPN aanmerkelijke marktmacht zou hebben. In haar reactie op het ontwerpbesluit ontbundelde toegang van 18 augustus 2011 heeft KPN enkele algemene opmerkingen gemaakt over de gevolgde aanpak bij de toepassing van het regelgevingskader, zoals neergelegd in de Europese richtlijnen en de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). KPN zal deze opmerkingen hier niet herhalen, maar verzoekt het college deze hier als herhaald en ingelast te beschouwen. KPN plaatst in aanvulling daarop nog een opmerking.

1.1 Gefaseerde behandeling marktanalyses

KPN heeft in eerdere reacties reeds haar bedenkingen geuit over de keuze van het college de marktanalyses gefaseerd uit te voeren in die zin dat de ontwerpbesluiten van de verschillende geanalyseerde markten en de nadere invulling van de verplichtingen niet op één moment worden gepubliceerd. De gefaseerde aanpak had enerzijds tot gevolg dat KPN niet in alle gevallen in staat was om gemotiveerd bedenkingen te uiten tegen conclusies van het college in bepaalde ontwerpbesluiten. Anderzijds betekende het dat KPN op details nog onvoldoende kan reageren op de ontwerpbesluiten van het college, omdat die niet overal voldoende geconcretiseerd waren. KPN heeft in die gevallen zich steeds het recht voor behouden dit alsnog te doen bij de ontwerpbesluiten die het college later bekend zou maken.

Echter, het college heeft op 5 oktober jl. in een verzoek om dupliek op verplichtingen marktanalyse Vaste Telefonie en non-discriminatie verplichtingen marktanalyse Ontbundelde Toegang en marktanalyse Vaste Telefonie, bekend gemaakt dat hij overweegt een aantal in de ontwerpbesluiten opgelegde verplichtingen te wijzigen. KPN heeft in het verzoek om dupliek opgemerkt dat de non-discriminatie verplichtingen (inclusief de ND-5 verplichting) in de ontwerpbesluiten Ontbundelde Toegang en Vaste Telefonie, die het college overweegt te wijzigen, ook deel uitmaken van het ontwerpbesluit Wholesale Breedbandtoegang en Huurlijnen van 6 oktober 2011. Ook heeft KPN opgemerkt dat het verzoek om dupliek geen betrekking heeft op de non-discriminatie verplichtingen (inclusief de ND-5 verplichting) in het ontwerpbesluit Wholesale Breedbandtoegang en Huurlijnen. Op 10 november jl. heeft het college het ontwerpbesluit van de marktanalyse Ontbundelde Toegang en de nota van bevindingen, waarin de wijzigingen zijn opgenomen naar aanleiding van de nationale consultatie en de dupliek, genotificeerd bij de Europese Commissie.

Het is voor KPN onduidelijk hoe de wijzigingen in de genotificeerde marktanalyse Ontbundelde Toegang zich verhouden tot het ontwerpbesluit WBTHL. In onderstaande reactie heeft KPN geabstraheerd van de geconsulteerde wijzigingen in de dupliek fase. KPN gaat er van uit dat indien het college voornemens is om veranderingen aan te brengen als gevolg van de reacties van marktpartijen hij een specifieke dupliek fase zal inlassen voor het WHBT besluit.

1.2 Afwezigheid van regulering

Het afgelopen jaar heeft er geen regulering plaatsgevonden op een groot deel van de HKWBT/HL markt mede als gevolg van de vernietiging door het CbB van een aantal marktanalysebesluiten van het college.

In rnr. 614 stelt het college hierover het volgende:

‘Uitgangspunt bij het vaststellen van de potentiële mededingingsproblemen is de situatie zonder regulering van de HWBT/HL-markt en van de onderliggende wholesale- en retailmarkt. In beginsel is dit een situatie die lijkt op de bestaande situatie Omdat de vernietiging van de hiervoor genoemde besluiten pas van recente datum zijn, gaat het college er in deze analyse bij de beoordeling van het concrete gedrag van KPN van uit, dat dit wordt beïnvloed door de bestaande en te verwachten regulering op de HKWBT/HL-markt.’

KPN acht deze overweging allerm minst overtuigend. Ten aanzien van het op 13 april 2010 door het CBb vernietigde besluit Marktanalyse huurlijnen van 19 december 2008 kan volgens KPN niet meer gesproken worden van een vernietiging van 'recente datum'. De markt voor wholesale huurlijnen is thans meer dan 1,5 jaar (van de reguleringsperiode van drie jaar) niet meer gereguleerd en op het moment dat het onderhavige ontwerpbesluit in werking treedt, zal deze markt bijna 2 jaar niet meer gereguleerd zijn. Daarnaast meent KPN dat wanneer de stelling van het college dat het concrete gedrag van KPN wordt beïnvloed door de bestaande en te verwachten regulering op de markt voor HKWBT/HL terecht is, er dus ook alle reden is om de markt niet te reguleren.

2 De retailmarkt voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten

2.1 Inleiding

KPN zal de bedenkingen in haar reactie op het ontwerpbesluit ontbundelde toegang van 18 augustus 2011 over de retailmarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten hier niet herhalen. Hetzelfde geldt voor de bedenkingen in haar reactie op het ontwerpbesluit vaste telefonie van 14 juli 2011 over de retailmarkt voor vaste telefonie. Deze beide reacties dienen hier als herhaald en ingelast beschouwd te worden. In dit hoofdstuk zal KPN nogmaals aandacht vragen voor het gewicht dat dient te worden toegekend aan een aantal aspecten dat het college onderzoekt in de analyse van de retailmarkten.

2.2 TV van doorslaggevend belang in bundels

Zoals KPN meerdere malen heeft betoogd is zij van mening dat de analyse van het college over het effect van bundeling op de concurrentiepositie van de verschillende aanbieders tekort schiet. In de analyse van het college wordt immers geen aandacht besteed aan onder andere het kenmerk in de bundel (televisie, vaste telefonie en breedband) dat doorslaggevend is voor de consument bij zijn overweging om een bundel aan te schaffen.

KPN heeft in haar reactie op de vaste telefonie, breedband en televisie vragenlijst benadrukt dat consumenten als eerste voor de kenmerken van de televisiedienst en vervolgens de breedbandsnelheid kiezen. Vaste telefonie is alleen maar een *add-on*. Het college lijkt dit enigszins te erkennen doordat hij stelt dat vooral de kabelmaatschappijen succesvol zijn in het verkopen van bundels vanwege hun achtergrond in televisiediensten, maar kent hier vervolgens te weinig gewicht aan toe in de dominantieanalyse. Onderstaand recent verschenen artikel in TelecomPaper bevestigt echter het beeld dat KPN meerdere malen aan het college heeft voorgehouden.

‘Waar blijven de klanten?’- TelecomPaper - woensdag 2 november 2011 - KPN rapporteerde over Q3 een nettoverlies van 35.000 lijnen gedurende het kwartaal. Maar ook Ziggo verloor klanten: 26.000. Bij UPC (cijfers vanavond nabehurs) zal het niet anders zijn en zal het verlies pakweg 15-20 duizend zijn. Tele2 maakt dit aantal niet bekend, maar verloor in alle deelmarkten abonnees. De vraag rijst: waar blijven deze klanten? Over alle operators heen hebben we het zo te zien grofweg over 100.000. En dat terwijl het aantal woningen nog steeds groeit (voor de volledigheid: we hebben het hier niet over de mobiele, maar uitsluitend over de vaste markt).

Het antwoord is eenvoudig: er worden meer triple plays verkocht en het aantal RGU's (revenue generating units) per klant groeit gestaag. Bij KPN staat het nu op 1,9, bij Ziggo 1,96 en bij UPC waarschijnlijk ongeveer 1,92. In een vereenvoudigd rekenvoorbeeld: stel dat er vroeger 10 klanten waren die telefonie afnamen bij KPN en televisie bij Ziggo. Stel ook dat de helft van hen DSL had en de helft kabelbreedband. KPN rapporteerde in dat geval 10 klanten en 15 RGU's. Ziggo ook. In totaal waren er dus 20 klanten, die allemaal 1,5 RGU's afnamen. Als we veronderstellen dat alle 10 de huishoudens nu een triple play afnamen, de helft bij KPN en de andere helft bij Ziggo, dan rapporteren beide nu slechts 5 klanten. Totaal: 10 klanten, met 3 RGU's per klant.

Als we de check uitvoeren, zien we dat het klopt:

- *Oud: 20 klanten, 1,5 RGU per klant, totaal 30 RGU's.*
- *Nieuw: 10 klanten, 3 RGU's per klant, totaal 30 RGU's.*

Je kunt dus ook zeggen dat huishoudens steeds minder dubbel geteld worden. Het gevolg van een kwartaalverlies van 100.000 klanten is dat de markt sterk ‘indikt’. De penetratie van de triple play neemt toe:

- *KPN: 607.000 triple plays, en wij schatten een klantpenetratie van 15 à 20 procent (waarschijnlijk een verdubbeling in twee jaar tijd).*
- *Ziggo: 1,236 miljoen triple plays, ofwel een klantpenetratie van 40,3 procent (eveneens ongeveer verdubbeld in twee jaar tijd).*
- *UPC: geen gegevens, maar zal niet heel veel afwijken van Ziggo.*
- *Tele2: geen gegevens, geeft alleen aan dat de nieuwe klanten in meerderheid een triple play kiezen.*

Het gevolg is een grotere 'lock-in' en een hogere drempel om over te stappen. Dat is dus geen goed nieuws voor nieuwkomers, zoals de aanbieders op FTTH. Voorlopig echter is de markt nog lang niet verdeeld. De operators spelen landje-pik, want wie een klant eenmaal kwijt is, krijgt hem niet zo snel terug. De kabel loopt voor met de triple play penetratie. De vraag is met welk product de klant het gemakkelijkst over de streep getrokken wordt:

- *Telefonie zal het niet zijn.*
- *Breedband is tamelijk uniform, de kabel speelt zijn voordeel op ADSL uit, terwijl VDSL nog geen uitwerking heeft op de markt (zie ons commentaar 'Ziggo's recordgroei is genoeg voor paniek op de DSL-markt'). FTTH gaat er vervolgens weer overheen en moet het vooral hebben van lokale marketing.*
- *En dan is er TV, een markt die gekenmerkt wordt door razendsnelle innovatie. De kabel heeft het voordeel de 'incumbent' te zijn op de TV-markt, terwijl nieuwkomers vooral de 'early adopters' van nieuwe technologie en diensten aanspreken. Bovendien biedt de kabel naast digitale TV ook analoge TV.*

Het valt te bezien wie het beste gepositioneerd is om zijn klantenbestand het minst te laten afkalven, c.q. te laten groeien. Het is zeer de vraag of VDSL de krimp van de DSL-markt tot staan kan brengen. FTTH kan er wel voor zorgen dat KPN, op de middellange termijn, niet verder marktaandeel verliest op de breedbandmarkt (zie ons commentaar 'KPN verliest waar het wil winnen: op de breedbandmarkt'). Maar voorlopig profiteert de kabel. Mobiel zal het indikken van de markt allicht nog wat versterken. Virgin Media UK is een voorbeeld van een kabelbedrijf dat hierop inzet. De penetratie van de quad play staat momenteel op 13,7 procent en vertoont een trage maar gestage groei.

Conclusie: klanten verdwijnen niet, maar dubbeltellingen wel. De markt raakt steeds verder verdeeld, met een grotere lock-in, c.q. lagere churn, als gevolg.'

Dit artikel bevestigt naar de mening van KPN overduidelijk dat het effect van bundeling, de kracht van kabelaanbieders met hun superieure triple play diensten vanwege televisie en de technologische ontwikkelingen van netwerken een zodanige concurrentiekracht uitoefenen op de markt dat KPN op geen enkele manier zich onafhankelijk van concurrenten, afnemers en leveranciers kan gedragen en er dus op geen enkele wijze in de komende reguleringsperiode een 'risico op AMM' van KPN op de retailmarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten vastgesteld kan worden.

2.3 Onzekerheid koper upgrade

Een andere belangrijke aanname van het college inzake de retailmarkten is dat KPN haar netwerk gaat upgraden en daarmee de concurrentie aan kan met de kabel. TelecomPaper bevestigt in onderstaand recent artikel echter de opmerking die KPN al meerdere malen bij het college heeft gemaakt, dat de upgrade nog gepaard gaat met de nodige onzekerheden:

KPN kan snelheid op DSL beperkt verhogen?- TelecomPaper - maandag 31 oktober 2011 - KPN voert upgrades aan het kopernetwerk door. In november gaat de VDSL-snelheid van 40/4 Mbps naar 50/5 MBps. Begin 2012 begint KPN Wholesale met een proef met pair bonding, wat de downloadsnelheid ongeveer kan verdubbelen. Over de marktintroductie is nog niets helder. Over andere updates, vectoring en phantom mode, is nog niets besloten door KPN. Ook zijn er regulatoire aspecten die beoordeeld moeten worden.

KPN biedt op dit moment vier varianten aan op het vaste netwerk. Vanuit de ca. 1350 wijkcentrales (CO) wordt ADSL aangeboden met maximaal 20/2 Mbps downloadsnelheid. KPN biedt daarnaast VDSL2 met maximaal 40/4 Mbps vanuit de wijkcentrales. Een deel van de straatkasten is aangesloten op nieuw aangelegde glasvezelkabels, de buitenringen (BR). Dit wordt ook Fiber-to-the Curb genoemd. De lengte van de koperkabel wordt ermee verkort, wat de inzet van VDSL zinvol maakt. De vierde variant is FTTH.

Upgrade

Vanaf 24 november wordt de snelheid via VDSL opgetrokken naar 50/5 op 300 meter van de wijkcentrale of buitenring, of 40/4 op 1.000 meter (en 20/2 op 1.500 meter). Volgens opgave van KPN Wholesale gaat het om 4 miljoen adressen. Er komt een vijfde variant bij: pair bonding. In veel DSL-netwerken is standaard een tweede koperpaar aanwezig, ooit in gebruik om vanuit de centrale de huistelefoon te laten rinkelen. Dat tweede paar kan worden gebruikt voor DSL, waarvoor wel een nieuwe modem nodig is. Pair bonding is sinds 2010 beschikbaar voor VDSL, vertelt Stefaan van Hastel, Marketing Director for Wireline Fixed Access, Alcatel-Lucent. Alcatel-Lucent heeft wereldwijd tien operators die het uitrollen. KPN Wholesale begint in december met een pilot, VDSL Dubbel, vanuit een select aantal wijkcentrales. Pair bonding moet een verhoging

mogelijk maken tot 80/5. Een volledige verdubbeling is niet haalbaar, doordat de overspraak tussen de twee koperparen toeneemt. Bonding kan ook worden gebruikt om een gegeven downloadsnelheid door te geven over de dubbele afstand tot aan de centrale, maar een landelijke dekking van 80/5 is onmogelijk zonder grotere investeringen om het glas tot dieper in de straat uit te spreiden. Pair bonding is dus niet geschikt voor elk huishouden. Als beperking geldt ook nog dat niet overal een tweede koperpaar aanwezig is, of dat in de praktijk blijkt dat het tweede paar niet functioneert, al is niet vooraf duidelijk hoe erg dat is. Een andere vraag is over de tarieven. Als die ook verdubbelen, is het maar de vraag of er een business case voor is. Opta zal de gereguleerde tarieven moeten vaststellen, als vervolg op de marktanalyse. Van pilot naar referentieaanbod naar commerciële uitrol zal dus tijd kosten.

Vectoring

Een stap verder ligt vectoring. Deze technologie berekent voor elk koperpaar in een kabel welke overspraak er ontstaat, afkomstig van de andere koperparen. Die overspraak wordt actief uitgedoofd met een tegengesteld signaal: elke lijn krijgt een compensatiesignaal, dat gebaseerd is op het werkelijke signaal in alle andere koperparen. Hoe meer koperparen er in een kabel zitten, hoe meer overspraak er ontstaat, die moet worden weggerekend. De rekenkracht die daarvoor nodig is, is pas de laatste jaren commercieel beschikbaar en vraagt om een niet onbetekende investering. Vectoring kan dan ook alleen worden toegepast op niet al te dikke kabels. Dat impliceert dat de apparatuur op SDF of FttC niveau wordt toegepast. Vectoring is onderdeel van de VDSL standaardisering, wat betekent dat reeds uitgeleverde VDSL-modems met een firmware-update geschikt zijn te maken. Vectoring heeft geen last van ADSL. In een gemengd klantenbestand neemt een deel van de huishoudens internet of dual play af, waarvoor ADSL genoeg is. ADSL gebruikt het frequentiebereik van 0 tot 2 MHz. VDSL gebruikt een breder spectrum, bijvoorbeeld tot 17,6 MHz. De overspraak van ADSL kan niet bestreden worden, maar blijft beperkt van omvang. Belgacom en Alcatel-Lucent gaan vectoren, maakten het bedrijven in oktober bekend. Ook in andere markten beginnen de eerste veldproeven in het eerste kwartaal van 2012, meldt Van Hastel.

Regulering en tijdpad

Een apart aspect is de regulering. Voor effectieve vectoring is het een eis dat alle koperparen beschikbaar zijn. Als er ontbundelde lijnen in de kabel zitten, kan de overspraak daarvan niet bestreden worden. Dat sluit alternatieve aanbieders de facto uit. Een tweede straatkast bouwen is niet rendabel voor een ontbundler met een gering marktaandeel. In België heeft het BIPT besloten om de subloop-ontbundelingsverplichting tijdelijk te laten vervallen en Belgacom te verplichten tot bitstream-access. Van Hastel noemt bitstream een beter scenario, omdat de investeringen in de straatkasten dan door zowel de incumbent als de alternatieve operators gedragen worden. Ontbunders zijn niet geneigd om te investeren, op het moment dat er al een gereguleerde toegang is. In Nederland speelt hetzelfde met de ontbundeling op niveau van de straatkast (SLU). Die wholesale dienst is door KPN ontwikkeld, maar er zijn geen gebruikers. Opta wil een nieuwe verplichting ontwikkelen, voorlopig virtual subloop access (VSA) gedoopt. Pair bonding en vectoring zijn commercieel beschikbaar en kunnen afzonderlijk of samen worden toegepast. Van technologie-pilot naar gereguleerd referentieaanbod naar daadwerkelijk aansluiten is een hele stap. Ook al is bonding een relatief kleine ingreep, de commerciële uitrol is nog enkele kwartalen verwijderd. KPN heeft zich nog helemaal niet uitgelaten over vectoring in de recente Q3-presentatie. Indicatief geeft KPN Wholesale Q3 van 2012 als mogelijk beginpunt van het traject.

Phantom

Alcatel-Lucent heeft nog een derde technologie achter de hand: phantom mode. Hierbij wordt een 125 jaar oude analoge schakeling gebruikt om een virtueel derde koperpaar te maken. Dit genereert echter veel overspraak, die weggerekend moet worden. Alcatel-Lucent spreekt niettemin van snelheden tot 300 Mbps op 400 meter. Phantom Mode wordt in laboratoriumcondities getest, maar is nog enkele jaren verwijderd van commerciële introductie. Niet voor 2012, is de indicatie. Maar zelfs Phantom Mode wordt door Alcatel-Lucent nog altijd beschouwd als een overbrugging naar FTTH.'

Dit artikel bevestigt naar de mening van KPN dat het college in zijn dominantieanalyse er niet zomaar van uit mag gaan dat KPN in staat zal zijn om de huidige technologische achterstand van DSL op de kabel in te lopen. Ook om deze reden is het onverklaarbaar dat het college tot de conclusie komt dat er de komende reguleringsperiode een 'risico op AMM' van KPN op de retailmarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten bestaat.

3 De markt voor wholesale breedbandtoegang en -huurlijnen

3.1 Inleiding

KPN zal hierna nader ingaan op de marktafbakening en dominantieanalyse van de markt voor WBTHL.

3.2 Marktafbakening

3.2.1 De grens tussen WBT HK en WBT LK vervaagt

KPN merkt op dat in het ontwerpbesluit een aantal ontwikkelingen dat het college in de WHBT constateert tijdens de Industry Group van 14 april niet meer dan wel in beperkte mate aan de orde komt in het ontwerpbesluit WBTHL.

Zo stelde het college op 14 april dat hij ontwikkelingen constateerde die wezen op één markt voor WBT en huurlijnen en dat er in de keten geen duidelijke knip was vast te stellen. Bovendien stelde het college dat er sprake was van concurrentiedruk van onafhankelijke infrastructuren, kabel en eigen glas, en dat er sprake van concurrentie was op basis van ontbundelde toegang.

In het ontwerpbesluit WBTHL stelt het college echter dat de ontwikkelingen op dit moment nog onvoldoende zijn om te kunnen stellen dat LKWBT in voldoende mate een substituut is voor HKWBT en dat er in de keten van diensten een knip vastgesteld kan worden op basis van een overboekingsfactor. Bovendien stelt het college in tegenstelling tot wat hij op 14 april veronderstelde dat de concurrentiedruk van onafhankelijke infrastructuren, kabel en eigen glas, niet voldoende is op de markt voor HKWBT/HL en dat effectieve regulering op het gebied van ontbundelde toegang niet voor voldoende concurrentie zorgt op de HKWBT/HL markt.

KPN begrijpt dat het college tot andere inzichten heeft kunnen komen na 14 april indien andere feiten naar voren zouden zijn gekomen dan toen bekend. Het is echter onduidelijk voor KPN op welke feiten deze veranderde inzichten zijn gebaseerd. KPN verzoekt het college dan ook om de gronden voor zijn gewijzigde inzichten ten opzichte van 14 april te verduidelijken.

In de marktafbakening die het college voorstelt, wordt ten onrechte geen aandacht besteed aan een belangrijke ontwikkeling. Het gaat om de ontwikkeling waarbij de grens tussen HKWBT en LKWBT vervaagt als gevolg van *consumerization*.

In rnr. 213 stelt het college dat de kenmerken van wholesale diensten de kenmerken van retaildiensten volgen. Dat wil zeggen om een retaildienst met een bepaalde capaciteit, kwaliteit en op een bepaalde infrastructuur te leveren moet er een wholesale dienst met dezelfde kenmerken worden gebruikt. In onder andere rnr. 245, 246 en 290 stelt het college dat HKWBT voornamelijk wordt gebruikt voor zakelijke netwerkdiensten en LKWBT diensten worden voornamelijk gebruikt voor (consumenten) internettoegang.

Het college lijkt helemaal geen rekening te houden met de ontwikkeling waarbij het onderscheid HKWBT en LKWBT vervaagt. Volgens KPN worden de breedbandaanbiedingen van KPN aan haar zakelijke klanten in grote mate beïnvloed door de wholesale diensten (bouwstenen) onder de breedbandaanbiedingen in de consumentenmarkt. De prijzen van zakelijke breedbanddiensten worden dan ook bepaald door de prijs van de wholesale diensten (bouwstenen) onder de consumenten breedband aanbiedingen. Ook heeft KPN gemerkt dat het onderscheid tussen data/huurlijnen en breedband vervaagt. Evenals het feit dat de van oorsprong op de consumentenmarkt gerichte kabelaanbieders toetreden in de zakelijke markt.

Tijdens de Industry Group bijeenkomst op 14 april 2011 leek het college deze ontwikkeling nog te herkennen en één markt te willen afbakenen voor HL, HKWBT en LKWBT. KPN constateert echter dat het college in het ontwerpbesluit is teruggekomen op deze aanname en de ontwikkeling dat de grens tussen HKWBT en LKWBT vervaagt niet meer erkent.

KPN heeft naar haar mening het college veelvuldig (cijfermatig) op deze ontwikkeling waarbij de grens tussen HKWBT en LKWBT vervaagt geweest. De belangrijkste opmerkingen die KPN heeft gemaakt worden hier nog eens kort samengevat:

'Antwoorden van KPN van 1 februari 2011, kenmerk R/11/U/008, op vragenlijst inzake ontbundelde toegang, wholesale breedbandtoegang en retail breedbandtoegang 5 januari 2011 - Een ontwikkeling die KPN constateert is dat het onderscheid tussen WBT HK en WBT LK vervaagt. De overboekingsfactor lijkt geen onderscheidend kenmerk te zijn en zowel de kabel als het WBT LK productportfolio oefenen prijsdruk uit op het WBT HK productportfolio. Deze prijsdruk is het gevolg van de hiervoor geschetste ontwikkeling op de retailmarkt dat zakelijke klanten steeds meer gebruik maken consumentenproducten. Verder onderzoek van OPTA moet bepalen of deze ontwikkeling aparte markten voor WBT HK en WBT LK in de komende reguleringsperiode nog rechtvaardigen. Ongeacht of OPTA tot de conclusie komt of er sprake is van aparte markten is KPN op dit moment al niet in de gelegenheid – en zeker niet in de komende reguleringsperiode – om zich in haar prijsstelling voor WBT HK en WBT LK onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten. De voornaamste concurrenten zijn Tele2/BBned en de kabels.

Een belangrijke ontwikkeling is dat zakelijke klanten steeds meer gebruik gaan maken van consumentenproducten. Zo wordt [KPN Vertrouwelijk -] % van de KPN datacomverbindingen gebruik gemaakt van WBA CM of WBA entry, beide WBA producten zonder overboekingsgaranties. Daarnaast heeft KPN voor haar TV propositie juist behoefte aan verbindingen met een hogere technische kwaliteit dan tot nu toe gebruikt voor internet en telefonie. Dit om de vereiste beeldkwaliteit te kunnen bieden. De kabel gaat ook over tot het aanbieden van zakelijke diensten over haar Coax netwerken. Ook diensten die tot voor kort voorbehouden waren aan koper en glas. Ziggo biedt bijvoorbeeld IPVPN oplossingen op basis van Coax.

Als de prijzen van een WBA ZM ATM over de overboekingsas worden uitgezet dan ziet KPN daarin geen aanleiding om te veronderstellen dat het lage kwaliteit wholesalebreedbandtoegang portfolio geen prijsdruk uitoefent op het hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang portfolio. [KPN Vertrouwelijk –

J. Bovenstaande grafiek geeft overigens ook aanleiding om te onderzoeken of HKWBT prijsdruk uitoefent op het huurlijnen/datacom productportfolio.

Het is nog maar de vraag of er een onderscheid te maken is tussen lage en hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang gelet op de prijsdruk zoals in antwoord op vraag 36 is weergegeven. Iedere grens op een bepaalde kwaliteitsparameter al snel een arbitraire keuze zal blijken te zijn. Zo levert KPN bij WBA CM een optionele SLA vanaf EUR 6 per maand. Ten opzichte van de retail tarieven van de duurdere consumenten breedband internet tarieven is dit bedrag niet dusdanig hoog dat de aanwezigheid van een SLA leidt tot de conclusie dat er gescheiden markten zijn.'

'Passage uit verslag interview KPN-OPTA 19 januari 2011 - De heer Wolthoff informeert naar de ontwikkelingen in het zakelijk aanbod. Volgens de heer Van Schaik is de trend dat zakelijke klanten meer gebruik ma-

ken van consumentenachtige producten. Daarnaast vragen consumenten ook meer zakelijke features, gedreven door internet en televisie. De pakketten zijn steeds rijker ten opzichte van symmetrische zakelijke producten. De grens tussen zakelijke en consumenten wholesaleproducten is volkomen aan het vervagen. Ook het prijsverschil is aan het verdampen. WBA-ZM ethernet is scherper geprijsd dan WBA-ZM-ATM. Dit is ingegeven door drie factoren:

1) Steeds meer providers willen als alternatief WBA-CM. [KPN Vertrouwelijk –].

2) Wholesale concurrentie. [KPN Vertrouwelijk –].

3) Lage retailprijzen bij partijen als Ziggo (interne wholesale leveringen) voor zakelijke retaildiensten.'

'Antwoord op aanvullende vragen van OPTA inzake onderscheid WBT LK en WBT HK (mei 2011) - Steeds meer wholesale afnemers die actief zijn op de zakelijke retailmarkt kopen WBA CM in als bouwsteen voor hun zakelijke diensten. Een voorbeeld van deze trend naar consumerisation op wholesale niveau, blijkt duidelijk uit de toename van het aantal WBA CM lijnen ten opzichte van WBA ZM lijnen dat partijen [KPN Vertrouwelijk –].

Op basis van deze cijfers kan volgens KPN dan ook niet getwijfeld worden aan het feit dat WBA CM steeds meer als alternatief geldt voor WBA ZM. De kwaliteitsbeleving van WBA CM voor zakelijke afnemers neemt steeds meer toe. Deze trend uit zich ook in de manier waarop het WBA ZM tarief wordt vastgesteld. Het onderscheid tussen WBA CM en WBA ZM vervaagt. In grote bids kiezen partijen ook vaak voor een combinatie van WBA CM en ZM en Huurlijnen.'

Voor de gehele argumentatie en beschrijving van deze ontwikkelingen verwijst KPN naar haar verschillende reacties op de vragen van het college. Volgens KPN hebben deze ontwikkelingen nu al een zodanige impact op de markt dat het tot gevolg heeft dat de marktafbakening in het ontwerpbesluit mogelijk geen stand kan houden. KPN verzoekt het college deze belangrijke ontwikkelingen in zijn definitieve besluit alsnog in overweging te nemen, en het gehanteerde uitgangspunt dat LKWBT uitsluitend dan wel voornamelijk gebruikt wordt voor consumenten internettoegang en vervolgens dus HKWBT voor zakelijke afnemers te heroverwegen.

3.2.2 De marktafbakening methodiek

In rnr. 220, 221 en 222 geeft het college duidelijk de onderzoekstappen aan waarlangs de markt wordt afgebakend. Als eerste wordt onderzocht of er redenen zijn om deze (LKWBT, HKWBT en WHL) diensten op te splitsen op basis van de onderliggende infrastructuur, vervolgens op basis van kwaliteit en ten slotte op basis van capaciteit. KPN heeft bedenkingen tegen deze manier van markt afbakenen. Het zou eerder gebaseerd moeten worden op afnemersbehoefte. Bovendien stelt het college zelf in rnr. 327 dat er, mede gelet op de marktafbakening uit het verleden en conclusies uit de retailanalyse, binnen WHL geen onderscheid dient te worden gemaakt naar techniek. Waarom het college er dan voor kiest om dat toch te onderzoeken voor WBT is voor KPN onduidelijk. Nodig is het in ieder geval niet.

Overigens merkt KPN op dat het college de marktafbakening op een zeer kwalitatieve wijze onderbouwt. Dat geldt voor zowel de markt voor LKWBT als de markt voor HL/HKWBT. In ieder geval zijn er door KPN voldoende cijfermatig gegevens aangeleverd om een meer kwantitatieve benadering te kunnen volgen. Voor zover het College cijfermatige gegevens gebruikt om aan te tonen dat LKWBT en HKWBT gescheiden markten zijn wijst KPN erop dat die cijfers niet overtuigen.

Zo stelt het college in randnummer 290:

'HKWBT wordt uitsluitend gebruikt voor zakelijke netwerkdiensten en zakelijke internetaansluitingen. LKWBT wordt bijna uitsluitend (voor meer dan 99 procent) gebruikt voor consumenteninternetaansluitingen.'

Het door het college gepresenteerde cijfer is niet zozeer onjuist, maar het is irrelevant omdat het alleen maar aantoont dat de retailmarkt voor internettoegang in aantallen veel groter is dan de markt voor zake-

lijke netwerkdiensten. Ook als *alle* aansluitingen van zakelijke netwerkdiensten gebouwd zouden zijn op basis van LKWBT dan zou nog steeds ruim 97%⁶ van de LKWBT aantallen voor internettoegang worden gebruikt. Een cijfer dat naar de mening van KPN relevanter is, is hoeveel procent van de aansluitingen voor zakelijke netwerkdiensten gebouwd is op basis van LKWBT. Uit figuur 9 in rnr. 291 maakt KPN op dat dit tussen de 20 en 30% ligt. Ook constateert KPN een sterke groei van dit percentage. KPN constateert dat het college deze grafiek niet betreft in de marktafbakening tussen LKWBT en HKWBT.

3.2.3 Coax

In paragraaf 4.4.3 onderzoekt het college of coaxtoegang tot dezelfde relevante markt behoort als koper-toegang. Daarbij staat het college eerst stil bij de vraag of sprake is van directe prijsdruk vanuit LKWBT over coax op LKWBT over koper en onderzoekt hierbij in rnr. 261 3 obstakels die daaraan in de weg kunnen staan.

'Mogelijke obstakels die kunnen verhinderen dat afnemers kunnen overstappen van LKWBT over koper naar LKWBT over coax zijn:

- LKWBT over coax is technisch onmogelijk
- op een bepaalde klantlocatie is er geen (aanbod van) LKWBT over coax aanwezig; en
- met LKWBT over coax kunnen niet dezelfde retaildiensten worden opgebouwd als met LKWBT over koper.'

Het college concludeert dat deze 3 obstakels niet verhinderen dat afnemers kunnen overstappen van LKWBT over koper naar LKWBT over coax. Wat hierbij wel opvalt, is dat het college het feit dat kabelaanbieders geen toegang bieden en dat er geïnteresseerde afnemers zijn, niet in rnr 261 als een obstakel identificeert en onderzoekt. Voorts blijkt dat *het* obstakel dat verhindert dat afnemers kunnen overstappen van LKWBT over koper naar LKWBT over coax, te zijn dat WBT over coax door grote kabelaanbieders, zoals Ziggo en UPC, niet feitelijk aan derde partijen wordt aangeboden. Afnemers zijn echter wel degelijk geïnteresseerd in LKWBT over coax ten behoeve van het leveren van internettoegang (in een bundel met vaste telefonie en omroep). In rnr. 276 en 278 stelt het college:

'Afnemers zouden met name geïnteresseerd zijn in LKWBT over coax ten behoeve van het leveren van internettoegang (in een bundel met vaste telefonie en omroep). Daarvoor is coaxkabel, met vooral asymmetrische capaciteiten waarbij de downloadcapaciteit hoog is, een geschikt alternatief voor koper. Ook is de geografische dekking van coax en koper op de meeste locaties waar LKWBT wordt gebruikt, namelijk consumentenlocaties, vergelijkbaar. Verder zijn de prijzen van retaildiensten die over coax en koper worden geleverd dezelfde. Op basis daarvan concludeert het college dat ook de wholesaleprijzen van (intern en extern geleverde) koper en coaxtoegang vergelijkbaar moeten zijn.

Het college stelt echter vast dat er obstakels liggen voor afnemers om over te stappen op WBT over coax, omdat WBT over coax door de grote kabelaanbieders, zoals Ziggo en UPC, niet aan derde partijen wordt aangeboden. Uit interviews met marktpartijen komt naar voren dat het ook niet waarschijnlijk is dat grotere kabelaanbieders in de komende reguleringsperiode WBT-toegang over coax aan derde partijen gaan leveren.'

KPN trekt hieruit de conclusie dat er dus wel degelijk sprake zou kunnen zijn van directe prijsdruk vanuit LKWBT over coax op LKWBT over koper wanneer kabelaanbieders verplicht zouden worden dan wel vrijwillig WBT over coax aan te bieden.

In rnr. 281 stelt het college dat zakelijke netwerkdiensten over coax heel weinig worden geleverd (minder dan één procent van alle zakelijke netwerkaansluitingen) waardoor de directe concurrentiedruk die van de diensten over coax uitgaat naar zakelijke netwerkdiensten over koper heel beperkt is. Ten tweede, zo stelt het college, wordt een heel klein deel van LKWBT (minder dan één procent) gebruikt voor zakelijke netwerkdiensten. Bij de behandeling van de marktafbakening van WBA over coax constateert het college dat er een beperkte mate van directe substitutie bestaat omdat WBA over coax zeer beperkt extern wordt aangeboden. KPN wijst er op dat de reden dat WBA over coax weinig wordt afgenomen veroorzaakt wordt

⁶ (6.000.000-160.000)/6.000.000*100%=97%.

doordat de grootste kabelaanbieders hun netwerk gesloten houden. Het feit dat een product niet aangeboden wordt, is echter geen reden om dat product niet als substituuat te beschouwen.

Het college heeft overigens met KPN geconstateerd dat een aantal kleinere kabelaanbieders wel feitelijk toegang tot hun netwerk geven, wat in elk geval aantoont dat toegang mogelijk is. Het college lijkt al deze gevallen te beschouwen als WBT toegang maar levert daarvoor geen onderbouwing. KPN blijft derhalve van mening dat ontbundelde toegang tot coax mogelijk is en dat een aantal van de door het college genoemde voorbeelden mogelijk geclassificeerd moeten worden als ontbundelde toegang en niet als WBT.

Verder geeft het college aan dat WBT over coax geen substituuat is voor HKWBT. Ook deze redenering kan KPN niet volgen. Ten eerste baseert het college deze conclusie op de onjuiste constatering in rnr. 313 dat capaciteitsgaranties op coax technisch onmogelijk zijn. Dit is onjuist omdat de DOCSIS standaarden al vanaf versie 1.1 de mogelijkheid van capaciteitsgaranties faciliteren.

Ten tweede is het toch wel heel erg vreemd dat een verbinding van 256 kbit/s met een overboekingsgarantie van 1:20, effectief dus een gegarandeerde doorstroom van 12,8 kbit/s, geen substitutiedruk zou kennen van een 120 Mbit/s verbinding van de kabel met een overboeking van 1:100 (effectief gegarandeerde doorstroom van 1228 kbit/s, dus 96 x zo sterk).

3.2.4 Onderscheid overboekingsfactor 1:20 tussen LKWBT en HKWBT

Het college onderscheidt LKWBT en HKWBT langs de lijn van de overboekingsfactor van 1:20. Deze grens werd ook in het vorige marktanalysebesluit gehanteerd en het college kiest er voor om dat in de komende reguleringsperiode te continueren. KPN heeft in haar reactie op de vragen van het college aangegeven dat de grens van 1:20 willekeurig gekozen lijkt. In rnr. 1052 t/m 1056 onderbouwt het college dat er sprake is van ketensubstitutie tussen de verschillende overboekingsfactoren. Uit deze onderbouwing blijkt op geen enkele manier dat deze ketensubstitutie bij 1:20 zou eindigen en dat een overboekingsfactor van bijvoorbeeld 1:50 geen concurrentiedruk uitoefent op een overboekingsfactor van 1:20. KPN verzoekt het college om de grens van 1:20 nader te onderbouwen, mede in het licht van de huidige marktomstandigheden.

In rnr. 292 wordt gesteld dat gegarandeerde capaciteit en hoge beschikbaarheid (gegarandeerd met SLA's) voor afnemers van zakelijke netwerkdiensten belangrijke kenmerken zijn waarop ze hun keuze baseren. In rnr. 293 stelt het college dat uit het onderzoek van Dialogic over capaciteitsgaranties het volgende naar voren komt:

'Gesprekspartners geven aan geen systemen te kunnen inrichten op capaciteit die soms beschikbaar is. Dat betekent of dat men kiest voor een product dat niet overboekt is (met name in het grootzakelijk segment) of dat men wel voor een overboekte verbinding kiest, maar zijn systemen inricht op de gegarandeerde snelheid (bijvoorbeeld 1 Mbit/s, bij een 10 Mbit 1 op 10 overboekte verbinding). De peak rate wordt dan eerder gezien als een leuke bijkomstigheid.'

Voorts wordt in rnr. 296 aangegeven dat het aantal zakelijke netwerkdiensten met lage capaciteitsgaranties sinds 2007 weliswaar is gegroeid, maar dat het totale aantal zakelijke aansluitingen met hoge of volledige capaciteitsgaranties (dus op basis van HKWBT of HL) daarbij niet is afgenomen. KPN herkent deze conclusie niet. Uit gegevens van KPN blijkt duidelijk dat het totale aantal zakelijke aansluitingen met capaciteitsgaranties sinds 2009 toeneemt en daarbinnen het aandeel en ook zelfs het absolute aantal van hoge of volledige capaciteitsgaranties (dus op basis van HKWBT of HL) juist afneemt. In onderstaande grafiek [KPN Vertrouwelijk –

]. *Grafiek KPN: SMM gegevens installed base IPVPN over koper*

3.2.5 Is LKWBT een vraagsubstituut voor HKWBT?

In rnr. 305 en 306 stelt het college dat capaciteitsgaranties een belangrijke rol spelen voor het onderscheid tussen HKWBT en LKWBT. Vervolgens erkent het college in rnr. 307 dat LKWBT in toenemende mate wordt gebruikt voor het leveren van zakelijke netwerkdiensten omdat het belang van capaciteitsgaranties als onderscheidende factor sinds de vorige marktanalyse is afgenomen. In rnr. 315 erkent het college bovendien dat zakelijke internettoegang dat LKWBT een alternatief kan zijn voor HKWBT. Desalniettemin concludeert het college in rnr. 308 en 311 dat de ontwikkelingen op dit moment onvoldoende zijn om te kunnen stellen dat LKWBT in voldoende mate een substituut is voor HKWBT als het gaat om het leveren van zakelijke netwerkdiensten. Tevens concludeert het college dat LKWBT geen vraagsubstituut is voor HKWBT. Het is onduidelijk voor KPN waarom het college concludeert dat de ontwikkelingen onvoldoende zijn om te stellen dat LKWBT een substituut is voor HKWBT. Gelet op de verschillende input die KPN het afgelopen jaar heeft gegeven over deze ontwikkeling lijkt het er juist op dat er wel sprake is van substitutie. KPN verzoekt het college om haar stelling dat LKWBT geen substituut is voor HKWBT nader te onderbouwen.

3.2.6 Is HKWBT een vraagsubstituut voor LKWBT?

In rnr. 318 stelt het college dat LKWBT alleen gebruikt wordt voor consumenteninternet. In rnr. 315 staat echter dat LKWBT ook voor zakelijk internettoegang gebruikt kan worden. Het is voor KPN onduidelijk hoe de ene stelling met de andere te verenigen is.

In rnr. 318 stelt het college dat HKWBT segment veel kleiner is dan dat van LKWBT waardoor de concurrentiedruk van HKWBT op LKWBT heel beperkt is. Volgens KPN is de omvang van een segment niet maatgevend voor de concurrentiedruk op een ander segment. Het college dient dit in zijn overweging te betrekken, alvorens te concluderen dat HKWBT geen vraagsubstituut is voor LKWBT.

3.2.7 Aanbodsubstitutie

In rnr. 320 stelt het college dat alle partijen die actief zijn op de markt voor HKWBT ook actief zijn op de LKWBT markt. Volgens KPN is dit juist een aanwijzing dat HKWBT en LKWBT aanbods substituten van elkaar zijn en niet het tegenovergestelde zoals het college lijkt te suggereren.

Bovendien stelt het college zelf in rnr. 503 dat de actieve apparatuur van LKWBT eveneens gebruikt kan worden voor HKWBT ten behoeve van zakelijke netwerkdiensten. Er is dan ook geen sprake van aanzienlijke investeringen die benodigd zijn om LKWBT aan te bieden.

Op basis van de argumenten die het college aandraagt, is eerder de conclusie gerechtvaardigd dat er wel sprake is van aanbodsubstitutie tussen HKWBT en LKWBT dan niet. KPN verzoekt het college derhalve om nader te onderbouwen dat er ondanks hier genoemde feiten er toch geen aanbodsubstitutie bestaat tussen LKWBT en HKWBT.

3.3 Dominantieanalyse markt voor LKWBT

KPN deelt de conclusie van het college dat de markt voor LKWBT in aanwezigheid van regulering daadwerkelijk concurrerend is en dat KPN op deze markt niet beschikt over AMM. KPN wenst echter nog wel twee opmerkingen te maken inzake de dominantieanalyse die het college heeft uitgevoerd inzake de markt voor LKWBT.

3.3.1 Ontwikkelingen dienstenaanbod en tarieven

In rnr. 470 stelt het college dat de prijsdalingen van KPN voor LKWBT geen eenduidige indicatie zijn voor effectieve concurrentie. Het college kan niet met zekerheid stellen dat deze prijsdalingen zich ook hadden voorgedaan in een situatie zonder regulering, en een prijsdaling kan ook mogelijk op een strategische actie duiden om concurrenten uit de markt te drukken.

KPN heeft enige moeite met deze stelling van het college. KPN heeft in haar reactie⁷ op de vragen van het college inzake de tarieven en het tariefverloop (huurlijnen en WBT) van 8 december 2010 het college er reeds op gewezen dat de forse prijsdaling van WBA CM het gevolg is van directe en indirecte prijsdruk. Zo stelde KPN:

'[KPN Vertrouwelijk –

].'

Dat de prijsdaling van WBA CM (mogelijk) een strategische actie zou zijn om concurrenten uit de markt te drukken zoals het college suggereert wordt weersproken door het feit dat er geen enkele concurrent uit de markt is gedrukt. Deze suggestie is onjuist en dient volgens KPN in het definitieve besluit te worden gecorrigeerd.

3.4 Dominantieanalyse markt voor HKWBT/HL

In rnr. 558 erkent het college dat er verschillende nieuwe wholesale producten zijn geïntroduceerd en dat de tarieven in die periode onder sterke druk stonden. Het college erkent dat de prijsdalingen van enkele wholesale producten bij de producten SDH ILL, DWDM ILL en ILL smalband mogelijk een indicatie zijn van concurrentie op de wholesale markt voor HKWBT/HL. Daartegenover stelt het college dat de 25% opslag van KPN op WBA ZM ATM in B-gebieden een indicator is dat KPN weinig concurrentie ondervindt. Het college stelt derhalve dat WBT en WHL-regulering (vooral ND5) een rol heeft gespeeld bij tariefdalingen en productintroductions voornamelijk wat betreft WBT ZM en WEAS diensten.

Volgens KPN is de prijsdaling voor de wholesale producten SDH ILL, DWDM ILL en ILL smalband *niet mogelijk* een indicatie zijn van concurrentie, maar daadwerkelijk *het gevolg* van concurrentie. KPN verwijst in

⁷ Reactie van KPN van 14 januari 2011, kenmerk: R/11/U/005.

dat kader weer naar haar antwoorden op de vragen van het college over de tarieven en tariefverloop van 8 december 2010.

Wat betreft WBA ZM en WEAS herkent KPN niet het beeld dat de prijsdalingen het gevolg zijn van regulering. Ook deze prijsdalingen zijn het gevolg van concurrentie. Zo heeft KPN expliciet in haar reactie⁸ op de tarieven en tariefverloop van 8 december 2010 gesteld:

[KPN Vertrouwelijk –

⁸ Reactie van KPN van 14 januari 2011, kenmerk: R/11/U/005.

1.'

KPN herkent dan ook niet de stelling van het college dat WBT en WHL-regulering een rol heeft gespeeld bij de tariefdalingen en productintroducties voor WBA ZM en WEAS diensten.

De opmerking van het college dat de 25% opslag op WBA ZM ATM in B-gebieden een indicator is dat KPN in die gebieden weinig concurrentie ondervindt, is een miskenning van de feitelijke situatie. Op zich is het juist dat er in die gebieden niet of nauwelijks sprake is van een alternatief aanbod op basis van MDF access. Dat heeft te maken dat de desbetreffende centralegebieden een aanzienlijk geringere dekking hebben dan de centrales in de A-gebieden. De investeringen om in B-gebieden een WBT aanbod te kunnen doen moeten dus over minder afnemers worden terugverdiend. Aan de tariefdifferentiatie tussen A- en B-gebieden ligt dus wel degelijk een kostenonderbouwing ten grondslag.

Waar KPN zich aan stoort is de bewering van het college aangaande een zogenaamde 25% verhoging. Hier wordt namelijk de geschiedenis bewust of onbewust verkeerd weergegeven. De beweerde "verhoging met 25%" vond plaats na de vernietiging van het marktbesluit voor de HKWBT markt (het marktbesluit bevatte een verbod op de B-toeslag) en was in feite niets anders dan het ongedaan maken van een regulatorisch gemotiveerde verlaging (zijnde het afschaffen van de B-toeslag) die noodzakelijk was in verband met het WPC-2b besluit van het college. Met de vernietiging van het marktbesluit HKWBT kwam de grondslag aan

het WPC-2b besluit te ontvallen, en stond het KPN vrij de oorspronkelijke tarieven te doen herleven. De bewering aangaande een vanuit KPN gemotiveerde verhoging van 25% is dus op z'n minst een onvolledige weergave van de feiten en daarmee dus onjuist.

Verder wijst KPN erop dat KPN na de vernietiging op 13 april 2010 van het marktanalysebesluit huurlijnen de ILL tarieven, vastgesteld in WPC2a, inclusief terugwerkende kracht tot 1 januari 2009, in stand heeft gelaten. KPN was hiertoe niet verplicht, ook niet als gevolg van een herstel van de ILL regulering in een herstelbesluit. Een herstelbesluit had de WPC2a tarieven namelijk pas op kunnen leggen na inwerkingtreding van dat besluit. De enige rationele verklaring voor het in stand houden van de ILL WPC2a tarieven vanaf 1 januari 2009 is dan ook een prikkel vanuit de markt.

3.5 Toetredingsdrempels

Zowel in de markt voor WBT LK als in de markt voor WBTHK/HL onderzoekt het college op geen enkele wijze wat de toetredingsdrempels zijn en/of er sprake is van (potentiële) concurrentie. Volgens KPN is dit echter wel een parameter die meegenomen dient te worden in de dominantieanalyse. KPN verwijst in dit kader naar haar paper over de rol en betekenis van lokale glasvezelinitiatieven die zij op 18 februari 2011 bij het college heeft ingediend. Ook een partij als CIF en de plannen die het heeft aangekondigd geven aan dat toetreding wel degelijk mogelijk is. KPN ervaart dan ook concurrentiedruk van dit soort initiatieven.

4 Potentiële mededingingsproblemen

In hoofdstuk 6 gaat het college uitvoerig in op een aantal potentiële mededingingsproblemen die zich zouden kunnen voordoen in afwezigheid van regulering. In dit verband wijst KPN op de navolgende passage uit r.o. 10.8.1 van de uitspraak van het CBb van 3 mei 2011 (LJN BQ3146) in de zaak van de beroepen tegen het Besluit marktanalyse wholesale breedbandtoegang van 19 december 2008:

'Het College [van Beroep voor het bedrijfsleven] stelt voorop dat van OPTA verwacht mag worden, dat zij aantoonst dat een houder van AMM de mogelijkheid en de prikkel heeft om een bepaald, de mededinging schadelend, gedrag te vertonen. Van haar wordt niet vereist te bewijzen dat deze mededingingsbeperkende gedraging zich daadwerkelijk voordoet, dan wel het in hoge mate aannemelijk is dat die gedraging zich zal voordoen.'

KPN meent dat de analyse van het college in het ontwerpbesluit onvoldoende is om aannemelijk te maken dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om zich op een bepaalde mededingingsbeperkende manier te gedragen. De voorbeelden die worden aangedragen zijn of zeer verouderd (bijvoorbeeld collocatie, rnr. 656), of volstrekt hypothetisch (bijvoorbeeld koppelverkoop, rnr. 659), of onjuist (bijvoorbeeld koppelverkoop, rnr. 660). Ook de voorbeelden die het college aandraagt in het kader van de analyse van het potentiële mededingingsprobleem marge-utholling voldoen niet aan de door het CBb voorgeschreven norm.

4.1 Aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen

Wat betreft de aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen stelt KPN vast dat het college bijna vanzelfsprekend ervan uitgaat dat KPN in afwezigheid van regulering een prikkel heeft om vrijwillige toegang tot haar netwerk te weigeren dan wel andere gedragingen zoals discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie, verdragings technieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, strategisch productontwerp en koppelverkoop toe te passen.

KPN merkt op dat het college in deze paragraaf met betrekking tot de aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen geen aandacht besteedt aan het feit dat KPN onder andere:

- 1) Nu al in afwezigheid van regulering toegang verleent tot WMP, WBA over FttH en VISP diensten.
- 2) Al haar processen en bedrijfsvoering al jaren lang heeft ingericht om wholesale toegang te verlenen.
- 3) Een daadwerkelijke prikkel heeft om toegang te verlenen tot haar netwerk, teneinde de beschikbare capaciteit zo goed mogelijk te benutten, om de concurrentiestrijd met de kabel en andere alternatieve infrastructuraanbieders aan te gaan. De prikkel is daarmee niet alleen om toegang te verlenen maar ook om deze toegang te verlenen tegen voorwaarden die het juist mogelijk maken voor deze partijen om te concurreren op de retailmarkt. Zo heeft KPN in 2004, nota bene 4 jaar voordat het college haar daartoe verplichtingen oplegde, een aanbod voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang (destijds Wholesale ADSL genaamd) in de markt gezet en niet lang daarna, op verzoek en onder druk van de afnemers, in het aanbod non discriminatiebepalingen opgenomen.
- 4) Het vervallen van de regulering voor zakelijk glas, huurlijnen en hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang als gevolg van CBb uitspraken heeft er niet toe geleid dat KPN geen toegang meer heeft verleend dan wel haar voorwaarden heeft gewijzigd.
- 5) Als illustratie van haar bewuste wholesale beleid wijst KPN ook op de situatie in de mobiele markt waarin KPN zowel in Nederland, als in Duitsland en België al jarenlang (zonder enige regulering) toegang aan service providers en MVNO's biedt (al sinds 1993).

KPN verwijst gelet op bovenstaande naar haar antwoorden op vraag 47 en 48 van de breedband vragenlijst. KPN verzoekt het college de argumenten die KPN in deze twee antwoorden naar voren heeft gebracht

te overwegen alvorens te concluderen dat KPN in afwezigheid van regulering een prikkel heeft geen toegang te verlenen tot haar netwerk dan wel toegang tegen onredelijke voorwaarden.

Het college haalt tweemaal het voorbeeld van collocatie aan om een aan toegang gerelateerd probleem te illustreren (zie rnr. 656 en rnr. 659). KPN is echter van mening dat collocatie niet als een voorbeeld aangehaald mag worden om een toegang gerelateerd mededingingsprobleem te illustreren. De vormgeving van het collocatieaanbod van KPN is tot stand gekomen in een geheel ander tijdsgewricht dan het huidige. KPN staat inmiddels in de toekomstvaste gebouwen, de zogenaamde Metro Core locaties, wel toe dat collocatievoorzieningen voor meerdere toegangsdiensten gebruikt kunnen worden. Met strategisch productontwerp heeft dit alles niets te maken.

Het voorbeeld dat het college in rnr. 660 geeft om te onderbouwen dat KPN de prikkel heeft om bundeling/koppelverkoop toe te passen is onjuist:

'Een ander voorbeeld hiervan betreft levering van HKWBT/HL-diensten op regionaal of nationaal niveau. Die levering is in wezen een bundeling van trunkverbindingen met op metroniveau geleverde HLWBT/HL. Deze bundeling remt de afname van diensten op metroniveau.'

Van koppelverkoop is hier echter helemaal geen sprake. Een afnemer van HKWBT/HL heeft immers de mogelijkheid om de diensten op metroniveau van KPN af te nemen. En doet hij dat niet, dan is hij op geen enkele wijze verplicht om trunkverbindingen van KPN af te nemen. Er zijn namelijk ook andere aanbieders van trunkverbindingen op de markt.

4.2 Prijsgerelateerde potentiële mededingingsproblemen

Wat betreft de paragraaf over prijsgerelateerde potentiële mededingingsproblemen wenst KPN het volgende op te merken.

4.2.1 Prijsdiscriminatie

Het college kenmerkt prijsdiscriminatie als een belemmering van de mededinging wat in het nadeel van gebruikers is. Volgens KPN gaat het college hier volledig voorbij aan het feit dat prijsdifferentiatie juist ook gunstige welvaartseffecten kan hebben. KPN verwijst hiervoor ook naar het hoofdstuk verplichtingen bij het verbod op tariefdifferentiatie (zie paragraaf 5.3.2). KPN verzoekt het college dan ook nader in te gaan op deze gunstige welvaartseffecten alvorens te concluderen dat prijsdiscriminatie en de mogelijkheid die KPN heeft om die toe te passen tot een beperking van de mededinging zou leiden.

4.2.2 Marge-utholling

In rnr. 683 suggereert het college dat KPN een veel groter aandeel heeft in minder prijsgevoelige klanten dan de afzonderlijke andere partijen zonder aan te geven op welk onderzoek dit gebaseerd is. Het college geeft een tweetal voorbeelden van gedrag dat tot marge-utholling zal leiden die niet correct zijn. Allereerst stelt het college in rnr. 682:

'KPN past tariefdifferentiatie tussen gebieden toe. Na de vernietiging van het marktbesluit voor de hoge kwaliteit WBT-markt, heeft KPN de tarieven in zogenaamde B-gebieden met 25% verhoogd. Een variant op tariefdifferentiatie in gebieden is de differentiatie van tarieven tussen alternatieve DSL-aanbieders, zoals Tele2 (die hogere tarieven worden berekend), en service providers op de retailmarkt voor ZND (die lagere tarieven worden berekend).'

De verhoging in B-gebieden met 25% na de vernietiging van het marktbesluit voor de HK WBT markt was in feite niets anders dan het ongedaan maken van een verlaging die noodzakelijk was in verband met het WPC-2b besluit van OPTA. Met de vernietiging van het marktbesluit HK WBT kwam de grondslag aan het WPC-2b besluit te ontvallen, en stond het KPN vrij de oorspronkelijke tarieven te doen herleven.

Het andere voorbeeld dat het college in rnr. 684 gebruik is eveneens incorrect:

'Een voorbeeld van dit gedrag is de prijsstelling van nationale en regionale huurlijnen (ILL), waar KPN op nationaal niveau lagere tarieven hanteerde dan de gereguleerde dienst op regionaal niveau.'

KPN herkent niet dat de prijsstelling van nationale huurlijnen lager zou zijn geweest dan de regionale huurlijnen, in geen enkele situatie. KPN heeft dit in haar interview met het college in januari al aangegeven. Het prijsbouwwerk van KPN is zodanig dat de lokale toegangsdienst altijd voordeliger is dan de regionale toegangsdienst en die op haar beurt weer altijd voordeliger dan de nationale toegangsdienst. Ook bij kortingsacties geldt dit uitgangspunt: tarief lokaal < regionaal < nationaal. KPN verzoekt het college toe te lichten waarop hij dit vermoeden baseert.

5 Verplichtingen

5.1 Inleiding

In voorgaande reguleringsperiodes lag bij het bepalen van de prioritaire doelstellingen sterk de nadruk op de mogelijkheid voor aanbieders om vergelijkbare diensten over dezelfde (type) infrastructuur te leveren. Anno 2011 is de markt echter zo sterk ontwikkeld dat niet zozeer het behoud van concurrentie tussen aanbieders op hetzelfde platform centraal zou moeten staan, maar de concurrentie tussen (aanbieders op) verschillende platformen.

KPN heeft al eerder in haar *position paper remedies*⁹ aangegeven dat een motivering inhoudende dat een verplichting ‘niet schadelijk’ is voor de innovatie en platformconcurrentie onvoldoende is. Er moet – zo nodig door welvaartsanalyses – worden beoordeeld of de voordelen van die verplichting opwegen tegen de mogelijke nadelen.¹⁰ KPN constateert dat deze welvaartsanalyses in het ontwerpbesluit niet hebben plaatsgevonden.

KPN constateert ook dat het college verplichtingen horizontaal over alle markten heen gelijk lijkt te trekken. Hierdoor zijn in de markt voor WHBT de verplichtingen deels zwaarder geworden zonder dat er in de markt een aanleiding is voor die verzwaring. Dit wordt bevestigd doordat de motivering hiervan ontbreekt in het ontwerpbesluit. Te denken valt hierbij aan het vastleggen van expliciete termijnen in plaats van het hanteren van redelijke termijnen (denk aan de aankondigings- en uitfaseringstermijn) en de nieuwe verplichting tot het opleveren van kwaliteitsrapportages. Verder heeft het college de vergaande maatregel van een algeheel en absoluut verbod op tariefdifferentiatie opgelegd. KPN zal niet op elk van deze extra opgelegde verplichtingen nader ingaan. Ondanks dat KPN niet expliciet op alle extra verplichtingen ingaat, geeft KPN bij deze aan dat zij de verzwaring van de verplichtingen noodzakelijk noch proportioneel acht.

Het is bij het opleggen van verplichtingen niet alleen van belang om te onderzoeken welke implicaties de verplichting heeft op het concurrentieproces tussen KPN en aanbieders die voor het aanbieden van diensten afhankelijk zijn van wholesale inkoop bij KPN. Ook de gevolgen die een dergelijke verplichting kan hebben op de concurrentie tussen KPN en andere aanbieders die niet afhankelijk zijn van wholesale inkoop bij KPN (bijv. kabelaanbieders die in toenemende mate ook op de zakelijke markt WHBT diensten aanbieden, maar ook andere aanbieders die op basis van eigen infrastructuur of op basis van MDF access in de zakelijke markt WHBT diensten aanbieden) dient in acht genomen te worden bij het opleggen van een dergelijke verplichting.

Of anders gezegd: het naast elkaar in de lucht houden van beide typen concurrentie (tussen eigenaren van verschillende aansluitnetwerken en anderzijds via toegangsregulering tussen verschillende aanbieders op één en hetzelfde aansluitnetwerk) kan een rationele doelstelling lijken, maar als het bijvoorbeeld aankomt op ND-5 analyses kan niet worden volgehouden dat beide typen concurrentie eenzelfde uitkomst kennen als het gaat om het meest efficiënte aanbod en dus de vraag welke van de twee typen de beste welvaarts-effecten brengt. Het college lijkt zich hier van bewust maar ontwijkt toch de conclusie, onder meer door geen bewijslast te willen dragen voor de welvaartsanalyse die hoort bij de keuzes die hij maakt bij ND-5, waaronder de keuze voor EDC minus.

⁹ Position paper remedies KPN, R/11/4/037 van 30 maart 2011.

¹⁰ Bij het opleggen van een toegangsverplichting om (diensten)concurrentie te bevorderen kan het college ook op een negatieve manier de investeringsoverwegingen van marktpartijen beïnvloeden en zodoende niet-bedoelde ongewenste effecten veroorzaken. In een investeringsfase kan een toegangsverplichting er bijvoorbeeld toe leiden dat “kleine” partijen hun beoogde investeringsplannen laten varen en de voorkeur geven aan toegang afnemen van de “grotere” partijen. De “grotere” partijen kunnen op hun beurt als gevolg van een dergelijke verplichting overwegen om minder te investeren door bijvoorbeeld alleen selectief uit te rollen (‘cherry picking’) aangezien ze een beperkter concurrentievoordeel hebben. Het is dus van belang dat toegangsverplichtingen dan wel verplichtingen in het algemeen ertoe leiden dat zoveel mogelijk partijen in het netwerk deelnemen aan vuling van het netwerk en daarmee bijdrage aan het terugverdienen van de investeringen in het netwerk.

KPN zal hieronder per voorgestelde verplichting haar standpunt weergeven.

5.2 Toegang

5.2.1 Toegang op basis van glasvezel

KPN onderschrijft de conclusie van het college dat een verplichting op om glas gebaseerde HKWBT/HL toegang te leveren niet noodzakelijk is (nr. 727). Zoals het college terecht in nr. 725 opmerkt, is er op de bovenliggende wholesale markt FttO niet vastgesteld dat KPN beschikt over AMM. Door concurrentie op de FttO markt kunnen aanbieders op glasgebaseerde HKWBT/HL diensten bieden zonder dat hiervoor een toegangsverplichting voor KPN geldt. Verder deelt KPN de mening van het college dat het niet opleggen van een HKWBT/HL (FttO) verplichting ook de verdere uitrol van FttO-netwerken door alternatieve aanbieders stimuleert.

5.2.2 Voorschriften aan toegangsverplichting

(i) Kwaliteitsrapportage

Het college is voornemens aan KPN de verplichting op te leggen om aan wholesale afnemers ten minste eens per kwartaal een kwaliteitsrapportage te verstrekken over de realisatie van service levels voor WBT/HL. De rapportage dient aan te sluiten op de wijze waarop de KPIs en boetes zijn gedefinieerd, en dient per productgroep ten minste de totale hoeveelheid opgeleverde producten en de opgeleverde producten per marktpartij te bevatten (dictumonderdeel VIII sub i). Als een partij informatie ontvangt over alleen de eigen afname zou een partij niet goed in staat zijn, aldus het college, een juiste schatting te maken voor de aan eindgebruikers te garanderen service levels.

Naar aanleiding daarvan merkt KPN op dat een aanbieder alleen op basis van de door KPN gegarandeerde service levels in combinatie met informatie over de eigen afname zal bepalen welke service levels aan eindgebruikers kunnen worden gegarandeerd. Informatie over de afname op marktniveau is wellicht interessant om te kunnen beoordelen hoe de eigen afname scoort ten opzichte van de marktbrede afname, maar dat is geen doelstelling van de non discriminatieverplichting ten aanzien van kwaliteit die het college voornemens is aan KPN te leggen. Een dergelijke oprekking van de non discriminatieverplichting is passend noch proportioneel.

Het college acht het belangrijk dat marktpartijen zelf in staat zijn om vast te stellen of sprake is van een level playing field en derhalve te beoordelen in hoeverre de aan hen geleverde performance afwijkt van het marktgemiddelde en om te bepalen of sprake is van een non-discriminatoire levering. Naar aanleiding daarvan wijst KPN erop dat de Telecommunicatiewet het college niet de bevoegdheid geeft een dergelijke verplichting aan KPN op te leggen, nog afgezien dat een rapportage over de afname op marktniveau geen enkel inzicht geeft in de vraag of sprake is van een non discriminatoire levering.

De afnemers van WHBT kunnen aan de hand van hun eigen KPI rapportage nagaan of de resultaten achterblijven bij de norm. Naar aanleiding daarvan kan desgewenst in overleg met KPN naar de oorzaken worden gezocht, en naar verbeteringen in de processen teneinde in de toekomst betere resultaten te verkrijgen. Daarnaast kan KPN aan het college een totaalrapportage, zijnde een bundeling van de individuele rapportages, verstrekken zodat het college op basis daarvan kan beoordelen of er aanleiding is een nader onderzoek in te stellen naar een eventuele ongelijke behandeling tussen marktpartijen respectievelijk tussen KPN en marktpartijen. Zoals KPN al vaker naar voren heeft gebracht hoeft daar geenszins sprake van te zijn omdat de scores op de KPI's in zeer grote mate beïnvloed worden door de kwaliteit van de processen aan de zijde van de wholesale afnemer.

KPN verwijst hier naar de zienswijzen en overige processtukken die zij in het kader van de voorbereiding van en het beroep tegen het aanwijzingsbesluit RA WBA van 3 maart 2010 en het aanwijzingsbesluit RA ULL/SLU van 23 april 2010 heeft ingediend, en verzoekt het college deze hier als herhaald en ingelast te beschouwen. KPN gaat ervan uit dat indien haar beroep op dit onderdeel gegrond wordt verklaard, het college het definitieve WHBT besluit dienovereenkomstig zal aanpassen.

(ii) Strategisch productontwerp

In het kader van de toegangsverplichtingen schrijft het college voor (dictumonderdeel VIII sub k) dat KPN toegangsdiensten niet strategisch mag ontwerpen. Op zichzelf genomen is dat voorschrift niet bezwaarlijk. Door bij de aanleg van nieuwe netwerkonderdelen voor zichzelf bewust geen rekening te houden met de toegangsmogelijkheden voor derden zou KPN de kosten om later toegang te realiseren aanmerkelijk verhogen, aldus het college in paragraaf 6.4.7 van het ontwerpbesluit. Het college gaat er daarmee ten onrechte aan voorbij dat in de praktijk is gebleken dat het wel rekening houden met de toegangsmogelijkheden voor derden kan leiden tot aanzienlijke extra kosten die niet kunnen worden terugverdiend indien blijkt dat van dat van de aldus gecreëerde toegangsmogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt. KPN wijst in dit verband op de kosten die zijn gemaakt voor het mogelijk maken van bij voorbeeld lokale toegang ten behoeve van vaste gespreksopbouw en afgifte, SDF-access en ODF acces FttO. Die investeringen zijn later inefficiënt gebleken. Daarmee wordt KPN op kosten gejaagd, wat evenzeer een belemmering kan vormen van effectieve concurrentie en wellicht zelfs van innovatie.

(iii) Uutfasering

Het college is voornemens KPN te verbieden om reeds verleende toegang in te trekken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd en het college heeft ingestemd met een daartoe strekkend verzoek van KPN. Een van de randvoorwaarden die het college bij de beoordeling van dergelijke verzoeken zal hanteren is de termijn waarop KPN tot uutfasering zal overgaan. Die termijn moet redelijk zijn. Daar kan KPN zich volledig in vinden. KPN kan zich echter niet vinden in de invulling die het college (in rnr. 771) op voorhand geeft aan de redelijkheid van de uutfaseringstermijn. Het college vindt de uutfaseringstermijn van drie jaar die wordt gehanteerd voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk in beginsel ook redelijk voor HKWBT/HL diensten. Het college gaat daarmee echter volledig voorbij aan de verschillen die tussen ULL en HKWBT/HL bestaan. Bij ULL zijn de investeringen die de afnemers zelf hebben gedaan aanzienlijk groter, en dient er rekening te worden gehouden met de vraag in hoeverre zij die investeringen hebben gedaan in de gerechtvaardigde verwachting dat zij die investeringen zouden kunnen terugverdienen. Daarbij past een langere termijn van uutfasering. Bij HKWBT/HL is er sprake van relatief beperktere investeringen, en kan rekening worden gehouden met een kortere terugverdientijd. Aangezien de verplichtingen die door het college worden opgelegd, moeten worden gebaseerd op de aard van de geconstateerde problemen en in het licht van de beleidsdoelstellingen proportioneel moeten zijn, is de lengte van de termijn die de aangewezen partij in acht moet nemen bij het uutfasieren van bestaande diensten bij uitstek een verplichting die het beste per geval kan worden bepaald. Alleen dan is het immers mogelijk om te beoordelen wat in een bepaalde situatie een passende termijn is. Om die reden acht KPN het wenselijk dat het college in het definitieve besluit volstaat met de randvoorwaarde dat de uutfaseringstermijn redelijk moet zijn, en afziet van de toevoeging dat een termijn van drie jaar in beginsel redelijk is. De randvoorwaarden die het college in onderdeel VIII sub m van het dictum van het ontwerpbesluit heeft geformuleerd bieden naar het oordeel van KPN meer dan noodzakelijke waarborgen ter bescherming van afnemers van HKWBT/HL.

Een andere randvoorwaarde is dat KPN een gereguleerd alternatief moet bieden. Dat is een niet proportionele maatregel. Op voorhand, zonder kennis van de omstandigheden van het geval, kan immers niet worden bepaald wat een geschikt alternatief zou kunnen zijn en of dat alternatief gereguleerd is of niet. Waar

bijvoorbeeld WBA op basis van ODF access FttH een geschikt alternatief zou kunnen zijn voor WBA VDSL2 Ethernet op basis van MDF of SDF access, zou KPN toch een ander alternatief moeten aanbieden omdat dat alternatief niet gereguleerd is.

5.3 Non-discriminatie

5.3.1 Verbod op marge-utholling: ND-5

Alvorens hieronder de inhoudelijke zienswijze op de verschillende onderdelen van de ND-5 verplichting te geven wijst KPN op de zeer uitvoerige toelichting die zij op haar grieven tegen deze verplichting heeft gegeven in de processtukken die zij in het kader van de beroepen tegen de verschillende marktbesluiten uit de huidige reguleringsronde heeft ingediend. Weliswaar heeft het CBb deze in zijn uitspraak van 3 mei 2011 (LJN BQ3146) ten aanzien van LK WBT gedeeltelijk ongegrond verklaard, maar daarbij wordt (in rechtsoverweging 10.17.4) uitdrukkelijk overwogen dat de uitspraak ten aanzien van andere productmarkten anders kan uitvallen omdat de toelaatbaarheid van een opgelegde remedie niet kan worden beoordeeld zonder daarbij de ernst van het daarmee te remediëren mededingingsprobleem in acht te nemen. KPN verzoekt het college vorenbedoelde grieven van KPN hier als herhaald en ingelast te beschouwen.

(i) Niveau van toetsing

In rnr. 788 en 789 geeft het college aan dat er op gedetailleerd dienstniveau (aanbod op individueel klantniveau) moet worden getoetst. KPN heeft in het kader van de tegen de huidige marktanalysebesluiten gevoerde beroepsprocedures gemotiveerd dat het toepassen van een toets op dit zeer lage niveau niet noodzakelijk is om het geconstateerde (potentiële) mededingingsprobleem op te lossen en evenmin het minst beperkende alternatief. Vanuit het oogpunt van consistentie is het belangrijk dat het niveau van toetsing bepalend is voor het niveau waarvan de kosten worden meegenomen. Stel dat op marktniveau wordt getoetst en er worden slechts de incrementele kosten van het aanbod voor één klant meegenomen dan is hier sprake van een mismatch waardoor de ND-5 marge ten onrechte te hoog zou zijn. In de hier beschreven situatie wordt op dienstniveau (aanbod op individueel klantniveau) getoetst, dan zou het niet juist zijn om kosten op marktniveau mee te nemen. De ND-5 marge zou dan ten onrechte te laag uitkomen. In rnr. 792 tweede onderdeel is beschreven dat moet worden uitgegaan van EDC minus kosten. In de EDC minus kosten zitten ook de kosten van de dienst op marktniveau. De toepassing van EDC minus kosten ten behoeve van de ND-5 toetsing is hiermee niet een passende verplichting.

Dit is reeds eerder in het rapport van Charles River Associates (hierna: CRA) van september 2009 aangegeven. CRA heeft op verzoek van KPN geadviseerd over ND-5 en in het bijzonder over de combinatie van (i) de eis dat de toets wordt toegepast op het niveau van (zeer fijnmazig gedefinieerde) afzonderlijke (downstream)diensten, (ii) de wijze waarop KPN volgens ND 5 de incrementele kosten van de benodigde ongereguleerde wholesale diensten moet berekenen, tegen de achtergrond van (iii) het feit dat Gedragsregel 5 is gebaseerd op de positie van een Equally Efficient Operator (EEO) in plaats van een Reasonably Efficient Operator (REO). Het CRA-rapport wordt hierbij in het geding gebracht als bijlage 1.

CRA constateert enkele belangrijke tekortkomingen aan de toepassing van ND-5 op het niveau van afzonderlijke diensten.

(i) Allereerst is er een aanzienlijk risico dat het hanteren van kostengegevens uit het EDC systeem bij het bepalen van de voor ND 5 relevante LRIC kosten van ongereguleerde wholesale diensten leidt tot aanmerkelijk hogere uitkomsten dan als werkelijk incrementele kosten kunnen worden aangemerkt. Een belangrijke oorzaak hiervoor is het feit dat de kosten van gedeelde activa (zoals platforms) onderdeel zijn van de in aanmerking genomen EDC kosten, terwijl zeer onzeker is of die kosten wel stijgen indien een extra eenheid van de desbetreffende dienst wordt voortgebracht. Het increment met behulp waarvan moet wor-

den bepaald welke kosten incrementeel zijn, dient overeen te komen met het niveau waarop de incrementele toets wordt toegepast. Nu ND-5 een toets voorschrijft op een zeer laag niveau, dienen bij de bepaling van de incrementele kosten alleen die kosten in aanmerking genomen te worden waarvan aannemelijk is dat het ze stijgen bij het voortbrengen van een increment, bijvoorbeeld één extra eenheid van de desbetreffende dienst. Van de betrokken EDC kosten is juist aannemelijk dat ze meer omvatten en aldus te hoog zijn.

(ii) De tweede tekortkoming die CRA constateert, is dat het vermoedelijk te hoge niveau van de LRIC kosten leidt tot welvaartsverlies, nu ND-5 KPN niet toestaat om de kosten van netwerkelementen die voor verschillende diensten worden gebruikt, op de meest economisch efficiënte wijze terug te verdienen.

(iii) Ten slotte meent CRA dat het zeer lage toetsingsniveau van ND-5 niet consistent is met het uitgangspunt van de Equally Efficient Operator.

Het CRA-rapport onderstreept derhalve dat de toets op dienstniveau niet passend is. Weliswaar is dit CRA-rapport geschreven naar aanleiding van het beroep van KPN tegen de marktbesluiten van december 2008, het is inhoudelijk echter nog steeds geldig in relatie tot het ontwerp WHBT besluit, waaronder het punt van de onjuistheid van EDC minus.

(ii) KPN voortbrengingswijze

Bij de beoordeling van de prijstechnische repliceerbaarheid dient, naar het oordeel van het college, te worden uitgegaan van de wijze waarop KPN de diensten voortbrengt en niet van de voortbrengingswijze van de (grootste) efficiënte concurrent.

KPN is het hier mee eens. Bij het mededingingsrecht wordt ook uitgegaan van een Economische Efficiënte Operator (hierna: EEO) toetsing, in dit geval de wijze waarop KPN haar diensten voortbrengt. REO toetsing (voortbrengingswijze van redelijk efficiënte concurrent) bevoordeelt de alternatieve aanbieders en zal inderdaad leiden tot inefficiënte toetreding van nieuwe aanbieders. In de eindgebruikersmarkt kan dit leiden tot hogere tarieven en daarmee welvaartsverlies. KPN zal bij REO toetsing ook worden belemmerd in haar strijd met de kabelaanbieders. Zij kan hierdoor mogelijk niet optimaal concurreren met de kabelaanbieders. KPN brengt voorts in herinnering dat ook het CBb al bij herhaling heeft bevestigd dat het college in redelijkheid voor een EEO benadering kan kiezen, laatstelijk in zijn uitspraak van 3 mei 2011 over het thans geldende WBT besluit (LJN BQ3146).

(iii) EDC minus kosten

Het college kiest in rnr. 792 voor een andere kostenstandaard dan de huidige reguleringsperiode. In de tweede regel geeft het college aan

'de volledig gealloceerde kosten op basis van EDC minus voor de ongereguleerde bouwstenen in de productieketen van de downstreammarkt waarop KPN aanmerkelijke marktmacht zou hebben (of daarop een risico zou bestaan) in afwezigheid van regulering.'

Het college geeft niet duidelijk aan waarom wordt overgegaan van LRIC kosten (kostengrondslag uit de vorige reguleringsperiode) naar EDC minus. Voor KPN is de keuze voor EDC minus kosten dan ook onbegrijpelijk. De motivering voor deze keuze ontbreekt in het ontwerpbesluit.

Het eerste bezwaar tegen de toepassing van EDC minus kosten is dat de EDC minus kosten op integraal niveau zijn vastgesteld, terwijl toetsing op gedetailleerd dienstniveau (aanbod op individueel klantniveau) wordt uitgevoerd. Hier is sprake van een mismatch, zie ook de eerder reactie op het niveau van toetsing. CRA constateert hierover:

'Our key concerns with OPTA's approach are the following:

- 1. The choice of a highly disaggregated level for the testing (potentially at the level of the individual customer) requires a cost model that can accurately estimate incremental costs at that level, however such a cost model is, we understand, neither available nor envisaged;*
 - 2. The more disaggregated the level at which the testing is performed, the greater the practical difficulties in properly estimating true incremental costs at that level;*
 - 3. The available accounting system (essentially based on EDC minus common costs) does not provide a good proxy for incremental costs at a highly disaggregated level;*
 - 4. The risk, in particular, is that the EDC model will overestimate incremental costs at a granular level, which will restrict KPN's freedom to price efficiently and may lead to adverse effects on consumer welfare.*
- First, EDC is not and was never designed to be a methodology for estimating incremental costs. There is therefore no guarantee that the proxies generated by the EDC model would bear any resemblance to true incremental costs.'*

EDC is gebaseerd op een fully allocated cost methode waarbij de integrale kostprijs wordt berekend. Bij EDC minus worden weliswaar de gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten in mindering gebracht, de basis blijft echter een integrale kostprijs (met dus alle variabele en vaste/shared capaciteitskosten van netwerken en apparatuur) die volgens KPN niet geschikt is om te worden toegepast in een marge-uthollingstoets (ND-5), en zeker niet op het voorgenomen niveau van toetsing.

ND-5 kosten met daarin de EDC minus kosten zullen over het algemeen te hoog zijn waardoor inefficiënte toetreding wordt gestimuleerd. Dit heeft een kunstmatig prijsopstuwend effect op bv. de WBT LK markt waardoor de ISP partijen hun inkooptarieven zien stijgen. Aangezien de prijzen op de retailmarkt in belangrijke mate gedisciplineerd worden door de kabelaanbieders die geen last hebben van hogere inkoop-tarieven, zal dit leiden tot lage of zelfs negatieve marges op de retaildiensten en mogelijk uittreding van deze partijen uit de retailmarkt. Het overall DSL aanbod zal hierdoor aan kracht verliezen t.o.v. de kabel. De kabelaanbieders zijn de lachende derde. Voor KPN is deze 'verzwaring' dan ook onbegrijpelijk in het kader van het hogere belang van concurrentie tussen de kabel en DSL infrastructures en de door het college zelf aangegeven afgenomen positie van KPN in de retailmarkt voor breedband.

Uit onderstaand artikel uit de Mededeling van de Europese Commissie¹¹ blijkt dat ook bij het algemene mededingingsrecht wordt uitgegaan van incrementele/vermijdbare kosten en niet van een integrale kostprijs. EDC minus benadering leidt dus in het algemeen tot te hoge kosten.

'Artikel 26. De criteria die de Commissie voor de kosten waarschijnlijk zal gebruiken, zijn de Average Avoidable Cost (hierna „AAC' genoemd) en de Long-Run Average Incremental Cost (hierna „LRAIC' genoemd). Wanneer de AAC niet worden gedekt, is dat een aanwijzing dat de onderneming met een machtspositie haar winst op de korte termijn opoffert en dat een even efficiënte concurrent de beoogde afnemers niet kan bedienen zonder verlies te lijden. De LRAIC ligt meestal hoger dan de AAC omdat deze, anders dan de AAC (die alleen de vaste kosten omvatten die in te onderzoeken periode worden gemaakt), de productspecifieke vaste kosten omvat die zijn gemaakt in de periode voordat het beweerdelijk onrechtmatig gedrag heeft plaatsgevonden. Wanneer de LRAIC niet gedekt worden, is dat een aanwijzing dat de onderneming met een machtspositie niet alle (toerekenbare) vaste kosten van de productie van het betrokken goed of de betrokken dienst terugverdient en dat een even efficiënte concurrent zich van de markt afgeschermd kan zien.'

ND-5 ondergrenzen voor koper moeten de juiste signalen bevatten om migratie naar efficiëntere technologieën, en van koper naar glas, in voldoende mate te stimuleren. Naast deze gedachte van stimulering zou de tariefregulering op koper in ieder geval moeten worden getoetst t.a.v. de vraag of er een afremmende werking ontstaat op de prikkels voor migratie van oud naar nieuw.

In theorie zouden de ND-5 kosten met daarin de incrementele kosten op basis van EDC minus (in feite een innerlijke tegenspraak) op een puur rekenkundige wijze kunnen worden verlaagd om het prijsopstuwend effect in de downstream markt te voorkomen. Dit kan alleen door de inkoopcomponent van MDF te verlagen. Hierbij wordt voorbij gegaan aan het feit dat investeerders niet een 'of koper- of glas' keuze hebben.

¹¹ Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag (tegenwoordig artikel 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie.

Investerders kijken primair naar het te verwachten rendement bij hun investeringsbeslissing. Is dat niet voldoende, dan wordt er niet in geïnvesteerd in desbetreffende technologie, maar eerder in andere alternatieven met aantrekkelijker rendement.

(iv) Extern tarief gereguleerde bouwsteen zonder ND-verplichting

In rnr. 793 staat voorgeschreven dat KPN het externe tarief van een gereguleerde wholesale bouwsteen waarop geen non-discriminatieverplichting rust mee dient te nemen in de ND-5 toets. Als op zo een gereguleerde wholesale bouwsteen een ND-5 verplichting rust dan is KPN het eens met bovenstaande redenering. Als echter op de gereguleerde bouwsteen geen ND-5 verplichting rust, dan komt het op KPN niet logisch over dat de tarieven in plaats van LRIC kosten mee worden genomen. De bouwsteen is dan namelijk vanuit ND5 gezien ongereguleerd en valt in de derde categorie (rnr. 792).

(v) Bundels

In het ontwerpbesluit (zie rnr. 788/789) definieert het college het bij de toepassing van ND-5 te hanteren dienstbegrip. Deze definitie komt vrijwel volledig overeen met de definitie die bij de toepassing van ND-5 in het kader van de huidige marktanalysebesluiten wordt gehanteerd. Waar het college in de thans geldende Beleidsregels ND-5 een afzonderlijke definitie heeft opgenomen voor “bundel” (“*een gecombineerd aanbod van diensten of een gecombineerde afname van diensten. Niet iedere dienst is een bundel, maar elke bundel is wel een dienst*”), heeft het college door in de definitie van het begrip “dienst” toe te voegen dat het ook om gecombineerde aanbiedingen gaat, het begrip bundel geïncorporeerd in het dienstbegrip. Afgezien van de bezwaren van KPN tegen het door het college gekozen toetsniveau (zie hierboven sub (i)), kan KPN zich daarin vinden. KPN acht het echter wenselijk dat het college verduidelijkt dat het begrip bundel in het kader van de toepassing van ND-5 niet dezelfde betekenis toekomt als het begrip bundel in het kader van de afbakening van relevante markten. Voor de toepassing van ND-5 kan dus geen betekenis worden toegekend aan de definitie van bundels zoals die door BEREK wordt gehanteerd (zie rnr. 1076):

‘Er is sprake van een bundel wanneer een bedrijf twee of meer diensten samen, als een gecombineerd aanbod, verkoopt voor één prijs. Het college gebruikt deze definitie, waarbij hij nog het element van één rekening toevoegt. Het college definieert een bundel als: ‘diensten die bij dezelfde aanbieder worden afgenomen voor één prijs én waarvoor één rekening wordt gehanteerd.’

In het kader van de ND-5 verplichting is het moment van aanbieden relevant. Daaruit komen de tarieven vast te liggen in één (mantel) overeenkomst. De latere operationele uitwerking (waaronder één factuur, meerdere facturen, factuuruitsplits-wensen uit de RfP) is niet relevant. De tariefafspraken liggen vast in het door de klant aanvaarde aanbod van KPN. Het aantal facturen en de vorm daarvan hebben hier geen invloed meer op.

(vi) Implementatietermijn ND-5 verplichting

KPN is van mening dat een implementatietijd zoals genoemd in rnr. 801 (dictumonderdeel XII) van 1 maand voor het doorvoeren van prijsaanpassingen van het actief afneembaar portfolio te kort is.

Zoals KPN al in onderhavige reactie heeft aangegeven, wordt volgens het CBb het ten onrechte ontbreken van belangrijke uitgangspunten in het marktanalysebesluit in strijd geacht met het beginsel van rechtszekerheid. De nieuwe ND-5 verplichting kan pas echt geïmplementeerd worden als de beleidsregels van het college gereed zijn. Vanaf die datum kan dus ook pas de implementatietermijn lopen. Dit geldt ook ingeval er een zogenaamd ND-5 implementatiebesluit van het college zou komen, zoals dat onlangs is bepleit door de marktpartijen. KPN gaat ervan uit dat het college acht zal slaan op hetgeen het CBb heeft overwogen omtrent de precisering van verplichtingen en uitvoeringstermijnen.

Door de gewijzigde methodiek zal een geheel nieuw ND-5 toetsingsmodel gebouwd moeten worden. Het is nog niet duidelijk hoe EDC minus precies ingevuld moet worden. Daardoor is het onzeker hoeveel tijd nodig is voor het vaststellen van de EDC minus kosten, maar op basis van ervaringen met de EDC kostprijs-rapportages uit voorgaande reguleringsperiodes zal met minimaal 3 maanden gerekend moeten worden.

Vervolgens zal er voor het doorvoeren van prijsaanpassingen van het actief afneembaar portfolio minimaal één maand, exclusief eventuele aankondigingstermijn, benodigd zijn. Parallel hieraan, kan de installed base van contracten worden doorgelicht. Hiervoor is minimaal 6 maanden benodigd, totale doorlooptijd wordt daarmee minimaal $3 + 6 = 9$ maanden. KPN wil hierbij ook verwijzen naar de ervaringen met de implementatie van ND-5 regelgeving in de vorige reguleringsperiode. Deze implementatie heeft veel tijd en energie gekost, zie hieronder.

(vii) Openbreken contracten als gevolg van ND-5 en de effecten ervan

Ter uitvoering van de ND-5 verplichting van de huidige marktbesluiten heeft KPN haar tarievenbouwwerk ingrijpend moeten aanpassen. Dat betrof voornamelijk de tarieven voor diensten op basis van zakelijk glas. Diensten die voorheen niet gereguleerd waren. Vanwege de dubbele regulering, zowel ontbundelde toegang als wholesale breedbandtoegang (en voordat het Huurlijnenbesluit werd vernietigd ook wholesale huurlijnen), moest op twee niveaus in de keten aan ND-5 worden voldaan. Zowel wholesale-to-wholesale als wholesale-to-retail. Als gevolg van die aanpassingen heeft KPN [KPN Vertrouwelijk -] bestaande contracten moeten 'corrigeren'.

Deze aanpassingen hebben een schadelijk effect op de concurrentiepositie van KPN gehad. Een deel van de klanten heeft de tariefsverhoging niet geaccepteerd en het contract met KPN opgezegd. Een ander deel van de klanten heeft het contract weliswaar niet opgezegd, maar heeft zijn ongenoegen duidelijk laten blijken. Die klanten zullen dat ongetwijfeld meewegen op het moment dat zij in de toekomst weer voor de keuze voor een nieuwe aanbieder komen te staan. Mocht het college overwegen in de nieuwe reguleringsronde de ND-5 verplichting te continueren, al dan niet in aangepaste vorm, dan dient het college zich van de mogelijke gevolgen daarvan rekenschap te geven. Indien bijvoorbeeld gekozen zou worden voor een ander toetsniveau, waardoor de LRIC kosten omhoog zouden gaan, zouden bestaande contracten mogelijk opnieuw niet aan ND-5 voldoen. KPN nogmaals verplicht in te grijpen in bestaande contracten zou disproportioneel zijn en niet passend. Het college zou dan onvoldoende rekening houden met de omstandigheid dat op deze markt sprake is van daadwerkelijke infrastructuurconcurrentie en slechts in beperkte mate van concurrentie op het netwerk van KPN.

(viii) Implementatiekosten ND-5

Afgezien van de schadelijke effecten op de markt heeft KPN aanzienlijke kosten moeten maken en grote inspanning moeten verrichten om te kunnen voldoen aan ND-5. KPN heeft daar met tientallen eigen medewerkers en ingehuurde consultants ongeveer 20 maanden aan gewerkt. Daarnaast zijn er continu mensen bezig om de ND-5 toetsen te onderhouden, aan gedetailleerde informatieverzoeken van het college te voldoen, concrete onderzoeken en klachten van vermeende overtredingen uit te zoeken en daarover te rapporteren en de toetsen periodiek aan het college te overleggen. Ook heeft KPN door TNO een review laten uitvoeren op de toetsmodellen. Dit alles heeft tot op heden in totaal miljoenen euro gekost. Het onderhoud vraagt permanent werk en is arbeidsintensief. Met die kosten en inspanningen heeft het college in de huidige marktbesluiten geen rekening gehouden.

Het college merkt hierover op in de Nota van bevindingen over de marktanalyse ontbundelde toegang¹² dat "KPN de grootste investeringen reeds achter de rug heeft met het opzetten van het ND-5 bouwwerk... De wijzigingen in de ND-5 normering zijn van dien aard dat zij naar de verwachting van het college slechts tot

¹² OPTA/AM/2011/202581.

een beperkte hoeveelheid extra kosten zullen leiden". KPN wil er op wijzen dat de verhoging van inkoopkosten als gevolg van de aanpassing van de ND-5 toets wederom zal leiden tot een noodgedwongen toetsing van de retailcontracten. Naast deze kosten, die een dergelijke tijdrovende exercitie met zich meebrengt, bestaat het risico dat dit mogelijk leidt tot gedwongen prijsverhogingen. Klanten zullen dan, in navolging van de acties bij de zakelijk glasdiensten in 2010, aangeschreven moeten worden met de mededeling dat de prijzen niet voldoen aan ND-5 en zullen worden verhoogd.

Het college kan deze kosten niet zomaar afdoen en dient daar bij de analyse van de welvaartseffecten wel aandacht aan te besteden.

(ix) Prijsafstand tussen geregleerde toegangsniveaus en toegang op hogere netwerkniveaus

Het college stelt in rnr. 797:

'In aanvulling hierop schrijft het college KPN tevens voor dat zij een voldoende marge moet laten bestaan tussen de prijsstelling van HKWBT/HL op het geregleerde netwerkniveau en de prijsstelling van HKWBT/HL op de ongeregleerde netwerkniveaus. KPN dient zorg te dragen dat het prijsverschil tussen een ongeregleerde HKWBT/HL-dienst, die wordt geleverd op een hoger netwerkniveau, en de geregleerde HKWBT/HL-dienst, die wordt geleverd op een lager netwerkniveau, groter dan of gelijk is aan het kostenverschil op basis van EDC-minus tussen de ongeregleerde HKWBT/HL-dienst en de geregleerde HKWBT/HL-dienst.'

KPN kan zich vinden in het feit dat er een bepaalde prijsafstand moet zijn tussen het geregleerde netwerkniveau en de hogere ongeregleerde netwerkniveaus. Als echter deze afstand minimaal gelijk moet zijn aan de EDC minus kosten, dan heeft KPN hier problemen mee. Deze EDC minus kosten hebben namelijk betrekking op backhaul verbindingen waarvan het college heeft vastgesteld dat dit een concurrerende markt is. De – bedrijfseconomisch gezien - incrementele kosten van verbindingen over een bestaande backhaul infrastructuur zijn laag in verhouding tot de integrale en volledig gealloceerde kosten; dit geldt voor elke partij. Als de bodemprijs van KPN wordt bepaald door de relatief hoge EDC minus kosten, dan zullen andere marktpartijen met een veel lagere incrementele kostprijs heel gemakkelijk onder de KPN prijs kunnen gaan zitten waardoor het tegengestelde van een level playing field wordt bereikt. In het algemeen is dit ook het bezwaar van KPN tegen een marge-uthollingstoets op basis van EDC minus kosten. Bij de backhaul kosten wordt dit nog eens uitvergroot door het grote verschil tussen integrale volledig gealloceerde EDC minus kosten en de – bedrijfseconomisch gezien - incrementele LRIC kosten.

De dienst op een hoger netwerkniveau kan worden gezien als een combinatie van de geregleerde toegangsdienst op het lagere netwerkniveau plus het backhaul transport naar het hogere netwerkniveau. Deze backhaul kosten zouden niet op basis van EDC minus, maar op basis van LRIC moeten worden meegenomen in een marge-uthollingstoets, vergelijkbaar met de bouwsteen FttO waarvan is aangegeven dat deze op basis van LRIC moet worden meegenomen in bundels.

Speciaal voor de wholesale marktpartijen heeft KPN het virtual core contract in markt gezet. Met een virtual core contract kan een wholesale afnemer flexibel backhaul capaciteit aanvragen in combinatie met een toegangsdienst en deze capaciteit voor meerdere wholesale toegangsdiensten inzetten. Ander voordeel voor de wholesale afnemer is dat de virtual core contracten leiden tot lagere inkoopkosten ten opzichte van dedicated backhaul verbindingen. Indien de EDC minus kosten tussen de netvlakken meegenomen moeten worden, dan wordt de tariefafstand tussen lokaal en regionaal/nationaal niveau kunstmatig verhoogd. Hierdoor komt het bestaande virtual core aanbod in gevaar.

(x) ND-5 toets Retail toetsen

De wijze waarop de ND-5 toetsen moeten worden uitgevoerd op retail datadiensten die downstream zijn gebouwd op HKWBT/HL leiden bij een groot deel van de relevante retaildiensten tot een substantiële stij-

ging van de inkoopkosten en bieden minder ruimte voor prijsverlagingen en kortingen in vergelijking tot het vorige reguleringskader. Dit komt door de volgende aspecten:

- **EDC minus in plaats van LRIC**
 - Het gebruik van EDC minus leidt tot een prijsverhoging van de HKWBT wholesale diensten. Aangezien deze actieve wholesale diensten virtueel worden ingekocht in de ND-5 toets leidt dit tot een prijsopstuwend effect van de retail datadiensten van KPN en andere afnemers van HKWBT/HL.
 - Het gebruik van EDC minus voor de ongereguleerde wholesale bouwstenen die zich bevinden in de productieketen van de downstreammarkt leidt tot hogere kosten van dienstenplatforms en transmissie tussen het uitkoppelpunt en het dienstenplatform. Dit heeft tevens een prijsopstuwend effect op de retail datadiensten van KPN.
- **Verbod op tariefdifferentiatie**
 - De huidige kortingsregelingen (volumestaffels) en termijnkortingen op actieve wholesale diensten zullen door het verbod op tariefdifferentiatie niet zondermeer meer worden toegestaan. Dit leidt tot een verhoging van de inkoopkosten en dus een prijsopstuwend effect van de retail datadiensten.

De verhoging van inkoopkosten zal een toetsing van bestaande retailcontracten noodzakelijk maken. De gedwongen prijsverhogingen die hieruit kunnen volgen, zullen wederom leiden tot het aanschrijven van klanten met de mededeling dat de prijzen niet voldoen aan ND-5 en omhoog moeten. Sommige klanten zullen dan, in navolging van de acties bij de zakelijke glasdiensten in 2010, voor een tweede keer moeten worden aangeschreven.

De bezwaren van KPN tegen het gebruik van EDC minus zijn al eerder uitgebreid gemotiveerd. Met name het aspect van fully allocated costs. De combinatie van EDC minus en het fijnmazige toetsniveau leidt echter tot meer problemen.

In het netwerk van KPN is sprake van opeenvolgende technologische generaties. In de beginfase van een technologie- of dienstenplatform is sprake van een lage bezetting en hoge kostprijs per eenheid. In het midden van de levenscyclus is de vullingsgraad maximaal en resulteert een kostprijs die in van belang is voor het prijsbeleid en het terugverdienen van de kosten. Aan het einde van levenscyclus loopt de vullingsgraad terug en is de kostprijs afhankelijk van de gepleegde afschrijvingen, onderhoudskosten en de snelheid van de uitfasering.

Het hanteren van een fijnmazig toetsniveau houdt in dat elk platform en elke technologie apart (fijnmazig) wordt opgenomen. Het hanteren van EDC minus heeft dan tot gevolg dat kostprijzen worden gebruikt die sterk variëren in de tijd, afhankelijk van de fase in levenscyclus. Toepassing van dergelijke EDC minus kostprijzen in ND-5 toetsen leiden tot willekeurige resultaten zonder economische betekenis. Niemand wordt daar beter van, laat staan dat er sprake is van een effectieve remediering. Een ander argument tegen EDC minus is dat de ND-5 een toets is die ex ante wordt uitgevoerd en betrekking heeft op een tijdsperiode van drie jaar of meer bij sprake van een langere contractperiode. Het gebruik van EDC minus kosten uit een voormalig jaar is daarmee natuurlijk niet consistent en onzinnig.

LRIC kent bovenstaande problemen niet. De "Long Run" lost het tijdaspect op en de "Incremental Costs" lost het probleem van wisselende bezettingsgraden op. KPN bepleit daarom dat het college voor de ND-5 toetsen EDC minus vervangt door LRIC. Indien het college toch een EDC minus voorschrijft (waar KPN dus tegenstander van is) dan zou op zijn minst een middeling over technologie en tijd moeten worden toegepast. Er ontstaat dan een model dat gelijkenis heeft met LRAIC (Long Run Average Incremental Costs).

5.3.2 Verbod op tariefdifferentiatie

In de Nota van bevindingen over de marktanalyse ontbundelde toegang¹³ verruimt het college de norm voor tariefdifferentiatie voor wat betreft ULL. KPN pleit ervoor dat het college dit ook doet voor wat betreft de WHBT/HL markt. In haar reactie gaat KPN er vooralsnog vanuit dat het college tariefdifferentiatie voor de WHBT/HL markt in principe afwijst, conform het conceptbesluit.

(i) Zwaardere invulling door verbod op tariefdifferentiatie i.p.v. ND-1 t/m ND-4

Het college is voornemens een algeheel en absoluut verbod op tariefdifferentiatie op te leggen met als enige uitzondering op dit verbod een voorafgaande goedkeuring door het college. Het college acht, aldus rnr. 779,

'...een dergelijke specifieke maatregel op KPN's wholesale tarieven geschikt en noodzakelijk aangezien het op effectieve wijze voorkomt dat KPN selectief (eventueel opkomende) wholesale concurrentie marginaliseert en er geen minder ingrijpende verplichting is die selectiviteit in tariefstelling voorkomt'.

Het college lijkt voorbij te gaan aan het feit dat differentiatie iets anders is dan discriminatie en dat differentiatie tot positieve welvaartseffecten kan leiden. Het verbod op tariefdifferentiatie zal in de plaats komen van de ND gedragsregels 1 tot en met 4 uit in het marktanalysebesluit 2009-2011: -

*'1. selectieve prijsontersbieding is verboden: producten of diensten mogen niet tegen gedifferentieerde voorwaarde aan wholesale-afnemers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden geleverd;
2. getrouwheidskortingen zijn verboden;
3. tariefdifferentiatie op basis van het vraagprofiel is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logische en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers. Differentiatie op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoorden is ook geoorloofd;
4. tariefdifferentiatie op basis van geografische omstandigheden is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers.'*

Als reden voor overgang van de ND gedragsregels 1 tot en met 4 naar een verbod op tariefdifferentiatie geeft het college in een voetnoot aan:

'De in de marktanalysebesluiten 2009-2011 opgenomen non-discriminatiegedragsregels 1 tot en met 4 boden onvoldoende bescherming voor concurrenten van KPN. Daarnaast heeft het college vast moeten stellen dat deze gedragsregels ook qua handhaafbaarheid niet optimaal functioneerden. Dit was onder meer het geval bij de handhaving van ongewenste actiekortingen van KPN op zakelijke WBT-diensten in 2010.'

Zoals KPN ook al in een bilateraal overleg heeft aangegeven, dient het college zich te realiseren dat het voorgestelde verbod op tariefdifferentiatie ook andere, negatieve en ongewenste consequenties kan hebben.

Het college is nu dus voornemens om de non-discriminatieverplichting ten aanzien van tarieven zwaarder in te vullen dan voorheen. KPN heeft geconstateerd dat het ontwerpbesluit geen motivering bevat die aantoonst dat het toegepaste instrument (a) geschikt is en (b) noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van artikel 1.3, eerste lid, van de Tw. Die noodzakelijkheid is er alleen indien zonder aanwending van het middel het doel hetzij in het geheel niet hetzij in onvoldoende mate zou worden bereikt, bovendien – indien er verschillende geschikte middelen bestaan – het gekozen instrument het minst zware effectieve middel is en de voordelen die volgen uit de toepassing van het middel in termen van het bereiken van de doelstellingen opwegen tegen de mogelijke nadelen ervan. Het college kiest er nu voor om een

¹³ OPTA/AM/2011/202581.

¹⁴ Marktanalyse breedband ontbundelde toegang op wholesale-niveau besluit, OPTA/AM/2010/201284 van 27 april 2010 randnummer 932.

zwaardere invulling te geven aan deze verplichting, terwijl het college niet motiveert waarom dit middel noodzakelijk is. Het effect van de door het college geconstateerde belemmering van de mededinging wordt overigens ook onvoldoende gespecificeerd.

In rnr. 668 geeft het college alleen aan dat

'Het effect hiervan is belemmering van de mededinging op deze en onderliggende markten, wat in het nadeel is van eindgebruikers'

KPN verwacht minimaal dat het college onderscheid maakt tussen afnemers van KPN's wholesale diensten en aanbieders die diensten leveren op eigen infrastructuur zoals de kabel. Een verbod om kortingen te geven lijkt niet in het voordeel van afnemers maar juist in het voordeel van alternatieve infrastructuren zoals de kabel. Het wordt KPN onmogelijk gemaakt om in te spelen op specifieke marktomstandigheden met gerichte kortingen, bijvoorbeeld als antwoord op een specifieke actie van de kabel.¹⁵ Een generieke prijsverlaging is over het algemeen bedrijfseconomisch niet verantwoord dus KPN zal met de tarieven voor WBTHL niet specifiek kunnen reageren op een specifieke actie van de kabel. Hierdoor worden alle afnemers van WBTHL in een nadelige positie gebracht ten opzichte van de kabel. Het lijkt er dus op dat het vooral de kabel is die van het verbod op tariefdifferentiatie in WBTHL zal profiteren. Gezien de marktomstandigheden lijkt dit geen logische uitkomst. Mocht het college van mening zijn dat de kabel beschermd moet worden tegen tariefdifferentiatie van WBTHL dan verzoekt KPN dit uitdrukkelijk in het besluit te vermelden en te motiveren.

(ii) Uitzondering alleen met goedkeuring van het college

Het college geeft één uitzondering op het verbod in rnr. 780

'Enige uitzondering op dit verbod wordt gevormd door goedkeuring van tariefdifferentiatie door het college. Het college zal een dergelijke goedkeuring slechts verlenen in het geval van de aanwezigheid van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen. Deze kostenvoordelen dienen door KPN te worden aangetoond op basis van de EDC-systematiek. Dit wordt vervolgens door het college beoordeeld.'

Ten overvloede stelt het college als extra opmerking in rnr. 782

'Zonder voorafgaande goedkeuring van het college is het KPN niet toegestaan de voorgenomen tariefdifferentiatie in de praktijk toe te passen.'

KPN meent dat er wel een limiet verbonden dient te worden aan de termijn waarop het college zijn goedkeuring geeft. Een lange reactietermijn kan tot veel onzekerheid leiden in de markt en dat is niet wenselijk. In bijvoorbeeld Groot Brittannië geldt een reactietermijn van twee weken voor de toezichthouder. Als niet binnen die termijn wordt gereageerd dan mag de regeling gewoon plaatsvinden. KPN stelt een dergelijke termijn, ingeval het verbod op tariefdifferentiatie bij het definitieve besluit blijft bestaan, ook hier voor. In de Nota van bevindingen over de marktanalyse ontbundelde toegang¹⁶ stelt het college als redelijk termijn 8 weken (conform de Algemene wet bestuursrecht). KPN is van mening dat een dergelijk lange beslistermijn de belangen van KPN en haar wholesale afnemers zullen schaden.

(iii) Uitzonderingen alleen in het geval van aantoonbare kostenvoordelen

Het college eist dat de kostenvoordelen op basis van de EDC systematiek bepaald dienen te worden. Zoals bij het college bekend levert de EDC methodiek gemiddelde kostprijzen op. Hierdoor wordt ook prijsdiffe-

¹⁵ Zo heeft KPN een aantal jaren een kortingsactie gevoerd op inactieve koperlijnen. Deze korting was vooral gericht op klanten die alle diensten via de kabel afnemen. Het verbod op tariefdifferentiatie maakt een dergelijke actie onmogelijk hetgeen evident in het voordeel van de kabel is.

¹⁶ OPTA/AM/2011/202581.

rentiatie onmogelijk in situaties waar klanten een groot verschil in waarde ervaren tussen dienstvarianten maar waar kosten- en/of exploitatievoordelen op basis van de EDC methodiek lastig aan te tonen zijn¹⁷.

In sectoren waar vaste kosten hoog zijn in relatie tot de marginale kosten wordt in de regel prijsdifferentiatie toegepast. Dit is dus het geval in netwerksectoren, zoals de telecommunicatiesector. Rationale achter deze prijsdifferentiatie is dat iedere verkochte eenheid waarvoor de prijs hoger is dan de marginale kosten een bijdrage levert aan de kostendekking van het platform. Omdat uiteindelijk de totale platformkosten moeten worden goedge maakt kan niet aan iedere klant een prijs worden geleverd die net boven de marginale kosten ligt. Hij kan zijn vaste kosten over een bredere groep verspreiden waardoor hij uiteindelijk ook voor de klanten die geen korting krijgen het tarief concurrerend kan houden. Zie ook in dit verband het CRA-rapport:

'Economic theory shows that price differentiation can maximise consumer welfare when fixed costs must be recovered. In particular, consumer welfare is maximised when fixed costs are apportioned in proportion to customers' willingness to pay. Put another way, when subject to a constraint that fixed costs must be recovered, welfare is maximised when price insensitive customers are charged prices that include a relatively greater contribution to fixed costs while price sensitive customers are charged prices that make a relatively smaller contribution. Departures from this principle necessarily involve some welfare losses.'

Een voorbeeld waar veel concurrentie is en waar in extreme vorm prijsdifferentiatie voorkomt is de luchtvaart.

Plum¹⁸ heeft eerder aangegeven, dat in afwezigheid van regulering KPN kan differentiëren in haar aanbod (functionaliteit, prijs en capaciteit) en op deze wijze tegemoet kan komen aan de verschillen in 'willingness-to-pay' van de diverse potentiële klanten. Plum noemt in dit verband terecht het belang van voldoende kunnen experimenteren met het aanbod. Op deze manier kan KPN meer afnemers bedienen en wordt het netwerk optimaal benut.

(iv) Geen generieke kortingen zoals kwantumkorting meer mogelijk

Als extra voorwaarde stelt het college in rnr. 781 dat kostenvoordelen in redelijke verhouding dienen te staan met de voorgenomen tariefdifferentiatie. De uitleg die het college aan verbod op tariefdifferentiatie lijkt te geven komt er in feite op neer dat tariefdifferentiatie en actiematige tarieven ingegeven vanuit bedrijfseconomisch en mededingingsrechtelijk verantwoorde motieven niet mogelijk zijn. Hierdoor kan een aantal generieke kortingen niet meer worden toegepast. Kortingen waarbij de te verlenen korting uitsluitend gerelateerd aan de hoeveelheid van de afname, de zogenaamde kwantumkortingen, zijn in tegenstelling tot de vorige periode nu dus helemaal niet meer toegestaan. Datzelfde geldt voor termijnkortingen. Door zulke generieke verboden wordt KPN op een achterstand gezet ten opzichte van haar concurrenten, maar ook afnemers zullen hier de dupe van worden.¹⁹

In het arrest van 30 september 2003 inzake Manufacture française des pneumatiques Michelin, stelt het gerecht van eerste Aanleg dat:

'... kwantumkortingen die uitsluitend aan de omvang van de bij de onderneming met een machtspositie gedane aankopen zijn gebonden, wordt in het algemeen niet gesteld dat zij een bij artikel 82 EG verboden afschermende werking hebben ...' Daaruit volgt dat een kortingsysteem waarvan het kortingspercentage hoger wordt naar gelang van de gekochte hoeveelheid niet in strijd is met artikel 82 EG,....'

¹⁷ Voorbeeld is een service variant waarbij een bepaalde lijn altijd voorrang krijgt bij reparatie in geval van storingen. De volgorde van reparaties valt binnen de EDC methodiek niet in kostenverschillen te vertalen zodat tariefdifferentiatie onmogelijk lijkt. De klant die wel voorrang wil en daarvoor wil betalen kan dit nu niet krijgen.

¹⁸ Presentatie "migrating from copper to fibre access in the Netherlands" t.b.v. IG 15 februari 2011.

¹⁹ Met name de kabelconcurrenten. Wholesale afnemers hebben er over het algemeen belang bij dat KPN kortingen biedt. Het is niet aannemelijk dat KPN als gevolg van het verbod op prijsdifferentiatie overgaat tot generieke tariefdalingsen daar dit bedrijfseconomisch niet verantwoord is.

Het college dient rekening te houden met de economische rechtvaardiging van de kortingen. Het behalen van kostenvoordelen op basis van schaalvoordelen is een economische rechtvaardiging en ook de juridische uitspraken geven aan dat kwantumkortingen niet per definitie mogen worden afgewezen.

(v) Niet alle prijsdifferentiatie is prijsdiscriminatie

De aanbeveling van de Europese Commissie van 20 september 2010 over geregementeerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA-netwerken)²⁰ geeft ook aan dat niet alle prijsdifferentiatie als discriminatie mag worden gezien:

'Als SMP-exploitanten lagere toegangsprijzen voor de ontbundelde vezellijn aanbieden in ruil voor voorafgaande verplichtingen op lange termijn of volumecontracten, mogen deze niet worden beschouwd als onrechtmatig discriminerend, waar de NRI's tevreden zijn dat de lagere prijzen een daadwerkelijke vermindering van het investeringsrisico correct weergeven.'

KPN wil het onderscheid benadrukken tussen differentiatie *binnen* de dienst, die dus leidt tot meerdere verschillende smaken van de dienst, met objectieve criteria, of differentiatie van de dienst puur *tussen* afnemers op basis niet-objectieve criteria. KPN heeft altijd het eerste bepleit, en het tweede nooit toegepast. Het college gaat ten onrechte op dit onderscheid niet in, en beredeneert via de ongewenstheid van het tweede aspect een absoluut verbod waardoor ook de eerstgenoemde vorm het raam uit gaat. KPN roept bij deze nogmaals het college op via een afzonderlijke analyse in te gaan op de wenselijkheden en onwenselijkheden van tariefdifferentiatie *binnen* de dienst.

Volgens KPN kan er alleen een invulling van de non-discriminatieverplichting(en) komen die overeenkomt met de invulling onder het algemene mededingingsrecht, waarbij wordt nagegaan wat de effecten zijn op de markt:

- Is er sprake van uitschakeling van daadwerkelijke mededinging?
- Is er sprake van schade voor de eindgebruikers? (economische rechtvaardiging)?

Als er geen nadelige effecten zijn op de markt kan er geen reden tot ingrijpen zijn. Van een afwijking kan volgens KPN alleen sprake zijn indien een uitgevoerde welvaartsanalyse heeft aangetoond dat daarmee een positiever welvaartseffect wordt bereikt.

5.3.3 Overige non-discriminatie verplichtingen

(i) Proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten

Het college is voornemens om KPN te verbieden om voorafgaand en tijdens de termijn van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten deze nieuwe of gewijzigde wholesale dienst in retailproposities aan te bieden of te leveren (dictumonderdeel X sub e jo rnr. 777 sub e). KPN kan wel leven met een verbod om nieuwe of gewijzigde wholesale diensten tijdens de termijn van aankondiging te leveren, maar niet met een verbod om deze in retailproposities aan te bieden. Concurrerende aanbieders kunnen dat immers wel en met dit verbod wordt KPN op achterstand gezet ten opzichte van haar concurrenten. Dat is niet passend, en kan geen doelstelling zijn die door het college kan worden nagestreefd. Een dergelijk verbod is immers niet nodig om een *equal time to market* voor alle aanbieders op de retailmarkten te kunnen waarborgen. Zeker in geval van een tariefwijziging of een wijziging in een bestaande dienst hoeven de wholesale afnemers niet hun productportfolio aan te passen. Verplichtingen die door het college worden opgelegd moeten worden gebaseerd op de aard van de geconstateerde problemen en in het licht van de beleidsdoelstellingen proportioneel zijn, en aan dat vereiste voldoet dit verbod niet.

²⁰ Aanbeveling van de Commissie van 20 september 2010 over geregementeerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken, PbEU 2010, L 251/35.

(ii) Proces van informatieverstrekking

De ratio achter het non-discriminatiebeginsel in het proces van informatieverstrekking is het creëren van een level playing field op de ten opzichte van de wholesale dienst neerwaarts gelegen retailmarkt. Alleen indien (a) KPN in een retailpropositie gebruik zou maken van een eventuele informatievoorsprong, en (b) als gevolg daarvan de mededinging zou zijn verstoord, zou er sprake kunnen zijn van een verstoring van het level playing field. Met andere woorden, een eventuele informatievoorsprong kan als zodanig niet tot een schending van het non-discriminatiebeginsel met betrekking tot het proces van informatieverstrekking leiden. Om die reden is de door het college voorgenomen uitbreiding van de non-discriminatieverplichting in het proces van informatieverstrekking (dictumonderdeel X sub f) niet passend.

5.4 Transparantieverplichting en referentieaanbod**5.4.1 Termijn van aankondiging**

In afwijking van de thans geldende marktanalysebesluiten is het college voornemens om voor het aankondigen van nieuwe of gewijzigde diensten een vaste termijn van twee maanden voor te schrijven (dictumonderdeel XIV sub b). Aangezien de verplichtingen die door het college worden opgelegd, moeten worden gebaseerd op de aard van de geconstateerde problemen en in het licht van de beleidsdoelstellingen proportioneel moeten zijn, is de lengte van de termijn die de aangewezen partij in acht moet nemen bij het aankondigen van nieuwe of gewijzigde diensten bij uitstek een verplichting die het beste per geval kan worden bepaald. Alleen dan is het immers mogelijk om te beoordelen wat in een bepaalde situatie een passende termijn is. Het voorschrift dat het college in de huidige ronde marktbesluiten had opgenomen ("een redelijke termijn van in beginsel twee maanden"), voldeed in de ogen van KPN dan ook aan het passendheidsvereiste. Dat geldt niet voor het voornemen van het college om een termijn van minimaal twee maanden voor te schrijven. De termijn die KPN in geval van nieuwe of gewijzigde diensten in acht moet nemen, moet lang genoeg zijn om *een equal time to market* te waarborgen, maar mag niet langer zijn dan strikt noodzakelijk om te voorkomen dat KPN onnodig lang moet wachten. Er is sprake van een passende termijn als aan deze beide voorwaarden is voldaan.

KPN beseft dat er sprake kan zijn van wijzigingen waarbij een termijn van twee maanden niet voldoende is om een *equal time to market* te waarborgen. Bij het bepalen van wat in zo'n geval wel een passende termijn is, dient te worden gekeken naar alle feitelijke omstandigheden. Veelal zal de nieuwe of gewijzigde dienst al gedurende geruime tijd in het FIST zijn besproken en hebben de afnemers al ruim de gelegenheid gehad zich op de introductie voor te bereiden. In zo'n situatie kan twee maanden toch voldoende zijn.

In andere gevallen kan worden volstaan met een kortere termijn. Bij een tariefwijziging of een wijziging in een bestaande dienst hoeft immers niet het productportfolio te worden aangepast. Bij het toepassen van die regel op (tarief)wijzigingen van bestaande wholesale dienstverlening zou er eerder sprake zijn van het onnodig op achterstand zetten van KPN ten opzichte van haar concurrenten, en dat is geen doelstelling die door het college kan worden nagestreefd. Overigens is ook bij introductie van nieuwe wholesale diensten toepassing van deze regel niet op voorhand gerechtvaardigd. Daarbij kan bij voorbeeld worden gedacht aan (actieve) wholesale diensten die weliswaar nieuw zijn in het wholesale portfolio van KPN, maar die al (lang) afgenomen kunnen worden van andere aanbieders die daartoe gebruik maken van andere (bijvoorbeeld passieve) wholesale diensten van KPN. Die andere aanbieders en hun afnemers beschikken dan al over een voorsprongpositie ten opzichte van KPN Retail. Met een regel die KPN Retail verbiedt om tijdens de aankondigings-termijn een retailpropositie op basis van die nieuwe wholesale dienst aan te bieden wordt KPN dan onnodig op achterstand gezet. En dat is niet in overeenstemming met (de doelstellingen van) de regelgeving.

Verder wijst KPN erop dat het college in het definitieve besluit uitzonderingen dient op te nemen voor in ieder geval (a) wijzigingen die ter uitvoering van een besluit van het college met terugwerkende kracht mogen worden ingevoerd, en (b) tariefwijzigingen op basis van inflatiecorrecties, waarbij de per 1 januari van enig jaar te hanteren tarieven moeten worden berekend met in achtneming van de CPI van het voorgaande jaar die pas later bekend wordt gemaakt.

5.5 Tariefregulering

KPN onderschrijft de conclusie van het college dat tariefregulering geen noodzakelijke maatregel is. Op de markt voor HKWBT/HL is KPN niet in staat generiek de wholesale tarieven buitensporig te verhogen als gevolg van daadwerkelijke concurrentie.

6 Welvaartseffecten

In rnr. 842 concludeert het college dat de voordelen van de verplichtingen groter zijn dan de nadelen en dat daarmee de verplichtingen proportioneel en gerechtvaardigd zijn. Het college komt tot deze conclusie mede op basis van een effectentoets. KPN wenst echter een aantal kanttekeningen te plaatsen bij de effectentoets die het college heeft uitgevoerd en kan daarmee dan ook niet meegaan in de conclusie van het college.

6.1 Effectentoets onvolledig uitgevoerd

Het college vergelijkt in de effectentoets de situatie zonder regulering met de situatie met regulering. Het college voert deze analyse op grond van artikel 1.3, vierde lid, van Tw uit teneinde te onderbouwen dat de maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van de genoemde doelstellingen en dat een minder ingrijpende maatregel niet effectief is. KPN constateert dat het college heeft verzuimd te onderzoeken dat een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn. Om dit te onderzoeken had het college ook een effectentoets moeten uitvoeren waarbij het voormalige reguleringskader wordt vergeleken met het beoogde kader (of de situatie zonder regulering met de regulering van het vorige kader). Het nieuwe reguleringskader is een verzwaring ten opzichte van het voormalige kader. Dit wordt veroorzaakt door de vervanging van LRIC door EDC minus hetgeen leidt tot een prijs opstuwend effect op de wholesaleprijzen en retailprijzen. Het voorgestelde kader heeft hierdoor tot een lager welvaartseffect dan het voormalige kader.

Daartegenover staat dat de reguleringskosten om van het voormalige kader te migreren naar het nieuwe kader lager zijn dan wanneer wordt uitgegaan van de situatie zonder regulering. In de laatste situatie moeten immers de ontwikkelkosten voor ND-5 geheel worden meegenomen in de effectentoets in tegenstelling tot de situatie waarin al een ND-5 implementatie is ontwikkeld.

Per saldo (het welvaartseffect minus de reguleringskosten) zal de effectentoets op de verzwaring uitwijzen dat de minder ingrijpende maatregel met LRIC een hogere waarde heeft dan de voorgestelde maatregel met EDC minus.

6.2 Toegangsverplichting niet opportuun en effectief

In rnr. 810 geeft het college aan dat de verplichtingen die worden opgelegd op de markten voor wholesale breedbandtoegang en -huurlijnen samen een pakket van verplichtingen vormen. Voorts geeft het college aan geen effectentoets per verplichting uit te voeren, hoewel dit theoretisch wel mogelijk is, maar het effect van het hele reguleringspakket te analyseren.

In de effectentoets gaat het college evenwel uitsluitend in op de statische en dynamische effecten van regulering van wholesale breedbandtoegang en -huurlijnen. Het college gaat niet in op de effecten van de verplichting tot non-discriminatie, de verplichting tot transparantie en het publiceren van een referentieaanbod, de verplichting tot tariefregulering en de effecten van asymmetrische regulering. Voorts voert het college deze effectentoets zeer geïsoleerd uit. Zo analyseert het college de effecten van de toegangsverplichting zonder het bestaan en/of de uitrol van andere infrastructuren en de aanwezigheid van diverse alternatieve aanbieders op actieve wholesale markten in ogenschouw te nemen.

Door deze – in de ogen van KPN – onvolledige effectentoets wordt op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, in kwalitatieve en kwantitatieve zin, onvoldoende onderbouwd dat de maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van de genoemde doelstellingen van het Europese regelgevend kader en dat een minder ingrijpende maatregel niet effectief is.

Volgens KPN zou het college, indien hij wel een kwalitatief goede effectentoets had uitgevoerd, de negatieve effecten van een verzwaring van ND5 op de (wholesale) consumentenmarkt voor KPN, die haar en haar wholesale afnemers in de concurrentiestrijd met de kabelaanbieders en in de groei van nieuwe op

glas gebaseerde diensten remt opgevalen zijn. Het college had dan niet anders dan kunnen concluderen dat de voorgenomen ex ante regulering niet passend en proportioneel is voor het bereiken van de genoemde doelstellingen van het Europese regelgevend kader. Ten eerste omdat deze in zeer beperkte mate bijdraagt aan de door haar gestelde prioritaire doelstelling om volledige infrastructuurconcurrentie tussen een aantal verschillende infrastructuren tot stand te brengen. Ten tweede zou het college tot de conclusie gekomen zijn dat een verdergaande aanpassing van het bouwwerk noodzakelijk is.

6.3 Overige opmerkingen inzake effectentoets

- Voor de drie retailmarkten hanteert het college een prijselasticiteit van $-0,3$ %. KPN acht het zeer onwaarschijnlijk dat er voor alle drie de retailmarkten dezelfde elasticiteit geldt. Bovendien heeft KPN moeite om deze elasticiteit te verenigen met de prijselasticiteit die het college in rnr. 283 naar voren brengt. Hier wordt onder meer gesteld dat voor de markt voor internettoegang een prijselasticiteit van $-2,545$ (Oostenrijk) en $-2,861$ (Blauw Research) voor de markt voor internettoegang. Het is in ieder geval niet aannemelijk dat het verschil in de door het college gehanteerde prijselasticiteiten het gevolg is van regulering.
- Het college hanteert een inschatting van het prijseffect van 5 à 10% . Het is KPN onduidelijk waar het college deze inschatting op baseert. Dit prijseffect lijkt erg hoog ingeschat. Illustratief hiervoor is het feit dat KPN de prijzen van ILL en WBA ZM niet heeft verhoogd na de vernietiging door het CBb van de marktbesluiten met betrekking tot huurlijnen en WBT HK. **[KPN Vertrouwelijk –**

]. KPN kan dat moeilijk rijmen met het door het college ingeschatte prijseffect op de retailmarkt van 5 à 10% . Immers, een voor marktpartijen belangrijk wholesale product zal duurder worden. Daarnaast is het onduidelijk hoe het college de positie van de kabel heeft meegewogen in haar inschatting van het prijseffect. De DSL partijen verliezen nu al per saldo marktaandeel aan kabelaanbieders. Het lijkt dus onwaarschijnlijk dat de gezamenlijke DSL partijen hun prijs met 5 à 10% winstgevend kunnen verhogen.

- Gezien de prikkel die KPN nu al heeft om wholesale producten aan te bieden is het de vraag of het reguleren van enkele van die producten zal leiden tot 5 à 10% lagere tarieven over de hele linie.
- In de analyse worden een aantal negatieve aspecten niet meegenomen. Door de combinatie van een strengere ND toets en hogere ND5 bodems zal een deel van de onderkant van de markt niet meer door DSL partijen bediend kunnen worden. Dit heeft een negatief effect op de welvaart.

6.4 Reguleringskosten

KPN heeft op basis van kosten van consultants, aanrekeningen van het college, en bestede tijd van medewerkers zo goed mogelijk ingeschat wat de jaarlijkse reguleringskosten zijn. Inclusief de aan ULL toegerekende toezichtskosten van het college betreft dit een bedrag van euro. Exclusief de aan ULL toegerekende toezichtskosten betreft dit een bedrag van circa **[KPN Vertrouwelijk –]** miljoen euro. Het college stelt dat een aantal kosten hier niet in thuis hoort:

- Aanleveren gegevens ten behoeve van structurele marktmonitor;
- Voorbereiden marktanalyses;
- Opzetten van proces en modellen ten behoeve van ND5-toetsen.

KPN is het hier niet mee eens, want in de analyse van de effectentoets wordt het tijdstip $t=0$ door het college gedefinieerd als de situatie zonder regelgeving. Dit betekent dat met betrekking tot de reguleringskosten dan ook moet worden uitgegaan van de volledige ontwikkelingskosten van ND5. Indien zoals hier-

boven bepleit een effectentoets wordt uitgevoerd op de verzwaring van de regulering (verhoging wholesale prijzen en retailprijzen door de overgang van LRIC naar EDC minus) dan kunnen bepaalde ontwikkelingskosten achterwege worden gelaten in de analyse. In dit kader moeten de kosten worden opgenomen voor het opnieuw laten toetsen van bestaande retailcontracten. De externe uitgaven hiervoor bedragen [KPN **Vertrouwelijk** –] miljoen euro. Hierbij dient opgemerkt te worden dat dit door de wijzigingen in de ND5-systematiek een onderschatting is. Er dienen substantiële wijzigingen doorgevoerd te worden in de modellen, en de berekening van de kosten van de verschillende componenten in de toets.

KPN is van mening dat deze inschatting van de kosten reëel is en beter dan de inschatting van het college. Het college hanteert slechts een vuistregel (kosten van de marktpartijen zijn 3 à 4 keer de kosten van het college) die niet met specifieke bijzonderheden (zoals bv de benodigde tijd voor ND5 toetsen) rekening houdt. Daarmee onderschat het college de kosten in ernstige mate.

- / -

7 Overzicht bijlagen

Bij deze reactie wordt de volgende bijlage meegezonden:

- **Bijlage 1 - Charles River Associates, Economic Evaluation of OPTA's Margin Squeeze Test, 4 september 2009**