



Het college van OPTA  
Postbus 90420  
2509 LK DEN HAAG

Per e-mail: [breedband-ma@opta.nl](mailto:breedband-ma@opta.nl)  
[programma-ma@opta.nl](mailto:programma-ma@opta.nl)

Amsterdam, 12 augustus 2011

*Betreft: zienswijze ontwerpbesluit ULL*

Geacht college,

Hierbij doe ik u toekomen de zienswijze van BCPA met betrekking tot het ontwerpbesluit Marktanalyse Ontbundelde toegang d.d. 23 juni 2011 (OPTA /AM/2011/201353). Deze zienswijze is tot stand gekomen in samenwerking met EspritXB.

## **1. Inleiding en samenvatting**

De derde ronde marktanalyses markeert een cruciaal punt in de ontwikkeling van de zakelijke markt. OPTA sluit een periode af van verscherpt toezicht op de zakelijke markt. De zakelijke markt wordt deels gedereguleerd. De ontwikkelingen in deze markt gaan snel. De ontwikkeling van de marktaandelen van alternatieve aanbieders blijft achter. Er lijkt zelfs sprake te zijn van stagnatie. De missie van BCPA is om blijvende aandacht te vragen voor de belangen van (groot) zakelijke aanbieders en hun klanten.

Marktpartijen hebben de afgelopen periode een constructieve dialoog gevoerd met OPTA over de vraag welk toezicht voor de zakelijke markt passend is. Het is duidelijk te vroeg voor algehele deregulering. De mate waarin de zakelijke markt moet worden gereguleerd zal, afgezien van de ontwerpbesluiten vaste telefonie en het onderhavige besluit, inzet van de discussie zijn bij de ontwerpbesluiten WBT/HL en ODF-access (FttO). De keuzes die OPTA in die besluiten maakt zullen grote gevolgen hebben voor de in BCPA deelnemende aanbieders. Voor het onderhavige ontwerpbesluit geldt dat in



mindere mate gezien de beperkte afname door deze aanbieders van ontbundelde toegang.

De onderhavige zienswijze heeft betrekking op de volgende onderdelen van het ontwerp besluit:

- De afbakening van de wholesalemarkt<sup>1</sup>

De keuze van OPTA om FttO niet tot de onderhavige wholesalemarkt te rekenen is onvoldoende gemotiveerd. BCPA zal aan de hand van de recente uitspraak van het CBb<sup>2</sup> aantonen dat het CBb meer ruimte laat voor een 'brede' marktafbakening dan OPTA lijkt te willen nemen.

- De *safety cap*

BCPA bepleit de toepassing van strikte kostenoriëntatie. Het streven van OPTA naar reguleringszekerheid verdient lof, maar reguleringszekerheid is meer gediend met strikte kostenoriëntatie in combinatie met een leegloopregeling dan met het opleggen van een *safety cap*.

- De ND-5 toets

De toets steekt ongunstig af tegen de vorige toets, die op zijn beurt onvoldoende effectief was. De keuze voor bescherming van een betrekkelijk beperkt wholesale alternatief kan leiden tot stijgende whole-saletarieven, hetgeen niet noodzakelijkerwijs in het belang is van alle zakelijke aanbieders en hun eindgebruikers<sup>3</sup>. Belangrijke beleidsmatige keuzes moeten worden gebaseerd op een zorgvuldige kosten-batenanalyse. Daarbij moet aandacht worden besteed aan de effecten van de toets op de positie van *alle* marktpartijen (en niet alleen Tele2) alsmede aan de welvaartseffecten voor eindgebruikers. Verder is de nieuwe ND-5 toets onvoldoende transparant, zowel wat betreft het ontwerp als in de praktijk.

In de volgende paragrafen worden deze standpunten uitgewerkt.

---

<sup>1</sup> De bespreking van de afbakening van de wholesalemarkt in deze zienswijze geeft niet de visie weer van Verizon Nederland B.V.

<sup>2</sup> CBb, AWB 10/498 AWB10/536 AWB 10/545, LJN: BQ3135, 3 mei 2011

<sup>3</sup> Colt Technology Services B.V. beraadt zich over een separate zienswijze met betrekking tot dit aspect van de ND-5 toets

## 2. De afbakening van de wholesalemarkt

De hamvraag in het onderhavige (ontwerp)besluit betreft de vraag of ODF-access (FttO) tot dezelfde relevante productmarkt behoort als ontbundelde kopertoegang. OPTA heeft lering getrokken uit de uitspraak van het CBb van 3 mei 2011, en heeft zijn analyse uit april 2010 bijgesteld. Volgens OPTA behoort ODF-access (FttO) niet (langer) tot dezelfde relevante markt als ontbundelde kopertoegang. OPTA staat voor een keuze uit twee kwaden: ofwel de marktafbakening uit 2008 en 2010 handhaven en opnieuw de analyse laten beoordelen door een uiterst kritisch CBb, ofwel de analyse geheel bijstellen bij vrijwel ongewijzigde marktomstandigheden. OPTA kiest voor de tweede mogelijkheid. Die keuze roept vragen op.

### *Vertrekpunt*

Een belangrijk gegeven bij de afbakening van de productmarkt betreft de transitie die plaatsvindt van koper richting glas. Over het tempo waarin de transitie zich voltrekt kan men twisten, maar het is evident dat in de zakelijke markt uiteindelijk glas de dominerende drager zal zijn. Tot die tijd bestaan koper en glas naast elkaar en is sprake van een zekere overlap: bepaalde (wholesale) diensten worden zowel over glas als over koper geleverd, zoals op ethernet gebaseerde huurlijnen. Op het eerste gezicht is geen sprake van een waterscheiding tussen diensten die op koper, en diensten die op glas zijn gebaseerd. Op het eerste gezicht lijkt dan ook eerder sprake te zijn van een 'brede' markt. Verwacht wordt dat KPN haar koperklanten een prikkel zal bieden om over te stappen op glas, door de tarieven voor FttO meer in de richting van de tarieven voor MDF-access te brengen en door op glas gebaseerde diensten te gaan aanbieden aan klanten ter vervanging van kopergebaseerde diensten. Het feit dat ODF-access (FttO) in de praktijk (nog) niet wordt afgenomen vertroebelt het beeld. KPN heeft kennelijk een commerciële prikkel om de ODF-access tarieven op een hoog niveau te houden: dan is er geen business case voor ODF-access en blijven klanten aangewezen op lager gelegen wholesalediensten, waarop meer verdiend kan worden. Daardoor lijkt er mogelijk sprake van een grote prijssprong tussen ODF-access (FttO) enerzijds en MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) anderzijds. Echter, het feit dat op de lager gelegen wholesalemarkten 5 en 6 duidelijk geen sprake is van een vergelijkbare prijssprong tussen enerzijds op glasvezel gebaseerde, en anderzijds op koper gebaseerde diensten, rechtvaardigt dat als vertrekpunt wordt uitgegaan van een 'brede' markt 4.



Ongeacht de marktafbakening (een 'brede' markt dan wel een separate markt voor ODF-access (FttO)) is KPN veruit de belangrijkste partij, zowel op koper (als enige partij) als op zakelijk glas. Of KPN beschikt over AMM zal de marktanalyse uitwijzen. Kijkend naar de aantallen door KPN gewonnen bids in het afgelopen jaar is het voor BCPA evident dat KPN niet alleen op koper maar ook op de zakelijke glasmarkt dominant is.

### *CBb uitspraak*

Het ontwerpbesluit biedt ruimte voor de indruk dat OPTA zich door de recente CBb uitspraak heeft laten ontmoedigen om zakelijk glas te reguleren. De keuze om ODF-access (FttO) niet langer onderdeel uit te laten maken van een 'brede' markt is enigszins begrijpelijk maar roept ook vragen op. De vraag is of een grondiger analyse niet alsnog moet leiden tot de afbakening van een 'brede' markt. BCPA meent dat het kritische oordeel van het CBb ruimte laat voor de mogelijkheid dat OPTA in 2008 en in 2010 toch een juiste analyse heeft verricht. BCPA bespreekt dit hierna, aan de hand van de uitspraak van het CBb van 3 mei jl.

OPTA heeft in eerdere analyses het antwoord op de vraag of sprake is van substitutie van ontbundelde toegang tot koper naar ODF-access (FttO), en omgekeerd, afhankelijk gemaakt van de uitkomst van een SSNIP-test. Het CBb erkent dat een SSNIP-test een geschikte methode is. In geding was de primaire vraag of OPTA erin is geslaagd om aan de hand van de SSNIP-test aannemelijk te maken dat ontbundelde toegang tot koper en ODF-access (FttO) over en weer substitueerbaar zijn. Zoals bekend heeft OPTA het CBb niet overtuigd.

De vraag is of OPTA bedoeld substitutie effect niet alsnog aannemelijk zou kunnen maken, en daarmee het CBb zou kunnen overtuigen. BCPA ziet in de uitspraak van het CBb een aantal aanwijzingen dat dit mogelijk is.

Wat betreft substitutie aan de vraagzijde, had OPTA een tweedeling gemaakt in de vraag of afnemers *kunnen* overstappen en de vraag of zij *zullen* overstappen. De eerste vraag stond niet ter discussie. Die hobbel kan dus eenvoudig worden genomen. De vraag of afnemers zullen overstappen vormt een lastiger hobbel. Doorslaggevend is of de mate waarin overstap plaatsvindt zodanig is dat een prijsstijging van 5 tot 10% door een hypothetische monopolist niet winstgevend kan worden doorgevoerd

### *Substitutie van ontbundelde toegang tot koper door ODF-access (FttO)*

OPTA achtte het waarschijnlijk dat relatief veel afnemers van ontbundelde toegang tot koper zullen overstappen op ODF-access (FttO) als de prijzen voor ontbundelde toegang tot koper relatief toenemen, aangezien de prijzen van ontbundelde toegang tot koper en van ODF-access (FttO) dicht bij elkaar liggen en de afnemers van ontbundelde toegang prijsgevoelig zijn.

Volgens het CBb had OPTA moeten berekenen bij welke mate van overstap de genoemde prijsstijging niet winstgevend kan worden doorgevoerd (*critical loss*) en deze vervolgens moeten relateren aan de geconstateerde mate van overstap (*actual loss*). Het CBb geeft aan OPTA toe dat OPTA niet steeds gehouden is tot een kwantitatieve invulling van de variabelen in de test. Onder omstandigheden kan OPTA volstaan met een gedachte-experiment. Zelfs in gevallen waarin een kwantitatieve invulling wel mogelijk is, is OPTA niet steeds gehouden tot een exacte invulling. OPTA kan onder omstandigheden gebruik maken van een bandbreedte die een onzekerheidsmarge aangeeft. Echter, ook van die mogelijkheid had OPTA geen gebruik gemaakt. OPTA had gekozen voor een grotendeels kwalitatieve invulling van de SSNIP-test. Het CBb heeft vervolgens geoordeeld dat de overgelegde gegevens niet voldoende overtuigend waren om een expliciete bepaling van de mate van overstap van het ene op het andere product waarbij de winsttoename ten gevolge van de prijstoenname wordt tenietgedaan, achterwege te laten.

De vraag is of OPTA niet toch de mogelijkheid heeft om overtuigende gegevens over te leggen. BCPA leest in de uitspraak van het CBb ruwweg vier aanwijzingen dat dit het geval is.

#### *1. autonome trend*

In de eerste plaats is van belang de autonome trend van migratie van koper naar glas. Bij een SSNIP-test is doorslaggevend dat afnemers als gevolg van een prijsstijging van 5 tot 10% de overstap maken van ontbundelde toegang over koper naar ODF-access (FttO). De door OPTA overgelegde gegevens (afkomstig van Dialogic) omtrent het percentage eindgebruikers dat dienstverlening over koper en dienstverlening over glas als alternatieven ziet, waren volgens het CBb van beperkte betekenis.

BCPA vraagt zich af waarom OPTA niet een nieuw onderzoek heeft gelast, waarin wel rekening wordt gehouden met deze autonome trend. OPTA licht deze keuze niet toe in het ontwerpbesluit. Nieuw onderzoek, rekening

houdend met de autonome trend, zou inzicht kunnen bieden in het percentage eindgebruikers dat dienstverlening over koper en dienstverlening over glas als alternatieven ziet.

## 2. *netwerkvisie en prijsafstand*

In de tweede plaats zette het CBb vraagtekens bij OPTA's conclusie dat de (geschatte) prijzen voor ODF-access (FttO) dicht bij de prijzen van ontbundelde toegang tot koper moeten liggen. In dit verband is de 'netwerkvisie' van belang. Het CBb oordeelde dat OPTA onvoldoende inzichtelijk had gemaakt dat een 'continuüm van graafafstanden' leidt tot een zodanige verlaging van het gemiddelde tarief voor ODF-access (FttO) per aansluiting dat daarin binnen het kader van de 'netwerkvisie' steun kan worden gevonden voor haar conclusie dat de prijzen van ODF-access dicht bij de prijzen van ontbundelde toegang tot koper moeten liggen.

Wil dit zeggen dat die prijzen niet toch dichtbij elkaar (komen te) liggen?

De netwerkvisie, die leidt tot een lagere schatting van ODF-access (FttO) tarieven is ondersteund door TNO<sup>4</sup> en wordt toegepast in het businessmodel van Reggefiber<sup>5</sup> voor FttH. Opmerkelijk is voorts dat KPN de netwerkvisie ten aanzien van FttO netwerken alleen ten dele heeft betwist<sup>6</sup>. De netwerkvisie is volgens KPN dus kennelijk ten dele ook juist. Dit roept de vraag op of de netwerkvisie niet alsnog overtuigend kan worden aangetoond. OPTA meent nu van niet en beroept zich daarbij op een aantal ontwikkelingen. Concreet wordt echter maar één ontwikkeling besproken. Die ontwikkeling betreft de plannen van KPN om het kopernetwerk op te waarderen. Volgens OPTA dragen die plannen bij aan de onzekerheid over de uitrol van FttO. OPTA meent dat KPN hierdoor in mindere mate een netwerkvisie hanteert bij de aanleg van FttO-netwerken.

Het bevreemdt dat OPTA voetstoots aanneemt dat het opwaarderen van het kopernetwerk noodzakelijkerwijs een negatieve invloed moet hebben op de netwerkvisie van KPN bij de aanleg van FttO-netwerken. BCPA vraagt zich af of dit werkelijk het geval is. Het is denkbaar dat de ontwikkeling van FttO in dezelfde mate doorgaat, zelfs wanneer het kopernetwerk wordt opgewaardeerd. En als dat al anders is, is daarmee de netwerkvisie nog niet geheel

---

<sup>4</sup> vgl. randnummer 527 uit het ULL besluit van 27 april 2010

<sup>5</sup> vgl. randnummer 199 van het ontwerpbesluit ULL

<sup>6</sup> vgl. randnummer 200 ontwerpbesluit ULL



van tafel. BCPA vreest dat OPTA te snel afstand neemt van de netwerkvisie. OPTA zou alsnog de netwerkvisie op haar merites moeten onderzoeken. Mogelijk blijkt dan toch dat de prijzen voor ontbundelde kopertoegang en ODF-access (FttO) elkaar naderen.

Het CBb merkt op dat tussen het hoogste tarief voor ontbundelde toegang tot koper en het begin van het voor ODF-access (FttO) berekende continuüm al een verschil van circa 25% bestaat. Het CBb laat hierop onmiddellijk volgen dat dit niet uitsluit dat afnemers ten gevolge van een stijging van de tarieven voor ontbundelde toegang over koper met 5 tot 10% de overstap zullen maken. Het CBb geeft OPTA mee dat het denkbaar is dat afnemers de voordelen van toegang over glas groot genoeg achten om de resterende extra kosten hiervoor te betalen. Het was volgens het CBb echter *niet aanstonds inzichtelijk* waarom werd aangenomen dat de mate van overstap zo groot zal zijn dat een hypothetische monopolist op de markt voor ontbundelde toegang over koper de prijsstijging niet winstgevend zou kunnen doorvoeren.

De vraag is nu waarom OPTA niet alsnog tracht om dit inzichtelijk te maken.

### 3. *prijsgevoeligheid afnemers*

In de derde plaats had OPTA aangenomen dat de prijsgevoeligheid van afnemers groot is, zonder deze prijsgevoeligheid nader te specificeren. OPTA legt in het ontwerpbesluit niet uit waarom niet langer sprake zou zijn van een dergelijke prijsgevoeligheid. OPTA zou hier onderzoek naar kunnen (laten) verrichten en daarmee zou OPTA mogelijk het CBb kunnen overtuigen.

### 4. *winstmarge van hypothetische monopolist*

OPTA had nagelaten om een indicatie te geven van de winstmarge die een hypothetische monopolist op de markt voor ontbundelde toegang over koper behaalt per afnemer. Deze marge is van belang voor het bepalen van het niveau van *critical loss*. Dat OPTA hieromtrent geen nadere gegevens had kunnen bepalen, kwam het CBb onaannemelijk voor. Het CBb wijst er zelfs op dat deze gegevens bij OPTA beschikbaar zijn, althans verkrijgbaar.

Het CBb heeft zich niet laten overtuigen over de omvang van de verschillende variabelen die relevant zijn voor de uitkomst van de SSNIP-test. Daardoor werd niet aannemelijk dat substitutie plaatsvindt van ontbundelde toegang tot koper door ODF-access (FttO).



### *Substitutie van ODF-access (FttO) door ontbundelde toegang over koper*

Dit geldt ook voor de omgekeerde analyse (substitutie van ODF-access (FttO) door ontbundelde toegang over koper). In dat kader speelde ook de autonome trend van koper in de richting van glas. Het CBb heeft opgemerkt dat het denkbaar is dat de autonome trend zodanig sterk is dat het uitblijven van een netto terugkeer van glas naar koper in het geval van een relatieve prijsverhoging van ODF-access (FttO) hierdoor zou kunnen worden verklaard. Echter, of dit daadwerkelijk het geval is kan niet op basis van uitsluitend kwalitatieve criteria worden bepaald. Het CBb geeft OPTA nog mee dat een beredeneerde indicatie had kunnen worden gegeven ingeval het niet mogelijk zou zijn om het autonome substitutie-effect exact te bepalen. In elk geval had een schatting kunnen worden gemaakt van de mate van vertraging in de overstap van koper naar glas die aan de bedoelde prijsverhoging kan worden toegeschreven. BCPA merkt op dat OPTA ook in het ontwerp besluit niet een dergelijke indicatie heeft geleverd, terwijl het CBb aangeeft dat die mogelijk voldoende zou zijn. OPTA geeft in het ontwerpbesluit ook niet aan waarom die indicatie niet wordt gegeven.

### *Resumerend*

Het CBb heeft zich niet uitgelaten over de wijze waarop de productmarkt zou moeten worden afgebakend. Het feit dat OPTA het CBb niet had overtuigd legt uiteraard druk op de nieuwe analyse van OPTA. De kritische blik van het CBb brengt echter niet met zich mee dat een 'brede' marktafbakening per definitie kansloos is. BCPA ziet in het CBb besluit meer aanwijzingen dat een 'brede' marktafbakening mogelijk is dan OPTA kennelijk zelf ziet.

BCPA geeft OPTA in overweging om alsnog een overtuigende berekening te maken van de *critical loss* en de *actual loss*. Indien dat niet anders kan accepteert het CBb kennelijk een gedachte-experiment in plaats van een concrete berekening. BCPA is ervan overtuigd dat een 'brede' marktafbakening kans van slagen heeft. In de analyse moet extra onderzoek worden verricht naar de volgende zaken:



- Onderzoek naar het percentage zakelijke eindgebruikers dat dienstverlening over koper en dienstverlening over glas als alternatieven ziet, waarbij rekening wordt gehouden met genoemde autonome trend;
- Onderzoek naar de netwerkvisie, rekening houdend met potentiële effecten van het opwaarderen van het kopernetwerk;
- Onderzoek naar de overstapbereidheid van afnemers en de mate waarin afnemers de voordelen van toegang over glas groot genoeg achten om de resterende extra kosten hiervoor te betalen;
- Onderzoek naar prijsgevoeligheid van afnemers;
- Onderzoek naar de winstmarge van de hypothetische monopolist op de markt voor ontbundelde toegang over koper per afnemer.

BCPA meent dat deze zaken de moeite van het onderzoeken waard zijn. Indien OPTA zou menen dat deze zaken in 2008 en 2010 wel moesten worden onderzocht, en nu niet, dan ligt het op zijn weg om te motiveren waarom.

### **3. Safety Cap voor MDF-access bestaande diensten**

BCPA is voorstander van de toepassing van strikte kostenoriëntatie. Het streven van OPTA naar reguleringszekerheid verdient lof, maar reguleringszekerheid is meer gediend met strikte kostenoriëntatie in combinatie met een leegloopregeling dan met het opleggen van een safety cap. BCPA voert de volgende argumenten en bezwaren tegen de safety cap aan.

#### *1. Onzekere ontwikkelingen in de markt nopen niet tot safety cap*

OPTA beoordeelt in paragraaf 8.5.2. de geschikte en noodzakelijke invulling voor de tariefregulering van MDF-access en bijbehorende faciliteiten van bestaande diensten.

OPTA is gezien de huidige transitieperiode van oordeel dat het bieden van reguleringszekerheid zwaarder weegt dan voorheen. Om die reden kiest OPTA voor een safety cap. Aan het continueren van de WPC-systematiek kleeft volgens OPTA het nadeel dat deze invulling *thans* relatief veel onzekerheid geeft. Die onzekerheid zit in zowel de ontwikkeling van de



kosten als van de volumes die samen de kostprijs van koperaansluitingen bepalen.

BCPA leest in het ontwerpbesluit niet waarom het bieden van reguleringszekerheid thans zwaarder weegt dan in 2008. OPTA stelt dat de onzekerheid ook in de voorgaande reguleringsperiode deels aanwezig was en dat deze is toegenomen. Ten tijde van het nemen van het voorgaande besluit had KPN de verwachting gewekt dat de transitie van koper naar glas relatief snel en gestaag zou verlopen. OPTA schat nu in dat de snelheid waarmee de transitie zich zal voltrekken onzekerder is geworden. KPN heeft haar toekomstplannen bijgesteld. In 2008 leek sprake van een gestage uitfasering van het kopernetwerk. Inmiddels heeft KPN nieuwe plannen gepresenteerd voor het verhogen van de capaciteit van haar kopernetwerk. Om die reden meent OPTA dat het thans moeilijk is om te voorspellen hoe snel de transitie zich zal gaan voltrekken.

BCPA stelt voorop dat de transitie per definitie onvoorspelbare gevolgen heeft voor de kostprijs van KPN. Het maakt op zich niet uit of de ontwikkelingen sneller of trager verlopen. Overigens moeten de voorspellende gaven van KPN niet worden overschat, zodat ook de huidige prognoses niet in beton gegoten zijn. Onzekerheid is inherent aan deze fase van de ontwikkeling. Er is evident sprake van een transitieperiode, met alle door OPTA genoemde onzekerheden van dien. Minder evident is dat de transitie op dit moment meer onzekerheden met zich meebrengt dan tijdens de vorige reguleringsperiode. In de vorige marktanalysebesluiten leek de overgang van koper naar glas sneller te verlopen dan op dit moment, op grond van prognoses van KPN die niet zijn uitgekomen.

BCPA benadrukt dat de potentiële effecten van de uitfasering van het kopernetwerk op de kostprijs van KPN toen groter waren dan nu, nu de ontwikkeling trager lijkt te verlopen. Stel dat het kopernetwerk 'leegloopt' in drie jaar, dan heeft dit een groter onmiddellijk effect op de volumes (en dus op de kostprijs) dan wanneer het kopernetwerk 'leegloopt' in zes jaar. De onzekerheden met betrekking tot volumes en kosten waren in 2008 dus eerder groter dan kleiner in vergelijking met heden. Toch koos OPTA in 2008 en in 2010 voor kostenoriëntatie en nu niet, althans niet voor een strikte invulling van kostenoriëntatie.

BCPA meent dat OPTA ook nu moet kiezen voor strikte kostenoriëntatie. Doet OPTA dit niet, dan is het ontwerpbesluit onvoldoende gemotiveerd op dit punt. Waarom koos OPTA in 2008 en in 2010, ondanks zeer grote on-



zekerheden, wel voor een strikte invulling van kostenoriëntatie en thans, bij dezelfde onzekerheden, die door hun lagere tempo minder effect hebben op de kostprijs van KPN, niet? Die vraag zal door OPTA moeten worden beantwoord.

2. *het effect van de ontwikkelingen in de markt op de kostprijs van KPN kan effectief worden beteugeld door toepassing van de leegloopregel*

BCPA leest niet in het ontwerpbesluit waarom OPTA in tegenstelling tot 2008 en 2010 niet vasthoudt aan de regels met betrekking tot leegloop, *overlay* en *stranded assets* (hierna aangeduid als de leegloopregel). In het ULL besluit uit 2010 was OPTA nog van oordeel dat de kosten gemoeid met leegloop etc. niet voor rekening van de klanten van KPN mochten komen. OPTA zocht toen aansluiting bij de NGA Aanbeveling van de Europese Commissie om te betogen dat de kosten gemoeid met leegloop etc. niet voor rekening van de klanten van KPN mogen zijn (vergelijk randnummer 1007 uit het ULL besluit 2010). OPTA beargumenteerde in 2010 nog dat het bedrijfsrisico van KPN, op het niet terugverdienen van een deel van de investeringen als gevolg van leegloop etc., al is verdisconteerd in de vermogensvoet. Is dat niet langer het geval? BCPA leest dit niet in het ontwerpbesluit.

De voorgaande twee punten samenvattend stelt BCPA dat onzekerheid inherent is aan transitie. De effecten van de onzekerheid waren in 2008 en in 2010 eerder groter dan kleiner in vergelijking met nu. De in 2008 en 2010 geformuleerde leegloopregel zou ook nu soelaas bieden. BCPA bepleit dan ook dat deze leegloopregel opnieuw wordt toegepast. Indien en voorzover OPTA dat niet doet dient OPTA uitvoeriger te motiveren waarom de leegloopregel volgens OPTA niet langer passend is.

Afgezien van het bovenstaande heeft BCPA de volgende bezwaren tegen de safety cap.

3. *safety cap betreft geen kostenoriëntatie*

Een safety cap betreft geen strikte toepassing van kostenoriëntatie. OPTA lijkt niet bezorgd te zijn dat het loslaten van strikte kostenoriëntatie leidt tot buitensporig hoge tarieven. BCPA is daar wel bezorgd over. Wanneer men bedenkt dat de tarieven van - bijvoorbeeld - MDF-access de afgelopen jaren fors zijn gedaald in Nederland als gevolg van kostenoriëntatie ligt een verdere daling voor de hand wanneer wordt vastgehouden aan kostenoriëntatie. Het ligt voor de hand dat die dalende trend tot stand gebracht wordt wanneer de



tarieven worden bevroren door een safety cap (en zelfs gaan stijgen met de inflatie). De introductie van een safety cap kan dus met zich meebrengen dat er een steeds grotere afstand ontstaat tussen kosten en de tarieven. Daarmee neemt de kans op buitensporige tarieven toe. OPTA adresseert dit punt niet en neemt dus kennelijk het risico op buitensporige tarieven op de koop toe.

BCPA kan evenmin inzien waarom een safety cap zou bijdragen aan het voorkomen van marge-uitholling, zoals OPTA meent. Eerder in tegendeel. OPTA erkent immers dat de kostprijs van MDF-access kan dalen of stijgen (vgl. randnummer 574). Als de kostprijs daalt is bij toepassing van een safety cap evident sprake van een grotere marge tussen kostprijs en tarief. In dat geval worden de mogelijkheden voor KPN om de marge van wholesale-afnemers uit te hollen vergroot, hetgeen onacceptabel is. OPTA streept dit nadeel weg tegen het voordeel van reguleringszekerheid. BCPA bepleit als gezegd de toepassing van de leegloopregel ter voorkoming van onzekerheid, zodat OPTA niet hoeft toe te komen aan een verdere uitholling van de ND-5 regel.

4. *als een safety cap al passend zou zijn dan moet het tarief jaarlijks dalen i.p.v. stijgen*

OPTA is van oordeel dat bij een safety cap een inflatiecorrectie redelijk is omdat OPTA verwacht dat de kosten in het algemeen zullen stijgen. OPTA stelt KPN daarom in staat om de tariefplafonds jaarlijks te corrigeren voor de consumentenprijsindex (CPI).

BCPA is het niet eens met dit oordeel. Ten eerste vertonen de tarieven voor MDF-access de afgelopen 10 jaar gemiddeld genomen een fors dalende trend. In Nederland zijn de prijzen zelfs met meer dan 32% gedaald in diezelfde periode<sup>7</sup>. Het ligt dus niet zonder meer voor de hand om uit te gaan van een stijging van deze tarieven in de komende reguleringsperiode (en daarna). Gezien de forse dalingen in een overgrote meerderheid van landen binnen de EU ligt een verdere daling van tarieven veel meer voor hand. BCPA meent daarom dat als al wordt gekozen voor een safety cap, dat het tariefplafond dan jaarlijks moet dalen, in lijn met de tariefontwikkeling van de laatste 10 jaar. De tariefontwikkeling moet het gemiddelde dalingspercentage volgen van de ULL-tarieven binnen Nederland in de afgelopen 10 jaar.

---

<sup>7</sup> WIK-Consult Report 'Wholesale pricing, NGA take-up and competition', d.d. 7 april 2011



Het is overigens niet helder of de gekozen systematiek met zich meebrengt dat het tarief daalt in geval van een daling van de CPI. OPTA gaat weliswaar uit van inflatie, maar ook de kans op deflatie is in het huidige onzekere economische klimaat niet slechts denkbeeldig. Dit zou verduidelijkt moeten worden in het besluit.

Voorts meent BCPA dat als al wordt gekozen voor een indexering van het tarief, dat niet moet worden geïndexeerd op de prijzen van dagelijkse boodschappen, wasmachines en auto's, zoals OPTA voorstelt, maar op de prijzen van relevante telecom- en ICT diensten. De keuze voor de CPI ligt binnen deze context niet voor de hand. Gezocht moet worden naar een passende index die de relevante prijsontwikkelingen in de (zakelijke) telecommarkt volgt. BCPA is niet bekend met een dergelijke index. Mocht deze niet bestaan dan zou OPTA deze in samenspraak met marktpartijen dienen te ontwerpen. Wanneer wordt geïndexeerd op relevante telecom-diensten zal de safety cap naar verwachting een dalende lijn vertonen en geen stijgende lijn, die OPTA voorstaat.

#### 5. *safety cap bevriest ook de onvolkomenheden van kostenoriëntatie*

Een laatste bezwaar tegen een safety cap betreft het feit dat ook de onjuiste keuzes uit het verleden worden 'bevroren' ten aanzien van de kosten die worden toegerekend aan de gereguleerde dienst. Partijen hebben een aantal van die keuzes bestreden, ook in rechte. Een voorbeeld hiervan betreft de kosten van colocatie. Hoewel het debat over de specifieke kosten wordt, althans werd gevoerd in het kader van EDC/WPC, ontnemt de keuze voor een safety cap partijen de mogelijkheid om dergelijke keuzes nog langer ter discussie te stellen, althans voor bestaande diensten. Partijen hechten eraan om dit debat voor te zetten en zijn ook om die reden geen voorstander van de safety cap.

#### *Resumerend*

Een safety cap is geen passende remedie. Het risico op excessieve tarieven neemt toe en daarmee het risico op marge-utholling. Er is geen valide reden om dit risico op de koop toe te nemen, nu de leegloopregel uit 2008/2010 soelaas bood en ook thans kan bieden. Als al wordt gekozen voor een safety cap zou deze jaarlijks moeten dalen in lijn met de gemiddelde daling van MDF-access tarieven gedurende de afgelopen 10 jaar.

#### 4. De ND-5 toets

##### 1. Algemeen

De ND-5 toets uit de vorige reguleringsperiode bood onvoldoende soelaas voor alternatieve aanbieders. OPTA lijkt zich daarvan ook bewust te zijn en komt met een aantal aanpassingen. BCPA meent - kort gezegd - dat die aanpassingen niet of nauwelijks verbeteringen zijn. De toets bouwt daarnaast voort op een aantal eerder gemaakt keuzes die BCPA heeft bestreden en ook nu bestrijdt. Tenslotte meent BCPA dat de toets wel erg rudimentair is beschreven waardoor de werking ervan niet in alle opzichten duidelijk is. De toelichting is uiterst beknopt. Het verdient aanbeveling om de toets aan de hand van voorbeelden nader uit te werken en toe te lichten. Overwogen moet worden om dit in een separaat besluit te doen.

##### 2. ND-5 toets (oud)

De ND-5 toets is deels ongewijzigd. BCPA handhaaft haar bezwaren voor zover deze nog actueel zijn<sup>8</sup>. Volledigheidshalve worden de voornaamste bezwaren genoemd:

- De keuze voor een EEO test (Equally Efficient Operator test) en niet voor een REO test (Reasonably Efficient Operator test). Ten onrechte wordt uitgegaan van de voortbrengingswijze van KPN. OPTA rept met geen woord over het bestaan van de REO-test, die door de Europese Commissie is aanbevolen. Marktpartijen hebben deze variant, die ook in de jurisprudentie<sup>9</sup> steun vindt, bij herhaling bepleit. Deze omissie is onvoldoende gemotiveerd. Ingeval van een keuze voor een EEO test zou OPTA een correctie voor schaal- en breedtevoordelen moeten toepassen die rekening houdt met de efficiënte kosten van concurrenten.
- De hoogte van de door KPN te hanteren retailopslag. Betoogd is dat deze per dienst moet worden vastgesteld. De retailopslag dient meer kosten te omvatten. BCPA verwijst verder naar het in opdracht van Tele2 c.s. opgestelde rapport *Margin Squeeze Testing in an ex ante Regulatory Environment* van 23 maart 2011, waarin een groot aantal kosten wordt genoemd die in de test zouden moeten worden

---

<sup>8</sup> vgl. het aanvullend beroepschrift van BT, Colt en Verizon Business, in het beroep tegen het marktanalysebesluit huurlijnen 2008, zaaknummer AWB 09/215, d.d. 17 juli 2009

<sup>9</sup> TeliaSonera, HvJ EU, 17 februari 2011, zaak C-52/09

- meegenomen. OPTA besteedt hier ten onrechte geen aandacht aan.
- Tenslotte zijn grieven naar voren gebracht met betrekking tot het proces. Het ND-5 proces is en blijft voor derden erg onduidelijk hetgeen zeer onwenselijk is. Alleen KPN en OPTA weten nu precies wat er speelt. Derde-belanghebbenden weten dat niet lopen daardoor voortdurend achter de feiten aan.

### 3. *Nieuwe elementen*

Een aantal zaken wordt niet voldoende opgehelderd. Met betrekking tot de definities in randnummer 543 e.v. vraagt BCPA zich af waarop precies wordt bedoeld met de term '(gecombineerde) aanbidding van KPN'. Wat betekent 'gecombineerd' precies? Wordt hier bedoeld op bundels, die bestaan uit gereguleerde alsmede ongereguleerde diensten? Onduidelijk blijft hoe bundels in de toets worden verwerkt.

BCPA vraagt zich verder af of binnen iedere dienst wordt getoetst per snelheid/capaciteit categorie. Hoe werkt dit als sprake is van diensten met verschillende snelheden, zoals breedband en huurlijnen?

De meest in het oog springende aanpassing van de toets betreft de opname van de volledig gealloceerde kosten van de ongereguleerde wholesalebouwstenen die zich bevinden in de productieketen van de downstreammarkt waarop KPN aanmerkelijke marktmacht zou hebben in afwezigheid van regulering, op basis van EDC-minus. Deze aanscherping kan leiden tot hogere WBT/HL tarieven. Als dat gebeurt valt op voorhand niet goed in te zien welke positieve invloed hiervan zou uitgaan op de ontwikkeling van een bestendig concurrerend wholesale alternatief<sup>10</sup>. De verwachting is gerechtvaardigd dat Tele2 op een gedwongen verhoging door KPN van het WBT/HL tarief, zal reageren met een verhoging tot, of net onder het tarief van KPN. De aanscherping van de toets baat de afnemers van deze wholesale diensten en hun klanten dus niet. Zij zullen in de regio's waarin Tele2 concurreert met KPN, waarschijnlijk worden geconfronteerd met een stijging van de prijzen van beide 'duopolisten', terwijl KPN ook in de regio's waarin Tele2 niet actief is, waarschijnlijk eveneens haar prijzen zal moeten verhogen. Van volwaardige concurrentie op de wholesalemarkt lijkt dan geen sprake.

---

<sup>10</sup> Colt Technology Services B.V. beraadt zich over een separate zienswijze met betrekking tot dit aspect van de ND-5 toets



Het bevreemdt BCPA dat OPTA in dit verband hogere tarieven voor afnemers kennelijk op de koop toe neemt, terwijl OPTA dat in ander verband juist niet doet. Zo heeft OPTA de keuze voor een REO test herhaaldelijk van de hand gewezen op grond van de verwachting dat die keuze zou kunnen leiden tot hogere tarieven voor eindgebruikers. BCPA begrijpt dat de keuze geen simpele is. Het is daarom van belang dat dit soort keuzes worden gemaakt aan de hand van te verwachten kosten en baten, niet alleen voor wholesale-aanbieders maar ook voor hun afnemers (en hun klanten). BCPA mist een kosten-batenanalyse van belangrijke (nieuwe) elementen, zoals de introductie van de EDC-minus component. De stelling van OPTA, dat de verzwaaring van de wholesale-wholsalets tussen ULL en WBT/HL in zijn algemeenheid positief uitvalt, is niet gebaseerd op een analyse van de effecten van deze maatregel ten aanzien van alle relevante marktpartijen en hun (eind) gebruikers. De maatregel is in zoverre niet passend en niet zorgvuldig gemotiveerd.

Afgezien daarvan is deze passage niet in alle opzichten duidelijk. Geldt dit in geval van ULL voor de backhaul, en zo ja, voor welke deel van de backhaul precies? Aan de keuze voor EDC kleven vanzelfsprekend ook de eerder naar voren gebrachte bezwaren tegen deze systematiek, zoals de gebrekkige transparantie.

Naast de introductie van EDC-minus stelt OPTA een versoepeling voor in de wholesale-to-retail toets. Deze versoepeling baadt de in BCPA deelnemende aanbieders niet. Op downstreammarkten waar vanuit een bepaalde upstream-input een beperkter risico op marge-uitholling wordt verwacht legt OPTA een 'ND-5 nullijn' op. OPTA verwacht dat het risico op marge-uitholling in de onderliggende retailmarkten van internettoegang en zakelijke netwerkdiensten beperkter is als gevolg van de positie van kabelaanbieders. Daardoor is het volgens OPTA voor KPN moeilijker om concurrenten op internettoegang die gebruikmaken van toegang tot het netwerk van KPN, via lage retailtarieven uit te sluiten. Doordat kabelaanbieders een dergelijke verlaging van tarieven naar verwachting zullen volgen zal een prijsverhoging na uitsluiting volgens OPTA moeilijk zijn te realiseren. Dat maakt het volgens OPTA voor KPN moeilijker om op een winstverhogende wijze marge-uitholling toe te passen. De mate van concurrentie op deze retailmarkten vraagt naar het oordeel van OPTA voldoende ruimte voor KPN om op lagere tarieven van concurrenten te reageren. OPTA is daarom van oordeel dat pas sprake is van marge-uitholling indien KPN retailtarieven hanteert die lager zijn dan de kostprijs voor de noodzakelijke wholesale-bouwstenen in de WBT/HL-markten.





Deze analyse is hooguit ten dele juist. De redenering van OPTA is in zoverre niet juist dat de positie van de kabelaanbieders KPN weliswaar disciplineert in haar prijsstelling, maar voor zover het de retailmarkten voor zakelijke netwerkdiensten en telefonie betreft geldt dit alleen de onderkant van de markt. BCPA verwijst naar haar brief aan de heer Keetelaar van 26 mei jl., waarin dit fenomeen uitvoerig is besproken aan de hand van de beschikbare onderzoeksrapporten. De keuze van OPTA om KPN een ND-5 nullijn op te leggen in het geval van de wholesale-to-retail toets tussen ULL en de markt voor zakelijke netwerkdiensten, alsmede in geval van de wholesale-to-retail toets tussen ULL en de markten voor twee- en meervoudige gesprekken (VoB) is om die reden onjuist, aangezien de kabelaanbieders in die segmenten geen, of hooguit een zeer beperkte invloed uitoefenen. De voorgestelde versoepeling is dus niet proportioneel, of althans niet over de hele linie. BCPA bepleit de toepassing van een 'zware' wholesale-to-retail toets, voor die diensten waar gelet op het voorgaande van een versoepeling geen sprake kan zijn. BCPA bepleit ook de opname van een extra toets, tussen de hoogste wholesalemarkt (ULL) en de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten en vaste telefonie in.

Tenslotte merkt BCPA op dat de voorgestelde ND-5 toets ook in ander opzicht in negatieve zin afwijkt van de huidige ND-5 toets. Nu OPTA niet langer aanstuurt op strikte kostenoriëntatie, maar in plaats daarvan kiest voor een safety cap, wordt het risico vergroot dat KPN zelf hogere marges kan behalen (immers, de safety cap kan - ook volgens OPTA - hoger uitvallen dan de onderliggende kosten). Daardoor worden de mogelijkheden van KPN om de marges van concurrerende aanbieders uit te hollen vergroot. Als al wordt gekozen voor een safety cap zou de ND-5 toets dus eerder strenger dan soepeler moeten zijn.

### *Resumerend*

De toets steekt ongunstig af tegen de vorige toets, die op zijn beurt onvoldoende effectief was. De keuze voor bescherming van een betrekkelijk beperkt wholesale alternatief is niet noodzakelijkerwijs in het belang van de zakelijke markt in haar geheel of van eindgebruikers. BCPA meent dan ook dat belangrijke beleidsmatige keuzes zouden moeten worden gebaseerd op een zorgvuldige kosten-batenanalyse. Daarbij moet aandacht worden besteed aan de effecten van de toets op de positie van *alle* marktpartijen (en niet alleen Tele2) en aan de welvaartseffecten voor eindgebruikers. Tenslotte is de nieuwe ND-5 toets naar het oordeel van BCPA onvoldoende transparant, zowel in zijn ontwerp als in de praktijk.



\* \* \* \* \*

Deze zienswijze van BCPA bevat geen bedrijfsvertrouwelijke informatie. Vanzelfsprekend is BCPA graag bereid om haar standpunten nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in blue ink on a light yellow background. The signature reads 'Niels van Veen' and is underlined with a single horizontal stroke.

Niels van Veen,  
secretaris BCPA