



Reactie Tele2

Ontwerpbesluit van ACM Markt voor ontbundelde toegang

29 januari 2015
Openbare versie ACM

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave:	2
1. Inleiding	3
2. Samenvatting	4
3. Marktafbakening	5
ODF-access FttO	5
Toegang tot kabelnetwerken	6
4. Dominatieanalyse	8
5. (Potentiële) mededingingsproblemen & verplichtingen	9
Roll-out planning - Invulling toegangsverplichting en non-discriminatie	9
Toegangsweigering & toegangsverplichting – MDF Toegang	11
Toegangsweigering & toegangsverplichting – VULA	13
Toegangsweigering & toegangsverplichting – ODF FttH	14
Niet-prijsgerelateerde mededingingsproblemen & overstappen	16
Risico op margeuitholling op wholesaleniveau en ND-5	19
Risico op margeuitholling op retailniveau en ND-5	21
MDF Tariefregulering	21
VULA tariefregulering	26
FttH tariefregulering	27
6. Inleiding en samenvatting analyse retail vaste telefonie	28
Afbakening PSTN	28
Concurrentieanalyse PSTN markt	29
Afbakening retailmarkt tweevoudige gesprekken	29
Concurrentieanalyse retailmarkt voor tweevoudige gesprekken	29
Afbakening retailmarkt meervoudige gesprekken	29
Concurrentieanalyse retailmarkt voor meervoudige gesprekken	29
7. Afbakening retailmarkt zakelijke netwerkdiensten	30
Open VPN's horen niet tot de relevante markt	30

1. Inleiding

1. Tele2 Nederland B.V. ("**Tele2**") reageert hiermee op het ontwerp marktanalysebesluit van ACM voor de markt voor ontbundelde toegang (ACM/DTVP/2014/206057) d.d. 31 oktober 2014 ("**het Ontwerpbesluit**").
2. In dit besluit geeft ACM aan dat Telecom bedrijven 6 weken de tijd hebben om te reageren. Tele2 voldoet met deze reactie aan deze termijn.
3. Hoewel een consultatieprocedure in een marktanalyseprocedure een wettelijke verplichting voor ACM is, waardeert Tele2 de geboden mogelijkheid om te reageren op het ontwerpbesluit alsmede de wijze waarop overleg met ACM onder meer via de hypothese sessie mogelijk is geweest.
4. Het ontwerpbesluit vertoont inhoudelijk sterke samenhang met o.a. het ontwerp marktanalysebesluit Vaste Telefoon en het HKWBT besluit. Tele2 behoudt zich dan ook expliciet het recht voor haar reactie voorzover rechtens relevant in later stadium inhoudelijk aan te vullen naar aanleiding van mogelijke aanpassingen in de inhoud van de ontwerpbesluiten van ACM in de overige markten.
5. ACM geeft aan dat na het doorlopen van de notificatie het besluit in het voorjaar van 2015 van kracht zal zijn. Tele2 roept ACM op in het definitieve besluit ondubbelzinnig op te nemen dat het huidige besluit tot deze inwerkingtreding van kracht blijft.
6. Op dit moment is het beroep tegen WPCIIA besluit van ACM van datum 19 juni 2014 nog in behandeling bij het CBb, Het kan niet worden uitgesloten dat de uitspraak van het CBb gevolgen heeft voor dit besluit. Tele2 behoudt zich het recht voor dan met aanvullende opmerkingen te komen.
7. Ongetwijfeld zullen de reacties van andere telecom aanbieders aanleiding geven tot nadere opmerkingen van Tele2. Tele2 wordt daartoe graag in de gelegenheid gesteld door ACM.
8. Deze zienswijze wordt aangevuld met het de volgende documenten:
 - Aanvullend beroepschrift Tele2 d.d. 30 maart 2012 tegen ULL Besluit 2011
 - Next Generation Margin Squeeze tests, opgesteld door SPC networks van 15 mei 2014 (**Bijlage 2**)
 - Het beroepschrift inzake de FttH tariefregulering van 12 augustus 2013 (**Bijlage 3**) en de pleitnota van 24 april 2014 (**Bijlage 4**), beide in procedure AWB 13/459

Deze zienswijze bevat bedrijfsvertrouwelijke informatie. Indien ACM voornemens is om deze zienswijze aan marktpartijen of andere derden te verstrekken en/of openbaar te maken, verzoekt Tele2 ACM om haar in de gelegenheid te stellen om een van bedrijfsvertrouwelijke gegevens geschoonde versie van deze zienswijze met bijlagen toe te zenden.

2. Samenvatting

9. In grote lijnen kan Tele2 zich vinden in de door ACM uitgevoerde analyse van de markt. Het opleggen van verplichtingen aan KPN inzake ontbundelde toegang (MDF, SDF en FttH) is noodzakelijk en proportioneel. Het niet meenemen van de FttO markt is naar de mening van Tele2 een omissie. Het niet (meer) opleggen van SDF toegang alsmede het beperken van het gebruik van MDF toegang is naar de mening van Tele2 alleen verdedigbaar als in plaats hiervan een volwaardig alternatieve verplichting wordt opgelegd. Tele2 is van mening dat de VULA verplichting als alternatief passend is daar waar het zowel de belangen van de innovatie van KPN (vectoring) en de belangen van de toegangsvragers dient, dit alles met inachtneming van hetgeen Tele2 hierover in deze reactie naar voren brengt.
10. Wat betreft de tariefregulering voor MDF volgt Tele2 de uitgangspunten van ACM met dien verstande dat de onjuistheden die in deze regulering zijn gesloten gecorrigeerd moeten worden. De tariefregulering voor VULA dient volgens de BULRIC methode uitgevoerd te worden waarbij het resultaat van dit traject een tariefstructuur op moet kunnen leveren die goed vergelijkbaar is met de business case van eigen investeringen. Voor wat betreft de FttH tariefregulering handhaaft Tele2 wat zij daarover al in eerdere procedures naar voren heeft gebracht.
11. Concreet verzoeken wij ACM in het definitieve besluit het volgende te verwerken:
 - Tele2 verzoekt ACM de marktafbakening aan te passen zodat de zakelijke glasmarkt (FTTO) onderdeel is van de ontbundelde toegangsmarkt.
 - Tele2 verzoekt ACM de Internet VPN's uit de markt voor zakelijke netwerkdiensten te halen.
 - Tele2 verzoekt ACM het laten vallen van de ND-5 toets van het ULL/VULA niveau naar het niet gereguleerde HKWBT niveau in het definitieve besluit ongedaan te maken
 - Tele2 verzoekt ACM de tarieven van MDF toegang op een aantal punten aan te passen zodanig dat fouten waarvan inmiddels duidelijk is dat die in het uitgangstarief gesloten zijn te corrigeren. Specifiek gaat het hier onder meer om de IOR component en de elektriciteit tarieven alsmede de eenmalige pairbonding tarieven.
 - Tele2 verzoekt ACM het Premium Service niveau van MDF toegang tot basisdienst te verklaren en vervolgens de extra kosten voor deze premium SLA te laten vallen.
 - Tele2 verzoekt de FttH tariefregulering aan te passen conform hetgeen Tele2 hierover naar voren heeft gebracht
 - Tele2 verzoekt ACM de tariefregulering van VULA diensten meer te concretiseren conform hetgeen Tele2 hierover naar voren heeft gebracht.
 - Tele2 verzoekt ACM KPN een verplichting op te leggen ten aanzien van informatieverschaffing lange termijn netwerk uitrol.
 - Tele2 verzoekt ACM de mededingingsproblemen die zich openbaren in overstapdrempels in zowel de zakelijke - als de consumentenmarkt mee te nemen in de analyse.

3. Marktafbakening

ODF-access FttO

12. Ten onrechte concludeert ACM in het ontwerpbesluit dat de markt voor ontbundelde toegang tot zakelijke glasaansluitnetwerken (ODF-access (FttO)) ("FttO") een afzonderlijke relevante productmarkt is.
13. In de marktanalysebesluiten van 2008 en 2010¹ ging ACM er nog van uit dat FttO behoorde tot dezelfde productmarkt als ontbundelde toegang tot de koper- en FttH-aansluitnetwerken. Ook in haar op 14 april 2011 gepresenteerde voorlopige bevindingen ter voorbereiding op het ULL marktanalysebesluit 2011 ging ACM nog uit van deze productmarktafbakening. In het ontwerpmarktanalysebesluit Ontbundelde Toegang van 23 juni 2011² concludeerde ACM opeens het tegenovergestelde: FttO behoort niet tot dezelfde markt als ontbundelde toegang tot koper en FttH.³ In het onderhavige ontwerpbesluit heeft ACM deze lijn ten onrechte doorgetrokken.
14. Omdat het uitsluiten van FttO uit de relevante productmarkt is gebaseerd op dezelfde (maar overigens sterk ingekorte en daardoor uiterst summiere) argumentatie als reeds naar voren werd gebracht in het ULL besluit van 2011, bestrijdt Tele2 deze productafbakening dan ook met de argumentatie die in de procedure tegen het vorige ULL Besluit door ons naar voren is gebracht.
15. Tele2 verwijst naar haar aanvullend beroepsschrift tegen het ULL besluit 2011, waarin zij heeft toegelicht dat ODF-access (FttO) tot de relevante productmarkt voor ontbundelde toegang behoort.

Zie **Bijlage 1**: Aanvullend beroepsschrift Tele2 d.d. 30 maart 2012 (zonder bijlagen). Tele2 verwijst expliciet naar Deel A van het aanvullend beroepsschrift waarin de grieven tegen de marktafbakening zijn weergegeven.
16. Tele2 benadrukt dat de analyse die ten grondslag ligt aan de conclusie dat FttO niet tot deze relevante markt behoort (zie paragraaf 4.3.2 van het ontwerpbesluit) onzorgvuldig en onvoldoende gemotiveerd is. ACM had een grondiger analyse moeten uitvoeren op basis van nader onderzoek.
17. Het materiele belang van een aangepaste marktafbakening – waarbij ODF-access (FttO) tot de markt voor ontbundelde toegang wordt gerekend - zou voor Tele2 eventueel komen te vervallen, indien door ACM aan KPN, op de markt voor ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken (ook wel als ODF-access (FttO) aangeduid), vergelijkbare verplichtingen worden opgelegd.
18. Echter het FttO marktanalysebesluit uit 2012⁴ is door het CBb vernietigd, met als gevolg dat voor ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken op dit moment geen regulering van toepassing is. De mededingingsproblemen op het marktsegment

¹ Marktanalyse Ontbundelde toegang op wholesale-niveau van 19 december 2008 (OPTA/AM/2008/202719) resp. 27 april 2010 (OPTA/AM/2010/201285).

² OPTA/AM/2011/201353 marktanalyse ontbundelde toegang - ontwerpbesluit

³ Ook in het definitieve besluit van 19 december 2011 (OPTA/AM/2011/202886) ("ULL besluit 2011") kwam ACM tot deze conclusie.

⁴ van 28 december 2012 (met kenmerk OPTA/AM/2012/203110).

voor ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken worden als gevolg hiervan niet worden geredieerd.

19. Tele2 handhaaft derhalve volledig haar standpunt, zoals eerder toegelicht, dat FttO behoort tot de ULL markt en dat ODF access (FttO) in het kader van het ULL besluit dient te worden gereguleerd.

Toegang tot kabelnetwerken

20. Tele2 is van mening is dat toegang tot kabelnetwerken door ACM terecht niet tot de markt voor ontbundelde toegang wordt gerekend. Ontbundelde toegang via kabelnetwerken is, al sinds jaar en dag, geen onderdeel van de ULL markt zoals door ACM terecht in het ontwerp-besluit wordt onderbouwd. Deze analyse is ook niet anders dan de eerdere analyse die in het ULL besluit d.d. van 19 december 2011⁵ is opgenomen en die door het CBb in stand is gelaten.
21. Indien ontbundelde toegang tot het kabelnetwerk geen onderdeel van de relevante markt van ULL is, dan kan ook een VULA verplichting op de Kabel niet worden opgelegd. De VULA verplichting welke bijvoorbeeld KPN is opgelegd, volgt immers uit de verplichting om ontbundelde toegang te leveren. Omdat ontbundelde toegang tot het kabelnetwerk niet mogelijk is – en daarom nooit als onderdeel van de ULL markt is gerekend – kan, althans niet vanuit de marktanalyse van de ULL markt, VULA op de Kabel onderdeel worden van de ULL markt.

VULA op Koper

22. Terecht rekent ACM voorts VULA tot de ULL markt, indien het VULA aanbod voldoet aan bepaalde voorwaarden⁶ en VULA (onder andere qua functionaliteiten) als substituuat voor fysieke ontbundelde toegang kan worden aangemerkt. Tele2 begrijpt dit standpunt van ACM aldus dat VULA slechts tot de relevante markt wordt gerekend voorzover inderdaad sprake is van een effectief substituuat voor fysieke ontbundelde toegang. Een dergelijk standpunt zou ook in lijn zijn met het standpunt van de Commissie als opgenomen in haar toelichting bij de herziene Aanbeveling relevante markten:

“Against this background, it appears appropriate also to include access based on nonphysical or virtual products in the WLA market when they exhibit functionalities equivalent or comparable to the key features of physical unbundling.

In this respect, any such non-physical or virtual wholesale access products should be presumed to be part of the WLA market when the following conditions are cumulatively fulfilled, i.e. where their functionalities are comparable to those of LLU as regards the parameters of relevance to access seekers [...]”⁷ (onderstroppingen Tele2)

⁵ Met kenmerk OPTA/AM/2011/202886.

⁶ Zie de Europese Commissie (2014), explanatory note bij de herziene Aanbeveling relevante markten, blz. 43-44.

⁷ Zie de Europese Commissie (2014), explanatory note bij de herziene Aanbeveling relevante markten, blz. 43.

Dit standpunt dat VULA alleen tot de ULL markt behoort indien er inderdaad sprake is van een effectief substituut voor fysieke ontbundelde toegang en wanneer daar sprake van is, zou in het definitieve besluit nog nader kunnen worden verduidelijkt.

23. Overigens is Tele2 van mening dat ook als VULA niet tot de ULL markt zou worden gerekend nog steeds VULA als verplichting op die markt kan worden opgelegd, omdat een dergelijke alternatieve invulling van de verplichting tot het leveren van ontbundelde toegang (via MDF-access en SDF-access) tegemoet komt aan de belangen van KPN, wholesaleafnemers en eindgebruikers.

VULA op Kabel

24. Nu ontbundelde toegang tot het kabelnetwerk geen onderdeel van de relevante markt van ULL is, is het ook niet relevant een VULA verplichting op de Kabel op te leggen. De VULA verplichting welke bijvoorbeeld KPN is opgelegd, volgt immers uit de verplichting om ontbundelde toegang te leveren. Omdat ontbundelde toegang tot het kabelnetwerk niet mogelijk is – en daarom ook nooit als onderdeel van de ULL markt is gerekend – kan, althans niet vanuit de marktanalyse van de ULL markt, VULA op de Kabel als remedie binnen de ULL markt worden opgelegd.

4. Dominatieanalyse

25. Tele2 ondersteunt de analyse van ACM.

5. (Potentiële) mededingingsproblemen & verplichtingen

Roll-out planning - Invulling toegangsverplichting en non-discriminatie

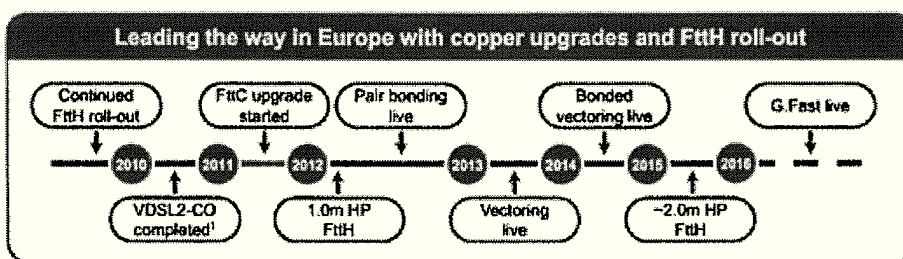
26. In het ontwerpbesluit heeft ACM de non-discriminatieverplichting zo ingevuld dat die verplichting in ieder geval moet voldoen aan de in randnummer 280 van het ontwerpbesluit genoemde voorwaarden. Daaruit volgt onder andere dat diensten en netwerken gelijkelijk beschikbaar moeten zijn voor zowel interne als externe leveringen. Ook dienen interne en externe afnemers in het kader van het proces van ordering en levering en de aankondiging van nieuwe diensten gelijk te worden behandeld. Dit geldt eveneens voor het proces van informatieverstrekking.
27. Tele2 meent echter dat naast voorgaande voorwaarden die door ACM in het ontwerpbesluit worden geformuleerd nader zou moeten worden ingevuld en geconcretiseerd dat wholesaleafnemers in staat worden gesteld die informatie te verwerken in hun businessplan voor de komende jaren. Wanneer informatie over de roll-out planning slechts een jaar te voren beschikbaar komt, zijn wholesaleafnemers daartoe redelijkerwijs niet in staat.
28. Tele2 is voor haar activiteiten op het vaste netwerk, volledig afhankelijk van (informatie vanuit) KPN. De voorbeelden uit het verleden tonen dit aan. Tele2 verwijst naar de premature en onjuiste informatie die door KPN werd verstrekt over de uitrol van 'ALL-IP', waarmee de investeringen in MDF-access onnodig tot stilstand zijn gekomen, de discussie over de binnenringen en de informatie over de uitrol van glas versus de koper upgrade. 
29. Van deze (midden-)lange-termijn netwerk roll-outplanning (tijdshorizon +/- 3 jaar) heeft KPN lang beweerd dat deze er simpelweg niet was. Er zou alleen een korte termijn planning zijn welke op het besloten deel van de wholesale website met wholesale afnemers wordt gedeeld (deze planning geeft ruwweg informatie over 1 jaar vooruit).
30. Het is totaal onwaarschijnlijk dat een beursgenoteerde onderneming met een miljarden omzet en miljarden aan investeringen in infrastructuur geen netwerkplanning heeft die verder reikt dan +/- 1 jaar. Tele2 gaat ervan uit dat de meerjarenplanning binnen KPN wel degelijk beschikbaar is en dat deze meerjarenplanning ook bekend is bij de downstream-onderdelen van het verticaal geïntegreerde KPN. Een roll-out planning is immers o.a. het resultaat van een analyse van de vraag en KPN's downstream-onderdelen zijn dus noodzakelijkerwijs betrokken bij de totstandkoming ervan. Bovendien bestaan de 'Chinese Walls' niet op het niveau binnen KPN waar dit soort strategische beslissingen worden genomen. Daarmee is er geen gelijk speelveld. Onze directie heeft immers niet de kennis die binnen de hogere echelons van KPN wel bekend is, terwijl ook wij strategische beslissingen voor een lange tijdshorizon moeten nemen waarvoor dergelijke kennis onontbeerlijk is.

31. Zowel in het kader van redelijke toegangsvoorwaarden als uit hoofde van de non-discriminatieverplichting dient deze planning op dezelfde wijze voor wholesaleafnemers beschikbaar te zijn.
32. Het feit dat de roll-out planning voor de (midden-)lange-termijn binnen KPN beschikbaar is, wordt inmiddels ook niet meer serieus ontkend door KPN. Echter KPN geeft tevens aan dat aan het verstrekken van deze informatie twee issues kleven:
 - a. Ten eerste zou KPN mogelijk, op grond van de non-discriminatie verplichting, gedwongen kunnen worden om deze informatie te delen met de kabel;
 - b. Ten tweede is het mogelijk dat de (midden-)lange-termijn netwerk roll-outplanning, soms zelfs substantieel, wijzigt.
33. Beide issues zijn echter oplosbaar.
34. In het kader van het referentieaanbod zullen bijeenkomsten plaatsvinden met wholesaleafnemers van KPN, waarin de roll-outplanning en nieuwe ontwikkelingen op de agenda staan. Tele2 denkt bijvoorbeeld aan (half-) jaarlijkse bijeenkomsten waar KPN wholesale gelijktijdig haar interne afnemers, haar externe afnemers van ULL/VULA diensten en de toezichthouder informeert over haar (midden-) lange-termijn netwerk roll-outplanning. Dergelijke bijeenkomsten ten behoeve van specifiek de wholesaleafnemers vinden ook plaats in het kader van bijvoorbeeld CPS of WLR.
35. Toegangsverzoeken van partijen die de betreffende diensten niet afnemen en uitsluitend op strategische informatie uit zijn, kunnen door KPN worden afgewezen. Indien deze partijen vervolgens bij ACM handhaving wensen af te dwingen, zal de toezichthouder vervolgens het verzoek op redelijkheid beoordelen.
36. Het probleem van eventuele wijzigingen van de roll-outplanning is eveneens oplosbaar. KPN kan voor bepaalde ontwikkelingen aangeven met welke mate van onzekerheid deze worden omgeven door bijvoorbeeld aan te geven op basis van welke succesindicatoren een accesstechnologie wel/niet ingezet gaat worden en op welke schaal. Daarnaast moet het KPN toegestaan worden om haar (midden-)lange-termijn netwerk roll-outplanning te wijzigen onder bepaalde voorwaarden (bijvoorbeeld een motivatie gekoppeld aan de vooraf gecommuniceerde succesfactoren). Indien de (midden-)lange-termijn netwerk roll-outplanning in aanwezigheid van ACM aan marktpartijen wordt gecommuniceerd, zal KPN bovendien terughoudend zijn om deze informatievoorziening te manipuleren.
37. Tele2 meent dat KPN in ieder geval de volgende informatie dient te verstrekken omtrent haar (midden-)lange-termijn netwerk roll-outplanning:
 - a. informatie die inzicht geeft in de verdeling van het totaal aantal huishoudens over de verschillende access-technologieën (bijvoorbeeld FttH, G.Fast. MDF enkelvoudig, SDF Vectoring met Pair Bonding);
 - b. (midden-)lange-termijn netwerk roll-outplanning moet per kwartaal worden opgegeven voor een tijdshorizon van minimaal 3 jaar;
 - c. informatie die inzicht geeft in de bandbreedte toename die het gevolg is van de opmars van nieuwe access-technologieën (voor iedere access-technologie inzichtelijk maken welke bandbreedte geleverd kan worden aan welke hoeveelheid huishoudens);
 - d. informatie moet met een tijdshorizon van 5 jaar duidelijk maken wat KPN's plannen zijn met haar MA/MB/MC locaties (nieuwe locaties/uitfaseringen,

wijziging van functie in het netwerk (voorbeelden: MB naar MC en vice versa), uitbreiding van functie in het netwerk (MDF locaties welke gebruikt worden om FttH uit te gaan leveren), etc).

Toegangsweigering & toegangsverplichting – MDF Toegang

38. Het is al enige tijd duidelijk dat KPN haar netwerk aan het upgraden is om eindgebruikers steeds hogere snelheden aan te kunnen bieden. Dat doet KPN niet alleen door de uitrol van glas, maar ook door haar huidige kopernetwerk in hoog tempo te upgraden. Pair Bonding vormt in die upgrade van het kopernetwerk een cruciale stap waarop andere belangrijke upgrades -zoals bonded vectoring en phantoming voortbouwen.
39. Zie voor de roadmap voor de upgrade van het kopernetwerk door KPN bijvoorbeeld slide 6 van de presentatie "Industry Trends" van de CTO van KPN, Erik Hoving, tijdens de zogenaamde Capital Markets Day die KPN op 19 februari 2014 organiseerde:



40. Tot voor kort werd aangenomen dat de upgrade van het kopernetwerk voor KPN met name een tijdelijke overbruggingsstrategie zou zijn, om haar in staat te stellen aan de bandbreedtebehoefte van haar klanten te kunnen voldoen, totdat zij deze klanten op glas zou kunnen overzetten. Aangenomen werd dat uiteindelijk (nagenoeg) alle klanten van KPN binnen afzienbare termijn via glas zouden kunnen worden bediend.
41. Recent is evenwel bekend geworden dat de upgrade van het kopernetwerk een veel grotere en langer durende rol speelt in KPN's strategie op de breedbandmarkt. KPN zet in ieder geval voor de korte termijn veel minder in op glas en kiest primair voor een verdere upgrade van haar kopernetwerk.

Zie artikel nu.nl "KPN zet voor de korte termijn minder in op glasvezel" d.d. 6 augustus 2014

Zie ook: Bernstein Research "KPN: CEO Unplugged - An exclusive Q&A with Eelco Blok" d.d. 9 January 2014, waarin Eelco Blok heeft aangegeven:

"We believe that where we are today, especially in our fixed network with the copper technologies available today and will become available in the near future, we have a nice opportunity to balance our investments in copper and fibre in favour of copper giving the results we are achieving with our copper up-grades".

"And if we continue to perform as we are doing today within our copper areas then for sure we will take the decision to reduce the fibre to the home roll out."

42. Dit onderstreept eens te meer het enorme belang van een levensvatbare business case op MDF Pair Bonding voor alternatieve aanbieders als Tele2. Als alternatieve aanbieders namelijk de MDF Pair Bonding boot missen, missen zij ook de boot voor die verdere koperupgrades.
43. Met de huidige invulling van de tarieven voor MDF Pair Bonding voor alternatieve afnemers, waaronder Tele2, evenwel geen levensvatbare business case voor MDF Pair Bonding, omdat deze tarieven aanbieders als Tele2 niet voldoende zekerheid geven dat zij hun investeringen in MDF Pair Bonding ooit kunnen terugverdienen onder meer om de navolgende redenen.
44. Allereerst dient bedacht te worden dat MDF Pair Bonding van een alternatieve aanbieder zoals Tele2 dermate hoge eenmalige investeringen vergt. Voor 2,9 miljoen van de (potentiële) MDF Pair Bonding hanteert KPN een eenmalig (NLS2) tarief van 750EU en voor de overige 1,6 miljoen adressen (NLS1) een eenmalig tarief van 165EU. Dat resulteert in een gemiddeld eenmalig tarief van 542EU per aansluitadres.
45. Indien een eindgebruiker 36 maanden onder contract blijft staan moet er gemiddeld 15 EU per maand worden terugverdiend (alleen al om de additionele NLS kosten terug te verdienen). Met de ARPU's die op de eindgebruikersmarkten voor breedbandinternet worden gerealiseerd, is dit onmogelijk.
46. Tele2 moet daarnaast nog aanzienlijke kosten maken om haar systemen en processen aan te passen aan de nieuwe dienstverlening op basis van twee aangesloten koperaderparen en moet daarbovenop nog eenmalig per klant aanzienlijke kosten maken om deze in staat te stellen (bijvoorbeeld via speciale modems) gebruik te maken van diensten via MDF Pair Bonding.
47. Er bestaat geen enkele zekerheid dat deze hoge eenmalige investeringen door alternatieve aanbieders kunnen worden terugverdiend. Hierbij is ook van belang dat KPN nauwelijks hogere retailtarieven vraagt voor (snellere) dienstverlening op basis van MDF Pair Bonding dan voor dienstverlening op basis van MDF Enkelvoudig, dus op de breedbandmarkt zo'n EUR 40-60 per maand (en eenmalige activatiekosten van EUR 0-30) voor een Alles-in-Een-abonnement. Alternatieve aanbieders zullen dus daaronder moeten blijven om effectief met KPN te kunnen concurreren, waardoor het dus per definitie onzeker is of zij deze hoge investeringen zullen kunnen terugverdienen.
48. Daarnaast is MDF Pair Bonding als gezegd slechts een eerste stap in de geplande upgrade van KPN's netwerk. Het blijft dus niet bij deze investeringen. Een aanbieder als Tele2 wordt gedwongen mee te gaan met de verdere upgrades die voor KPN op enig moment rendabel worden, onafhankelijk of dat voor Tele2 ook geldt. Tele2 weet daarbij niet welke upgradestappen KPN op welk moment gaat zetten en welke tarieven en investeringen daarbij horen. Dat leidt tot een enorme investeringsonzekerheid voor Tele2.

49. Tot slot is van belang dat, hoewel KPN nu primair lijkt in te zetten op het upgraden van haar huidige kopernetwerk, er sprake is en blijft van een transitie van koper naar glas. De snelheid van deze transitie is onduidelijk voor Tele2, maar niet voor KPN omdat KPN immers de touwtjes in handen heeft. Op het moment dat de migratie naar glas is afgerond, zijn de investeringen in koper nutteloos geworden. Ook daarom is er voor Tele2 geen enkele zekerheid dat de voor MDF Pair Bonding – en voor de navolgende koperupgrades – noodzakelijke en zeer hoge investeringen ooit kunnen worden terugverdiend.
50. De praktijk bevestigt ook dat er op basis van de huidige tarieven voor alternatieve aanbieders geen levensvatbare business case is voor MDF Pair Bonding. Tot nog toe heeft namelijk nog geen enkele alternatieve aanbieder MDF Pair Bonding van KPN afgenomen.
51. Voorts wijst Tele2 erop op dat de huidige (eenmalige) tarieven voor MDF Pair Bonding 1-op-1 terugkeren in de tarieven van andere (nu nog) gereguleerde diensten (SDF, WBTHK) als ongereguleerde diensten van KPN (WBTBK). Zonder ingrijpen van ACM dreigen deze tarieven ook terecht te komen in de tariefstructuur van nog te reguleren diensten (VULA en WBTHK).
52. KPN werpt hier een klassieke toegangsbarrière op die zich nu al doet voelen in de concurrentieverhoudingen. Nu al verliezen aanbieders als Tele2 marktaandeel op de breedbandmarkt, omdat zij niet goed in staat zijn om aan de behoefte van de eindgebruiker aan meer bandbreedte te voldoen.
- Zie voor de ontwikkeling van de concurrentie op de breedbandmarkt ook ACM Telecommonitor Eerste kwartaal 2014, slide: 'Breedband: marktaandeel retail per partij (2014Q1)'.
53. Een oplossing ligt hier voor de hand. Zeker nu duidelijk is geworden dat KPN van koers is veranderd en toegang over koper nog voor vele jaren een (substantiële) rol zal blijven spelen, moet er anders met de kosten van Pair Bonding worden omgegaan. Deze kosten moeten worden gekapitaliseerd en over de verwachte levensduur van het kopernetwerk worden afgeschreven. Alleen op deze manier kan KPN's toegangsbarrière worden geslecht.

Toegangsweigering & toegangsverplichting - VULA

54. Tele2 onderschrijft de analyse van ACM dat VULA als alternatief voor de verplichting tot het leveren van ontbundelde toegang (via MDF-access en SDF-access) moet worden opgelegd.
55. In aanvulling hierop merkt Tele2 graag het volgende op.
56. ACM zou aan het Besluit kunnen toevoegen dat de co-invest tariefstructuur een mogelijke invulling is van de tariefstructuur voor VULA. Zie daarover ook onze opmerkingen bij het deel over tariefregulering van VULA.

57. Voorts wordt ACM verzocht in het Besluit te verduidelijken dat het VULA afnemers zo wordt vorm gegeven dat gedwongen afname / bundeling van KPN's Wholesale TV dienst met de VULA voorkomen wordt en beide diensten onafhankelijk van elkaar kunnen worden afgenomen.

Toegangsweigering & toegangsverplichting – ODF FttH

58. Van effectieve toegangsregulering op ODF-FttH is al twee reguleringsperiodes geen sprake geweest. Nagenoeg alle ODF-FttH eindgebruikers op het glasnetwerk van KPN/Reggefiber zijn klant bij ISP's van KPN. Enige twee grotere alternatieve aanbieders zijn Tele2 en Vodafone, zijn nemen (vooralsnog) af op basis van (ongereguleerde) WBA-toegang. Vodafone (wellicht) al (deels) op basis ODF-FttH.
59. In de komende reguleringsperiode zal daar, aldus ACM, verandering in komen. Deze verwachting rust op twee pijlers. Ten eerste is daar het NERA rapport en ten tweede zijn er de uitrolplannen van Vodafone.
60. Over het rapport van NERA heeft Tele2 in hoofdlijnen het volgende naar voren gebracht. Het eerste dat opvalt, is de tijdshorizon die NERA hanteert (25-year cash-flow model). Een dergelijke tijdshorizon is van toepassing op een aanbieder van glasvezelnetwerken (real-estate like investering, lange termijn, lager risico en dus lager rendement). In de business case van een afnemer van ODF (telecom, 5-10 jaar termijn, hoger risico en dus hoger rendement gevraagd) wordt nooit gemodelleerd op basis van een dergelijke lange periode. [REDACTED]
61. Het tweede dat opvalt, is dat uit de beschrijving van de 'Asset Dimensioning Approach' de indruk wordt gewekt dat allerlei relevante kostencomponenten in de business case niet opgenomen zijn (denk aan direct toewijsbare personeelskosten, een dekking voor common & joint kosten, productontwikkelkosten, IT kosten, etc). Indien deze kosten inderdaad niet zijn opgenomen, dan betekent dit dat de IRR van een aanzienlijk aantal A-PoP's niet opweegt tegen de kapitaalkosten (en dus veel meer A-PoP's een negatieve bijdrage aan de business case hebben)
62. Derde opvallende punt betreft de aannames HP per APoP (ofwel de adresseerbare markt) en de aannames betreffende het aantal A-PoP's per C-PoP. Op basis van informatie van Reggefiber is het gemiddelde aantal HP per A-PoP = 1159. Volgens Tabel 3.1 uit het rapport van NERA zou het gemiddelde aantal HP per APoP op 1434 uitkomen. NERA stelt dat het aantal HP voor de nieuwe APoP's uiteindelijk op (87% van 3696) = 3215 zal uitkomen.
63. Voor de bestaande APoP's is onduidelijk van welk percentage HP er wordt uitgegaan in de business case. NERA stelt dat de capaciteit van deze APoP's op +/- 2318 potentieel aan te sluiten HP's ligt. Nogmaals Reggefiber zelf zegt dat er 1159 HP per APoP zijn. Dat is een gemiddeld aantal HP's van 50% van de capaciteit ipv 87%. Gaat Reggefiber hier nog 37% bij bouwen? Niet erg waarschijnlijk. Maar bovenal, we weten het niet. Een entrant zal in haar investeringsbeslissing het aantal HP's

meenemen waarvan bekend is dat deze zijn gebouwd of waarvan zeker is dat deze gebouwd zullen worden. Op basis van eventuele netwerkoptimalisaties in de toekomst worden immers geen investeringsbeslissingen genomen.

64. Het vierde, en belangrijkste, dat opvalt, is dat NERA uitgaat van een opzienbarende herverdeling in de huidige marktaandelen. Het totale marktaandeel van glas zal volgens NERA uitkomen op 55%. Daarvan valt tien procent toe aan Entrant 1 en 20 procent aan Entrant 2. Er blijft dus 25 procent over voor KPN. Dat is een spectaculaire verschuiving gegeven de huidige marktaandelen. Alle business cases van FttH in NL (wat betreft alternatieve toetreding) scharnieren over marktaandeel/bezetting. M.a.w.; de aannames die NERA hier maakt kunnen de case maken of breken.
65. Tele2 zet grote vraagtekens bij de business case die door NERA is opgesteld. Ondanks herhaaldelijke verzoeken hebben wij helaas geen inzicht gekregen in het onderliggende model waarop de – verstreckende – conclusies zijn gebaseerd. Tele2 kan alleen maar vast stellen dat wij in ieder geval geen levensvatbare business case zien in ODF FttH toegang.
66. Het onderzoek van NERA naar de haalbaarheid van een business case voor FttH afnemers stoelt volledig op de aanname dat een dergelijke partij een marktaandeel van 10% kan behalen. Tele2 heeft, gebaseerd op 15 jaar ervaring als afnemer van ontbundelde toegang, in het commentaar op dit rapport die 10% in twijfel getrokken
67. Inmiddels is er een partij opgestaan waarvan mag worden aangenomen dat die een rol van betekenis moet kunnen spelen op de ODF-FttH gebaseerde retail markt. Vodafone heeft aangegeven naar 50% van de Reggefiber footprint te zijn uitgerold en hier zal het niet bij blijven.
68. Vodafone zegt 'honderden miljoenen' in vaste infrastructuur te willen investeren en denkt daarmee een marktaandeel van 10% te gaan realiseren. Dat zou, althans volgens NERA, net aan voldoende zijn voor een positieve business case.
69. Er zijn echter vele alternatieve aanbieders geweest die in het verleden vergelijkbare ambities hebben uitgesproken, maar een dergelijke doelstelling is in Nederland nog nimmer behaald en uit het NERA rapport blijkt uit niets dat de omstandigheden deze keer fundamenteel anders zijn.
70. Integendeel de (concurrentie-)omstandigheden voor een toetreder op ODF-FttH zijn momenteel aanzienlijk slechter vergeleken met de hoogtijdagen van MDF toetreding.
71. Er is geen *killer app* (zoals destijds toen het *always-on* en veel snellere DSL het relatief kostbare inbellen kwam vervangen) en er is veel meer concurrentie van andere netwerken als DSL en kabel. Voor de meeste gebruikers volstaat vooralsnog de bandbreedte die de bestaande netwerken (Kabel en Koper) kunnen bieden. Ofwel, de markt wordt niet/nauwelijks gedreven door de vraagzijde.
72. O.a. vanwege de achterblijvende vraag in combinatie met een kabel die een product biedt met vergelijkbare bandbreedtes als FttH, vallen de resultaten van FttH tot nu toe sterk tegen. Bezetting van FttH in het uitrolgebied (verhouding HP/HA) stijgt wel geleidelijk (naar +/- een-derde van de markt), maar blijft sterk achter bij de

verwachtingen van KPN (+/- 60% bezetting). Directe consequentie hiervan is dat KPN haar FttH uitrol op een laag pitje heeft gezet.

73. Een nieuwe toetreder wordt dus met verschillende problemen geconfronteerd; een tegenvallende vraag, een concurrerende dienst van de kabelaar (ook voor high-speed bandbreedte), een sterke verlaging van het marktpotentieel omdat KPN nauwelijks FttH meer uitrolt (marktpotentieel bestaat voornamelijk uit bestaande FttH klanten van KPN omdat bezetting, na initiële roll-out, nauwelijks toeneemt).
74. Al deze omstandigheden worden in het rapport van NERA genegeerd. Er wordt geen enkel bewijs/onderbouwing aangedragen waarom de marktaandelen van alternatieve aanbieders versus KPN zo drastisch zouden wijzigen.
75. Het feit dat ACM, na twee verloren reguleringsperiodes waar het effectieve ODF-FttH regulering betreft, wederom niet ingrijpt in de FttH verplichtingen, is voorts gebaseerd op de aankondiging van één aanbieder.
76. Vodafone zou echter zomaar van strategie kunnen wisselen en bijvoorbeeld zich kunnen richten op samenwerking met de Kabel. Zie <http://www.bloomberg.com/news/2014-09-11/vodafone-ceo-says-liberty-could-be-good-fit-for-right-price-.html>. Mocht Vodafone besluiten om in eigen infrastructuur te investeren (zoals het ook in de rest van Europa doet), dan volgt er wederom een verloren reguleringsperiode waar het FttH toegang betreft.
77. Het marktbesluit inzake ODF-FttH rust derhalve op een rapport met daarin een aantal zeer twijfelachtige, en volkomen onbewezen, aannames (in het bijzonder over marktaandelen) en de aankondiging/uitrol van Vodafone. Daarmee wordt regulering bijzonder kwetsbaar op dit punt.
78. Tele2 ondersteunt desondanks de ODF-FttH toegangsverplichting maar stelt daarbij wel dat ACM verder dient in te grijpen om de aannames ten aanzien van toetreding, zoals gemaakt door NERA, een kans van slagen te geven.
79. Hier zijn ruwweg twee manieren voor. Ofwel ACM legt verplichtingen op inzake de netwerktopologie van KPN/Reggefiber. Deze netwerktopologie resulteert immers in hoge vaste kosten versus een beperkt marktaandeel. Echter, zelfs indien ACM hiertoe, besluit, zal het nog vele jaren duren voordat dergelijke verplichtingen effect kunnen sorteren.
80. Er is op dit moment dus maar één manier om de aannames van NERA te realiseren, en dat is in ingrijpen in het tarief bouwwerk. Tele2 heeft hierover al in diverse procedures haar standpunten naar voren gebacht. Zie daarover onze verdere opmerkingen bij ODF-FttH tariefregulering.

Niet-prijsgerelateerde mededingingsproblemen & overstappen

81. ACM zou overstappen als aparte – te remediëren - mededingingsproblematiek moeten opvoeren in haar Besluit.

82. Overstapproblemen zijn er nog steeds legio. In het bijzonder in de zakelijke markt. In de eerste plaats contractuele issues, denk aan lange opzegtermijnen, automatische verlengingen en enorme afkoopsommen van overeenkomsten bij overstap. In een situatie waarbij een zakelijke afnemer meerdere diensten afneemt bij KPN (met verschillende data waarop contracten aflopen), kan de zakelijke afnemer eigenlijk niet meer weg bij KPN.
83. In de tweede plaats kwaliteit van leveren. In de zakelijke markt wordt doorgaans eerst een werkende verbinding opgeleverd, voordat de oude verbinding wordt afgebroken. Dit impliceert levering van een nieuwe verbinding (NLS). De performance van levering van NLS door KPN is dermate erbarmelijk dat zakelijke gebruikers overstappen als 'complex' en foutgevoelig ervaren. KPN profiteert aanzienlijk van deze situatie. Zakelijke gebruikers zullen erg terughoudend blijven om over te stappen. Te meer omdat KPN er in het verleden niet voor heeft teruggedeinsd om zakelijke eindgebruikers, welke te kennen hadden gegeven bij KPN naar een andere aanbieder over te willen stappen, vroegtijdig af te sluiten. Dit soort 'foutjes' geeft overstappen een slecht imago.
84. Maar ook op de consumentenmarkt dreigt een situatie waarbij de markt vastgezet zou kunnen worden. In 2013 hebben de grootste aanbieders van breedbandinternet nieuwe afspraken gemaakt om tot een verbeterde overstapservice te komen voor consumenten van bundels (inclusief TV).
85. De afspraken zijn onder politieke druk tot stand gekomen en het resultaat is door de politiek ook goed ontvangen. Echter Tele2 maakt zich, als 'uitdager' grote zorgen over een nieuw onderdeel van deze overstapservice: het zogenaamde 'retentiemoment'.
86. De zorgen van 'de uitdagers' zijn als volgt:
- De kern van 'het uitdagen' is het aanbieden van een betere propositie richting de consument (beter dan dat die nu heeft).
 - De beperking voor de uitdagers is dat slechts een deel van de consumenten (de shoppers) bereid zijn over te stappen. Het overige deel van de consumenten (de captives) heeft doorgaans weinig oog voor alternatieve aanbiedingen.
 - Het klantenbestand van uitdagers bestaat dan ook vooral uit shoppers die zich bewust zijn van de alternatieven en daarmee ook prijsgevoeliger.
 - Zonder retentiemoment (0-alternatief) is het voor de grote spelers (KPN en Kabelaanbieders) moeilijk(er) om binnen het bestaande klantenbestand te differentiëren tussen shoppers en captives. Dit biedt ruimte aan de uitdagers om zich te differentiëren en marktaandeel op te bouwen, terwijl er nog wel voldoende marges gerealiseerd worden.
 - Door het retentiemoment is het voor de grote zittende spelers gemakkelijker geworden om de shoppers in hun klantenbestand te identificeren en het aanbod te differentiëren: ten opzichte van het 0-alternatief zullen zij de prijs voor captives laten stijgen en de prijs voor shoppers doen dalen.
 - Op de korte termijn drukt dit de marges die uitdagers kunnen realiseren terwijl zittende spelers hun marges (gemiddeld) op peil kunnen houden.

- Op lange termijn zorgt dit voor een uitholling van de business case van de uitdagers en blijven er slechts 2 aanbieder over.
87. Tele2 vreest dat de volgende situatie zich mogelijk voor zou kunnen doen:
- dat de onwenselijke effecten zich vooral op de lange termijn voordoen: de uitdagers zijn van de markt verdreven en er blijven slechts twee aanbieders over;
 - dat op de korte termijn vooral de uitdagers de verliezers van deze afspraak zijn, en dat shoppers winnen. Captives krijgen misschien wel of niet te maken een prijsverhoging (dat hangt af van de hoogte van hun zoek- en overstapkosten). KPN en de Kabel weten hun verliezen op shoppers te compenseren met marges op de captives.
88. ACM wordt dringend verzocht om deze ontwikkeling nauwlettend in de gaten te houden en daar, waar mogelijk al in dit Besluit, verplichtingen te formuleren waarmee ingegrepen zou kunnen worden indien blijkt dat de nieuwe overstapafspraken hun doel voorbij schieten en de markt wordt vastgezet.

Risico op margeuitholling op wholesaleniveau en ND-5

"187. Ook in de markt voor HKWBT/HL ziet ACM dat de concurrenten (die ontbundelde toegang afnemen) hun business case voornamelijk baseren op de retailmarkt en de daar gehanteerde prijzen. Het toetreden op basis van alleen HKWBT/HL dienstverlening is geen haalbare business case gebleken. Het voormalige BBned had een dergelijke business case, maar heeft daarmee nooit een winstgevende fase bereikt en is overgenomen door Tele2. Afnemers van ontbundelde toegang hebben de schaalgrootte nodig van de consumentenmarkten om hun netwerkinvesteringen te kunnen terugverdienen. Afnemers van ontbundelde toegang zullen dan ook niet uit de markt worden gedrukt als KPN alleen de prijzen voor HKWBT/HL verlaagt. KPN heeft daarom geen prikkel om marge-uitholling toe te passen door middel van prijsverlagingen op deze wholesalemarkt."

89. ACM geeft hier aan dat het afnemen van MDF of VULA louter om daar wholesale diensten mee aan te bieden geen haalbare business case oplevert, omdat in een dergelijke case schaal ontbreekt. Afnemers hebben de schaalgrootte van de consumentenmarkt nodig om de investeringen terug te verdienen, aldus ACM. Op zichzelf is het juist dat als alleen zakelijke retail- en wholesalediensten worden geleverd, onvoldoende schaalgrootte wordt bereikt om de investeringen terug te verdienen. Echter ACM lijkt hier over het hoofd te zien dat alle verschillende diensten bijdragen aan de schaal. Dat wil zeggen zowel consumentendiensten, zakelijke diensten als wholesale diensten. Daarnaast is de alternatieve wholesale markt een belangrijk element in de dynamiek van de markt.
90. De analyse van ACM dat KPN geen prikkel heeft om marge-uitholling toe te passen door middel van prijsverlagingen op deze wholesalemarkt wordt door Tele2 niet gedeeld. KPN heeft in het verleden juist bewezen dat het die prikkel wel heeft. Zo maakte KPN op 17 maart 2010 een HKWBT kortingenactie bekend die Tele2 en BBned, die op basis van ULL inkoop bij KPN net als KPN een WBT aanbod in de markt hadden staan, hard raakte. KPN bood afnemers van zakelijke modules uit het wholesale broadband access portfolio een korting – tot wel 65% – op de maandelijkse transport tarieven aan voor nieuwe WBA ZM ATM breedbandverbindingen die besteld werden tijdens de actieperiode. Deze door KPN aangeboden WBT actietarieven waren dusdanig scherp dat Tele2 en BBned niet in staat waren een concurrerend WBT tarief aan te bieden.⁸
91. Daar kwam nog bij dat doordat de actietarieven alleen voor nieuwe verbindingen golden en de markt voor HKWBT (over koper) min of meer verzadigd was, KPN daarmee juist WBT klanten bij Tele2 en BBned poogde weg te halen. En de actietarieven waren ook nog eens zo ingericht dat deze het meest aantrekkelijk waren specifiek voor het klantenbestand van BBned. De hoogste basiskortingen (basic promotion discount), namelijk 35%-50%, golden namelijk voor 1:1 verbindingen, precies de verbindingen waarbij BBned een sterkere positie had dan KPN. En daar hield het niet op. Door de actie zo in te vullen dat hoe meer lijnen, hoe hoger de korting was en doordat het aanbod alleen de eerste 3 maanden van de actie geldig was, werden de klanten van Tele2 en BBned niet alleen gestimuleerd om hun hele

⁸ Uit de naar aanleiding van die actie gestarte procedures volgt onder andere dat de ND5 toets die onderdeel uitmaakte van het toen geldende WBT besluit van 19 december 2008 niet afdoende was om alle mededingingsproblemen, waaronder marge-uitholling, te remediëren.

retail klantenbestand in één keer naar KPN te migreren maar ook om daar binnen een korte periode met KPN afspraken over te maken. De actietarieven golden gedurende de gehele minimumcontractsduur van tot wel 3 jaar, zodat er voor KPN ruim voldoende tijd was om het klantenbestand van Tele2 en BBned structureel te raken.⁹

92. De kortingenactie maakte daarnaast een (verkapt) onderscheid in A- en B-gebieden: In de gebieden waarin Tele2 en BBned waren uitgerold – en een WBT aanbod in de markt hadden staan – werden (veel) hogere kortingen geboden dan in gebieden waar zij niet waren uitgerold. Door dit onderscheid tussen de zogeheten A- en B-gebieden, viel KPN dus direct het WBT aanbod van Tele2 en BBned aan.
93. ACM stelt in randnummer 187 van het ontwerpbesluit terecht dat BBned een business case had door toetreding op basis van alleen HKWBT dienstverlening en dat zij daarmee nooit een winstgevende fase heeft bereikt. Ten onrechte merkt ACM daarbij dus niet op dat dat juist in belangrijke mate is veroorzaakt door selectieve onderbiedingen van KPN, als ook hiervoor beschreven waartegen op grond van de toenmalige regulering niet adequaat kon worden opgetreden.
94. Uit het voorgaande volgt dan ook dat ACM ten onrechte van mening is dat KPN geen prikkel heeft om marge-uitholling toe te passen door middel van prijsverlagingen van de HKWBT tarieven.
95. Evident is daarnaast dat de concurrentie op de HKWBT/HL markt tot positieve welvaartseffecten leidt. Indien KPN geen concurrentie meer ondervindt op deze markt is het aannemelijk dat KPN deze positie zal benutten door hogere tarieven te vragen.
96. Van KPN is bekend dat de voorkeur gegeven wordt aan het leveren van HKWBT diensten boven het leveren van ontbundelde toegangsdiensten. KPN heeft die prikkel omdat WBA meer bijdraagt aan de omzet van KPN dan ontbundelde toegang. Een non-discriminatieverplichting zou KPN ervan weerhouden tarieven te verlagen. Echter zonder een non-discriminatie verplichting op het relevante afname niveau van HKWBT (regionaal en nationaal) heeft KPN wel degelijk de prikkel om marge-uitholling op de HKWBT/HL markt toe te passen. Tot die conclusie kwam ACM ook precies in het voorgaande marktanalysebesluit ontbundelde toegang van 29 december 2011. En juist om die reden heeft ACM een dergelijke ND-5 toets in de vorige reguleringsperiode opgelegd. De omstandigheden die daar toe aanleiding toe hebben gegeven, zijn niet wezenlijk veranderd:

"431. Het college is van oordeel dat het risico op marge-uitholling vooral groot is op de WHBT-markten. Dat wil zeggen dat er een risico is op de uitholling van de marge tussen ontbundelde toegang en WHBT-diensten van concurrenten die op deze markt aan andere aanbieders (extern) diensten verkopen. Wat betreft externe leveringen van diensten op basis van het koperaansluitnetwerk zijn op deze markt alleen KPN en Tele2 actief. Van de externe leveringen op de WHBT-markten levert KPN meer dan [vertrouwelijk: XX] procent. Het marktaandeel van Tele2 is relatief klein en Tele2 is afhankelijk van de inkoop van ontbundelde toegang bij KPN. Tele2 is daardoor kwetsbaar voor marge-uitholling. KPN heeft schaal- en breedtevoordelen en daardoor een lagere kostprijs dan een kleinere partij als Tele2. KPN kan relatief gemakkelijk gerichte aanbiedingen doen aan aanbieders die nu nog

⁹ Zie nader LJN: BM8423, Voorzieningenrechter CBb, AWB 10/372 van 12-05-2010 waaruit blijkt dat de toenmalige verplichtingen onvoldoende waren om deze gedraging van KPN tegen te gaan.

wholesalediensten afnemen bij Tele2. KPN kan daarmee druk uitoefenen om Tele2 te doen uittreden wat betreft het leveren van externe WHBT-diensten."

97. ACM verklaart niet waarom zij opeens van mening is dat het toen geconstateerde grote risico op marge-utholling drie jaar later is verdwenen.
98. Voor de ontbundelde toegang afnemer geldt daarnaast dat elke verschraling van de omzet en marge die behaald wordt vanuit een MDF centrale / MCL kan leiden tot het mogelijk moeten sluiten van deze centrale. Ook daarom heeft het wegvallen van omzet gerelateerd aan HKWBT dienstverlening grote effecten op de markt. Om voornoemde marge-utholling te voorkomen, pleit Tele2 er dan ook voor om een ND-5 toets van het gereguleerde ULL niveau (MDF en VULA) naar de verschillende downstream diensten incl. de zakelijke wholesale diensten te laten bestaan. De noodzaak van een ND-5 toets op het niveau van WBT diensten is eens te meer noodzakelijk voor het zakelijke segment. Dit omdat KPN nog steeds alle prikkels heeft de concurrentie in de zakelijke WBT markt teniet te doen.
99. Voor zover noodzakelijk om een onderscheid te maken tussen WBT benut voor het aanbieden van consumentendiensten en zakelijke diensten, pleit Tele2 ervoor om de afname van een additionele SLA bovenop de standaard dienst als onderscheidend criterium te hanteren. Als een dergelijke SLA wordt afgenomen geldt de dienst als zakelijke WBT dienst en als een dergelijke SLA geen onderdeel vormt van de diensten die onderwerp zijn van deze toets kan de dienst gezien worden als consumentendienst.

Risico op margeutholling op retailniveau en ND-5

"7. Daarnaast geldt de ND-5 verplichting (verbod op margeutholling) alleen nog vanuit de markt voor ontbundelde toegang naar de retailmarkten waar een risico is op enkelvoudige AMM van KPN"

100. Zoals al hiervoor door Tele2 aangegeven pleit Tele2 ervoor de ND-5 toets naar het niet gereguleerde wholesale niveau als opgenomen in het ULL besluit 2011 in stand te laten. De ND-5 toets naar het retail niveau die door ACM wordt opgelegd is zinvol en Tele2 steunt dit standpunt van ACM. Tele2 is eveneens groot voorstander van het verlaten van de uniforme retailopslag en vervanging daarvan door de werkelijke retailkosten. Zie ook het SPC rapport (**BIJLAGE 2**) waarin we voor een dergelijke aanpassing hebben gepleit.
101. Tele2 verzoekt ACM echter wel om in het definitieve besluit uitdrukkelijk op te nemen dat ook bundels waarvan zakelijke telefonie- en/of netwerkdiensten deel uitmaken, moeten voldoen aan de ND-5 toets.

MDF Tariefregulering

"367. ACM dient zo veel mogelijk rekening te houden met de ND-aanbeveling en wijkt hier alleen van af als daar zwaarwegende redenen voor zijn. In dit geval is daar volgens ACM sprake van. ACM heeft in het vorige marktanalysebesluit maximale

zekerheid aan marktpartijen willen bieden door de safety cap methodiek op te leggen en ook het voornemen te uiten deze methodiek in toekomstige reguleringsperiodes te continueren."

102. Door nu de ND-aanbeveling te volgen en te kiezen voor de BULRIC+ methodiek zou ACM deze zekerheid weer tenietdoen. Dit is onwenselijk gezien de negatieve effecten die onzekerheid heeft op investeringen en daarmee ook in strijd met een van de belangrijkste doelstellingen van de ND-aanbeveling.
103. Bovendien ligt het tarief dat voortkomt uit de safety cap methodiek zeer dicht bij het prijsbereik (tussen €8 en €10) dat de Commissie als uitkomst van de door haar aanbevolen kostenmethodologie verwacht. Ten slotte overweegt ACM hierbij dat MDF-access de komende reguleringsperiode naar verwachting relatief snel in belang zal afnemen en MDF-access uiteindelijk in steeds meer gebieden geheel zal worden uitgefaseerd.
104. ACM kiest ervoor om voor de bepaling van de tariefplafonds voor MDF-access niet de door de Commissie aanbevolen methode van BULRIC+ te hanteren maar de reeds op basis van het ULL besluit 2011 geldende safety cap methodiek te continueren. Daarvoor stelt ACM dat met de safety cap eveneens de door de Commissie voorgestane uitkomst van een tarief per lijn van tussen de 8 en 10 Euro gerealiseerd wordt. Daarnaast wordt volgens ACM met continuatie van de safety cap methodiek tariefzekerheid gediend.
105. Tele2 is van mening dat een BULRIC+ methodiek meer transparant is dan een WPC (safety cap) methodiek. ACM zegt hierover in het ontwerpbesluit (RN 382):

ACM onderschrijft deze motivering [van de Commissie aangaande de passendheid van BULRIC+] en voegt daaraan toe dat met de BULRIC+ methodiek op objectieve en transparante wijze een kostprijs kan worden bepaald.
106. Daarmee heeft BULRIC+ een groot voordeel ten opzichte van de WPC methodiek. Het is namelijk de afgelopen jaren gebleken dat juist de intransparantie en ondoorgroondelijkheid van het door KPN gehanteerde kostenmodel tot problemen en procedures heeft geleid.
107. De norm van de Commissie van een tarief per lijn van tussen de 8 en 10 Euro geldt voor een volledig ontbundelde lijn. Daarbij is niet nader omschreven wat nu precies geleverd wordt bij een ontbundelde lijn. Om van KPN een lijn af te nemen met een redelijke SLA op service en instandhouding dient een zogenaamde Premium SLA afgenomen te worden. Vervolgens worden er bedragen bij de lijn opgeteld door KPN voor posten als SEV en elektriciteit.
108. Het zijn met name de kosten van de Premium SLA die de ontbundelde lijnen van KPN extreem hoog geprijsd maken. Retailconcurrenten van KPN die diensten leveren op basis van het wholesale aanbod van KPN zijn bijna gehouden om een dergelijke kostbare additionele Premium SLA af te nemen. KPN spreekt namelijk wel over een Premium SLA, maar in werkelijkheid gaat het slechts om een redelijke SLA, bijvoorbeeld geldt alleen als deze SLA wordt afgenomen een 24/7 mogelijkheid om storingen te melden. KPN's eigen retailediensten worden ook geleverd op basis van deze SLA (of beter). Concurrenten van KPN kunnen dus niet achterblijven. Voor deze

'Premium' SLA factureert KPN 2.35 Euro extra per maand, bovenop het standaard tarief voor een ontbundelde lijn. Voor SEV komt daar nog eens 0.24 Euro bij. Naast de SEV kosten wordt aan externe partijen nog 0.33 Euro per lijn per maand apart in rekening gebracht. Dit alles bij elkaar leidt op het huidige prijspeil van de XTL dienst (7.79 Euro) tot een tarief van een ontbundelde lijn van 10.89 Euro. Dit valt dus buiten voornoemde bandbreedte van de Commissie. Daarbij moet nog worden opgemerkt dat de tarieven van KPN voor faciliteiten zoals collocatie, die naast de lijntarieven in rekening worden gebracht, in Nederland buitensporig hoog zijn.

109. Daarnaast geldt dat deze marktanalyse dient te leiden tot herziening van de tarieven voor pair bonding, zowel wat betreft MDF toegang als VULA diensten. Bij de eenmalige component van deze tarieven worden de gemaakte kosten momenteel in een keer aan de afnemer in rekening gebracht. Dit ondanks dat deze kosten commercieel door deze afnemers niet doorgerekend kunnen worden aan de eindgebruiker. Dat deze kosten volledig in één keer geabsorbeerd zouden kunnen worden is dus een onjuiste aanname. Er is ook alle aanleiding om de eenmalige component in de tarieven nu te verlagen. Het is nu namelijk wel duidelijk dat het kopernetwerk van KPN een belangrijk onderdeel van de NGA strategie van KPN uitmaakt waarbij koper en glas geruime tijd naast elkaar zullen bestaan. Het optuigen van het kopernetwerk door het gereed maken van nog niet gebruikte twisted pairs voor de levering van ontbundelde toegang is daarmee te vergelijken met het uitrollen van een glasvezelaansluiting. De "gebonde pairs" zijn te beschouwen als een asset waarvoor een kapitaalvergoeding en een afschrijvingstermijn gehanteerd zou moeten worden. Tele2 verzoekt ACM deze aanpassing in de definitieve marktanalyse op te nemen.
110. Als genoemd is Tele2 van mening dat een BULRIC+ methodiek meer transparant is dan een WPC (safety cap) methodiek. Echter ook Tele2 is van mening dat het geheel opnieuw optuigen van een kostenoriëntatie model voor MDF diensten een mogelijk te zware exercitie zou kunnen worden en niet noodzakelijk is om de mededingingsproblemen te remediëren. In aanvulling op het voorgaande doet Tele2 doet de volgende noodzakelijke voorstellen tot aanpassing van het ontwerpbesluit om de mededingingsproblemen (beter) te remediëren en bovendien het besluit meer in lijn met de BULRIC+ methodiek te brengen:
- Er dient een aanpassing te komen van het uitgangstarief (de safety cap) dat bedoelt was om voort te bouwen op een kosten georiënteerd tarief. Dit omdat er thans geen duidelijkheid is over het uitgangstarief. De WPC-IIA procedure is nog in behandeling bij het CBb. De uitkomst daarvan is onzeker. In het geval die uitkomst ertoe leidt dat het tarief van een ontbundelde lijn nog hoger wordt dan 10.89 Euro (zie hierboven) dient door ACM te worden ingegrepen en alsnog een BULRIC+ methodiek opgestart te worden. ACM heeft tot nu toe verzuimd om evidente fouten in het kostenoriëntatie model te repareren. Dit geldt in het bijzonder voor de IOR component. Nu het ACM bekend is dat deze component onterecht onderdeel uitmaakt van het uitgangstarief dient dit gecorrigeerd te worden. Dit kan ACM overigens eenvoudig realiseren door KPN op te dragen de factuur- en betalingstermijnen in lijn te brengen met hetgeen daarover in het kostenmodel is opgenomen.
 - Tele2 is op grond van voortschrijdend inzicht tot de conclusie gekomen dat bij de bepaling van de collocatie kosten en de SEV kosten, de extra kosten die KPN

aan de marktpartijen voor het elektriciteitsverbruik in rekening brengt, onjuist zijn meegenomen. Per saldo brengt KPN daardoor tweemaal elektriciteitskosten in rekening. Dit is in strijd met het uitgangspunt bij kostentoerekening dat kosten slechts eenmaal toegerekend mogen worden. Dit moet daarom gerepareerd worden.

- KPN brengt marktpartijen ten onrechte kosten in rekening voor een Premium SLA, terwijl daar ook dienstverlening onder valt die onder de standaard SLA dient te vallen. Het gaat dan om het oplossen van de zogenaamde bovengrondse storingen. Ten onrechte brengt KPN nu voor dergelijke dienstverlening het Premium SLA tarief van 2.35 Euro extra in rekening. Op grond van het beginsel van non-discriminatie – KPN retail maakt ook gebruik van onderdelen van de Premium SLA– dient ACM KPN te verplichten dergelijke dienstverlening, althans in ieder geval voor zover het om bovengrondse storingen gaat, onder de standaard SLA te laten vallen met voldoende afschrikwekkende boetes als deze niet behaald wordt.
- KPN dient verplicht te worden een werkelijke Premium SLA op te nemen in het referentie-aanbod waarmee KPN's eigen retail- en wholesale diensten gematched kunnen worden. Daarbij dienen de boetes voldoende afschrikwekkend te zijn. Dat is op dit moment niet het geval.
- Het eenmalige tarief voor pair bonding moet worden herzien (zie hierboven).
- ACM staat KPN toe afnemers van MDF hun MDF dienstverlening versneld uit te laten faseren ten gunste van KPN's innovatie. Gevolg daarvan is dat er abrupt schaalvoordelen voor afnemers van wholesalediensten van KPN verdwijnen. Tele2 verzoekt ACM dit op te lossen door een tarief voor MDF toegang per lijn vast te stellen waarin ook de collocatiekosten versleuteld zijn. Daarmee kunnen de schaalnadelen (deels) worden opgeheven.
- Daarnaast dient in het migratieaanbod ook (VULA-)tarief voor de lijnen in deze footprint recht te doen aan de positie van de migrerende afnemer.

Tabel 1: Door KPN gehanteerde MDF SLA's

	Storingsmelding	SLA	Penalties bij overschrijding	Additioneel tarief
Standaard	Werkdagen 08.00-22.00 uur Zaterdag 08.00-17.00 uur Zondag gesloten	Service uren gelden uitsluitend op werkdagen 86% binnen 10 service uren 95% binnen 20 service uren 99.9% binnen 40 service uren	1-100 service uren: 7 Euro per 10 service uren 100-200 service uren 14 Euro per 10 service uren	geen
Premium	24/7	90% binnen 8 klokuren 95% binnen 24 klokuren 99.9% binnen 48 klokuren	1-24 uur 10 Euro per uur 1-480 uur 8, Euro per 12 klokuren	2.35 Euro per lijn per maand
Special	24/7	85% binnen 4 klokuren	4-8 klokuren 30%	5,26 Euro per lijn

		90% binnen 8 klokuren 95% binnen 24 klokuren 99.9% binnen 48 klokuren Alleen BG: 90% binnen 4 klokuren 99.9% binnen 8 klokuren	van verschuldigde bedragen over afgelopen 12 kalendermaanden 8-12 klokuren 40% over verschuldigde vergoedingen >12 klokuren 50% over verschuldigde vergoedingen	maand
--	--	--	---	-------

VULA tariefregulering

"388. ACM concludeert dat de BULRIC+ methodiek de meest passende invulling is van tariefregulering voor VULA. Daarnaast acht ACM het passend om de tariefplafonds voor bijbehorende faciliteiten van VULA te bepalen op basis van een kostentoerekeningssysteem dat voldoet aan de voorschriften die nader zijn uitgewerkt in Annex A van dit besluit."

111. Tele2 is het met ACM eens dat de ND-aanbeveling van de Commissie van 11 september 2013 waar ACM naar verwijst in het ontwerpbesluit hier gevolgd moet worden en dat de BULRIC+ benadering daarom het beste is. Daarbij wil Tele2 naar voren brengen dat het voor de bepaling van de VULA tarieven van belang is om over een aantal uitgangspunten geen enkel misverstand te laten bestaan. In het bijzonder is absoluut noodzakelijk dat in het besluit wordt gewaarborgd dat reeds afgeschreven en terugverdiende assets niet moeten worden meegenomen in het kostenmodel. Dat is in lijn met de ND-aanbeveling:

"In the recommended costing methodology the Regulatory Asset Base (RAB) corresponding to the reusable legacy civil engineering assets is valued at current costs, taking account of the assets' elapsed economic life and thus of the costs already recovered by the regulated SMP operator. This approach sends efficient market entry signals for build or buy decisions and avoids the risk of a cost over-recovery for reusable legacy civil infrastructure. An over-recovery of costs would not be justified to ensure efficient entry and preserve the incentives to invest because the build option is not economically feasible for this asset category".¹⁰

112. Bij de bepaling van de VULA tarieven dient er een keuze gemaakt te worden met betrekking tot de verhouding tussen de eenmalige tarieven en de maandelijks tarieven. Tele2 pleit ervoor de tariefstructuur zo op te zetten dat de business case voor de toegangsvrager van VULA wordt vergeleken met hypothetische eigen investeringen. Daarbij denkt Tele2 met name aan de mogelijkheid van co-investment structuren. Ook dat is in lijn met de ND-aanbeveling:

"Due to current demand uncertainty regarding the provision of very-high speed broadband services it is important in order to promote efficient investment and innovation, in accordance with Article 8(5)(d) of Directive 2002/21/EC, to allow those operators investing in NGA networks a certain degree of pricing flexibility to test price points and conduct appropriate penetration pricing. This would allow SMP operators and access seekers to share some of the investment risk by differentiating wholesale access prices according to the access seekers' level of commitment. This could result in lower prices for long-term agreements with volume guarantees, which could reflect access seekers taking on some of the risks associated with uncertain demand. In addition, pricing flexibility at wholesale level is necessary to allow both the access seeker and the SMP operator's retail business to introduce price differentiation on the retail broadband market in order to better address consumer preferences and foster penetration of very high-speed broadband services."¹¹

¹⁰ Overweging 35.

¹¹ Overweging 49.

FttH tariefregulering

113. Zoals al eerder in deze reactie aangegeven zijn de huidige tarieven van FttH een bottleneck voor de totstandkoming van een concurrerende FttH markt. Tele2 heeft in de procedures naar aanleiding van het laatste FttH tariefbesluit hierover haar standpunten naar voren gebracht. Wij verwijzen hier naar het beroepschrift van 12 augustus 2013 (**Bijlage 3**) en de pleitnota van 24 april 2014 (**Bijlage 4**), beide in procedure AWB 13/459.

6. Inleiding en samenvatting analyse retail vaste telefonie

114. Tele2 kan zich vinden in de afbakening van de retailmarkt voor PSTN verbindingen.
115. Tele2 herkent de argumenten van ACM die leiden tot de terechte conclusie dat PSTN verbindingen tot een (wezenlijk) andere markt behoren dan andere telefonie aansluitingen.
116. VOB1 is dan ook terecht niet langer in dezelfde markt ingedeeld als PSTN.
117. ACM heeft deze indeling in de huidige VT marktanalyse niet gehanteerd maar dat was in retrospectief wel op zijn plaats geweest. De afgelopen drie jaar is de markt niet dramatisch veranderd.
118. ACM onderscheidt buiten de markt voor PSTN twee markten:
- Markt voor tweevoudige verbindingen, ISDN 1, 2 en VoB2
 - Markt voor meervoudige verbindingen, ISDN 15 en groter en VoB groter dan 12
119. Tele2 heeft in de beantwoording van vragen van ACM duidelijk gemaakt dat er niet alleen sprake is van een separate PSTN markt, maar ook dat er enerzijds een VoB markt is en anderzijds een ISDN markt is. Voor de nadere onderbouwing verwijst Tele2 naar haar beantwoording van de vragenlijsten. Onafhankelijk van de afbakening is de uitkomst gelijk. ACM stelt immers terecht dat KPN dominant is op zowel de markt voor meervoudige gesprekken als op de markt voor tweevoudige gesprekken. In haar beantwoording van de vragen van ACM heeft Tele2 uitgewerkt dat KPN zowel dominant is op de VoB markt als op de ISDN markt. Tele2 heeft daarom geen opmerkingen over de marktafbakening die ACM hier voorstelt.
120. Daarbij geldt dat KPN op de markt voor tweevoudige gesprekken evident dominant is, dit blijkt uit het marktaandeel. Op de markt voor meervoudige gesprekken heeft KPN ook een zeer fors marktaandeel. En zonder de ULL regulering zou dat nog veel hoger zijn, namelijk wel 80% (zie tabel 23 van het ontwerpbesluit). Daarnaast heeft KPN een concurrentievoordeel uit productdiversificatie omdat ze zo dominant is in de aanverwante markt voor tweevoudige verbindingen.

Afbakening PSTN

121. Tele2 kan zich vinden in de analyse van ACM dat er een groep 'gebonden gebruikers' overblijft en merkt op dat zij dat zelf ook heeft onderbouwd in de beantwoording van de vragenlijst Vaste Telefonie.
122. ACM plaatst naar inzicht van Tele2 terecht de VOB1 producten buiten een van de telefonie markten en schaaft deze diensten onder de breedband markt. Dit is een opmerkelijk wijziging waarmee ACM terecht terug komt op een eerder ingenomen standpunt.

123. Er is inderdaad nauwelijks zelfstandige vraag naar VoB1 (dus zonder breedband) en al helemaal geen aanbod. Het gaat altijd om een combinatie van breedband en VoB waarbij Breedband het primaire product is en VoB1 een bijproduct nl, een applicatie op de breedbandverbinding.

Concurrentieanalyse PSTN markt

124. Tele2 kan zich vinden in de conclusies en verwacht gezien het marktaandeel van 100% bij afwezigheid van regulering, dat ACM in haar VT besluit de bovenliggende wholesale markt stringent reguleert.

Afbakening retailmarkt tweevoudige gesprekken

125. Ook Tele2 stelt dat PSTN niet tot dezelfde productmarkt behoort als ISDN2.
126. Tele2 merkt nog op dat zij zich kan vinden in het onderscheid tussen managed en best effort VoB diensten en dat ACM terecht mobiele telefonie en OTT niet rekent tot de productmarkt waartoe ISDN2 behoort.

Concurrentieanalyse retailmarkt voor tweevoudige gesprekken

127. Tele2 kan zich vinden in de dominantie analyse. Tele2 merkt op dat ACM terecht concludeert dat de WLR overeenkomst met KPN niet alle dominantie problemen oplost. Margesqueeze is uitdrukkelijk buiten de onderhandelingen gebleven, omdat daarover commercieel geen afspraken kunnen worden gemaakt. Tele2 stelt vast dat in de bovenliggende wholesale productmarkt regulering nog steeds geboden is.

Afbakening retailmarkt meervoudige gesprekken

128. Tele2 merkt op dat ACM terecht mobiele telefonie en OTT niet rekent tot de productmarkt waartoe ISDN2 behoort.

Concurrentieanalyse retailmarkt voor meervoudige gesprekken

129. Tele2 kan zich op hoofdlijnen vinden in de dominantie analyse.

7. Afbakening retailmarkt zakelijke netwerkdiensten

Open VPN's horen niet tot de relevante markt

130. Ruwweg kan worden gesteld dat Lage Kwaliteit WBT de wholesale bouwsteen is voor Internettoegang (en OTT diensten zoals Internet-VPN's) en Hoge Kwaliteit WBT & Huurlijnen de wholesale bouwsteen is voor Zakelijke Netwerk Diensten (en o.a. bepaalde voice diensten). In randnummers 290 t/m 303 van het Besluit marktanalyse HKWBT/HL 2012 wordt uiteengezet dat de 'knip' tussen LKWBT en HKWBT/HL met name wordt bepaald door het feit dat LKWBT geen capaciteitsgaranties biedt en HKWBT/HL verbindingen wel capaciteitsgaranties bieden aan de applicaties die over deze verbindingen worden getransporteerd.
131. Het bieden van capaciteitsgaranties door het onderliggende transportnetwerk is cruciaal voor de marktafbakening. Immers bepaalde applicaties (o.a. bepaalde boekhoudpakketten en telefonie-oplossingen) vereisen een bepaalde gegarandeerde kwaliteit van het netwerk. Hier valt niet mee te marchanderen. Indien het transportnetwerk, in tijden van congestie, niet de noodzakelijke capaciteit kan bieden, dan kunnen werknemers geen gebruik maken van dergelijke mission critical applicaties en ligt het werk stil. Voor zakelijke afnemers is dit geen optie. Om deze simpele reden zullen bedrijven voor transport van dergelijke mission critical applicaties niet overstappen naar verbindingen die geen capaciteitsgaranties bieden.
132. Het is overigens een raadsel waarom ACM in Tabel 27 van het Besluit vermeldt bij eigenschappen van open-VPN's dat de capaciteitsgarantie *verschilt, afhankelijk van de gebruikte internetaansluiting met overboeking en eventueel op VPN functionaliteit*. Een open VPN maakt gebruik van het publieke Internet. Over het publieke Internet kunnen geen garanties worden gegeven. Ook niet als er op onderliggende netwerklagen (layer 2) WEL een overboeking wordt ingesteld. ACM beweert iets wat technisch onmogelijk is, maar wat toevallig wel het onderscheidende kenmerk is waar het de marktafbakening betreft.
133. Voorts zegt Dialogic: *'Een ander patroon dat Dialogic identificeert is de vervanging van bandbreedte van IP- of Ethernet-VPN's door bandbreedte van open VPN's. Dit betekent dat afnemers wel hun hoogwaardige IP-VPN of Ethernet-VPN aanhouden, maar steeds meer verkeer via een open VPN routeren. Hierdoor ontstaat een hybride vorm van een bedrijfsnetwerk waarbij voor een gedeelte van de aansluitingen wordt gekozen voor een open VPN in plaats van een gesloten VPN. Naar verwachting van Dialogic speelt de opkomst van open VPN's vooral in het lagere segment een rol, dat wil zeggen voor minder kritische diensten'*.
134. Dialogic slaat hier de spijker op de kop! Een beter bewijs dat open-VPN's geen substituut zijn voor gesloten VPN's kan niet worden geleverd. Afnemers houden hun hoogwaardige VPN netwerken aan! Waarom zouden ze dat doen als open-VPN's een substituut zouden vormen?!
135. Ondanks de beschikbaarheid van een goedkopere dienst, gaan deze afnemers dus toch niet over voor hun mission critical applicaties. De reden? Ze kunnen niet over

omdat open-VPN's alleen geschikt zijn voor minder kritische diensten. Een SSNIP test gaat hier dus geheid falen. Een open-VPN is en blijft complementair aan ZND, maar is geen substituut!

136. Naast capaciteitsgaranties spelen ook andere productkenmerken een rol bij de marktafbakening. Zie uit ACM's ULL Besluit van 29-12-2011:

1482. Omdat internettoegang primair voor externe communicatie wordt gebruikt, zijn de kenmerken daarvan vooral daarop ingesteld. Zo heeft internettoegang in de overgrote meerderheid van de gevallen lage uploadcapaciteit, geen capaciteitsgaranties of beschikbaarheidsgaranties en lage SLA's. Zoals beschreven in randnummer 1474), voldoen deze kenmerken van internettoegang (en daarmee van internet-VPNs) niet aan de eisen die de meeste eindgebruikers stellen aan verbindingen die voor interne communicatie worden gebruikt. Daarom zijn internet-VPNs voor de meeste eindgebruikers geen volwaardig alternatief voor huurlijnen of datacommunicatiediensten.

137. Internet-VPN's of Open VPN's maken gebruik van het publieke Internet als onderliggend transportnetwerk. Het publieke Internet biedt geen enkele capaciteitsgarantie. Voor bepaalde applicaties is dit lastig (mail komt bijvoorbeeld later aan) maar overkomelijk, voor andere applicaties is dit potentieel fataal. Hieruit volgt dat Internet-VPN's geen substituut zijn voor ZND.
138. Dialogic zegt hierover: *'Door het karakter van het internet is het daarnaast mogelijk dat het verkeer voor een Internet-VPN in de praktijk niet buiten de grenzen van het netwerk van de internetaanbieder treedt, waardoor de kwaliteit van een dergelijke oplossing die van een IP-VPN of E-VPN praktisch benadert'.*
139. Tele2 wenst het volgende naar voren te brengen inzake bovenstaand statement. Indien het verkeer voor een Internet-VPN wordt getransporteerd over het netwerk van één enkele aanbieder, dan wordt dit verkeer uiteraard samengevoegd met Internet verkeer van overige gebruikers. Indien er op netwerksegmenten (DSLAM's, core switches, IP routers) congestie ontstaat, biedt het netwerk geen enkel mechanisme waarmee Internet-VPN IP pakketten voorrang zouden krijgen op overige IP pakketten. Technisch zou dit wel kunnen (bijvoorbeeld d.m.v. deep packet inspection), echter de regels betreffende netneutraliteit verbieden terecht een dergelijke benadering. Dialogic's bewering zou dus alleen hout snijden indien er nooit congestie op het netwerk zou optreden. Uiteraard is dit voor iedere aanbieder van internettoegang in Nederland niet reëel.
140. Voor transport over IP-VPN en E-VPN netwerken is de kwaliteit wel degelijk te garanderen. In het geval van netwerkcongestie biedt het netwerk capaciteitsgaranties. Dit is en blijft een onderscheidend kenmerk van ZND diensten versus Internet-VPN's. Zakelijke eindgebruikers zullen om deze reden niet overstappen. Overigens erkent Dialogic dit ook in haar onderzoek:

'Internet-VPN's zullen vooral door nieuwe afnemers en (door huidige afnemers van zakelijke netwerkdiensten) als aanvulling gebruikt worden. Uit de gesprekken komt naar voren dat maar weinig bestaande gebruikers van traditionele zakelijke netwerkdiensten hun dienst opzeggen voor een Internet-onlydienst (een breedbandaansluiting waarover uitsluitend internettoegang mogelijk is). Bij Internet-VPN's zijn om die reden vaak geen of lagere garanties te verkrijgen ten aanzien van

diverse kwaliteitsaspecten, zoals beschikbaarheid en capaciteit, omdat Internet-VPN's veelal worden gerealiseerd over infrastructuur die niet (geheel) in beheer is van de aanbieder van het Internet-VPN. Internet-VPN's vormen om die reden vooral een alternatief voor de groep afnemers die relatief lage eisen stellen ten aanzien van de kwaliteitsaspecten. Een klein deel van de bestaande afnemers zal dus wél volledig overgaan naar Internet-VPN's'

141. Ook bovenstaande vaststelling zou alle aanleiding moeten geven voor ACM om haar marktafbakening op dit punt te wijzigen. Het zou immers kunnen zijn dat een klein deel van de afnemers relatief lage eisen stellen ten aanzien van de kwaliteitsaspecten, echter dit laat onverlet dat verreweg het merendeel van de afnemers wel degelijk hogere eisen stelt aan de kwaliteit van de verbinding (in het bijzonder capaciteitsgaranties) en voor deze afnemers internet-VPN's dus nooit een substituuut kunnen zijn (een SSNIP test zou bijvoorbeeld falen). Vice versa is het zo dat als afnemers van internet-VPN's WEL hogere eisen gaat stellen ten aanzien van kwaliteitsaspecten, dergelijke open-vpn oplossingen daarin niet kunnen voorzien. Met andere woorden; er is hier geen sprake van ketensubstitutie.
142. Voorts stelt Tele2 vast dat ACM met de vaststelling dat open-VPN's tot de relevante markt behoren, verbindingen tot twee markten gaat rekenen. Immers het gaat hier om breedbandinternetverbindingen met daarover een Over-The-Top (OTT) dienst. Deze verbindingen zijn dus onderdeel van zowel de breedbandinternetmarkt EN de ZND markt.
143. Deze vervaging tussen de beide retailmarkten wordt des te meer een probleem omdat een duidelijke definitie van een open-VPN ontbreekt. Ter illustratie: bij Tele2 zijn er +/- 500 medewerkers met een labtop + VPN client. Zijn dat allemaal open-VPN verbindingen?
144. Tele2 is van mening dat deze OTT dienst niet tot de markt van ZND behoort. Echter indien ACM deze lijn doorzet, dient duidelijk afgebakend te worden welke verbindingen met OTT dienst wel tot de relevante markt behoren, en welke niet (en ook als zodanig fungeren).
145. Dat (minimaal) een duidelijke definitie van open-VPN's noodzakelijk is, blijkt ook wel uit het feit dat KPN de markt voor open-VPN verbindingen op 50.000-60.000 schat, waar ACM er hoogstens 18.000 identificeert.
146. Tele2 verzoekt ACM haar marktafbakening aan te passen of in ieder geval met een duidelijke definitie van open-VPN's te komen.