OPTA marktanalyse ontbundelde toegang

Reactie van KPN op het ontwerpbesluit van 23 juni 2011
(kenmerk: OPTA/AM/2011/201353)

- OPENBARE VERSIE -

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

Kenmerk: R/11/U/080

18 augustus 2011

Inleiding en samenvatting

KPN heeft kennis genomen van het ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang en de reguleringsvisie die het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna; OPTA of het college) op 23 juni 2011 heeft gepubliceerd. KPN herkent in het ontwerpbesluit veel van de snelle marktontwikkelingen in de vaste telecommunicatiemarkten. De voortschrijdende digitalisering zorgt voor toenemende concurrentie en veranderd gebruikersgedrag. In die concurrentiestrijd gaat het steeds meer om concurrentie tussen gebundelde diensten, waarbij eindgebruikers in toenemende mate kiezen voor diensten op andere netwerken (coax of glas) dan op het kopernetwerk van KPN. Zo constateert het college onder meer dat:

- er enige inertie op de markt is, maar dat in zowel aanwezigheid als afwezigheid van regulering KPN haar klanten niet kan afschermen van concurrenten (rnrs. 974 en 976);
- KPN marktaandeel heeft ingeleverd en dat kabelaanbieders een sterkere concurrentiedruk uitoefenen op KPN dan in eerdere jaren (rnr. 969);
- KPN momenteel een achterstand heeft in de mogelijkheden van haar kopernetwerk ten opzichte van de mogelijkheden van kabelaanbieders met hun coaxnetwerk en KPN bepaalde aanbiedingen van kabelaanbieders niet kan matchen (rnrs. 1020 en 1026);
- KPN en kabelaanbieders hebben, gelet op de hoge toetredingsdrempels, een concurrentievoordeel ten opzichte van alternatieve DSL aanbieders (rnr. 1099);
- overstapdrempels niet bijdragen aan 'het risico op AMM' van KPN in afwezigheid van regulering (rnr. 1093).

Het college erkent daarnaast in het ontwerpbesluit het snel toegenomen belang van bundeling van diensten, van het toegenomen belang van televisiediensten daarin en het afnemende belang van telefonie, van de strijd tussen infrastructuren in de markt en van de goede uitgangspositie die de DOCSIS-netwerken van kabelaanbieders in de markt hebben. Maar in de analyse spelen deze ontwikkelingen vervolgens slechts een beperkte rol, wordt het belang van kabelconcurrentie en bundeling naar achter geschoven en wordt voor de concurrentie de nadruk vooral gelegd op het belang van aanbieders zonder eigen aansluitnetwerk. Terwijl de strijd in de markt, zoals het college erkent, steeds meer gaat tussen aanbieders op DOCSIS-netwerken en aanbieders op DSL/glas (FttH) netwerken, wordt de nadruk in het reguleringsbouwwerk opnieuw gelegd op de vraag hoe KPN, als de in het verleden dominante aanbieder op kopernetwerken, haar netwerken en diensten moet openstellen voor 'afhankelijke' aanbieders. Terwijl medio 2000 de diensten over DSL de dynamiek in de markt bepaalde, creëren de laatste jaren echter de kabelnetwerken de meeste dynamiek in de markt. Dit "haasje-over" effect zou door het college gestimuleerd moeten worden en niet beperkt. 'Asymmetrische regelgeving' zoals het college die nu voorziet op basis van zijn reguleringsvisie 2012-2014 lijkt dit effect echter te beperken.

Alles overziende constateert KPN dat het totaal van de ex ante regulering in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang geen recht doet aan de realiteit van de huidige markt en toekomstig te verwachten marktontwikkelingen. De conclusies die het college trekt met betrekking tot de marktafbakening en de dominantieanalyse en de daaruit voortvloeiende verplichtingen die het college aan KPN voornemens is op te leggen voor de reguleringsperiode 2012-2014 miskennen niet alleen voor een deel de ontwikkelingen die hij zelf terecht schetst, ze kunnen mogelijk zelfs de concurrentie tussen kabelaanbieders en DSL aanbieders verstoren als ook verdere investeringen in glas belemmeren.

KPN stelt vast dat het ontwerpbesluit op details verbeteringen inhoudt ten opzichte van de marktanalysebesluiten van december 2008. De ambitie van het college behoort echter niet te zijn om alleen duidelijk achterhaalde concepten in te trekken, maar ex ante regulering op te leggen die aansluit op de waarneembare en te verwachten ontwikkelingen. In dat opzicht zou een verdergaande aanpassing van het bouwwerk noodzakelijk zijn geweest. Ook als dat een primeur in Europa zou zijn.

KPN beseft dat in het streven naar harmonisatie[1] de Europese Commissie vooralsnog toegang tot ontbundelde koper- en glasnetwerken een noodzakelijk voorschrift noemt voor het ontstaan van een concurrerende markt. Het college sluit daarbij aan.

Geconstateerd moet echter worden dat de concurrentiële situatie ten aanzien van infrastructuren in Nederland fundamenteel afwijkt van die in de meeste andere EU-landen. Anno 2011 hebben Nederlandse eindgebruikers door die concurrentie tussen koper-, glas- en coaxplatformen een op Europese schaal unieke keuze tussen aanbieders die hoogwaardige diensten aanbieden. De op DOCSIS 3.0 gebaseerde netwerken bieden, net als de al uitgerolde glasnetwerken, al de mogelijkheden die voorzien worden voor NGA netwerken: hoge snelheid op IP gebaseerde communicatie. Het kopernetwerk van KPN heeft in dat opzicht een achterstand. Door de autonome technologische ontwikkelingen van DSL en DOCSIS technieken zullen de aanwezige koper- en coax-netwerken de komende jaren verder vernieuwd worden en zullen deze platformen groeien in mogelijkheden.

Een belangrijk deel van de dominantieanalyse van het college leunt op de aanname dat KPN in staat zal zijn om de huidige technologische achterstand van DSL op de kabel in te lopen. Ten aanzien van deze 'technologische inhaalslag' wordt nauwelijks ingegaan op het feit dat ook de DOCSIS technologie waarop de inhaalslag is gericht zich snel zal verder ontwikkelen.[2] Of aanvullende investeringen in koper er toe zullen leiden dat coax-netwerken technologisch worden ingehaald, wordt dan ook door KPN betwijfeld. Want ondanks verhoogde investeringen in het kopernetwerk van KPN zullen coax-netwerken qua bandbreedte altijd superieur blijven aan het kopernetwerk. Nog daargelaten dat het feit dat een aanbieder mogelijkheden heeft om zijn concurrent 'bij te halen' in de standaarddoctrine nog niet vaak als een vorm van dominantie is gekwalificeerd.

KPN heeft al eerder aangegeven dat voor haar het bieden van toegangsdiensten aan onafhankelijke aanbieders deel uitmaakt van de strategie om in de concurrentie met kabelnetwerken een zo groot mogelijk aantal klanten van haar (aansluit-)netwerken gebruik te laten maken. In dat opzicht meent KPN dat de voorgenomen regulering niet noodzakelijk is. Maar als het college dan toch meent dat hij via regulering die toegangsverlening ook publiekrechtelijk van KPN moet afdwingen, dan moet dat in elk geval op een zodanige wijze gebeuren

[1] Onder meer via de Aanbeveling van de Commissie van 20 september 2010 over gereglementeerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken, PbEU 201, L 251/35.

[2] KPN verwees in haar reactie op de vragenlijst breedband van het college al naar bijlage C van het TNO rapport dat februari 2010 in opdracht van het ministerie van EL&I is gepubliceerd en als bijlage bij die reactie was gevoegd. Daaruit blijkt dat de kabel voorlopig de DOCSIS 3.0 capaciteit verder kan opvoeren door meer kanalen te gebruiken, zoals weergegeven in de bij die vraag weergegeven tabel. De kabel kan deze capaciteitsuitbreiding met beperkte investeringen doorvoeren.
Zie recent ook de opmerking van UPC directeur Dunn, zoals weergegeven door TelecomPaper: 'UPC-topman wil 1 Gbps over de kabel halen. - De nieuwe baas van UPC Nederland topman Robert Dunn wil een downloadsnelheid van 1 Gbps kunnen halen over de kabel. Dat meldt de Telegraaf. De gemiddelde Nederlander gebruikt momenteel zo'n 6,5 MBps. Dunn wil de komende jaren verder niets wijzigen aan het analoge zenderaanbod (nu 32 zenders). Ziggo voelt momenteel veel weerstand van het televisiepubliek rond het terugschroeven van het aantal analoge zenders. Verder gaat Dunn zich bezighouden met de integratie van Horizon, een intelligent televisiesysteem dat mensen in staat moet stellen een groot aantal handelingen (internet, foto's bekijken, muziek luisteren etc.) te kunnen verrichten op één toestel.' (TelecomPaper, 12 juli 2011).

dat de doelstellingen om te komen tot toekomstvaste concurrentieverhoudingen worden gewaarborgd.

Het college kiest echter met het opleggen van de voorgenomen toegangsverlichtingen aan KPN en Reggefiber[3] bewust voor volledige ontbundeling van koper- en glas (FttH) aansluitingen als basis voor zijn reguleringsbouwwerk. Afnemers van die vorm van toegang moeten volgens het college meer dan voorheen in de gelegenheid worden gebracht om (met KPN en indirect met kabelaanbieders) concurrerende actieve wholesale diensten aan te bieden. Een zorgvuldige economische analyse van – de realiteit van – dit reguleringsmodel ontbreekt. Dat deze keuze voor afnemers van actieve wholesale toegang mogelijk negatieve gevolgen kan hebben, wordt voor lief genomen. In een situatie waarin alle aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten op de retailmarkt afhankelijk zijn van afname van wholesale producten van KPN zou een dergelijke keuze logisch kunnen zijn. In de Nederlandse situatie leidt de keuze van het college echter tot een verslechtering van de positie van DSL en glasaanbieders ten opzichte van de kabelaanbieders, om de volgende redenen:

- De afnemers van ontbundelde toegang tot de fysieke aansluitlijn (hierna: ULL) zullen hun concurrentiepositie ten opzichte van afnemers van actieve wholesale diensten van KPN wellicht kunnen verbeteren; ten opzichte van kabelaanbieders zijn ze niet beter af. De strengere non-discriminatieverplichtingen maken het bovendien onmogelijk om specifieke wholesale kortingsacties op ULL door te voeren. KPN mag namelijk alleen generieke prijsdalingen doorvoeren maar dat is doorgaans bedrijfseconomisch niet verantwoord. Het gevolg hiervan is dat ULL afnemers geen gebruik kunnen maken van specifieke kortingen die KPN zou kunnen introduceren om een met diensten van kabelaanbieders concurrerend en aantrekkelijk aanbod te kunnen doen. De aangescherpte non-discriminatieverplichtingen zijn dus niet in het voordeel van de afnemers maar vooral in het voordeel van de kabel.
- De afnemers van actieve wholesale diensten zijn slechter af omdat de prijsbodems door een combinatie van de aangescherpte non-discriminatieverplichting en de gewijzigde ND5 hoger worden.[4] Hun concurrentiepositie verslechtert niet alleen ten opzichte van afnemers van ULL maar vooral ten opzichte van kabelaanbieders.
- De migratie naar glas wordt onaantrekkelijker. De actieve diensten op glas worden duurder maar de afnemers van actieve wholesale diensten op glas ontberen nog de schaalgrootte om de overstap te maken naar de afname van de fysieke glasaansluitlijn. Door de concurrentie met de kabel is het nog maar de vraag of afnemers de ver-

[3] KPN zal in deze reactie niet verder ingaan op het feit dat Reggefiber juridisch geen groepsmaatschappij van KPN is en dat het college niet zonder nader onderzoek en motivering zijn AMM-aanwijzing tot 'KPN en Reggefiber' had kunnen richten. Van een adequaat onderzoek en vaststelling naar de aanmerkelijke marktmacht van Reggefiber is geen sprake. [KPN Vertrouwelijk –

.]

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

eiste schaalgrootte gaan halen, gezien de hogere inkoopkosten die ze moeten maken.[5]

Per saldo zullen dus vooral kabelaanbieders profiteren van de keuze van het college om het belang van de afnemers van ontbundelde toegang te laten prevaleren boven het bredere belang van de afnemers van actieve wholesale diensten. De combinatie van de voorgenomen regulering van KPN met de beslissing om de kabel niet te reguleren, leiden tot een verdere uitstroom van klanten op DSL naar DOCSIS waardoor het uiteindelijk nog maar de vraag zal zijn of er voldoende klanten op DSL overblijven om investeringen in glas rendabel te kunnen maken. Het college zal daarom naar het oordeel van KPN zijn keuze moeten heroverwegen.

In de navolgende reactie zal KPN het voorgaande verder uitwerken en daarbij ingaan op de onderdelen van het ontwerpbesluit ontbundelde toegang die naar haar oordeel heroverwogen zouden moeten worden. KPN heeft ervoor gekozen om haar reactie op het ontwerpbesluit ontbundelde toegang op te bouwen conform de voorgeschreven aanpak bij de toepassing van het Europese regelgevingskader. Dit betekent dat KPN in haar reactie alvorens in te gaan op de analyse en conclusies van het college met betrekking tot de marktafbakening, dominantieanalyse, de voorgenomen verplichtingen en effectenanalyse voor de markt voor ontbundelde toegang, eerst zal ingaan op de analyse en conclusies van het college met betrekking tot de verschillende retailmarkten. Hierdoor treft het college de reactie op de marktanalyse voor ontbundelde toegang pas aan het einde van dit document aan.

De reactie van KPN is als volgt opgebouwd. KPN zal in hoofdstuk 1 op hoofdlijnen ingaan op de marktontwikkelingen en op wat in haar ogen de effecten van het voorgenomen reguleringsbouwwerk voor de periode 2012-2014 zullen zijn. Vervolgens zal KPN in hoofdstuk 2 een aantal algemene opmerkingen over de gevolgde aanpak bij de toepassing van het regelgevingskader, zoals neergelegd in de Europese richtlijnen en de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), plaatsen. In de hoofdstukken 3, 4 en 5 van deze reactie zal KPN nader ingaan op respectievelijk de marktafbakening en dominantieanalyse van de drie retailmarkten internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten. In de hoofdstukken 6, 7, 8 en 9 treft het college de reactie van KPN op de analyse van de markt voor ontbundelde toegang. KPN gaat achtereenvolgens in hoofdstuk 6 in op de marktafbakening en de dominantieanalyse. In hoofdstuk 7 wordt nader ingegaan op de verplichtingen die het college voornemens is aan KPN op te leggen, waarna KPN in hoofdstuk 8 ingaat op de potentiële mededingingsproblemen. Tot slot reageert KPN in hoofdstuk 9 op de door het college uitgevoerde effectenanalyse. In hoofdstuk 10 treft het college een overzicht van de bij onderhavige reactie gevoegde bijlagen.

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

Vertrouwelijkheid

KPN doet een uitdrukkelijk beroep op de vertrouwelijkheid van informatie die in dit document en de daarbij behorende bijlagen wordt gegeven. Vertrouwelijke informatie in de tekst wordt in vette letter weergegeven. Deze informatie mag niet zonder toestemming

[5] Zie voorgaande voetnoot. Verlaging van ODF FttH tarieven is geen oplossing voor dit probleem.

van KPN openbaar worden gemaakt. Zoals verzocht, zal KPN ook een openbare versie van deze reactie zenden.

Inhoud

In dit document worden de volgende onderwerpen behandeld:

1 Marktontwikkelingen en het effect van de beoogde regulering 8

1.1 Huidige marktontwikkelingen 8
1.2 Asymmetrische regulering 9
1.3 Stimuleren van ULL ten opzichte van andere toegangsvormen is ineffectief 10
1.4 Uitrol van glas wordt afgeremd 11

2 Marktafbakening en dominantieanalyse retailmarkten; 'Risico op AMM' 12

2.1 'Risico op aanmerkelijke marktmacht' 12
2.2 Inconsistente benadering van de criteria voor bepaling AMM 13
2.3 Geen analyse retailmarkten in aanwezigheid wholesale regulering 15
2.4 Extern uitgevoerde onderzoeken 16
2.5 Gefaseerde behandeling marktanalyses 16
2.6 Besluit NMa inzake eerste fase onderzoek KPN-CAIW 17

3 De retailmarkt voor internettoegang 18

3.1 Inleiding 18
3.2 De vraag naar en het aanbod van capaciteit in de komende reguleringsperiode 18
3.3 De toenemende vraag naar bundels 28
3.4 Overige ontwikkelingen en de geografische marktafbakening 34
3.5 Concurrentieanalyse retailmarkt voor internettoegang 35
3.6 Conclusie 45

4 De retailmarkt voor vaste telefonie 46

4.1 Inleiding 46
4.2 Afbakening retailmarkt vaste telefonie 48
4.3 Concurrentieanalyse retailmarkten voor vaste telefonie 52
4.4 Conclusie 56

5 De retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten 58

5.1 Marktafbakening 58
5.2 Concurrentieanalyse 60
5.3 Conclusie 66

6 De markt voor ontbundelde toegang 67

6.1 Inleiding 67
6.2 Marktafbakening 67
6.3 Dominantieanalyse wholesale ontbundelde toegang 70

6.4 Conclusie 71

7 Verplichtingen 72

7.1 Inleiding 72
7.2 Toegang 73
7.3 Non-discriminatie 77
7.4 Transparantieverplichting en referentieaanbod 88
7.5 Tariefregulering 89
7.6 Tariefannexen 91

8 Potentiële mededingingsproblemen 96

8.1 Aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen 96
8.2 Prijsgerelateerde potentiële mededingingsproblemen 97

9 Welvaartseffecten 100

9.1 Ontbundelde toegangsverplichting niet opportuun en effectief 100
9.2 Vrijwillige toegang 100
9.3 Overige opmerkingen inzake effectentoets 101
9.4 Reguleringskosten 102

10 Overzicht bijlagen 103

1 Marktontwikkelingen en het effect van de beoogde regulering

1.1 Huidige marktontwikkelingen

In de reguleringsvisie op de markten voor elektronische communicatie 2012–2014 geeft het college in hoofdlijnen en vanuit een breder perspectief zijn bevindingen over de analyses van de markten voor vaste telefonie, televisie, internettoegang en zakelijke netwerkdiensten. Het college heeft zich in de uitgevoerde marktanalyses een oordeel gevormd over de voor de komende periode te verwachten marktontwikkelingen en de naar aanleiding daarvan benodigde regulering. Het voorgenomen pakket aan regulering op de markten voor elektronische communicatie 2012–2014 is gebaseerd op een aantal belangrijke conclusies:

- De concurrentie op de consumentenmarkt zal uiteindelijk resulteren in concurrentie tussen twee tot in de woning uitgerolde infrastructuren, de netwerken van KPN en kabelaanbieders.
- Concurrentie tussen de twee tot in de woning uitgerolde infrastructuren, van KPN en kabelaanbieders, acht het college onvoldoende om te kunnen spreken van duurzame en effectieve concurrentie.
- Het college concludeert dat er in de retailmarkten voor telefonie, internettoegang en zakelijke netwerkdiensten 'een risico bestaat op AMM' van KPN in de komende reguleringsperiode.
- Het college concludeert dat op de televisiemarkt onder de huidige omstandigheden en in het licht van de te verwachten ontwikkelingen regulering niet gerechtvaardigd is.
- Het college acht gereguleerde netwerktoegang – gericht op het mogelijk maken van een disciplinerende werking vanuit onafhankelijke derde partijen – nog steeds van belang voor de ontwikkeling van effectieve en duurzame concurrentie.
- Het college gaat ervan uit dat duurzame en effectieve concurrentie het beste verzekerd is in een situatie waarin verschillende infrastructuren met elkaar concurreren.
- Het college heeft daarom toegangsregulering overwogen als middel om een verdere ontwikkeling van infrastructuurconcurrentie te bevorderen, doordat deze toegangsregulering alternatieve aanbieders de prikkel geeft om te investeren in de verdere uitrol van hun eigen netwerken.

Het resultaat van deze conclusies is dat het college heeft vastgesteld dat aan KPN verplichtingen moeten worden opgelegd teneinde er voor te zorgen dat de (mogelijke) mededingingsproblemen op de retailmarkten kunnen worden voorkomen en effectieve concurrentie wordt bevorderd, en dat in de regulering van KPN het zwaartepunt is gelegd op de regulering van ontbundelde toegang tot de fysieke aansluitlijn – de hoogst gelegen wholesale bouwsteen – en dat op andere (lager gelegen) toegangsniveaus uitsluitend verplichtingen zijn opgelegd indien daar in aanvulling op ontbundelde toegang nog noodzaak toe was.

Volgens het college mag het duidelijk zijn dat de positieve ontwikkelingen op de markten voor elektronische communicatie betekenen dat de nu aan KPN op te leggen regulering een minder zwaar karakter heeft dan de regulering die drie jaar geleden nog passend was. Dezelfde ontwikkelingen hebben richting kabelaanbieders tot gevolg dat niet aan regulering wordt toegekomen, en richting KPN dat de toegangsregulering met name op het consumentensegment kan worden verlicht.

Het college is er van overtuigd dat hij met de voorgenomen regulering de juiste balans heeft gevonden tussen de bevordering van effectieve en duurzame concurrentie, het behoud van prikkels tot innovatie en investeringen, en het beperken van de onzekerheden waarmee de aanbieders in deze sector worden geconfronteerd; een balans waarmee ook de eindgebruiker het meest is gebaat.

Hoewel KPN constateert dat het college onderdelen van de voorgenomen ex ante regulering heeft versoepeld, meent KPN dat een aantal keuzes van het college met betrekking tot de voorgenomen ex ante regulering een verzwarend karakter heeft dan wel eerder negatief dan positief bijdraagt aan de door het college nagestreefde balans tussen de bevordering van effectieve en duurzame concurrentie, het behoud van prikkels tot innovatie en investeringen, en het beperken van de onzekerheden waarmee de aanbieders in deze sector worden geconfronteerd; een balans waarmee ook de eindgebruiker het meest is gebaat. KPN zal dit hierna toelichten.

1.2 Asymmetrische regulering

Het college werpt in zijn reguleringsvisie de vraag op of de huidige druk op de positie van KPN op de retailmarkt internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten op langere termijn betekent dat de machtpositie van KPN zal verdwijnen. Toch concludeert het college dat er een risico is dat KPN, op grond van haar schaal- en breedtevoordelen en haar aangekondigde strategie om de technologische achterstand door aangekondigde verzwaarde investeringen in te lopen, een (risico op) aanmerkelijke marktmacht heeft op de drie retailmarkten.

Het college gaat er daarbij aan voorbij dat door de voorgenomen asymmetrische ex ante regulering van het college de huidige druk op de concurrentiepositie van KPN nog verder toeneemt. Daar waar het college met ex ante regulering ervoor moet zorgen dat aanbieders van ongelijkwaardige infrastructuren een gelijkwaardig uitgangspositie op de markt verkrijgen, ter bevordering van duurzame en effectieve concurrentie, zodat de eindgebruiker profiteert van meer keuze en lagere prijzen, heeft de voorgenomen regulering als effect dat de uitgangspositie van aanbieders van koper- en glasinfrastructuren en hun afnemers nog ongelijkwaardiger wordt ten opzichte van de uitgangspositie van kabelaanbieders.

Als het college meent dat KPN en kabelaanbieders over gelijkwaardige infrastructuren in de komende reguleringsperiode zullen beschikken, hetgeen volgens KPN niet zo is, dan dient het college deze gelijkwaardig te behandelen door KPN en kabelaanbieders beide niet of wel (en in gelijke mate) te reguleren.[6] Nu het college hiertoe, in afwijking van de vorige marktanalyseronde, in het voorgenomen reguleringsbouwwerk niet heeft besloten, beschouwt KPN de aan haar op te leggen ex ante regulering eerder als een verzwaring dan een versoepeling. Kabelaanbieders krijgen, in een door het college veronderstelde gelijkwaardige positie, volledige vrijheid en KPN is onderhevig aan regulering. Dit kan er alleen toe leiden dat de trend die nu al gaande is en ook duidelijk uit de analyse van het college blijkt, namelijk het overhevelen van de macht van kabelaanbieders op de televisiemarkt naar de (deel-)markten voor internettoegang en vaste telefonie zich verder gaat doorzetten of versnellen.

Dat het anders kan, leert de analyse van het BIPT in België, waar in enigszins vergelijkbare (maar misschien op sommige vlakken zelfs nog minder ver gaande) marktomstandigheden

[6] Zie ook de CPB Policy Brief 'Vernieuwing van toezicht op telecommunicatie en media' van Paul W.J. de Bijl van 2011/02, waarin de auteur in de twee eerste alinea's van paragraaf 3 stelt dat een duopolie van KPN en kabelbedrijven in beginsel tot felle (prijs)concurrentie zou kunnen leiden en netwerken kunnen zelf prikkels kunnen hebben om toetreders toegang te verlenen.

een heel andere conclusie wordt getrokken. Het BIPT realiseert zich dat het noodzakelijk is voor een goede marktontwikkeling om een evenwichtig stelsel van regulering voor enerzijds Belgacom en anderzijds kabelaanbieders te introduceren. Over de details van die besluiten kan natuurlijk ook worden getwist, maar in elk geval wordt daar een vorm van symmetrische regulering nagestreefd die wel aansluit bij de ontwikkelingen zoals die zich thans al voordoen en naar verwachting zullen blijven voordoen.

1.3 Stimuleren van ULL ten opzichte van andere toegangsvormen is ineffectief

Het college maakt in het ontwerpbesluit een duidelijke keuze voor ULL en lijkt met deze maatregelen afname van deze toegangsvorm meer te willen beschermen dan andere vormen van toegang. Daarbij lijkt het college te redeneren dat als er maar voldoende ruimte zit tussen de tarieven van de actieve wholesale diensten van KPN de (passieve) partijen vanzelf naar het passieve niveau gaan uitrollen.

Het college gaat dan wel voorbij aan een aantal belangrijke feiten:

- Kabelaanbieders zijn niet afhankelijk van inkoop bij KPN. Een hogere ondergrens voor alle afnemers van actieve wholesale diensten bij KPN betekent een belangrijk concurrentievoordeel voor de kabelaanbieders. Als alternatief voor een prijsverhoging van de actieve wholesale diensten wordt een verlaging van de MDF tarieven gesuggereerd door marktpartijen tijdens de IG bijeenkomst van 15 augustus jl. Volgens KPN is dit geen uitkomsten voor het probleem. Immers, dit leidt tot kosten onderdekking voor KPN en is de ND5 toets niet bedoeld als tariefplafond instrument. Bovendien conflicteert een daling van het MDF tarief direct met de doelstelling om de migratie van koper naar glas te bevorderen.
- Kabelaanbieders zijn ongereguleerd en kunnen dus met gerichte kortingen marktaandeel verwerven. KPN kan door de strengere non-discriminatieregels op ULL geen gerichte kortingen geven. Hierdoor worden alle afnemers van ULL benadeeld ten opzichte van de kabel. De afnemers worden dus niet beschermd maar de kabelaanbieders.
- Voor nieuwe diensten en in het bijzonder ook glas zal de bovengrens hoger uitkomen door de keuze die het college maakt voor de kostprijsberekening in de ND5 toetsen. Het college heeft EDC als kostensysteem opgelegd voor de kosten van de actieve netwerkapparatuur. Het college heeft ruime ervaring met het beoordelen van dit kostensysteem en weet dat dit kostensysteem de eigenschap heeft dat kostprijzen voor nieuwe diensten hoger uitkomen dan voor diensten die in een volwassen levensfase zitten. Als KPN voor nieuwe diensten geconfronteerd wordt met hogere tariefbodems dan zal dat de innovatie afremmen. Ook hiervan zullen met name kabelaanbieders profiteren omdat ze hiermee hun technologische voorsprong verder kunnen vergroten.
- De maatregelen van het college lijkt vooral bedoeld om de externe wholesale markt voor WBT te stimuleren. In hoeverre dit in het belang is voor eindgebruikers valt nog te bezien. Ongeveer 95% van alle breedband internet lijnen worden geleverd door verticaal geïntegreerde ondernemingen. Ook partijen die ULL inkopen en op basis daarvan diensten leveren doen dat in overwegende mate op de retailmarkt. Deze partijen zijn dus ook in hoge mate verticaal geïntegreerd[7]. Het is nog maar de vraag of toegenomen concurrentie op deze 5% van de markt op enige manier opweegt tegen

[7] Verticaal geïntegreerd met uitzondering van de passieve ULL laag.

de evidente nadelen voor de eindgebruiker van hogere prijsbodems en minder innovatie.

KPN mist in het ontwerpbesluit een heldere analyse naar de voor- en nadelen van de aangescherpte maatregelen.

1.4 Uitrol van glas wordt afgeremd

Het college heeft er ook bij ontbundelde toegang op glas voor gekozen om de strengere non-discriminatie en ND5 regels op te leggen. Ook hier mist KPN een gedegen onderzoek naar de effecten en een afweging hierbij van de voor- en nadelige effecten. De strengere regels hebben bij glas tot gevolg dat de bodemtarieven voor actieve wholesale diensten hoger tot veel hoger komen te liggen. Dit zal de migratie naar glas ernstig belemmeren. Omdat glas een nieuwe dienst is, liggen – zoals gezegd - de bodems extra hoog.

De strengere invulling van de non-discriminatieregels heeft tot gevolg dat KPN en Reggefiber nauwelijks kunnen reageren op lokale acties van kabelaanbieders. Het verleden heeft geleerd dat kabelaanbieders heel specifiek acties houden in gebieden waar Reggefiber glas aankondigt. Door specifieke kortingsacties op glas te verbieden wordt het nog moeilijker om adequaat te reageren op dit soort lokale acties van de kabel. Dit zal de uitrol van glas frustreren.

Het college heeft wellicht voor ogen dat wholesale afnemers door deze maatregelen gestimuleerd zullen worden om ontbundeld glas af te nemen. KPN deelt die verwachting niet. Om succesvol te worden op ULL FttH is een zekere schaalgrootte noodzakelijk. Geen van de wholesale partijen beschikt op dit moment over de vereiste schaal. Ontbundeld glas wordt daarom op dit moment niet afgenomen. In plaats daarvan kiezen afnemers allemaal voor actieve wholesale producten (WBA-CM, co-invest). Dit stelt partijen in staat om de benodigde schaalgrootte te bereiken om de stap naar de passieve laag te wagen. Door de hogere prijsbodems als gevolg van de aangescherpte ND5 regels wordt het voor partijen moeilijker om de beoogde schaalgrootte te bereiken zodat de stap naar de passieve laag niet gezet zal worden.

KPN verzoekt het college derhalve om tenminste voor ODF (FttH) de strengere invulling van de non-discriminatie en ND5 regels te heroverwegen. KPN merkt daarbij op dat de wet er niet aan in de weg staat om voor ontbundelde toegang op glas andere regels te hanteren dan voor ontbundelde toegang op koper. Het college heeft dit in het marktanalysebesluit WBT van december 2008 ook in de praktijk gebracht door voor WBT-LK over glas andere regulering op te leggen dan voor WBT over koper.

2 Marktafbakening en dominantieanalyse retailmarkten; 'Risico op AMM'

Zoals het college in hoofdstuk 3 beschrijft, begint een marktanalyse met de betrokken retailmarkten. Als relevante retailmarkten voor de upstream ontbundelde toegangsmarkt beschrijft het college de retailmarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten. Het college concludeert (in Annex B van het ontwerpbesluit) ten aanzien van elk van deze drie markten dat – bij gebreke van wholesale regulering – 'het risico bestaat' dat KPN aanmerkelijke marktmacht zou hebben. Alvorens nader in te gaan op de marktafbakening en de dominantieanalyse van deze drie retailmarkten wil KPN een zestal algemene opmerkingen over de gevolgde aanpak bij de toepassing van het regelgevingskader, zoals neergelegd in de Europese richtlijnen en de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), plaatsen.

2.1 'Risico op aanmerkelijke marktmacht'

Waar het college op de retailmarkt voor televisiediensten in de drie-criteria-toets een onneembare barrière ziet om te onderzoeken of op die markt aanbieders met aanmerkelijke marktmacht zijn, verlaagt het college in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang ten aanzien van de overige retailmarkten zijn bewijslast door niet aan te tonen dat KPN op dit moment aanmerkelijke marktmacht heeft, maar door slechts te motiveren dat het risico daarop bestaat.[8]

De wet kent – in navolging van de richtlijnen en richtsnoeren van de Europese Commissie – een zwaardere en andere toets. In de richtsnoeren van de Europese Commissie[9], waarin beginselen voor de nationale regelgevingsinstanties (hierna: NRI's) zijn geformuleerd, staat beschreven dat uit het regelgevingskader volgt dat:

> 'Ex ante-verplichtingen door NRI's enkel mogen worden opgelegd op die markten voor elektronische communicatie waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat sectorspecifieke regulering gerechtvaardigd is en waarvoor de NRI heeft geconstateerd dat een of meer exploitanten over aanmerkelijke marktmacht beschikken.
>
> Wanneer een NRI een marktanalyse uitvoert, dient zij een prospectieve, structurele beoordeling van de relevante markt te maken op basis van de bestaande marktvoorwaarden. De NRI moet onderzoeken of de markt in de toekomst concurrerend zal zijn en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend is, gelet op de op redelijke termijn te verwachten of te voorspellen marktontwikkelingen. Bij de vaststelling van de termijn dient te worden gelet op de specifieke kenmerken van de markt en het vermoedelijke tijdstip van de volgende analyse van de betrokken markt door de NRI. De NRI's dienen bij hun analyse rekening te houden met gegevens uit het verleden, wanneer dergelijke gegevens relevant zijn voor de ontwikkelingen op die markt in de nabije toekomst.'

Hieruit volgt dat het college niet kan volstaan met het vaststellen van 'het risico' van het bestaan van aanmerkelijke marktmacht op een relevante markt. Het startpunt van het regelgevingskader[10] is dat het college vaststelt dat 1) KPN op de verschillende retailmarkten

[8] Dat het college dit voor de dominantieanalyse van alle in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang geanalyseerde retailmarkten toepast, blijkt uit rnr. 754 van de beschrijving van het analysekader en uit de terminologie die vervolgens door het hele besluit gehanteerd wordt. Zie bijv. rnrs. 8, 74, 76, 89, 94, 97, 101, 102, 344, 603, 631, 691, 746, 754, 757, 798, 945, 946, 949, 955, 967, 969, 977, 986, 987, 1000, 1012, 1013, 1026, 1039, 1040, 1041, 1042, 1054, 1062, 1080, 1082, 1093, etc. etc.

[9] Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PbEG 2002 C 165/03.

[10] Het regelgevingskader van ex ante regulering is er volledig op geënt dat op een relevante markt geen daadwerkelijke mededinging bestaat, hetgeen equivalent is aan het feit dat er een onderneming actief is die alleen of samen met andere ondernemingen een individuele of collectieve machtspositie heeft. Omgekeerd staat de conclusie dat een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is, gelijk met de constatering dat er geen individuele of collectieve machtspositie op die markt bestaat. Indien een NRI niet het bestaan van een individuele of collectieve machtspositie op een relevante markt kan aantonen en dient te besluiten dat er op een relevante markt

op dit moment op basis van bestaande marktvoorwaarden over AMM beschikt en 2) dat het risico bestaat dat KPN in de komende reguleringsperiode ook over AMM beschikt. [11]

Voor de drie afgebakende retailmarkten wordt de dominantieanalyse niet of nauwelijks door het college volgens deze geformuleerde beginselen uitgevoerd. Het niet gemotiveerd onderbouwen dat KPN op dit moment AMM heeft, impliceert in feite dat er op dit moment geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht. In de richtsnoeren is expliciet uitgesloten dat NRI's verplichtingen opleggen aan ondernemingen die geen aanmerkelijke marktmacht hebben.[12] Dat de NRI het bestaan van aanmerkelijke marktmacht op een relevante markt moet aantonen is heel begrijpelijk. Op grond van het regelgevingskader kunnen immers vergaande ex ante verplichtingen aan een onderneming worden opgelegd zonder dat aangetoond hoeft te worden dat bepaalde gedragingen of optreden door de onderneming met AMM zich daadwerkelijk voordoen.

Zowel op basis van de Telecommunicatiewet als de richtsnoeren van de Europese Commissie is KPN dus van mening dat het college niet de toets heeft uitgevoerd op de drie retailmarkten die hij had uit moeten voeren om vervolgens te kunnen vast stellen dat ex-ante regulering noodzakelijk is.

Waar KPN in het navolgende spreekt van 'het risico' van aanmerkelijke marktmacht gebeurt dat als parafrase van het ontwerpbesluit en niet omdat KPN meent dat dit een juist criterium is.

2.2 Inconsistente benadering van de criteria voor bepaling AMM

Voor de beoordeling van AMM is het van belang dat het college, naast de beoordeling van het marktaandeel, een grondige en complete analyse maakt van de economische kenmerken van de betrokken markt voordat hij een conclusie trekt over het bestaan van aanmerkelijke marktmacht. De onderstaande criteria kunnen worden gebruikt om de kracht van een onderneming te bepalen om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en consumenten te gedragen. Een machtspositie kan voortvloeien uit een combinatie van deze criteria, die elk afzonderlijk niet noodzakelijk bepalend hoeven te zijn.[13]

- de totale omvang van de onderneming;
- de controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur;
- de technologische voorsprong of superioriteit;
- het ontbreken van kopersmacht die een tegenwicht kan vormen;
- gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen;
- product-/dienstendiversificatie (bijv. bundeling van producten of diensten);
- schaalvoordelen;
- breedtevoordelen;
- verticale integratie;
- een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk;

daadwerkelijke mededinging bestaat, is het haar niet toegestaan uit hoofde van artikel 16 Kaderrichtlijn verplichtingen op te leggen aan welke exploitant op die relevante markt dan ook.

[11] Zie ook rnr. 10.3 in de uitspraak van het CBb inzake het Besluit marktanalyse wholesale breedbandtoegang van 19 december 2008, 3 mei 2011, LJN: BQ3146.

[12] Zie paragraaf 4.3 van de richtsnoeren van EC, PbEG 2002 C 165/03.

[13] Zie rnrs. 78 en 79 van de richtsnoeren van EC, PbEG 2002 C 165/03.

- het ontbreken van potentiële concurrentie;
- grenzen aan de expansie.

KPN merkt op dat het college voor de drie retailmarkten voor het vaststellen van een risico op AMM geen eenduidige en consistente weging van de criteria hanteert.

Allereerst worden voor de betrokken markten niet altijd alle criteria onderzocht dan wel aangegeven gemotiveerd waarom een bepaald criterium niet relevant is. Zo wordt het criterium van 'dynamiek in de retailmarkt' voor vaste telefonie wel beoordeeld, terwijl in de retailmarkt voor internettoegang dat niet het geval is.

Vervolgens worden bepaalde criteria per retailmarkt anders gewogen. De controle over een niet gemakkelijk te dupliceren netwerk draagt in de retailmarkt voor internettoegang in beperkte mate bij aan het risico op AMM terwijl in de retailmarkt voor vaste telefonie het volledig bijdraagt en in de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten sterk bijdraagt. Het is voor KPN niet duidelijk waarom dit criterium anders zou moeten wegen in de verschillende markten. Zie onderstaande tabel voor een overzicht van de verschillende criteria die het college hanteert en de weging die hij eraan geeft. Het is niet duidelijk welke overwegingen van het college aan die verschillen ten grondslag liggen.

Ten slotte zijn de conclusies met betrekking tot de verschillende criteria niet te rijmen met de conclusies over het bestaan van AMM in de betrokken markten. Zo zijn de conclusies van het college dat in de markt voor vaste telefonie waar het marktaandeel van KPN sterker gedaald is dan het marktaandeel in de markt voor internettoegang niet te rijmen met de conclusies dat dit criterium zwaarder bijdraagt aan 'het risico op AMM' in de retailmarkt voor vaste telefonie dan in de retailmarkt voor internettoegang.

	Invloed op risico op AMM op retailmarkt internettoegang	Invloed op risico op AMM op retailmarkten vaste telefonie	Invloed op risico op AMM op markt zakelijke netwerkdiensten
Marktaandeel	Draagt bij	Draagt bij	Draagt bij
Dynamiek	Niet onderzocht	Draagt bij	Niet onderzocht
Overstapgedrag	Draag niet bij	Draagt bij	Draagt beperkt bij
Kopersmacht	Niet onderzocht	Niet onderzocht	Draagt beperkt bij
Hoge netwerkdekking	Niet onderzocht	Niet onderzocht	Draagt sterk bij
Controle over niet gemakkelijk te dupliceren netwerk	Draagt beperkt bij	Draagt bij	Draagt sterk bij
Verticale integratie	Niet onderzocht	Niet onderzocht	Draagt sterk bij
Technische voorsprong of superioriteit	Draagt beperkt bij	Draagt bij	
Schaal- en breedtevoordelen	Niet onderzocht	Niet onderzocht	Draagt beperkt bij
Diversificatie en differentiatie	- bij grote bandbreedtevraag, draagt beperkt negatief bij - bij beperkte bandbreedtevraag, geen positieve of negatieve invloed	Niet onderzocht	Niet onderzocht
Sterk ontwikkeld distributie en verkoopnetwerk	Draagt bij	Draagt bij	Niet onderzocht
Bundeling	Draagt bij	Draagt bij	Draagt bij
Aard van de concurrentie	Onduidelijk	Niet onderzocht	Niet onderzocht
Concurrentiedruk van buiten de markt	- bij grote bandbreedtevraag, draagt beperkt negatief bij - bij beperkte bandbreedtevraag, geen positieve of negatieve invloed	Draagt niet bij	Niet onderzocht

Tabel Overzicht van door het college beoordeelde criteria t.b.v. bepaling 'risico op AMM' op de retailmarkten

2.3 Geen analyse retailmarkten in aanwezigheid wholesale regulering

Het college wijdt in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang geen aandacht aan de retailmarkten in aanwezigheid van regulering. In het ontwerpbesluit ontbundelde toegang is niet duidelijk in hoeverre de voorgestelde regulering van ontbundelde toegang een passende en proportionele toereikende maatregel is om potentiële mededingingsproblemen, dan wel het risico op AMM, op de retailmarkten weg te nemen. Met andere woorden het college wijdt in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang geen aandacht aan de retailmarkten in aanwezigheid van regulering. KPN meent dat het college hier alsnog aandacht aan moet besteden voor twee redenen. Allereerst kan alleen op basis van een dergelijke analyse beoordeeld worden of de verplichtingen passend en proportioneel zijn. Ten tweede kan alleen op basis van een dergelijke analyse vervolgens door het college bepaald worden of de mogelijke WHBT afgebakend dient te worden dan wel dat er regulering opgelegd dient te worden.

2.4 Extern uitgevoerde onderzoeken

In de analyses van de retailmarkten spelen de in opdracht van het college uitgevoerde onderzoeken een belangrijke rol. Om tot zijn conclusies te komen leunt het college onder meer veelvuldig op de rapporten van:

- ATKearney/Telecompaper: Toekomstbeelden Nederlandse Telecommarkten 2014, februari 2011.
- Dialogic: Eindgebruikers onderzoek zakelijke marktsegmenten, mei 2011.
- Roland Berger: Prospectief onderzoek naar marktontwikkelingen op het gebied van elektronische communicatie in de Nederlandse zakelijke markt, maart 2011.
- Blauw Research: Marktonderzoek bundels: Consumentenonderzoek naar de afname van gebundelde diensten, december 2010

ATKearney/Telecompaper en Roland Berger hebben in het kader van hun onderzoek marktpartijen geraadpleegd door hen onder meer de gelegenheid te bieden te reageren op het conceptrapport. In haar reactie op het conceptrapport van ATKearney[14] en van Roland Berger[15] heeft KPN kanttekeningen geplaatst bij de wijze waarop de trends en ontwikkelingen naar de toekomst zijn gemodelleerd en de daaruit resulterende kwalitatieve en kwantitatieve scenario's/uitgesproken verwachtingen over marktomvang in termen van marktaandelen van de verschillende marktpartijen in 2014.[16] KPN constateert dat de toen geplaatste kanttekeningen niet zijn weggenomen in de definitieve rapporten waarop het college zich voor de prospectieve analyse in onderhavig ontwerpbesluit in belangrijke mate baseert.

Daarnaast heeft het college voor de eindgebruikersonderzoeken van Dialogic, Veldkamp en Blauw marktpartijen uitgenodigd te reageren op de opzet van deze onderzoeken. KPN heeft met betrekking tot deze onderzoeken verbeteringen voorgesteld omdat zij vanuit haar gespecialiseerde kennis van marktonderzoek in de telecommunicatiemarkt van oordeel was dat de opzet en vraagstelling van de onderzoeken niet de voor de marktanalyses benodigde informatie zou genereren. Die verbeteringen zijn niet overgenomen. Ook ten aanzien van deze onderzoeken meent KPN, in het licht de door haar geplaatste kanttekeningen bij de opzet van de onderzoeken, dat er nog steeds getwijfeld kan worden aan de kwaliteit van deze onderzoeken.

2.5 Gefaseerde behandeling marktanalyses

Het college heeft ervoor gekozen de marktanalyses gefaseerd uit te voeren in die zin dat de ontwerpbesluiten van de verschillende geanalyseerde markten en de nadere invulling van de verplichtingen niet op één moment worden gepubliceerd.

Dit heeft als gevolg dat de analyse in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang deels gebaseerd is op marktanalyses waarvan KPN nog geen kennis heeft kunnen nemen. Dit maakt dat KPN niet in alle gevallen in staat is om gemotiveerd bedenkingen te uiten tegen conclu-

[14] Reactie van KPN op het conceptrapport 'Toekomstbeelden Nederlandse Telecommarkten 2014' van A.T. Kearney en Telecompaper van 7 februari 2011, Kenmerk: R/11/U/012.
[15] Reactie van KPN op het conceptrapport 'Prospectief onderzoek naar de marktontwikkelingen op het gebied van elektronische communicatie in de Nederlandse zakelijke markt' van Roland Berger Strategy Consultants, 25 maart 2011, Kenmerk: R/11/U/033.
[16] Overigens hebben onderzoekers in hun rapporten zelf ook de verantwoordelijkheid voor bepaalde aspecten, zoals de betrouwbaarheid van de kwantitatieve data, uitgesloten. Zie bijvoorbeeld Roland Berger rapport, paragraaf 0.5, blz. 22.

sies van het college in onderhavig ontwerpbesluit. KPN houdt zich dan ook het recht voor dit alsnog te doen bij de ontwerpbesluiten die het college nog bekend zal maken.

Een aanverwant punt is dat het college ervoor moet zorgen dat in de marktanalysebesluiten voldoende duidelijkheid wordt verstrekt over alle van belang zijnde onderdelen. KPN kan op details nog onvoldoende reageren op de ontwerpbesluiten van het college, omdat die niet overal voldoende geconcretiseerd zijn. Zoals het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) overweegt in zijn uitspraak van 3 mei 2011 inzake het beroep tegen het marktanalysebesluit wholesale breedbandtoegang van het college van 2008 (zie rechtsoverweging 10.17.3) wordt het ten onrechte ontbreken van belangrijke uitgangspunten in het marktanalysebesluit in strijd geacht met het beginsel van rechtszekerheid.

2.6 Besluit NMa inzake eerste fase onderzoek KPN-CAIW

KPN heeft kennis genomen van het besluit van de NMa inzake het eerste fase onderzoek KPN-CAIW van 5 augustus 2011, zaak 7204, en de zienswijze van het college van 5 augustus 2011, kenmerk OPTA/AM/2011/201749, in die zaak aan NMa. In het besluit kondigt de NMa aan een aantal door het college in onderhavig ontwerpbesluit getrokken conclusies samenhangend met de afbakening van de retailmarkten verder te willen onderzoeken. KPN concludeert hieruit dat de NMa de conclusies van OPTA ten aanzien van deze markten vooralsnog in het CAIW besluit niet kan onderschrijven. In haar zienswijze van 5 augustus 2011 bevestigt het college ook de noodzaak om in een eventuele vergunningfase de relevante markten nader te onderzoeken. KPN is van mening dat beide toezichthouders, gezien het prospectieve karakter van de ex-ante regulering van het college en van het concentratietoezicht van de NMa, niet anders dan tot vergelijkbare conclusies kunnen komen ten aanzien van de marktafbakening en de dominantieanalyse en eventueel passende en proportionele op te leggen verplichtingen, indien deze overwogen zouden worden. Maar ook gegeven het ingrijpende karakter van de voorgenomen ex ante regulering voor de periode 2012 – 2014 van het college en mogelijk ook van de besluitvorming inzake KPN-CAIW van de NMa, wenst KPN het belang van consistentie van de besluiten voor haar te benadrukken.

3 De retailmarkt voor internettoegang

3.1 Inleiding

In zowel de analyse van de marktafbakening als de analyse van de concurrentiële situatie van de retailmarkt voor internettoegang zijn twee belangrijke aspecten bepalend voor de conclusies die het college trekt:

1) De mate waarin de vraag naar en het aanbod van hoge capaciteit internettoegang zich in de komende reguleringsperiode zich gaan materialiseren;

2) De toenemende vraag naar bundels.

Hierna zal KPN ingaan op de aannames van het college inzake deze twee aspecten en de implicaties die de aannames van het college hebben op zowel de marktafbakening als de dominantieanalyse voor de retailmarkt voor internettoegang. Vervolgens zal KPN nader ingaan op een aantal overige ontwikkelingen die het college heeft geschetst en de geografische marktafbakening. Tot slot zal KPN nader ingaan op de criteria die het college aanvoert om 'een risico op AMM' vast te stellen. KPN concludeert uiteindelijk dat het college in het ontwerpbesluit niet aannemelijk heeft gemaakt dat er de komende reguleringsperiode 'een risico op AMM' bestaat van KPN in afwezigheid van regulering en dat het college haar voorlopige conclusie dient te heroverwegen.

3.2 De vraag naar en het aanbod van capaciteit in de komende reguleringsperiode

De inschatting van de capaciteitsbehoefte van afnemers voor de komende reguleringsperiode is een belangrijke aanname in de gehele analyse van het college. Het college gaat ervan uit dat de groei van snelheid de komende jaren zal afvlakken. Daarmee kunnen volgens het college ook aanbieders via DSL diensten de marktvraag bijhouden. Het college motiveert dat met de door KPN aangekondigde aanvullende investeringen in haar 'kopernetwerk' in die gebieden waar geen glasvezelaansluitnetwerk beschikbaar is. Deze combinatie ('afvlakkende groei' en 'nieuwe mogelijkheden voor snelheid op DSL') vormen de dragende pijlers voor de conclusies van het college dat 'het risico op AMM van KPN' blijft bestaan.

3.2.1 Vraag naar capaciteit

De inschatting van de capaciteitsbehoefte voor de komende reguleringsperiode is een belangrijke aanname in de gehele analyse van het college.[17] Het college is, mede op basis van het ATKearney rapport, bij de inschatting van de gemiddelde capaciteitsbehoefte van afnemers de komende reguleringsperiode uitgegaan van internetgebruik, telefonie en streaming-video en heeft op basis daarvan geconcludeerd dat een bandbreedte van meer dan 50 Mbit/s niet noodzakelijk is om de komende reguleringsperiode aan de gemiddelde capaciteitsbehoefte van afnemers te voldoen (p. 192, zie ook p. 211, rnrs. 835 en 836). Hogere bandbreedtes van meer dan 50 Mbit/s zijn volgens ATKearney niet noodzakelijk om de komende jaren aan de gemiddelde eisen voor internetgebruik, telefonie en streaming-video te voldoen. Alleen in huishoudens waarin meerdere activiteiten parallel worden uitgevoerd, worden hogere capaciteiten gevraagd. Het college schat in dat huishoudens die devices

[17] Daar komt bij dat het college uitgaat van één gemiddelde waarde terwijl er een grote spreiding zit op dat gemiddelde. De redenering van het college komt er dan op neer dat als de gemiddelde capaciteitsbehoefte 50 Mbit/s bedraagt en de capaciteit van het kopernet ook 50 Mbit/s dan voldoet het kopernet aan de capaciteitsbehoefte. Bovenstaande analyse maakt duidelijk dat dit niet automatisch het geval is en dat de spreiding in capaciteitsbehoefte meegewogen moet worden.

gelijktijdig gebruiken een uitzondering zullen zijn in de komende reguleringsperiode, gelet op het gemiddeld aantal personen van 2,2 per huishouden (p. 192).

TV diensten via de internetverbinding en HDTV en 3DTV worden bij de bepaling van de gemiddelde capaciteitsbehoefte niet meegenomen. Dat is wel opmerkelijk gegeven het feit dat de iTV dienst van DSL aanbieders, waaronder KPN, alleen maar via een internetverbinding kan worden aangeboden. Door TV diensten niet bij de bepaling van de capaciteitsbehoefte mee te nemen onderschat het college niet alleen de capaciteitsbehoefte van de afnemers die via DSL aanbieders triple-play diensten afnemen, ook miskent het college de voortbrengingswijze van de iTV dienst van DSL aanbieders. Wanneer het college deze diensten bij de bepaling van gemiddelde capaciteitsbehoefte wel zou meenemen dan zou dat betekenen dat de gemiddelde capaciteitsbehoefte aanzienlijk hoger dan 50Mbit/s zou uitkomen.

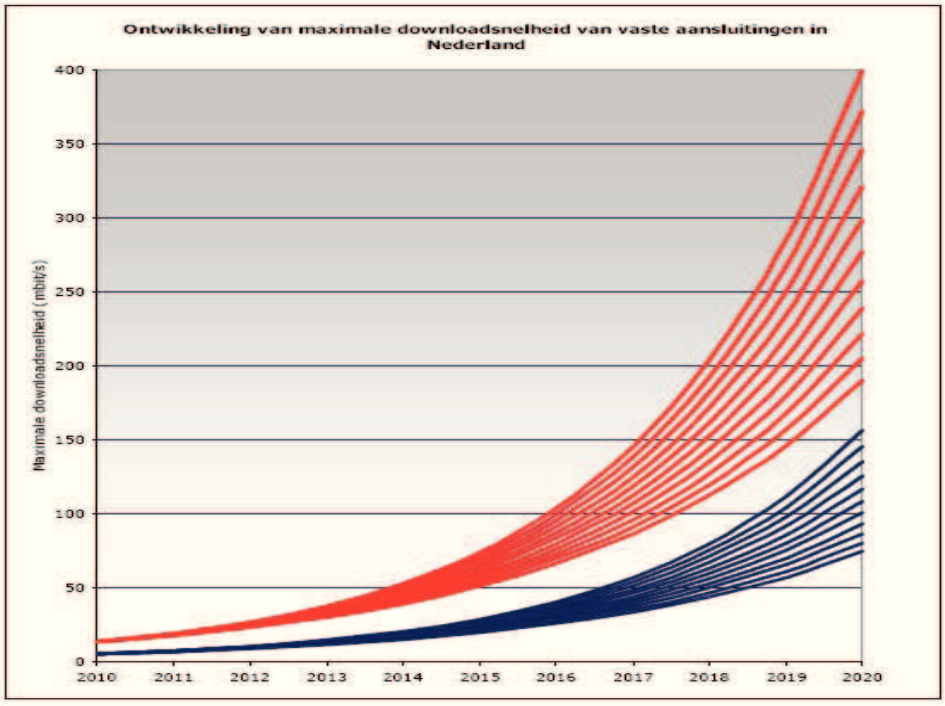
KPN heeft zowel in haar reacties op de televisie en breedband vragenlijsten, als in reactie op het ATKearney rapport opgemerkt dat er een zeer snelle ontwikkeling is in de bandbreedtebehoefte van afnemers, mede gelet op de opkomst van HDTV en 3DTV, het gelijktijdig gebruik van devices en de ontwikkeling van diensten die om steeds hogere bandbreedtes vragen.[18] KPN heeft in haar reactie op de vragenlijst breedband van het college onder meer verwezen naar de uitgebreide studie van TNO Informatie- en Communicatietechnologie en Dialogic 'Vraag en aanbod Next-Generation Infrastructures 2010 – 2020' (februari 2010), inzake bandbreedte ontwikkelingen. In dit rapport staat onder meer het onderstaande:

> 'Televisiediensten
> Televisiediensten zijn deels eerder al aan bod gekomen. Op het vaste internet zien we een sterke stijging van het aantal videostreams. Een deel daarvan wordt gestart via sites als uitzendinggemist.nl, in feite een vorm van uitgesteld TV kijken. Daarnaast zien we dat tussen nu en 2013:
> - het aantal IPTV-aansluitingen zal verdubbelen tot 600.000;
> - het aantal HD-enabled IPTV-abonnees zal verachtvoudigen, van 25.000 tot 200.000;
> - het aantal huishoudens met toegang tot VoD zal verdubbelen: van 3,5 miljoen tot 7 miljoen, een penetratie van bijna 100 procent.'

Over de verwachte omvang van het verkeer in 2020 wordt het volgende gesteld:

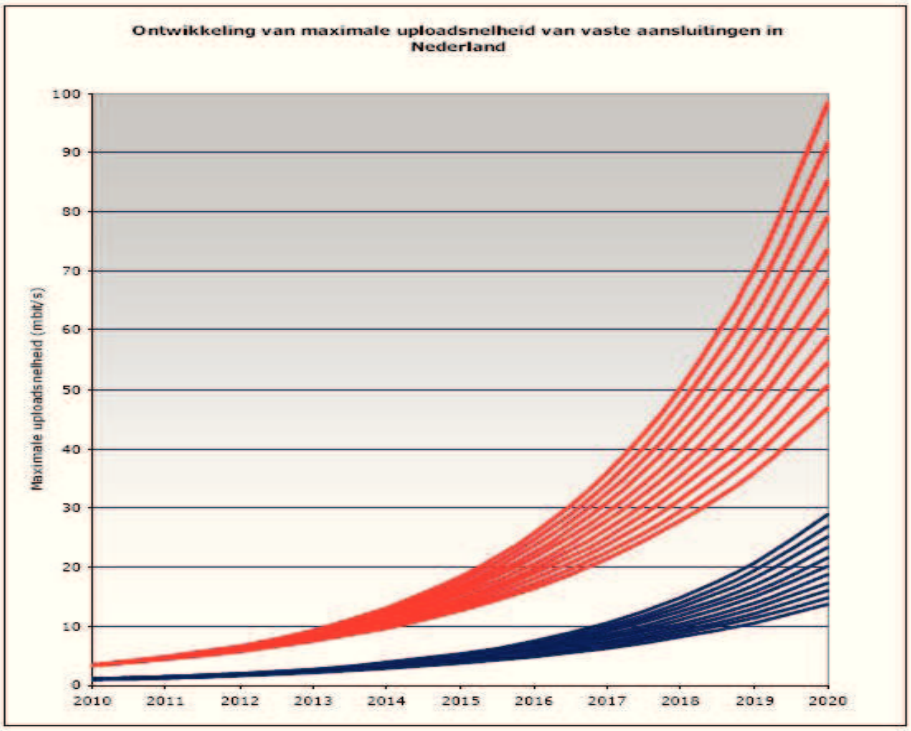
> 'Nu we een schatting kunnen maken van het huidige bandbreedtegebruik en we een gevoel hebben voor de groei, kunnen we deze gegevens combineren. Hierbij hanteren we de laagste en de hoogste gemiddelde downloadsnelheid en de hoogste en laagste verwachte groei. Op deze manier ontstaat onderstaande grafiek. Hieruit komt naar voren dat de gemiddelde downloadsnelheid van verbindingen in 2020 tussen circa 75Mbit/s en 400 Mbit/s zal liggen'

[18] Het gaat hier om diensten zoals games, over the top diensten (OTT), televisie via de internetverbinding en diensten als uitzending gemist, You Tube en Google TV.



Figuur 3-9. Verwachte ontwikkeling in de downloadsnelheid van vaste consumentenaansluitingen in Nederland

'Voor de gemiddelde uploadsnelheid is het mogelijk om dezelfde analyse te maken. Wederom kiezen we de laagste en hoogste inschatting van de gemiddelde uploadsnelheid en een spreiding van de groei tussen de 30% en de 40%. Uit de grafiek komt naar voren dat de gemiddelde maximale uploadsnelheid in 2020 zal liggen tussen circa 15 Mbit/s en 100 Mbit/s.'



Figuur 3-10. Verwachte ontwikkeling in uploadsnelheid van vaste consumentenaansluitingen in Nederland

> 'Conclusie
> Er komen steeds meer diensten beschikbaar én de adoptie van die verschillende diensten neemt toe. Maar minstens zo belangrijk voor het bandbreedteverbruik is het feit dat diensten steeds breedbandiger worden. Dat is met name het gevolg van de integratie van videobeelden in tal van diensten, vooral ook transsectoraal. Op basis van diverse gerenommeerde bronnen schatten wij dat de vraag naar bandbreedte tussen nu en 2020 op vaste aansluitingen in Nederland exponentieel zal groeien met circa 30% tot 40% per jaar. Om een aantal redenen hebben wij gekozen voor een betrekkelijk conservatieve schatting. De belangrijkste reden hiervoor is dat er in Nederland nauwelijks meer exogene groei op het vaste net zal plaatsvinden, enkel endogene. De groei zal bijna volledig moeten komen uit 'Nederlanders die meer gaan internetten' en niet uit 'meer Nederlanders die gaan internetten'. Berekeningen laten een brede marge zien voor de gemiddelde downloadsnelheid in 2020, die neerkomt op 75 Mbit/s – 400 Mbit/s. De onvoorspelbaarheid van het succes van toekomstige diensten en devices die veel bandbreedte gaan gebruiken – zoals Net TV, HD-teleconferencing en cloud computing – geven een grote mate van onzekerheid aan voorspellingen voor 2020. Het zelfde geldt voor het versneld aanbieden van grote bandbreedtes als gevolg van grote investeringen in NGN-infrastructuur.'

KPN deelt dan ook niet, zoals in onder meer rnrs. 764 en 836 weergegeven:

1) de uitgangspunten die het college op basis van het ATKearney rapport heeft gehanteerd bij de bepaling van de gemiddelde capaciteitsbehoefte van afnemers en de daaruit voortvloeiende conclusie dat de groei naar hogere capaciteiten afvlakt;

2) de inschatting van het college dat het gelijktijdig gebruik via meerdere devices van data intensieve activiteiten een uitzondering zal zijn mede gelet op het gemiddelde aantal personen van 2,2 per huishouden.

Ad 1: KPN heeft reeds in haar reactie op het concept rapport van ATKearney in februari 2011 het volgende opgemerkt:

> 'De vraag in het ATKearney Rapport naar hogere internetsnelheden wordt alleen gekoppeld aan OTT TV (in scenario 1 en 2). ATK miskent daardoor de exogeen gedreven trend naar hogere internetsnelheden, die gedreven wordt door applicatieontwikkeling die buiten onze landsgrenzen plaats vindt. Applicaties zoals YouTube blijven zich doorontwikkelen. De consumptie van dit soort diensten vereist een steeds hogere bandbreedte. TNO komt in haar rapport van februari 2010 niet voor niets tot een conservatief geschatte bandbreedtegroei van 30-40% per jaar. Dit zou de basis moeten vormen voor ieder scenario.'

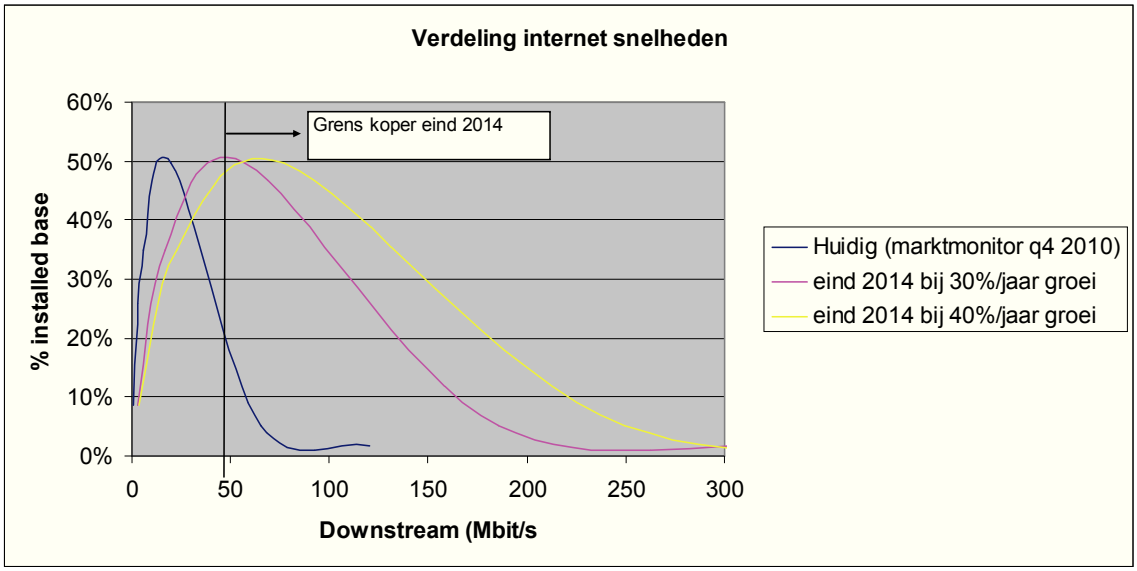
Het college erkent overigens wel in rnr. 765 mede op basis van het onderzoek van ATKearney dat bepaalde karakteristieken van internettoegang in belang zullen toenemen (symmetrie, latency en additionele diensten). Deze karakteristieken zullen eveneens om een toename in beschikbare kwaliteit en bandbreedte vergen.

Daarnaast heeft KPN verwezen naar verwachtingen van TNO ten aanzien van de bandbreedteontwikkeling. TNO geeft daarbij het volgende aan:

> 'Op basis van diverse gerenommeerde bronnen schatten wij dat de vraag naar bandbreedte tussen nu en 2020 op vaste aansluitingen in Nederland exponentieel zal groeien met circa 30% tot 40% per jaar. Dit is een conservatieve inschatting.'

Het college rekent bovendien met gemiddelde bandbreedtes en een gemiddeld aantal personen per huishouden. Zoals ook bij het college bekend zit hier een spreiding op. Voor wat betreft de bandbreedte heeft KPN de huidige spreiding en een prognose[19] van de bandbreedtespreiding in 2014 in een grafiek gezet:

[19] De voorspelling van de bandbreedtegroei van TNO is toegepast op de bandbreedte categorieën uit de marktmonitor. Als de bandbreedtebehoefte bijvoorbeeld met een factor 3 groeit dan wordt de categorie <2 Mbit/s een categorie <6 Mbit/s. De middenwaarden worden dan 1 Mbit/s huidig en 3 Mbit/s in 2014.



Bij de bandbreedteverdeling van eind 2010 kan het kopernet na de upgrade tot 40 Mbit/s nog in het grootste deel van de marktvraag voorzien. Bij de door TNO verwachte groei zal dat eind 2014 niet meer het geval zijn.

Ad 2: In haar eerdere reacties op de vragenlijsten TV en breedband heeft KPN onderbouwd aangegeven dat er een groeiende vraag is naar 'multiroom' TV. Het college erkent dat. Met de – eveneens door het college erkende – snel groeiende penetratie van HDTV geschikte toestellen neemt ook de vraag naar 'mutiroom HDTV' toe. Om op deze ontwikkelingen in te spelen heeft KPN onlangs laten weten dat het voortaan twee decoders bij abonnementen op Interactieve TV zal leveren.

> 'TelecomPaper 4 juli 2011 - KPN levert voortaan standaard twee decoders bij abonnementen op Interactieve TV. Uit onderzoek van KPN blijkt dat er gemiddeld (naar beneden afgerond) twee televisies in huishoudens zijn. Het abonnement kost 15 euro per maand, wie slechts één decoder afneemt, betaalt 4 euro minder. Bestaande klanten kunnen een tweede decoder aanvragen. Live TV pauzeren standaard opgenomen in het basispakket.'

Naast deze twee televisietoestellen is er behoefte aan capaciteit voor 'snel internet'. Volgens KPN illustreert dit dat zelfs met een gemiddelde van 2,2 personen per huishouden er in één huishouden het zeer aannemelijk is dat meerdere devices gelijktijdig gebruikt zullen worden. Bovendien moet er ook bij het aantal devices per huishouden niet alleen gekeken worden naar het gemiddelde maar ook naar de spreiding op dat gemiddelde. Als bijvoorbeeld een gemiddelde van twee devices per huishouden betekent dat de helft van de huishoudens 1 device heeft en de andere helft 3 dan wordt duidelijk dat aanbieders die gebruik maken van het kopernetwerk van KPN met twee devices slechts de helft van de markt kunnen bedienen.

KPN beseft dat het lastig is om wat betreft de capaciteitsbehoefte de toekomst met zekerheid te voorspellen. Bij de conclusies van het college en ATKearney kunnen echter belangrijke kanttekeningen worden geplaatst, zoals:

- Voor de inschatting van de huidige en toekomstig te verwachten gemiddelde capaciteitsbehoefte van afnemers wordt, zonder nadere onderbouwing, uitgegaan van het gebruik van drie diensten internetgebruik, telefonie en streaming-video. Diensten die een hogere capaciteit vereisen, zoals HDTV en 3DTV, games, zogenaamde over-the-top diensten (hierna: OTT), televisie via de internetverbinding en diensten als Uitzending gemist, YouTube en Google-TV, worden bij de bepaling van de gemiddelde capaciteitsbehoefte niet meegenomen. Het college heeft nagelaten een deugdelijk onderzoek en analyse uit te voeren naar de huidige en toekomstige vraag naar diensten van afnemers en het huidige en toekomstige gebruikersgedrag. Maar zelfs zonder gedegen onderzoek, is het onbegrijpelijk dat het college bij de inschatting van de gemiddelde capaciteitsbehoefte enkel de diensten internetgebruik, telefonie en streaming-video in ogenschouw neemt, nu DSL aanbieders hun TV dienst reeds nu aanbieden via een internetverbinding, waarvoor een bepaalde capaciteit voor nodig is, en het aantal gebruikers toeneemt.
- Alle door KPN in haar reacties aangegeven bronnen gaan uit van een snelle en doorgaande groei van datacapaciteit en de voortzetting van groei naar hogere snelheden. Het college gaat daar niet op in. Recent heeft Cisco een update gegeven van haar jaarlijkse analyse van de groei van internetverkeer. [20] Cisco geeft daarin aan uit te gaan van een verviervoudiging van zowel internetverkeer als internetsnelheden tot 2015. Op p. 10 van de presentatie wordt de groei van snelheid geïllustreerd die nieuwe devices (tablets, internet enabled HDTV, gaming consoles en internet enabled 3DTV) nodig hebben ten opzichte van bestaande devices. Die factor is tussen 1,1 en 3,2. In 20-15 zal volgens Cisco 61% van het internetverkeer video zijn.
- In de analyse van het college ontbreken redenen waarom de jarenlange doorgaande groei van snelheden de komende jaren ineens een trendbreuk zou kennen. Het college lijkt ervan uit te gaan dat het aan KPN – of anderen die deze verwachting uitspreken – is om te 'bewijzen' dat de vraag naar capaciteit en snelheid zich doorzet. Wie echter de laatste (pakweg) 15 jaar in ogenschouw neemt ziet dat in die periode de groei steeds doorging, ook al waren er telkens opmerkingen dat 'het plafond nu wel in zicht kwam'. Nu noch ATKearney noch het college aantonen dat er duidelijke redenen zijn om uit te gaan van het einde van de groei, is het dan ook niet overtuigend dat het college zich toch baseert op een trendbreuk.
- Daarnaast merkt KPN op dat het college geen aandacht schenkt aan het feit dat klanten niet altijd rationeel kiezen voor de daadwerkelijk benodigde snelheden, maar – als het prijsverschil niet te groot is – kiezen voor het aanbod dat het meest 'bij de tijd is'.

KPN meent dat het college nader dient in te gaan op de huidige en toekomstige vraag naar diensten via het internet van afnemers en het huidige en toekomstige gebruikersgedrag. Voorts dient het college nader in te gaan op de onderzoeken die KPN heeft gepresenteerd inzake de toekomstige capaciteitsbehoefte van afnemers alvorens uitsluitend op basis van het onderzoek van ATKearney/TelecomPaper aan te nemen dat afnemers in de komende reguleringsperiode niet meer dan 50 Mbit/s nodig zullen hebben en gelijktijdig gebruiken van devices beperkt zal zijn. Tevens zou het college de spreiding in de bandbreedtebehoefte

./. [20] Zie Europe in a Zettabyte WorldCisco's Visual Networking Index IP Traffic Forecast, 2010–2015, die hierbij wordt toegevoegd als bijlage 1.

moeten analyseren, alvorens conclusies te trekken. De aanname omtrent de bandbreedtebehoefte heeft immers aanzienlijk impact op zowel de marktafbakening (paragraaf 2.2.2) als op de analyse van de concurrentiële situatie van de retailmarkt voor internettoegang (paragraaf 2.2.3).

3.2.2 Aanbod van capaciteit

Het college heeft onderzocht welke capaciteiten de netwerken in Nederland thans kunnen leveren en in hoeverre netwerken in Nederland in staat zijn aan de toenemende vraag naar capaciteit in de toekomst te voldoen. Het college concludeert dat om aan de toenemende vraag naar bandbreedte te voldoen, de kopernetwerken en kabelnetwerken worden verbeterd door gebruik te maken van nieuwe technologieën. Daarnaast wordt er glasvezel uitgerold om aan de vraag op langere termijn te kunnen voldoen.

(i) De mogelijkheden van het kopernetwerk

Het college gaat uitvoerig in op de mogelijkheden die KPN heeft om de technologische achterstand ten opzichte van de kabel in dit opzicht in te halen. Het college baseert zich hierbij op de door KPN op 10 mei 2011 aangekondigde strategie 2010 - 2015. In de rnrs. 783, 785, 786 en 787 benadrukt het college vooral de positieve effecten van deze mogelijkheden. Op grond van de strategiepresentatie van KPN stelt het college dat KPN begin 2012 verwacht 2,2 mln van de 7,3 mln huishoudens met pair bonding te kunnen bedienen en dat KPN in 2012 wil investeren in vectoring en in 2013 in phantom mode. Het college stelt dat KPN met investeringen in haar koper- en glasnetwerk in 2013 87 procent van haar klanten kan bedienen met capaciteiten van 20 Mbit/s en hoger, 76 procent met 40 Mbit/s en hoger en 21 procent met 1 Gbit/s (via glasvezel). Een kwantitatieve weergave van klanten die KPN op dit moment en de komende reguleringsperiode niet met bepaalde capaciteiten kan bedienen ontbreekt echter, hetgeen vanuit een achterstandsituatie wel logisch zou zijn om in kaart te brengen.

In rnrs. 1019 en 1020 worden de gemiddelde en maximale downloadcapaciteiten en de dekking van de verschillende netwerken en technieken in de periode van 2011 en 2014 op een rij gezet. Het college stelt terecht dat KPN momenteel een achterstand heeft in de aangeboden downloadcapaciteiten ten opzichte van kabelaanbieders. Voorts stelt het college dat KPN deze achterstand (deels) inhaalt door stapsgewijs FttH uit te rollen waardoor zij in 2014 in 21 tot 26 procent van Nederland een beter netwerk heeft dan kabelaanbieders en door investeringen in het DSL netwerk waardoor de achterstand met coax deels wordt ingehaald en op enkele locaties in Nederland zelfs geheel ingehaald kan worden. Capaciteiten van maximaal 300 Mbit/s over DSL met phantom mode en vectoring zijn afhankelijk van het succes van deze nu nog experimentele technieken. Slechts 8 procent van de huishoudens kan KPN in 2014 niet bedienen met downloadcapaciteiten hoger dan 20 Mbit/s. Een objectieve en kwantitatieve weergave van de positie (achterstand) van KPN op dit moment en de komende reguleringsperiode ten opzichte van de kabel ontbreekt echter volledig. Uit tabel 25 blijkt immers dat op dit moment KPN 95 procent van haar klanten een capaciteit kan bieden tot 20 Mbit/s terwijl de kabel 97 procent van haar klanten een capaciteit kan bieden tot 24-50 Mbit/s en 90-95 procent 50-120 Mbit/'s. KPN kan slechts aan 40 procent van haar klanten een gemiddelde capaciteit van 40 Mbit/s bieden. Dit komt neer op een verschil in dekking met de kabel van minimaal 50-55 procent. Bij hogere capaciteiten is dit verschil nog groter. In 2014, zo blijkt uit de tabel, is de achterstand van KPN kleiner maar nog steeds aanwezig. KPN kan in 2014 95 procent van haar klanten een capaciteit kan bieden tot 20 Mbit/s terwijl de kabel 97 procent van haar klanten een capaciteit kan bieden tot 24-50 Mbit/s en 90-97

procent 50-120 (175-240) Mbit/'s. KPN zal slechts aan 76-80 procent (in randnummer 787 stelt OPTA dat het 76 procent is) van haar klanten een gemiddelde capaciteit van 40 Mbit/s kunnen bieden. Dit komt neer op een verschil in dekking met de kabel van minimaal 14-21 procent. Bij hogere capaciteiten is dit verschil nog groter. Gegeven het feit dat KPN volgens OPTA 21 procent van haar klanten kan bedienen met een capaciteit van 1 Gbit/s (via glasvezel), kan hieruit geconcludeerd worden dat KPN 79 procent van haar klanten niet kan bedienen met een hogere capaciteit dan 40 Mbit/s.

(ii) Uitrol van glasvezel

Gegeven de ervaringen in het verleden[21] merkt KPN op dat het college de nodige voorzichtigheid dient te betrachten bij het gebruik van verwachte uitrolaantallen. Zoals KPN in onder meer de vragenlijst voor TV heeft aangegeven, kunnen voorgenomen plannen met betrekking tot de snelheid van FttH uitrol en daarmee het aantal te verwachten glasvezelabonnees aanzienlijk tegenvallen door de volgende factoren:

- Onzekerheid in de markt, vooral de concurrentie met DOCSIS 3.0.
- Beperkte capaciteit van aannemers.
- Beschikbare Capex (financieringsmogelijkheden).
- Vergunningen (zoals instemmingsbesluiten voor graven, bouwvergunningen voor installaties die niet onder de gedoogplicht vallen, etc.).

Zoals de NMa overigens ook in het CAIW besluit opmerkt zijn deze cijfers sterk afhankelijk van de plannen van de belangrijkste ondernemingen die glas uitrollen te weten Reggefiber en in mindere mate CIF.[22]

(iii) Snelheid van kabelnetwerken

Het college stelt in rnr. 780 dat de kabel een maximum downloadcapaciteit heeft van 120 Mbit/s en dat de kabel daarmee de eerstkomende jaren de groeiende vraag naar bandbreedte probleemloos aan kan. Het college gaat slechts zeer summier in op plannen/mogelijkheden van de kabel om deze snelheid verder op te voeren. Zo geeft NIKabel aan dat er al praktijktesten zijn waarmee meer dan 1 Gbit/s met DOCSIS-technieken kunnen worden geleverd. Op de site van NIKabel staat daarover:

> 'Gigabit - De kabelnetwerken zijn toekomstvast. Recente tests laten zien dat met de DOCSIS-techniek snelheden kunnen worden bereikt van enkele Gigabits per seconde. Daarmee is de kabel klaar voor de vraag van overmorgen.'

TelecomPaper maakt de verwachtingen van UPC als volgt kenbaar:

> 'UPC-topman wil 1 Gbps over de kabel halen - TelecomPaper - dinsdag 12 juli 2011 - De nieuwe baas van UPC Nederland topman Robert Dunn wil een downloadsnelheid van 1 Gbps kunnen halen over de kabel. Dat meldt de Telegraaf. De gemiddelde Nederlander gebruikt momenteel zo'n 6,5 MBps. Dunn wil de komende jaren verder niets wijzigen aan het analoge zenderaanbod (nu 32 zenders). Ziggo voelt momenteel veel weerstand van het televisiepubliek rond het terugschroeven van het aantal analoge zenders. Verder gaat Dunn zich bezighouden met de integratie van Horizon, een intelligent televisiesysteem dat mensen in staat moet stellen een groot aantal handelingen (internet, foto's bekijken, muziek luisteren etc.) te kunnen verrichten op één toestel.'

[21] Zie ook TelecomPaper Groei van FTTH is in 2010 vertraagd; komt uit op 14% in 2015 - 1 juli 2011.
[22] NMa besluit van 5 augustus 2011 inzake KPN-CAIW (Zaak 7204).

Aan de analyse van het college waarin hij de gemiddelde en maximale downloadcapaciteiten en dekking van de verschillende netwerken en technieken in de periode van 2011 en 2014 met elkaar heeft vergeleken kunnen volgens KPN geen dragende conclusies verbonden worden.

- Om de positie van de verschillende netwerken goed te kunnen vergelijken zou voor elk van de netwerken de dekking van alle huidige, in 2012, 2013 en 2014 te verwachten gemiddelde en maximale downloadcapaciteiten (bijv. < 20, 20, 25, 40, 50, 75, 100, 120, 150 Mbit/s, 1Gbit/s) gekwantificeerd dienen te worden.
- Het college maakt geen onderscheid tussen netwerken; koper en glas wordt op een hoop gegooid, hij vergelijkt niet dezelfde grootheden met elkaar, hij noemt niet de maximale snelheden van koper en glas, wel van coax. Hierdoor ontstaat er een diffuus en – onterecht – te positief beeld over de mogelijkheden van koper in de komende reguleringsperiode. Overigens merkt KPN op dat het feitelijk onjuist is, bijvoorbeeld in rnr. 1019, KPN als aanbieder van het FttH-netwerk te kwalificeren. KPN verzoekt het college dit aan te passen in de analyse.
- Het college maakt in zijn analyse niet het te verwachten jaarlijkse verloop van de technologische verbeteringen van de netwerken gedurende de gehele reguleringsperiode inzichtelijk, maar focust met name op 2014.
- Het college vergelijkt de nog niet gerealiseerde en in sommige gevallen zeer onzekere mogelijkheden van DSL-na-upgrade met de huidige mogelijkheden van DOCSIS 3.0. Het college gaat er daarbij aan voorbij dat in diezelfde periode ook de snelheid van DOCSIS (en glas-)netwerken zal toenemen en de relatieve afstand van DSL ten opzichte van DOCSIS en glas eerder zal toenemen dan afnemen, laat staan dat DSL DOCSIS zal inhalen. Bij het vergelijken van de mogelijkheden van netwerken zal OPTA voor alle netwerken dezelfde uitgangspunten (qua verwachtingen) moeten hanteren voordat daaraan conclusies kunnen worden verbonden. Het volgende illustratieve citaat komt uit de nieuwsbrief van NLKabel:[23]

  'Kabel vergroot voorsprong op DSL – (...) Het snelste kabelabonnement is nu zes keer sneller dan het snelste ADSL-abonnement. ADSL bedient dan ook steeds meer de onderkant van de markt. Rob van Esch, directeur van NLKabel, verwacht dat de kabel zijn voorsprong verder zal uitbreiden. 'ik voorspel dat de uploadsnelheden van kabelabonnees binnenkort hoger zullen liggen dan de downloadsnelheden bij ADSL.'

  Daarbij merkt KPN op dat de upgrade van het kopernetwerk zich nog wel moet bewijzen, bijvoorbeeld de stabiliteit van een verbinding is nog zeker een issue. Bij hogere bandbreedtes zal interferentie (cross-talk) een grotere rol gaan spelen en dit effect is moeilijk te voorspellen. Andere technieken zoals vectoring en phantom mode bevinden zich nog grotendeels in de laboratoriumfase. Er zit dus een hoge mate van onzekerheid in de timing van de introductie. Er is een mogelijkheid dat KPN die technieken kan inzetten vanaf 2012. Er is ook een reële kans dat er nog vertraging gaat optreden. Hoewel het college dit erkent in rnr. 1020, houdt hij hier onvoldoende rekening mee.

3.2.3 Invloed van de vraag naar capaciteit op de marktafbakening

KPN heeft in haar eerdere reacties (mede met een beroep op het door haar ingediende rapport van Plum consultants) betoogd dat het college moet onderzoeken in hoeverre zich een separate markt voor hoge snelheid internet en TV-toegang ontwikkelt. Het college concludeert dat dit niet het geval is. KPN geeft toe dat een dergelijke markt op basis van de gege-

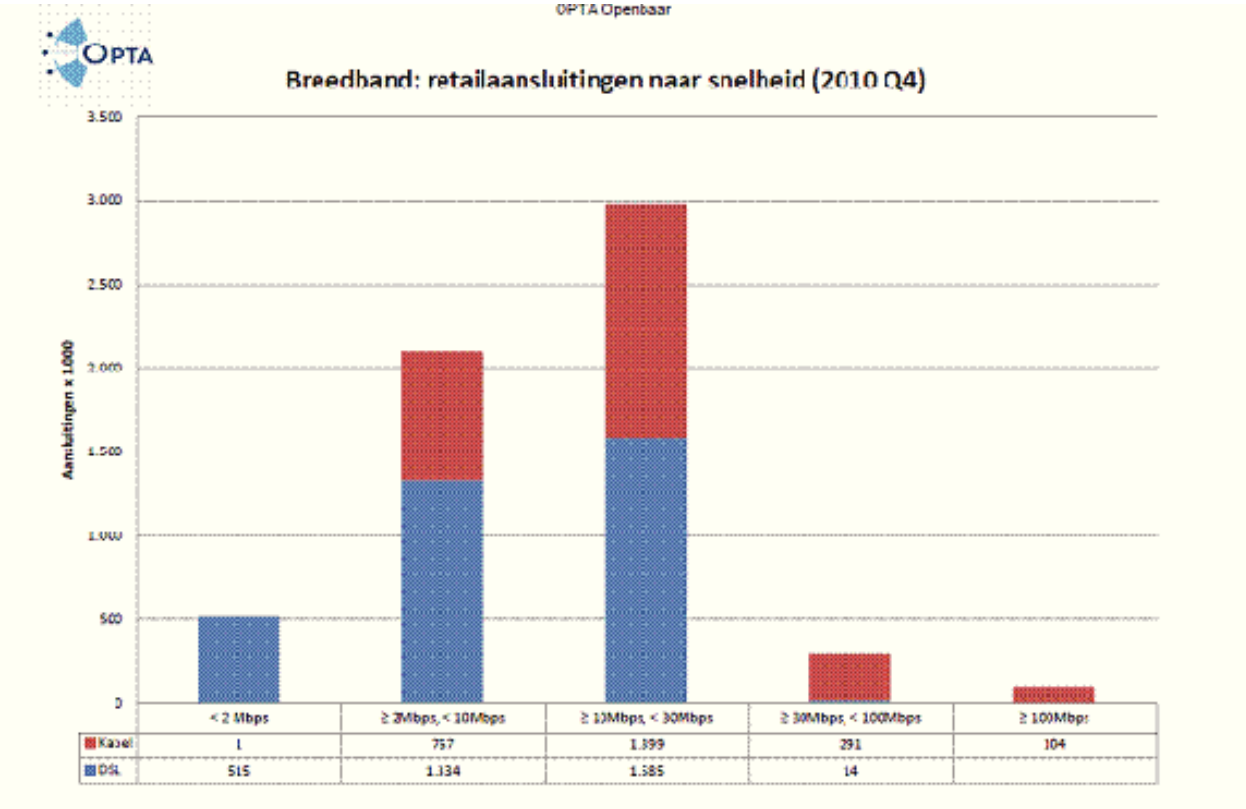
./. [23] Zie de nieuwsbrief van NL Kabel van juni 2011, p. 4 die hierbij wordt toegevoegd als bijlage 2.

vens van dit moment lastig is af te bakenen en dat het betoog van Plum is gebaseerd op een prospectieve beoordeling van de ontwikkelingen. Het ATKearney rapport houdt volgens KPN te weinig rekening met deze ontwikkelingen en geeft in de vier scenario's die zij uit haar onderzoek afleidt dan ook te weinig gewicht aan die factor.

KPN heeft in haar reactie op de breedband vragenlijst aangegeven dat de marktontwikkeling zo is dat DSL aanbieders achterblijven in de segmenten met de hogere bandbreedtes. De in bijlage 2 opgenomen nieuwsbrief van NLKabel concludeert hetzelfde. ARCEP concludeerde eveneens in haar ontbundelde toegang besluit het volgende:

> 'On the retail broadband market ARCEP also distinguishes between the provision of broadband services and the provision of high speed broadband services. According to ARCEP, the latter segment encompasses retail offers with speeds above 50 Mbt/s (download) and 5 Mb/s (upload) which are delivered over fibre (FttLA –Fibre to the Last Amplifier-, FttH -Fibre To The Home).'[24]

De kwartaalrapportages van het college over de structurele marktmonitor bevestigen dat eveneens:



KPN heeft aangegeven dat het college voor een goed beeld van de actuele marktverhoudingen niet zozeer naar historische marktaandelen moet kijken, maar veeleer naar recente acquisitiecijfers. Voor de acquisitie van nieuwe klanten is thans de 'bundelmarkt' het meest van belang. KPN kan in het ontwerpbesluit niet terugvinden dat het college op detailniveau een dergelijke analyse heeft gedaan. Het college lijkt te volstaan met de constatering dat op dit moment de ontwikkeling inderdaad is dat kabelaanbieders een groter aandeel hebben in aanbiedingen met grotere snelheden, maar dat door de door KPN aangekondigde inves-

[24] Zie Commission decision concerning Case FR/2011/1213: Wholesale network infrastructure access, 26-5-2011, p. 3.

teringen in haar kopernetwerk KPN en andere DSL aanbieders die achterstand kunnen inhalen. Daarbij gaat het college echter stilzwijgend uit van een marktontwikkeling waarbij kabelaanbieders op dit punt zouden stilzitten en dat de upgrade van het kopernetwerk zich al heeft bewezen. Zoals hiervoor al aangegeven is, plaatst KPN bij deze redenering haar kanttekeningen.

KPN meent op grond van het voorgaande dat het college het ontstaan van een aparte markt voor hoge snelheid internet- en TV-toegang te gemakkelijk heeft verworpen.

3.2.4 Invloed van de vraag naar en het aanbod van capaciteit op de concurrentiële situatie

Het college concludeert op basis van zijn aanname inzake de capaciteitsbehoefte van afnemers dat het kopernetwerk in de komende reguleringsperiode nog aan de bandbreedtebehoefte van afnemers kan voldoen en daarmee dus volwaardig kan concurreren met de kabelnetwerken en glasnetwerken. Ervan uitgaande, zoals KPN in haar reacties meerdere malen heeft aangetoond op basis van verschillende onderzoeken als ook haar eigen prognoses dat 2HDTV de standaard wordt, 3DTV zich verder ontwikkelt, andere bandbreedte vragende applicaties (OTT, You Tube etc.) zich blijven ontwikkelen – zoals het college in het conceptoordeel televisie ook aanneemt – en het gelijktijdig gebruiken van devices verder toeneemt, dan is de aanname van het college niet correct. Een andere conclusie is dan zeer plausibel namelijk dat het kopernetwerk in de komende reguleringsperiode de concurrentie niet volledig aan kan gaan met kabel- en glasnetwerken. Daarnaast merkt het college zelf op – en de NMa onderschrijft dit in het CAIW besluit, in navolging van hetgeen de NMa reeds in het Reggefiber besluit heeft opgemerkt – dat de relevantie van het kopernetwerk zal afnemen.[25] Daarnaast benadrukt de NMa in het CAIW besluit dat:

> 'Marktpartijen geven aan dat het vervangen van het coax netwerk door een glasvezelnetwerk op een later tijdstip zal plaatsvinden dan de 'verglazing' van het kopernetwerk, omdat het coax netwerk technisch gezien voor een langere tijd voldoende capaciteit kan bieden om aan de vraag van consumenten te voldoen'[26]

Het college erkent bovendien zelf in zijn ontwerpbesluit dat:

> 'glasvezel en kabelaanbieders naar verwachting een voordeel hebben ten opzichte van DSL partijen indien de vraag naar capaciteit substantieel toeneemt.' (rnr. 761)

In de reactie op de dominantieanalyse zal hierna op dit punt worden teruggekomen. Opmerkelijk is het wel dat een partij die – zoals het college toegeeft – technologisch een achterstand heeft en zal blijven houden 'prospectief bekeken' aanmerkelijke marktmacht zou hebben. KPN onderschrijft die conclusie van het college dan ook niet.

3.3 De toenemende vraag naar bundels

3.3.1 Toenemende vraag naar bundels

KPN heeft in haar reacties op de vragenlijsten van het college begin 2011 uitvoerig gemotiveerd dat het separaat beoordelen van de retail breedbandmarkt niet langer mogelijk is. In de consumentenmarkt wordt het belangrijkste deel van de breedbanddiensten door nieuwe klanten afgenomen in bundels van diensten met televisie en telefonie. Consumenten kopen massaal bundels omdat ze daar voordeel (prijs, gemak, of anders) van verwachten. In die bundels kiezen ze als eerste voor de kenmerken van de televisiedienst en vervolgens de

[25] Zie ontwerpbesluit ontbundelde toegang rnr. 836 en NMa besluit CAIW-KPN rnr. 20.
[26] Zie NMa besluit CAIW-KPN van 5 augustus 2011 rnr. 21.

breedbandsnelheid.[27] KPN herhaalt hier niet haar hele betoog dienaangaande, maar verwijst naar de al in dit dossier opgenomen eerdere reacties.

In België heeft BIPT het belang van bundels onlangs in haar besluit breedband van 18 juli 2011 eveneens opgemerkt. Onderstaande citaten uit dit ontwerpbesluit zijn illustratief:

> '338. Het groeiende belang van multiple-playproducten met digitale TV wordt ook door financiële analisten veelvuldig aangehaald als motor voor het aantrekken van nieuwe klanten. Zo stelt het financieel researchbedrijf Raymond James over de Belgische telecommunicatiemarkt: 'TV based players have the advantage. We believe that TV will play an increasingly important role in capturing customers interested in bundling. (...) TV remains the N°1 service in terms of usage. Consumers watch more than 100h of TV per month versus internet usage of 50,60h/month, fixed line usage of 9h and mobile usage of 2.5h per month. More importantly, as for broadband, changing providers requires at least a couple of days while the process is much faster in mobile. There is more potential for differentiation in TV (via content aggregation, provision of interactive services, VOD catalogue, etc.) than in Internet, fixed line and mobile services, where differentiation depends much more on price than quality of service.
> (...)
> 340 Onderzoek uitgevoerd door verschillende operatoren bij hun klanten ten slotte, toont aan dat de interesse in triple-playaanbiedingen met digitale televisie groot is. Zo toont een onderzoek van een operator aan dat een overgroot deel van de bevraagden overwegen een gebundelde aanbieding met digitale televisie te nemen in de nabije toekomst.'
> (BIPT, Besluit breedband, 18 juli 2010 p. 122).

KPN is het dan ook eens met de bevinding van het college, in rnrs. 766 en 767 dat er een toename van bundels plaatsvindt en dat consumenten massaal bundels kopen omdat ze daar voordeel (prijs, gemak, of anders) van verwachten. KPN merkt echter op dat het college onvoldoende belang hecht aan dit gegeven in haar marktafbakening en analyse van de concurrentiële situatie van de internettoegang retailmarkt.

3.3.2 Invloed van de toenemende vraag naar bundels op de marktafbakening

In paragraaf 3.2.10 onderzoekt het college of bundels tot de productmarkt voor individueel aangeboden internettoegang behoren. In annex B.9 onderzoekt het college het tegenovergestelde namelijk of het individueel aangeboden internettoegang tot de mogelijke markt voor bundels behoort.

(i) Behoren bundels tot de productmarkt voor individueel aangeboden internettoegang? (paragraaf B.3.2.10)

In rnr. 907 komt het college tot de conclusie dat het product internettoegang in een bundel concurrentiedruk uitoefent op het losse product internettoegang en daarmee stelt het college dat er geen reden is om een aparte markt af te bakenen voor internettoegang in een bundel en buiten een bundel.

Het college baseert zijn conclusie uitsluitend op het feit dat steeds meer consumenten die overstappen van aanbieder in de meeste gevallen voor een bundel kiezen en dat er in het verleden aanbodsubstitutie heeft plaatsgevonden tussen individuele internetdiensten en bundels. KPN verzoekt het college om alsnog een kwantitatieve dan wel kwalitatieve SSNIPP test uit te voeren alvorens te concluderen dat bundels tot de productmarkt voor individueel aangeboden internettoegang behoren.

[27] Zie rapport 'Vraag en aanbod Next-Generation Infrastructures 2010 – 2020' TNO Informatie- en Communicatietechnologie en Dialogic, Februari 2010, waar op blz. 48 e.v. het volgende wordt betoogd: 'Meest interessante ontwikkeling op het gebied van vaste breedbanddiensten is de toename van de adoptie van video(-gerelateerde)diensten. Deze ontwikkeling vinden we terug over de volle breedte van het vaste dienstenaanbod: ...' en zie tevens bijlage I 'Vraagzijde: ontwikkeling van TV-diensten' van het rapport.

(ii) Behoort individueel aangeboden internettoegang tot de productmarkt voor bundels? (Annex B.9)

In rnr. 1720 komt het college tot de conclusie dat zowel op basis van vraagsubstitutie als aanbodsubstitutie individuele diensten tot dezelfde markt behoren als bundels en bundels niet tot een aparte productmarkt behoren. In de vraagsubstitutie analyse stelt het college in rnr. 1698:

> 'Weliswaar zijn bundelklanten minder snel geneigd om over te stappen naar de concurrent, wat wijst op een aparte bundelmarkt. Echter bundels zijn gemiddeld goedkoper dan de individuele diensten tezamen omdat aanbieders eindgebruikers willen bewegen om bundels af te nemen. Dit is juist een indicatie dat de bundelprijs afhankelijk is van de prijs van individuele diensten en dus prijsdruk ondervindt van individuele diensten. Immers de aanbieders lijken bundelklanten niet voor zich te kunnen winnen met een hogere of zelfs een gelijke bundelprijs. Daarom concludeert het college dat individuele diensten, middels vraagsubstitutie tot dezelfde productmarkt behoren als bundels.'

KPN heeft moeite met de redenering die het college hanteert om tot de conclusie te komen dat er geen sprake is van vraagsubstitutie. Allereerst wordt door het college een andere benadering gekozen dan de SNIPP test voorschrijft.

Het college voert de analyse van vraagsubstitutie niet uit volgens het door hem, in het kader van de marktanalyse wholesalebreedbandtoegang van 2008, opgestelde kader voor het afbakenen van een bundelmarkt. In dit kader stelde het college onder meer (onderstreping toegevoegd door KPN):

> Marktanalysebesluit OPTA 2008 (Wholesalebreedbandmarkt):
>
> '97. In bepaalde gevallen kunnen producten of diensten, afnemers of geografische gebieden die op grond van alleen vraag- en aanbodsubstitutie-overwegingen tot aparte markten gerekend zouden worden, toch tot een zelfde relevante markt behoren. Hiervan kan sprake zijn, indien in meerdere op grond van vraag- en aanbodsubstitutie afgebakende markten een gemeenschappelijke overheersende factor zorgt voor prijsdruk.53 Dit wordt aangeduid als een gemeenschappelijke prijsbeperking. Onder bepaalde condities kan een bundel van producten of diensten een relevante markt op zichzelf vormen. Of dat het geval is er van afhankelijk of er significante verschillen in kosten voor consumenten bestaan tussen aankoop van producten en diensten in één bundel en separate aankoop van de onderdelen van de bundel. Een bundel kan een relevante markt op zich vormen indien afnemers van de bundel niet zouden overstappen naar afname van de losse onderdelen in reactie op een kleine maar significante, duurzame prijsverhoging van de prijs van de bundel ten opzichte van de prijzen van de losse componenten.
>
> 273. Bij de beoordeling van de vraag of bijvoorbeeld een bundel van breedbandinternettoegang met vaste telefonie een aparte relevante markt vormt, is de vraag of de prijzen van de aparte vaste telefoniedienst en de aparte breedbanddienst voldoende prijsdruk uitoefenen dan immers voldoende prijsdruk uitoefenen om een prijsverhoging van de bundel te voorkomen. Deze benadering sluit aan bij wat de Europese Commissie in de Aanbeveling zegt over de bundelmarkten: "Wanneer in aanwezigheid van een kleine, maar significante duurzame prijsverhoging er bewijs is dat een voldoende aantal eindgebruikers de bundel zou 'ontbundelen' en de afzonderlijke producten uit de bundel afzonderlijk zou verwerven kan geconcludeerd worden dat de afzonderlijke producten elk een relevante markt vormen en niet de bundel."
>
> 274. Om dit te beoordelen gebruikt het college een aantal verschillende indicatoren om in te schatten of veel afnemers zullen overstappen op losse diensten. Het OPTA EAT paper en een rapport van Europe Economics voor de Europese Unie geven aan dat de volgende factoren een indicatie kunnen zijn voor de aanwezigheid of de afwezigheid van een bundelmarkt.
>
> 1) Het verschil (gecorrigeerd voor kwaliteitsverschillen) tussen de bundelprijs en de som van de prijs van de losse elementen van de bundel. Hoe groter dit prijsverschil, hoe minder waarschijnlijk dat veel afnemers bij een verhoging van de bundelprijs zullen overstappen naar de afname van aparte diensten. Een groot prijsverschil kan dan ook een indicatie zijn voor het bestaan van een bundelmarkt.
>
> 2) De kosten die afnemers hebben als ze overstappen op de aankoop van aparte diensten in plaats van de bundel. Indien deze kosten hoog zijn ten opzichte van de bundelprijs, dan wijst dit op het bestaan van een aparte bundelmarkt.

> 3) Verder wijzen ontwikkelingen in marktaandelen voor de aparte diensten die substantieel verschillend zijn van de ontwikkeling van marktaandelen voor de bundel op het ontbreken van een aparte bundelmarkt.
>
> 4) De vraag of alle afnemers een vergelijkbare waarde hechten aan de producten in de bundel. Indien een deel van de afnemers meer waarde hecht aan bijvoorbeeld vaste telefonie en een deel van de afnemers aan breedbandinternettoegang, dan is het aannemelijk dat ze elk eerder overstappen op de afname van de aparte diensten bij een verhoging van de bundelprijs. Dit is een indicatie dat er geen sprake is van een aparte bundelmarkt.'

Het college stelt in het onderhavige ontwerpbesluit vast dat er een aanzienlijk prijsvoordeel is bij de aankoop van een bundel ten opzichte van het aankopen van de losse diensten (rnr. 1691). Dit zou dus in overeenstemming met punt 1 van het kader dat het college in 2008 heeft geformuleerd er eerder op wijzen dat er sprake is van een aparte bundelmarkt.

Wat betreft het tweede punt, overstapdrempels, merkt KPN op dat het college hier bijna geen aandacht aan schenkt in de vraagsubstitutie analyse in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang. Dit terwijl het wel degelijk van invloed is op de marktafbakening zoals BEREC zelf heeft aangegeven:

> 'Switching costs: when there are considerable costs associated with switching between the bundle and individual products, it may also be appropriate to define a separate market for the bundle. Using the framework of the SSNIP test, if consumers are unresponsive to prices as a result of switching costs between bundles and individual products, a hypothetical monopolist of the bundle may be able profitably to maintain prices above the competitive level. In such cases, it may be appropriate to define the market as a bundle. It is important to note, however, that switching costs could be constructed artificially by firms with market power in order to reduce churn. As with using switching behaviour as evidence, this evidence may not reflect the situation under competitive conditions, so does not necessarily indicate whether it would be appropriate to define a market as a bundle.'[28]

Wat betreft overstapdrempels heeft KPN al in haar antwoorden op de televisie vragenlijst benadrukt dat deze wel degelijk bestaan en implicaties hebben voor de mogelijke bundelmarkt.

> 'In het licht van de ontstane pakketten- c.q. bundelmarkt ('triple play' of 'multiplay') leidt dit tot scheve verhoudingen, die de kabelaanbieders als 'zittende' TV-aanbieders bevoordelen en die nieuwe toetreders als de DSL- en glasaanbieders benadelen. Volgens KPN doet dit geen recht aan de belangen en wensen van de consumenten. Kabelaanbieders kunnen vanuit de bestaande klantrelatie op TV eenvoudig de service bieden aan hun hele klantenbestand om de overstap te maken naar een triple play pakket, zonder dat de klant zijn telefonie en/of internet zelf hoeft op te zeggen. DSL- en glasaanbieders kunnen deze dienstverlening niet bieden, aangezien zij vanuit de relatie die zij hebben op internet en telefonie de klanten niet op TV kunnen overzetten zonder dat de klant dit abonnement zelf opzegt. Deze belemmering in de televisie- en bundelmarkten zou in de analyse van OPTA betrokken moeten worden en zo mogelijk moeten leiden tot verplichtingen voor kabelaanbieders om aan een dergelijk proces medewerking te verlenen.'

Het derde en vierde punt dat volgens het in 2008 opgestelde toetsingskader van het college nog een indicatie kan zijn of er wel of niet sprake is van een bundelmarkt, worden in het onderhavige ontwerpbesluit niet eens onderzocht.

KPN is daarom van oordeel dat de uitkomsten van het onderzoek van het college in het onderhavige ontwerpbesluit geen overtuigend bewijs leveren van het feit dat er geen sprake is van een aparte bundelmarkt. De toenemende vraag naar bundels en dan voornamelijk triple play, als ook het aanzienlijke prijsverschil tussen bundels en de losse diensten en de overstapdrempels doen sterk vermoeden dat er sprake is van een aparte bundelmarkt.[29] Daar-

[28] Zie BEREC Report on impact of bundled offers in retail and wholesale market definition, december 2010.

[29] KPN heeft in haar antwoord op vraag 23 van de breedband vragenlijst al opgemerkt dat zij van mening is dat er sprake is van asymmetrische concurrentiedruk. KPN acht het namelijk zeer waarschijnlijk dat het losse breedbandproduct minder concurrentiedruk uitoefent op een bundel van producten (tv+bb+vt), dan dat de bundel van producten op het losse product breedbandinternettoegang uitoefent. De steeds toenemende afname en voorkeur van bundels door consumenten

naast acht KPN dat het college in zijn onderhavige analyse inzake het te verwachten overstapgedrag niet de conclusie mag trekken die hij nu doet (rnr. 1710), het verschil van 12,5% ten opzichte van 13% is te klein zeker gezien de onnauwkeurigheidsmarges in beide percentages.

KPN is van oordeel dat het college de analyse en de daaruit voortvloeiende conclusies inzake het al dan niet bestaan van een aparte bundelmarkt opnieuw en met in achtneming van de criteria die hij zelf in het marktanalysebesluit wholesale breedbandtoegang van 2008 heeft geformuleerd, dient uit te voeren.

3.3.3 Invloed van de toenemende vraag naar bundels op de concurrentieanalyse

In rnr. 1072 stelt het college dat KPN door bundeling met vaste telefonie en televisiediensten haar relatief sterke concurrentiepositie op de retailmarkt voor internettoegang kan behouden.

In rnr. 1076 erkent het college dat kabelaanbieders hun concurrentiepositie op de televisiemarkt gebruiken om met televisiebundels meer marktaandeel te verwerven op de markt voor internettoegang. Daarnaast stelt het college dat de bundels die kabelaanbieders aanbieden alleen voor een deel repliceerbaar zijn door KPN. Uitgangspunt is dat KPN snellere internetdiensten gaat leveren via nieuwe technologieën waaronder pair bonding. Hierdoor zou KPN op termijn ook de bundels tot 100 Mb kunnen repliceren van de kabelaanbieders. Het college concludeert dat KPN slechts een beperkt concurrentienadeel heeft ten opzichte van kabelaanbieders.

In rnr. 1080 concludeert het college vervolgens op basis van de scenario's die ATKearney heeft gepresenteerd dat bundeling dan wel negatief of zowel niet negatief als positief bijdraagt aan 'het risico op AMM' van KPN.

KPN is van mening dat de analyse van het college over het effect van bundeling op de concurrentiepositie van de verschillende aanbieders tekort schiet. In de analyse van het college wordt immers geen aandacht besteed aan de volgende twee punten:

1) Het kenmerk in de bundel (televisie, vaste telefonie en breedband) dat doorslaggevend is voor de consument bij zijn overweging om een bundel aan te schaffen.

   KPN heeft in haar reactie op de vaste telefonie, breedband en televisie vragenlijst benadrukt dat consumenten als eerste voor de kenmerken van de televisiedienst en vervolgens de breedbandsnelheid kiezen. Vaste telefonie is alleen maar een add-on. Het college lijkt dit enigszins te erkennen doordat hij in rnr. 769 stelt dat vooral de kabelmaatschappijen succesvol zijn in het verkopen van bundels vanwege hun achtergrond in televisiediensten, maar gaat hier vervolgens niet verder op in.

   KPN heeft in haar antwoorden op zowel de televisie, breedband als vaste telefonie vragenlijst het volgende benadrukt:

   'Consumenten kopen massaal bundels omdat ze daar voordeel (prijs, gemak, of anders) van verwachten. In die bundels kiezen ze als eerste voor de kenmerken van de televisiedienst en vervolgens de breedbandsnelheid. De aangeboden televisiedienst is dus vaak doorslaggevend voor de keuze door de consument van een aanbieder voor het totale aanbod dat hij afneemt. De effecten van het aanbod van televisiediensten gaan dus verder dan de 'televisiemarkt' en zijn ook direct van belang voor de ontwikkelingen op andere markten waarbij een multiplay aanbod van belang is .....volgens KPN kunnen de kabelaars door middel van bundelen hun positie op de TV-

doet KPN vermoeden dat bij een prijsverhoging van 5 à 10% van de bundel minder consumenten zullen overstappen naar onder andere het losse product breedband, dan het aantal consumenten dat zal overstappen naar een bundel bij een prijsverhoging van 5 à 10% van het losse product breedbandinternettoegang.

markt overhevelen naar de breedbandmarkt en kan dit een mededingingsprobleem veroorzaken. Dat KPN door middel van bundeling haar positie op de breedbandmarkt niet kan overhevelen naar de TV-markt heeft te maken met het feit dat TV de component is in de bundel waar de consument als eerste voor kiest. De kabel heeft ten aanzien van TV-diensten bij klanten de voorkeur en via DSL kunnen TV diensten niet overal met een vergelijkbare kwaliteit als door kabelaars worden geleverd.

2) De marktaandeelontwikkelingen van de verschillende aanbieders.

Het college concludeerde in zijn WBT marktanalysebesluit van 2008:

'Mocht het zo zijn dat kabel een voordeel heeft door haar positie op (analoge) omroep, dan zou dit tot uitdrukking moeten komen in een snellere groei van breedbandinternettoegang (plus vaste telefonie) via de kabel ten opzichte van breedbandinternettoegang (plus vaste telefonie) via DSL. De marktaandelen van de partijen op de breedbandmarkt zijn (afgezien van fusies en overnames) min of meer stabiel. (...)

359. (.....) Naar verwachting zullen op de langere termijn de verhoudingen op vaste telefonie een afspiegeling gaan vormen van de huidige verhoudingen op breedbandinternettoegang. Dit betekent dat er in de komende reguleringsperiode geen versterkend of verzwakkend effect van bundeling van enerzijds vaste telefonie en breedband en anderzijds vaste telefonie, breedband en omroep uitgaat op de positie van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang.' (p.96-97)

Halverwege de reguleringsperiode moet KPN constateren dat de kabelaanbieders, in tegenstelling tot wat het college in 2008 stelde, een voordeel hebben met hun positie op televisie. Dit gegeven is af te leiden uit het feit dat de groei van breedbandinternettoegang via de kabel sneller is dan via DSL, zoals TelecomPaper in haar rapportage 'Dutch Broadband Q3 2010' naar voren heeft gebracht.

Aandeel in de netto groei	Q408	Q109	Q209	Q309	Q409	Q110	Q210	Q310
Ziggo	-30%	8%	38%	54%	38%	47%	69%	50%
UPC	15%	11%	7%	43%	43%	60%	80%	40%
Tele2	27%	24%	25%	43%	14%	28%	14%	8%
Online	-6%	-17%	-8%	-14%	-4%	-4%	-7%	-2%
Internet van KPN *	25%	34%	13%	-14%	-1%	-1%	-29%	-4%
Overig	68%	40%	24%	-11%	11%	-31%	-27%	9%
Totaal BB NL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Gebaseerd op TelecomPaper rapportage Dutch Broadband Q3 2010.

KPN doet een uitdrukkelijk beroep op het college om zijn conclusie over de invloed van de bundelingstrend op de positie van de verschillende marktspelers te heroverwegen. KPN is van mening dat het college geen conclusies kan trekken over het effect van bundeling op de concurrentiepositie van de verschillende aanbieders alvorens een uitspraak te doen op basis van welke kenmerken een consument voor een bepaalde bundel kiest en hoe de marktaandelen van de verschillende aanbieders zich hebben ontwikkeld.

In verband daarmee wijst KPN nog op één detail ten aanzien van de definitie die het college hanteert van het begrip bundel. Het college geeft zelf in voetnoot 342 (p. 223) al aan dat de definitie van 'bundel' in het kader van de structurele marktmonitor (hierna: SMM) afwijkt van de elders gehanteerde definities. In de uitvraag vraagt het college opgave van 'alles wat bij één aanbieder wordt afgenomen' om te bepalen wat een gebundeld aanbod is. Specifiek ten behoeve van de opgave van KPN worden daarom waar mogelijk zelfs combinaties van XS4All/Telfort/KPN contracten opgespoord, hoewel de diensten waaruit die bestaan commercieel volledig los wordt geboden en ook intern zelfs met moeite weer herleid moeten worden. Dat betekent dat voor zover het college op de structurele marktmonitor cijfers

leunt het KPN aandeel in bundels wordt overschat. Bij de kabel en bij andere aanbieders als Tele2 (die veelal onder één merk aanbieden) zal wat als bundel wordt gemeld ook commercieel aan die definitie voldoen, maar voor KPN geldt dat door de manier waarop het college uitvraagt niet.

Zo zouden volgens de definitie van het college allerlei combinaties als de volgende een bundel zijn, hoewel we binnen KPN niet eens in de primaire systemen hebben staan dat die klanten meerdere diensten afnemen:

- Xs4All internet + KPN Digitenne + KPN PSTN
- Telfort internet + KPN Digitenne + KPN PSTN
- Telfort mobiel + XS4All vast
- KPN mobiel + Xs4All vast
- Etc. etc. etc.

Deze overschatting van het KPN aandeel in de bundelmarkt heeft als keerzijde een onderschatting van het aandeel van kabelaanbieders en dus ook een onderschatting van hun invloed op de marktverhoudingen.

3.4 Overige ontwikkelingen en de geografische marktafbakening

3.4.1 Zakelijke vraag naar consumentenproducten

Het college stelt in rnr. 774 dat zakelijke afnemers in het MKB en grootzakelijk afnemers meer belang hechten aan capaciteitsgaranties, etc. Daarnaast hebben zij een vraag naar pinbetaling, beveiliging, hosting services en data opslag die niet met standaard consumenten oplossingen worden vervuld.

KPN heeft in haar antwoord op vraag 20 en 21 van de breedband vragenlijst aangegeven dat de kwaliteitsverbeteringen van de breedbandige diensten voor consumenten en de steeds hogere capaciteiten die aan consumenten worden geleverd ertoe hebben geleid dat veel zakelijke afnemers genoegen nemen met breedbanddiensten die in de markt zijn gericht op consumenten. Het college constateert dat ook (rnr. 772). Door de toegenomen capaciteit van breedbandige verbindingen die gericht zijn op consumenten kunnen steeds meer toepassingen die voorheen uitsluitend over een huurlijn/datacom geleverd konden worden, nu ook over een 'consumenten' hoogcapacitaire breedbandverbinding worden afgenomen. Steeds meer zakelijke producten kunnen op basis van een breedbandinternet verbinding worden afgenomen.

Tot voor kort was hier een gecertificeerde datacommunicatieverbinding voor nodig. Op 12 november 2010 publiceerde Currence, de organisatie die het PIN betalingsverkeer regelt, een persbericht dat voor PIN en Chip betalingen niet langer een gecertificeerde verbinding noodzakelijk is en dat een standaard breedbandinternetverbinding voldoet. Vooral voor de onderkant van de zakelijke markt is dit een aantrekkelijke ontwikkeling voor aanbieders en afnemers. Ook komt er meer apparatuur beschikbaar waarmee in toenemende mate veilige VPN verbindingen (VPN 'tunnels') tussen bedrijfsvestigingen over het openbare internet kunnen worden aangeboden, onder meer pin-betaling.

KPN kan zich dan ook niet verenigen met de stelling van het college dat de vraag naar onder andere pin-betaling en beveiliging door afnemers in het MKB en grootzakelijke afnemers niet met standaard consumenten oplossingen worden vervuld.

3.4.2 Geografische markt voor internettoegang

Het college concludeert in rnr. 934 dat er geen significante en duurzame verschillen in de prijs op het productaanbod van internettoegang tussen de verzorgingsgebieden van de kabelmaatschappijen, of tussen gebieden waar FttH is uitgerold en gebieden waar alleen koper en kabelnetwerken zijn uitgerold. Op basis hiervan stelt het college dat er sprake is van een nationale markt.

KPN merkt overigens op dat het college in haar analyse van de geografische markt het onderzoek van TNO Vraag en Aanbod Next Generation Infrastructures 2010-2012 niet in overweging neemt. Terwijl in dit onderzoek duidelijk wordt aangetoond dat anders dan historisch in Nederland het geval was er een veel minder grote uniformiteit zal zijn naar beschikbare infrastructuren met gelijke mogelijkheden. KPN verwijst in dat kader nogmaals naar haar antwoorden op de vragen 25, 26, 27, 28, 29. 30 als ook p. 7 op de vragenlijst breedband.

3.5 Concurrentieanalyse retailmarkt voor internettoegang

In de paragrafen 2.2.1 en 2.2.2 is KPN al ingaan op de mate waarin de vraag naar en het aanbod van capaciteit en de impact van bundels bepalend zijn voor de concurrentiepositie van partijen. Kort samengevat is KPN van mening dat de vraag naar en het aanbod van breedbandcapaciteit en de impact van bundels ertoe leiden dat er geen 'risico op AMM' vastgesteld kan worden van KPN in de komende reguleringsperiode. KPN zal hierna ook nog nader ingaan op de andere criteria die het college heeft vastgesteld om te bepalen of er 'een risico is op AMM' van KPN.

Alvorens dat te doen wenst KPN de volgende opmerking te plaatsen. Met betrekking tot de analyse van de retailmarkt voor internettoegang stelt het college vast dat KPN een technologische achterstand heeft en op dit moment marktaandeel verliest aan de kabelaanbieders. Maar omdat KPN plannen heeft aangekondigd om deze achterstand de komende jaren te keren zou er het risico zijn – indien KPN daarin slaagt – dat KPN een aanmerkelijke marktmacht zou hebben. Door slechts dat te concluderen, bewijst het college eerder dat KPN zich de komende reguleringsperiode geheel niet onafhankelijk van klanten en concurrenten kan gedragen, dan dat KPN dat wel kan en aanmerkelijke marktmacht zou hebben.

3.5.1 Marktaandelen en churn

Het college erkent dat KPN marktaandeel heeft ingeleverd en dat de kabelaanbieders een sterkere concurrentiedruk uitoefenen op KPN dan in eerdere jaren op de retailmarkt voor internettoegang en al sinds 2009 ten koste van KPN groeien (rnr. 960). Desalniettemin concludeert het college in rnrs. 969 t/m 987 dat het marktaandeel van KPN bijdraagt aan 'het risico op AMM'. Het college onderbouwt dit door te stellen dat KPN, in aanwezigheid van regulering, met een marktaandeel van 40 – 45 [KPN Vertrouwelijk:] procent nog steeds de grootste speler is op de Nederlandse markt voor internettoegang en dat het marktaandeel van KPN, in afwezigheid van regulering, 45-50% zou zijn. KPN kan zich niet verenigen met deze conclusie van het college om de volgende redenen.

(i) Regionale concurrentiedruk van de kabelaanbieders

Het college geeft uitsluitend de marktaandelen op de landelijke markt voor internettoegang weer, terwijl het college in rnr. 964 zelf erkent dat de individuele marktaandelen van de kabelaanbieders op de landelijke markt de concurrentiedruk van kabelaanbieders ten opzichte van KPN onderschatten. Deze belangrijke conclusie wordt vervolgens niet in de over-

weging van het college meegenomen wat betreft het inschatten van het marktaandeel van KPN in afwezigheid van regulering.

Het college stelt daar overigens wel tegenover dat het collectieve marktaandeel van de kabelaanbieders de competitieve kracht van de kabelaanbieders overschatten (zie rnr. 963). De voornaamste reden die het college hiervoor geeft is dat de kabelaanbieders de mogelijkheid ontberen om via één landelijke campagne reclame te voeren, of op andere wijze activiteiten landelijk te combineren zodat meer schaalvoordelen worden verkregen. KPN herkent dit gegeven niet, aangezien de kabelaanbieders sommige activiteiten landelijk weten te combineren middels NLKabel en bovendien de individuele kabelaanbieders nu al landelijk adverteren (zie landelijke TV reclamecampagnes van Ziggo en UPC). Dit argument van het college dat kabelaanbieders minder schaalvoordelen verkrijgen en daarmee dat het collectieve marktaandeel van de kabelaanbieders de competitieve kracht van de kabelaanbieders overschatten houdt dan ook geen stand.[30] Veel relevanter is dat vrijwel elke individuele klant op zijn locatie een keuze kan maken tussen KPN, andere DSL aanbieder of een kabelaanbieder, waarbij de klant volgens de afzetcijfers steeds meer de voorkeur heeft voor die laatste.

In haar eerdere reactie op de vragenlijsten heeft KPN aangegeven dat om de concurrentiekracht te meten – ook als van een nationale markt wordt uitgegaan – zal moeten worden gekeken naar het concrete klantgedrag op een bepaalde locatie. Bij vaste diensten zijn alle individuele klanten gebonden aan de locatie waar ze diensten willen afnemen. In veel regio's waar KPN, DSL aanbieders en kabelaanbieders concurreren om de gunst van klanten blijken die voor de kabel te kiezen. KPN neemt aan dat het college daar een analyse naar heeft gedaan, maar die komt in het ontwerpbesluit niet terug. [KPN Vertrouwelijk –

.]

Het recente bericht van TelecomPaper naar aanleiding van de kwartaalcijfers van Ziggo illustreert het hier besproken punt. TelecomPaper meldt:

> 'Ziggo Q2: voorlopig geen vuiltje aan de lucht - vrijdag 29 juli 2011- Tim Poulus - Ziggo maakte recent de resultaten bekend over het tweede kwartaal. Net als in de voorgaande kwartalen lagen de omzetgroei (+7,6%) en de EBITDA-marge (56,9%) op een hoog niveau. Door fors lagere afschrijvingen verdubbelde het operationeel resultaat bijna. Dat was mede het gevolg van een veranderde visie op de klantrelaties, de 'customer list', die niet meer standaard geamortiseerd wordt maar jaarlijks wordt onderworpen aan een impairment test. De nettowinst was voor de tweede keer positief, wat Ziggo op het betalen van inkomstenbelasting komt te staan.
>
> De operationele kasstroom groeide met 12 procent, maar ook de capex (+37%, vooral door Docsis 3 modems en versterken van de backbone) en de aflossingen namen toe, waardoor de kas halveerde tot 50 miljoen euro. Overigens verwacht Ziggo dat de capex de komende jaren relatief hoog blijft (15-16% van de omzet) vanwege het omwisselen van Docsis 2 voor Docsis 3 modems. Daarna kan deze verhouding terug naar 14-15 procent. Het algehele effect op de balans was gunstig. De nettoschuld daalde op jaarbasis met 8 procent naar 3,27 miljard euro. De verhouding van nettoschuld en EBITDA verbeterde daardoor tot 4,2 (vorig jaar 5,0).

[30] Landelijke reclamecampagnes zijn zo ongeveer het enige argument dat het college aanvoert waarom KPN schaalvoordelen zou genieten ten opzichte van de kabelaars. Zonder tenminste een indicatie van de kostenbijdrage van deze reclamecampagnes in de totale productkosten is dit argument weinig overtuigend. Als het college een indicatie van dit kostenvoordeel zou geven dan dient het college ook een kostenindicatie te geven van de schaalnadelen die KPN heeft ten opzichte van de kabel, met name als gevolg van haar technologische achterstand ten opzichte van DOCSIS3.0. Pas als alle schaal voor- en nadelen voorzien zijn van een kostenindicatie kan de balans opgemaakt worden of KPN wel of geen schaalvoordelen heeft ten opzichte van de kabelaars.

Abonnees (mln)	Q2 2011	Q2 2010 %	(y-o-y)
Homes passed	4,181	4,107	+1,8
Klanten	3,047	3,120	-2,3
Analogue-only	1,076	1,443	-25
Digital + analogue	1,971	1,677	+18
Betaalde dig. TV	0,896	0,808	+11
Breedband	1,604	1,492	+7,5
Telefonie	1,252	1,073	+17
Triple plays	1,178	0,999	+18

De beschikbaarheid van Docsis 3 (snelheden tot 120 Mbps) en een goede triple play (ook voor de kleinzakelijke markt) zorgden ervoor dat de abonnee-groei eveneens hoog was, zie tabel boven. Wel verliest Ziggo gestaag analogue-only kijkers, die niet allemaal terugkeren als digitaal/analoog kijkers. Dat leidt tot een traag verlies van klanten. Daarnaast was er een verlies op kwartaalbasis voor de betaalde digitale diensten, wat verband houdt met het einde van het voetbalseizoen. De 'bezettingsgraad' (of penetratie) van het netwerk staat nu op 72,9 procent, tegenover 76,0 procent een jaar geleden. De penetratie van analogue-only daalt gestaag, terwijl digitaal/analoog groeit, zie tabel onder.

Penetratie (%)	Q2 2011	Q2 2010
Analogue TV only	35,3	46,3
Digital + analogue TV	29,4	25,9
Breedband	52,6	47,8
Telefonie	41,1	34,4
Triple play	38,0	25,5

Het aantal verkochte diensten per klant (RGUs: revenue generating units) steeg tot 1,94, tegenover 1,91 vorig kwartaal en 1,82 een jaar geleden. De ARPU ('average revenue per user' per maand) kwam volgens onze berekening uit op 39,68 euro, 10 procent meer dan een jaar geleden. De opbrengst per RGU nam met 3,7 procent toe tot 20,62 euro. Kijken we naar de vrije kasstroom, gedefinieerd als EBITDA minus capex, dan zien we een kleine terugval tot 146 miljoen euro (-1,6%). Wel staat de verhouding van vrije kasstroom en omzet op een nog altijd hoog niveau van 40,2 procent.

Conclusie - Het gaat Ziggo voor de wind dankzij Docsis 3 en de triple play. De groei is hoog, het marktaandeel groeit en de balans wordt langzamerhand wat sterker. De omstandigheden voor een beursgang zijn goed, maar het beursklimaat zorgde recent voor uitstel. De hogere capex is in dat verband wat zorgelijk. Daarnaast rijst de vraag: hoe toekomsTVast is het netwerk? De vrije kasstroom op de omzet is met 40,2 procent (zie boven) dermate hoog, dat gesuggereerd wordt dat er te weinig geïnvesteerd wordt. Echter, de groei is zo hoog, dat een stijgende capex kan worden opgevangen. Het echte risico bestaat er daardoor uit dat tegelijk de groei terugvalt en de capex verhoogd zal moeten worden. De vraag is of en wanneer dat gebeurt.'

In dit overzicht is vooral het staatje over de penetratie van de verschillende diensten van belang. Bij breedband is de penetratie van Ziggo in haar gebieden volgens TelecomPaper in een jaar gestegen van 47,8% naar 52,6%, bij telefonie van 34,3% naar 41,1% en bij triple play van 25,5 tot 38%. Als grootste kabelaanbieder – en representatief voor wat andere kabelaanbieders kunnen en doen – slaagt Ziggo erin om tot dergelijke hoge (groei)percentages penetratie te komen. Desalniettemin is KPN volgens het college de aanbieder met aanmerkelijke marktmacht in de relevante retailmarkten.

(ii) Incorrecte aanname dat bij afwezigheid van regulering KPN en kabelaanbieders in gelijke mate profiteren van alternatieve DSL aanbieders

Een andere belangrijke kanttekening die KPN wenst te plaatsen is de aanname die het college in rnrs. 966/980 en voetnoot 366 veronderstelt om tot de conclusie te komen dat KPN in afwezigheid van regulering mogelijk een marktaandeel van 45-50% verkrijgt. Het college

stelt dat in afwezigheid van regulering marktpartijen (in casu KPN en de kabelaanbieders) in gelijke mate zouden profiteren van de afwezigheid van alternatieve DSL aanbieders. Volgens het college is er geen argument waaruit blijkt dat een bepaalde marktpartij meer zou profiteren dan de rest van de markt. KPN deelt deze conclusie niet. Zoals het college zelf stelt in rnr. 769 zijn kabelmaatschappijen succesvol in het verkopen van bundels vanwege hun achtergrond in televisiediensten. Dit maakt het dan ook aannemelijk dat in afwezigheid van regulering vooral de kabelaanbieders, gelet op de toenemende vraag naar bundels, zouden profiteren van de afwezigheid van alternatieve DSL aanbieders. Niet alleen de uitstroom van DSL naar kabel geeft een aanwijzing dat kabel meer zou profiteren van de afwezigheid van alternatieve DSL aanbieders dan KPN. Ook bevestigen acquisitiecijfers, die KPN aan het college heeft verstrekt in het kader van de beantwoording van breedband vragen, dat de actuele marktverhoudingen dusdanig zijn dat de kabel meer zou profiteren van de afwezigheid van alternatieve DSL aanbieders dan KPN.

Daaraan wenst KPN toe te voegen dat wat het college in rnr. 959 stelt dat de daling van het marktaandeel van DSL sinds 2008 voor een deel toe te schrijven is aan de groei van het marktaandeel van FttH netwerken, niet volledig is. Een groot deel van deze daling dient immers toegeschreven te worden aan de groei van het marktaandeel van het kabelnetwerk. Het antwoord dat KPN op vraag 4 van de breedband vragenlijst heeft gegeven bewijst dit. Daar gaf KPN aan:

> 'Exit enquêtes die KPN in 2010 heeft uitgevoerd geven het volgende overzicht. Dit overzicht bevat overstappers van breedband van KPN naar andere aanbieders (incl. de aanbieders die ook IPB afnamen). [KPN Vertrouwelijk:
>
> ']

(iii) Geen conclusies verbonden aan het dalende marktaandeel van KPN

KPN merkt vervolgens op dat het college bijna geen aandacht besteedt aan het feit dat KPN marktaandeel heeft ingeleverd de afgelopen jaren. In rnrs. 959 t/m 962 worden door het college wel de ontwikkelingen van de marktaandelen nader geanalyseerd. Zo stelt het college in rnr. 960 over het aantal aansluitingen van KPN het volgende:

> 'Het aantal aansluitingen van KPN [KPN vertrouwelijk:

.]'

Het college verbindt hier ten onrechte echter geen conclusies aan. Inmiddels blijkt uit de in juli 2011 gepubliceerde halfjaarcijfers van KPN dat het aantal breedbandklanten is gedaald tot 2.558 duizend aansluitingen, ruim onder het niveau van medio 2008. Het inleveren van marktaandeel is op zich zelf een teken dat enige AMM die nog zou bestaan afneemt. Zo merkt het college zelf op in rnr. 706 (op basis van de Richtsnoeren):

> 'Een onderneming met een groot marktaandeel mag worden geacht over AMM te beschikken – dus in een machtspositie te verkeren – wanneer haar marktaandeel over langere tijd stabiel is gebleven. Het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest, kan erop wijzen dat de markt concurrerender wordt, maar hoeft niet uit te sluiten dat aanzienlijke marktmacht wordt vastgesteld." Ook in het concept oordeel televisie stelt OPTA: "Een groot marktaandeel wordt gezien als een belangrijke indicatie van een machtspositie in de mededingingsjurisprudentie. Tegelijkertijd is een groot marktaandeel alleen niet voldoende is om een machtspositie aan te tonen; het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest, kan ook duiden op een markt die neigt naar concurrentie.' [31]

Ten aanzien van de markt voor internettoegang wijzen alle factoren erop dat de in de Richtsnoeren bedoelde situatie dat de markt 'neigt naar concurrentie' allang is bereikt.

(iv) Inconsistente weging van de marktaandelen op de televisiemarkt en internettoegang markt

KPN kan de analyse en de conclusie van het college inzake de marktaandelen en het risico op AMM op de markt voor internettoegang (zie rnr. 969) niet verenigen met de analyse en de conclusie die het college verbindt aan de marktaandeelontwikkelingen op de televisiemarkt.

De klantvraag in de consumentenmarkt op breedband is niet alleen gebaseerd op de internettoegangsdienst, maar – als gevolg van de tendens naar bundeling – in belangrijke mate door de behoefte aan televisiediensten. Zoals in de inleiding van deze reactie is beschreven – en uitvoeriger in de reactie van 7 januari 2011 op de vragenlijst televisie – is de behoefte aan kwalitatief hoogwaardige televisiediensten (zowel technische kwaliteit, als inhoud) zeer bepalend voor de keus van de consument. Door de snel toenemende groei aan HDTV toestellen wordt de vraag naar HDTV diensten aangewakkerd. De standaard bandbreedtebehoefte zal daardoor naar verwachting ergens in de komende reguleringsperiode groeien naar capaciteit om simultaan twee HDTV kanalen plus voldoende bandbreedte voor internet te ontvangen. Dit zal mogelijk niet voor iedereen de klantvraag zijn en een gescheiden markt of een gescheiden marktsegment gaan vormen. De ontwikkeling voor deze groep klanten met hoge eisen zal voor internettoegang vermoedelijk mede worden bepaald door de groei van video gerelateerd internetverkeer, dat hoge bandbreedte vergt. De ontwikkeling naar 3DTV is wel aangekondigd, maar het is onduidelijk of die al in deze reguleringsperiode zal doorzetten. Mocht dat zo zijn, dan zal nog hogere bandbreedte beschikbaar moeten zijn.

In het conceptoordeel televisie stelt het college dat het geen eenduidige conclusies kan trekken of de markt al dan niet neigt naar daadwerkelijke mededinging. De reden hiervoor is dat enerzijds de marktaandelen van de kabelaanbieders dalen ten gunste van KPN, maar anderzijds UPC en Ziggo nog steeds beschikken over relatief hoge marktaandelen.[32] Hier tegenover staat dat het college voor wat betreft de retailmarkt voor internettoegang juist

[31] Zie p. 75 van het Concept oordeel Televisie van het college van 23 juni 2011.
[32] Zie vorige voetnoot.

wel een eenduidige conclusie weet te trekken namelijk dat er 'een risico op AMM bestaat'. Terwijl in deze markt er eveneens sprake is van een dalend marktaandeel (in dit geval van KPN ten gunste van de kabelaanbieders) en een volgens het college hoog mogelijk marktaandeel van KPN van 45-50%. Daarbij moet opgemerkt worden dat het mogelijke marktaandeel van KPN van 45-50% op de internettoegang markt in schril contrast staat tot het marktaandeel van UPC en Ziggo dat het college in de televisie markt constateert (i.c. regionale marktaandelen Q4 2010: UPC=65-70%, Ziggo=75-80% en nationale marktaandelen Q4 2010: UPC=25-30%, Ziggo=40-45%). Het college is daarbij van mening dat een mogelijk marktaandeel van 45-50% in de internettoegangsmarkt op zichzelf een belangrijke indicatie is van een risico op AMM en benadrukt dat de jurisprudentie stelt dat een zeer groot marktaandeel – meer dan 50% - op zichzelf al het bewijs van een AMM-positie is. Waarom het college deze conclusie niet trekt op basis van de veel hogere marktaandelen van UPC en Ziggo in de televisiemarkt is voor KPN vervolgens onduidelijk.

(v) KPN kan zich niet onafhankelijk gedragen van haar concurrenten.

In rnr. 943 zet het college het beoordelingskader voor AMM nogmaals uiteen. Daarbij stelt het dat het vast dient te stellen in hoeverre er in afwezigheid van regulering op de retail-markt voor internettoegang een onderneming aanwezig is die alleen, of samen met andere ondernemingen, over economische macht beschikt die hem in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.

In rnr. 976 concludeert het college dat er enige inertie op de markt is voor internettoegang, maar dat in zowel aanwezigheid als afwezigheid van regulering KPN haar klanten niet kan afschermen van concurrenten. Met deze conclusie stelt het college dan ook vast dat KPN in afwezigheid van regulering zich niet in belangrijke mate onafhankelijk van haar klanten kan gedragen. Op basis van deze conclusie is volgens KPN in feite al gezegd dat er geen aanmerkelijke machtmacht is van KPN.

(vi) Vrijwillige toegang

In rnr. 980 stelt het college dat het aannemelijk acht dat KPN in afwezigheid van regulering aan niet-verticaal geïntegreerde aanbieders geen vrijwillige toegang tot haar netwerk zal bieden, althans niet tegen zodanige voorwaarden waarop een duurzame businesscase voor overige spelers kan worden gebaseerd. KPN heeft in onder meer haar antwoorden op de breedband vragenlijst (antwoord op vraag 47, 48 en 49) aangegeven dat zij nu al in afwezigheid van regulering wholesale toegang verleent tot een groot aantal diensten zoals WMP, WBA over FttH en VISP. Daarnaast heeft KPN betoogd dat de huidige marksituatie ertoe leidt dat KPN de komende jaren een prikkel heeft om toegang te verlenen tot zowel haar kopernetwerk als haar glasnetwerk.

[KPN Vertrouwelijk –

.]

KPN verzoekt het college dan ook uitdrukkelijk de stelling inzake het niet vrijwillig toegang verlenen in afwezigheid van regulering te heroverwegen.

(vii) Strategieën van andere aanbieders in de markt

In rnr. 983 schenkt het college aandacht aan de groeidoelstelling die KPN in mei 2011 bekend heeft gemaakt. KPN betreurt het dat alleen de nadruk wordt gelegd op de groeidoelstellingen die KPN naar buiten heeft gebracht. Het college zou op zijn minst de groeidoelstellingen van KPN ten opzichte van de groei doelstellingen van andere marktpartijen moeten leggen alvorens er conclusies aan te verbinden. Alleen de gezamenlijke groeidoelstellingen afgezet tegen de door het college verwachte marktontwikkeling geven een voldoende grondslag voor het college om zich op te baseren.

(viii) Conclusie inzake marktaandelen

Gelet op bovenstaande zeven punten begriipt KPN niet waarop de conclusie van het college is gebaseerd dat het marktaandeel van KPN op de retailmarkt voor internettoegang bijdraagt aan het risico op AMM van KPN in de komende reguleringsperiode.

3.5.2 Ontwikkelingen dienstenaanbod en tarieven

In rnr. 999 stelt het college dat KPN in aanwezigheid van regulering gemiddeld hogere prijzen hanteert dan kabelaanbieders en alternatieve DSL aanbieders voor internettoegang. Dit gemiddelde prijsverschil zou kunnen toenemen als de alternatieve DSL aanbieders niet meer actief zijn in afwezigheid van regulering. In dat geval zal KPN vrijwel alleen door kabelaanbieders worden gedisciplineerd in haar prijsstelling.

Wellicht dat KPN hogere internettoegang tarieven kent dan de kabelaanbieders, maar daar staat tegenover dat KPN veel lagere televisietarieven kent. Bij de kabelaanbieders doet het tegenovergestelde zich voor. De reden hierachter is het betreden van elkaars markt. Indien het college van bundels uitgegaan was waren deze prijseffecten duidelijk naar voren gekomen en had het een beter beeld gegeven van de daadwerkelijke situatie in de markt.

Het is overigens voor KPN onduidelijk of het college concludeert dat dit criterium (ontwikkeling dienstenaanbod en tarieven) wel of niet bijdraagt tot een AMM in afwezigheid van regulering. Aangezien KPN in afwezigheid van regulering alsnog gedisciplineerd wordt door de kabelaanbieders ziet KPN niet in hoe dit criterium bijdraagt aan de conclusie dat er een AMM bestaat in afwezigheid van regulering.

3.5.3 Technologische voorsprong of superioriteit

In rnr. 1026 concludeert het college dat de kabelaanbieders een beperkte technologische voorsprong hebben op KPN. Bovendien stelt het college dat een technologische voorsprong alleen relevant is wanneer er sprake is van een relatief grote vraag naar bandbreedte. Tot slot concludeert het college dat op basis van het criterium van technologische voorsprong er geen positieve of negatieve bijdrage is aan het risico op AMM van KPN.

Wat betreft de aanname die het college hanteert voor de bandbreedtebehoefte verwijst KPN graag naar het eerder geciteerde TNO rapport de prognoses van Cisco etc. (zie paragraaf 3.2.1 van deze reactie). Al deze gegevens wijzen erop dat de bandbreedtegroei van de afgelopen jaren zich onverminderd zal voortzetten op een veel hoger niveau dan waar het college en ATKearney vanuit gaan.

Alhoewel KPN de conclusie van het college deelt dat het kopernetwerk geen technologische voorsprong of superioriteit heeft die bijdraagt aan 'het risico van' AMM van KPN wenst KPN wel op te merken dat het college in rnr. 1013 t/m 1026 geen aandacht besteedt aan de mo-

gelijkheden die er bestaan om het kabelnetwerk op te waarderen. KPN is van mening dat het college hier wel aandacht aan dient te besteden. Het college erkent immers in rnr. 1020 dat KPN momenteel een achterstand heeft in de aangeboden downloadcapaciteiten ten opzichte van de kabelaanbieders. Indien de kabelnetwerken verder geüpgrade worden dan kan deze achterstand zich verder doorzetten in de komende reguleringsperiode met alle gevolgen van dien voor de concurrentiële situatie op de retailmarkt voor internettoegang. Het college vergelijkt nu verwachtingen ten aanzien van (het succes van) opwaarderingen in het KPN kopernetwerk met thans bestaande technologie op DOCSIS netwerken. Ook die zal zich echter verder ontwikkelen, zoals hiervoor in paragraaf 2.2 al is uiteengezet.

3.5.4 Schaal- en breedtevoordelen

Het college concludeert dat KPN schaal- en breedtevoordelen heeft die bijdragen aan het risico op AMM in afwezigheid van regulering.

Opvallend is dat het college wel nader ingaat op KPN's positie in de zakelijke markt[33] maar dat het college tegelijkertijd geen enkele aandacht besteedt aan de breedtevoordelen die de kabelaanbieders halen als gevolg van hun sterke positie op de televisiemarkt. Op de relevante consumentenmarkten hebben deze voordelen - door de grote populariteit van triple-play bundels van televisie, internettoegang en vaste telefonie – een veel groter effect. Het college dient hier aandacht aan besteden, mede in het licht van de ook door hem gesignaleerde trend naar triple-play bundels met televisie. KPN meent dat het college na zorgvuldige analyse zijn conclusie op dit punt zal dienen aan te passen.

In rnr. 1033 stelt het college dat KPN schaalvoordelen heeft die zich uiten in de kosten voor onder meer reclamecampagnes. Het college geeft evenwel geen indicatie van de kosten van deze reclamecampagnes als percentage van de totale productkosten. Hierdoor is niet vast te stellen in hoeverre dit vermeende schaalvoordeel opweegt tegen de evidente schaalnadelen die KPN heeft vanwege een duidelijk slechtere positie op de televisiemarkt en de technologische achterstand op de internetmarkt.

3.5.5 Diversificatie en differentiatie

In rnr. 1054 merkt het college op dat in afwezigheid van regulering KPN de enige aanbieder is die de komende reguleringsperiode via haar eigen netwerk bundels met mobiele en vaste diensten kan aanbieden en dat KPN concrete voornemens hiertoe heeft. Het college concludeert derhalve dat productdiversificatie bijdraagt aan 'het risico op' AMM van KPN.

In tegenstelling tot wat het college in rnr. 1050 stelt namelijk dat het onwaarschijnlijk is dat Ziggo en UPC nog voor 2014 bundels (vast en mobiel) aanbieden, blijkt inmiddels dat die aanbieders al concrete plannen daartoe bekend hebben gemaakt. Zie voor UPC:

> 'UPC kiest met mobiel internet voor zakelijk en voor Vodafone - maandag 27 juni 2011 - Erik Compter - UPC Nederland heeft mobiel internet toegevoegd aan de portfolio voor kleinzakelijke klanten. De diensten kunnen gebruikt worden voor laptops en tablets en worden aangeboden onder de naam UPC Zakelijk Mobiel Internet. De provider maakt voor het leveren van deze dienst gebruik van het netwerk van Vodafone.
>
> Met UPC Zakelijk Mobiel Internet biedt UPC haar klanten tot 14,4 Mbps internetsnelheid, up-to-date notificaties om gebruik te managen en bijna real-time gebruiksoverzichten. Klanten kunnen tot vijf SIM-kaarten in één bundel afnemen. UPC biedt abonnementsvormen van 200 MB voor 10 euro, 500 Mb voor 15 euro per maand, 2 GB voor 22 euro per maand en 5 GB voor 35 euro per

[33] Zie rnr. 10.3.5 in de uitspraak van het CBb inzake het Besluit marktanalyse wholesale breedband-toegang van 19 december 2008, 3 mei 2011, LJN: BQ3146.

maand. Alle prijzen zijn exclusief btw. De dienst is alleen beschikbaar in combinatie met het Alles-in-1 Zakelijk of Zakelijk Fiber Power Internet abonnement. Alle abonnementskosten komen op één factuur te staan. USP voor UPC is dat het connectiviteit en flexibiliteit verkoopt. Het biedt meerdere SIMs die gedeeld kunnen worden tussen personen en tussen devices (laptops en tablets).

UPC heeft geen uitgewerkt proces op het moment dat de datalimiet wordt overschreden. Bij het bereiken van 80 procent van het totaal, krijgt de gebruiker een seintje. Bij het overschrijden van de limiet zal er contact opgenomen worden, maar voornamelijk in het geval dat dit vaker gebeurt.

De introductie van UPC Zakelijk Mobiel Internet betekent de eerste stap op de mobiele telecommarkt sinds het op 30 juni 2009 de MVNO-diensten onder de noemer UPC Mobile stopzette. Het is wel al langer bekend dat het kabelbedrijf interesse heeft in mobiele dienstverlening. Samen met Ziggo heeft het tijdens de frequentieveiling in 2010 mobiel spectrum bemachtigd, maar over planning, doelen, uitrol en/of dienstverlening zwijgt het voorlopig. Op dat vlak wacht het de volgende veiling (voorjaar 2012) af.

Dat nu de eerste stappen op het zakelijke vlak zijn en niet op het consumentendeel, kan verklaard worden door de interesse van zakelijke klanten in totaalpakketten. De quadruple play-combinatie (zakelijk triple play plus mobiel internet) is uniek voor de Nederlandse markt. UPC is de eerste die mobiel internet opneemt in het triple play-pakket. Hoewel de mobiel internet-component redelijk aan de prijs is, zal er een markt zijn voor het totaalpakket. De kosten zijn voor zakelijke klanten (in dit geval voornamelijk ZZP'ers) vaak minder relevant – vanzelfsprekend binnen bepaalde grenzen – dan de one-stop shop mogelijkheid. Bovendien valt er over een prijs vaak te onderhandelen als er maar voldoende wordt afgenomen. Daarbij wel de aantekening dat het mobiele spraakabonnement nog altijd bij een andere partij moet worden afgenomen.

UPC gaf aan binnenkort ook met een consumentendienst te komen. Het is afwachten hoe UPC dit aanbod in gaat kleden. De combinatie van vaste (triple play) en mobiele diensten, zijn lastig aan de man te brengen, zo is de consensus in de markt. Vaste diensten zijn vaak gepositioneerd voor een huishouden, waar mobiele abonnementen een individueel karakter hebben.

Naast de doelgroepkeuze is zeker ook de keuze voor Vodafone opmerkelijk. Met de frequentieveilingen in het achterhoofd en de wens van de overheid om meerdere mobiele netwerkbedrijven actief te krijgen in Nederland, is het zoals gezegd onduidelijk hoe die netwerken er precies uit gaan zien. Dat de twee nieuwkomers op de markt de combinatie van UPC en Ziggo enerzijds en Tele2 anderzijds zijn, dat ligt voor de hand. Maar de vraag is hoe deze bedrijven een netwerk gaan bouwen. Daarbij wordt vaak de optie van netwerk sharing genoemd. De combinatie van Tele2 en T-Mobile ligt daarbij voor de hand, aangezien Tele2 als MVNO gebruik maakt van het T-Mobile radionetwerk. Voor de kabelbedrijven is er niet bij voorbaat een duidelijke sharing partner aan te wijzen. De samenwerking met Vodafone voor UPC Zakelijk Mobiel Internet kan een eerste opstap betekenen. Eens zien wat Ziggo gaat doen met mobiel; het spectrum in de 2,6 GHz band is van UPC en Ziggo beide.

Overigens hebben de Belgische kabelbedrijven Telenet (zusterbedrijf van UPC) en Voo vandaag ook een mobiele licentie bemachtigd, met 2G en 3G-spectrum. Moederbedrijf Liberty Global is zijn Europese mobiele strategie aan het bepalen.'

En over Ziggo wordt gemeld:

'Ook Ziggo stapt in mobiel internet - 18 juli 2011 11:23 - Na kabelbedrijf UPC stapt ook Ziggo in mobiel internet. Vanaf maandag kunnen klanten mobiel internet voor op laptops en tablets bestellen. - Ziggo stelt dat er op termijn ook mobiele televisie en mobiel bellen aan het aanbod toegevoegd zal worden. Marcel Nijhoff, Commercieel directeur bij Ziggo, stelt dat de huiskamer belangrijk blijft voor Ziggo, maar dat de klanten steeds vaker op andere plekken online zijn. Het bedrijf wil de diensten ook daar aan gaan bieden en bovendien voor meerdere apparaten beschikbaar maken.

Smartphones - Voorlopig gaat het nog niet om mobiel internet op smartphones. Het bedrijf heeft echter eerder al aangegeven actief te willen worden op deze markt. Samen met UPC heeft Ziggo UPC/Ziggo in het leven geroepen en zullen zij samen als één partij proberen mobiele frequenties op te kopen van de frequentieveilig begin 2012. De twee bedrijven hebben wel al 20Mhz aan mobiele frequenties toegewezen gekregen bij een veiling in 2010. Deze frequenties zijn echter nog niet klaar voor gebruik.

Prijzen - Mobiel internet op tablets en laptops is wel al per direct beschikbaar. Ziggo biedt abonnementen en losse bundels. Het mobiele internet is te bestellen vanaf 19,95 euro voor een bundel van 500MB met een snelheid van 3,6 Mbps. Er zijn ook bundels van 2GB en 5GB beschikbaar. Het internet heeft dan een snelheid van 7,2 Mbps. Deze bundels kosten respectievelijk 29,95 en

> 44,95 euro. Ook is een USB-modem van 45 euro noodzakelijk en moeten er aansluitkosten van 9,50 euro betaald worden.
>
> UPC - UPC kondigde eind juni al aan mobiel internet voor tablets en laptops aan zakelijke klanten aan te gaan bieden. Het bedrijf verwacht nog dit jaar ook consumenten dezelfde diensten te bieden. Het mobiele internet van UPC gaat voorlopig over het netwerk van Vodafone. Ziggo heeft gekozen voor KPN. Het eigen mobiele netwerk van UPC en Ziggo is nog niet klaar voor gebruik.'

De plannen van UPC (in samenwerking met Vodafone mobiel) en zijn dan ook een concreet bewijs dat ook in afwezigheid van regulering, voor zover KPN geen wholesale diensten zou leveren, het mogelijk is om voor partijen zoals UPC, middels samenwerking met andere mobiele aanbieders bundels van mobiele en vaste diensten aan te bieden. De stelling van het college in rnr. 1054 dat KPN de enige aanbieder is die mobiele en vaste bundels in de komende reguleringsperiode kan aanbieden is dus onjuist.

Overigens merkt KPN op dat in het ontwerpbesluit vaste telefonie, het college in rnr. 241 stelt dat:

> 'Uit de scenarioanalyse die A.T. Kearney/TelecomPaper voor het college heeft uitgevoerd, blijkt dat de bundeling van mobiele diensten en vaste diensten een belangrijke ontwikkeling kan worden. Het college acht deze toekomstige ontwikkeling onzeker. Bundeling van mobiele telefonie en vaste diensten wordt immers door de meeste marktpartijen nog niet aangeboden. Daarom ziet het college geen reden om te onderzoeken of bundels met mobiele diensten een aparte markt vormen.'

Het is voor KPN dan ook niet te verenigen dat het college enerzijds oordeelt dat de bundeling van vaste en mobiele diensten onzeker is en anderzijds vaststelt dat een dergelijke vorm van bundeling in de komende reguleringsperiode bijdraagt aan het risico op een AMM van KPN. KPN meent dan ook dat het college zijn conclusie in rnr. 1051 ('De productdiversificatie van bundels met mobiele diensten maakt daarom dat KPN zich in zekere mate onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten') moet heroverwegen en daarmee ook de algehele conclusie die het college trekt omtrent de mate van waarin productdiversificatie bijdraagt aan het risico op AMM van KPN. Juist andere aanbieders dan KPN bieden ook steeds meer in bundels aan en in het kader van productdifferentiatie zijn zij in staat om diensten in bundels op te nemen waartoe KPN niet in staat is (analoge televisie, hogere internetsnelheden).

3.5.6 Sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk

In rnr. 1062 stelt het college dat het distributienetwerk van KPN een beperkt concurrentievoordeel op levert. Daarom concludeert het college vervolgens dat het distributienetwerk in een situatie zonder regulering bijdraagt aan het risico op AMM van KPN. KPN heeft moeite om deze conclusie van het college te volgen, aangezien KPN niet kan verenigen dat iets wat een beperkt concurrentievoordeel oplevert alsnog bijdraagt aan 'het risico op' AMM. KPN constateert dat – anders misschien dan op de mobiele retailmarkt, waar de keuze van randapparatuur en de 'look and feel' daarvan – het aanwezig hebben van fysieke winkels op de internettoegangsmarkt geen relevante rol speelt. Telefonische klantingangen en internetprocessen zijn daarvoor adequaat.

3.5.7 Effect van bundeling op de concurrentiepositie van de verschillende aanbieders

Zie paragraaf 3.3.3.

3.5.8 Concurrentiedruk van buiten de markt

In rnrs. 1098 en 1099 stelt het college dat er hoge toetredingsdrempels zijn en dat potentiële concurrentie geen factor is die significante prijsdruk uitoefent op de markt. Dit draagt bij aan een sterkere positie van bestaande infrastructuurconcurrenten in de markt. Toetredingsdrempels en het gebrek aan potentiële concurrentie geven daarom KPN en kabelaanbieders een concurrentievoordeel op de retailmarkt voor internettoegang ten opzichte van alternatieve DSL aanbieders. Vervolgens concludeert het college dat er hoge toetredingsdrempels zijn waardoor er geen potentiële toetreding is met een landelijk netwerk. Deze hoge toetredingsdrempels dragen in afwezigheid van regulering bij aan het risico op AMM van KPN.

KPN erkent dat potentiële toetreding van een landelijk netwerk onaannemelijk is. Desalniettemin is er wel degelijk sprake van toetreding op meer regionaal niveau. KPN verwijst in dat kader naar haar paper over de rol en betekenis van lokale glasvezelinitiatieven die het op 18 februari 2011 bij het college heeft ingediend. Ook een partij als CIF en de plannen die het heeft aangekondigd geven aan dat toetreding wel degelijk mogelijk is. KPN ervaart dan ook concurrentiedruk van dit soort initiatieven.

3.6 Conclusie

KPN meent dat het college de argumenten om te concluderen dat 'het risico bestaat' dat KPN aanmerkelijke marktmacht heeft op de markt voor internettoegang Stimuleren van ULL ten opzichte van andere toegangsvormen is ineffectief niet juist heeft afgewogen. Zelfs als die markt vooralsnog een afzonderlijke markt blijft, geven het effect van bundeling, de kracht van kabelaanbieders met hun bundels en de technologische ontwikkelingen van netwerken een zodanige concurrentiekracht dat KPN op geen enkele manier zich onafhankelijk van concurrenten, afnemers en leveranciers kan gedragen. Omdat dit de wettelijke toets is die het college zou moeten bewijzen kan de conclusie van het ontwerpbesluit in dit opzicht niet in stand blijven.

4 De retailmarkt voor vaste telefonie

4.1 Inleiding

Alvorens nader in te gaan op de retailmarktafbakening en de concurrentieanalyse voor vaste telefonie, wenst KPN twee algemene opmerkingen te plaatsen inzake trends en de greenfield benadering.

4.1.1 Onvoldoende gewicht aan belangrijke trends

In de analyse van de vaste telefonie markten valt het op dat het college uitvoerig ingaat op een aantal trends dat nu waarneembaar is op de markt en dat zich verder zal ontwikkelen in de komende jaren. Het betreft onder meer de toenemende behoefte aan triple play bundels en Over The Top diensten. Hoewel het college deze belangrijke trends erkent, merkt KPN op dat deze vervolgens nauwelijks impact hebben op de marktafbakening dan wel de concurrentieanalyse.

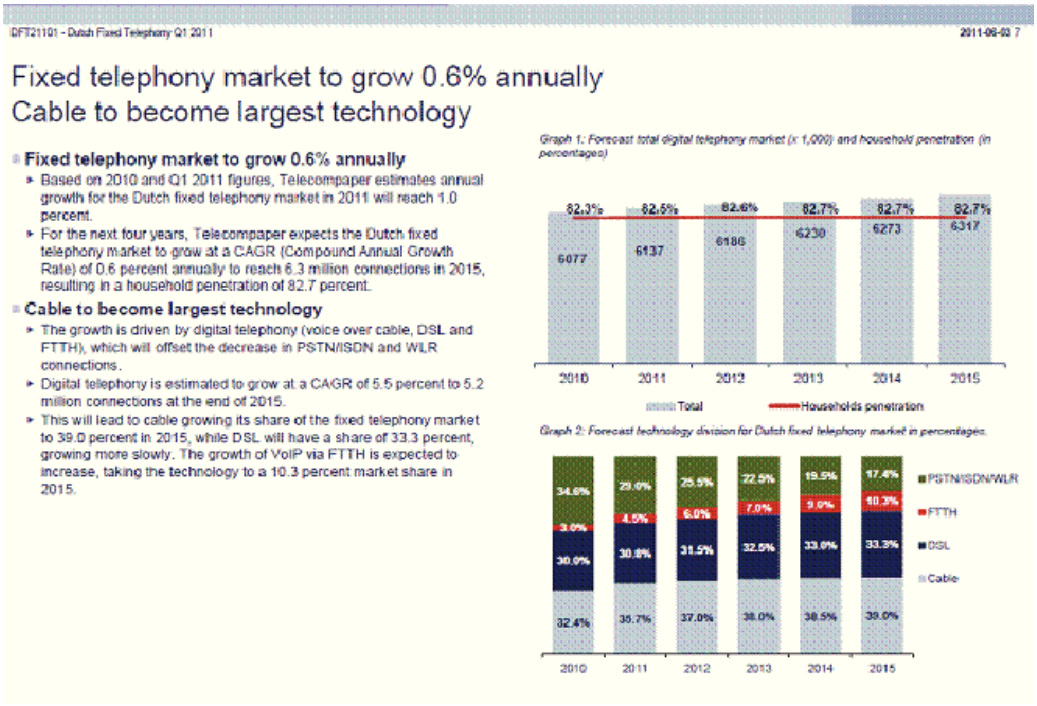
Voor OTT-telefonie oordeelt het college dat deze niet tot de relevante productmarkt voor vaste telefonie gerekend moet worden (rnr. 209 ontwerpbesluit vaste telefonie). In de concurrentieanalyse oordeelt het college (rnrs. 374 en 378 ontwerpbesluit vaste telefonie) dat in afwezigheid van regulering geen sprake is van disciplinering door potentiële concurrentie (onder andere OTT) voor enkelvoudige, tweevoudige of meervoudige gesprekken.

Voor bundels oordeelt het college dat er geen sprake is van een aparte bundelmarkt (rnr. 257 ontwerpbesluit vaste telefonie). Het college erkent wel dat de verkoop van bundels effect heeft op de concurrentiepositie van partijen. In de concurrentieanalyse concludeert het college echter dat KPN in afwezigheid van regulering aan bundeling van vaste diensten geen concurrentievoordeel heeft op de markt voor enkelvoudige gesprekken ten opzichte van kabelaanbieders, maar wel dat de kabelaanbieders een relatief sterke positie in de bundelmarkt hebben (rnr. 352 ontwerpbesluit vaste telefonie).

In haar reactie op de vragenlijst vaste telefonie heeft KPN al gewezen op de continue reeks van analyses van TelecomPaper, waarin de veronderstelling wordt uitgesproken dat kabel als gevolg van deze ontwikkeling de belangrijkste technologie wordt voor vaste telefonie in de komende reguleringsperiode. In de analyse van het college vindt KPN deze conclusie niet terug, hoewel op veel andere onderdelen uitvoerig naar de kwartaalanalyses van TelecomPaper wordt gewezen. In de meest recente analyse van de vaste telefoniemarkt van TelecomPaper[34] staat het als volgt:

./.

[34] TelecomPaper, Dutch Fixed Telephony Q1 2011, 3 juni 2011, bijgaand gezonden als bijlage 4.



Volgens KPN zijn hiermee twee voorbeelden gegeven van belangrijke trends die een aanzienlijk effect hebben op de concurrentiële situatie in de komende reguleringsperiode. Het college kiest er echter voor om in het ontwerpbesluit vaste telefonie geen dan wel marginaal rekening te houden met deze trends in de marktafbakening en de dominantieanalyse.

4.1.2 De greenfield benadering

In de concurrentieanalyse van de retailmarkten voor vaste telefonie gaat het college uit van een extreme vorm van greenfield benadering. Dat wil zeggen dat de analyse van het college abstraheert van ontbundelde toegang regulering en ook van telefonie specifieke regulering (WLR en CPS). Voor KPN is deze vorm van greenfield benadering moeilijk te volgen. Volgens KPN dient de analyse van de retailmarkt voor vaste telefonie, net zoals voor de retailmarkt voor internettoegang als ook voor de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten in afwezigheid van ontbundelde toegang regulering gedaan te worden, vervolgens dient onderzocht te worden of ontbundelde toegang regulering mogelijke mededingingsproblemen wegneemt op de retailmarkt. Indien dat niet het geval is dan pas dient naar de telefonie specifieke regulering gekeken te worden. Het college abstraheert echter in zijn concurrentieanalyse van de retailmarkten voor vaste telefonie van beide vormen van regulering en dit geeft een vertekend beeld volgens KPN. Even goed kan alleen ontbundelde toegang regulering mogelijke risico's op AMM wegnemen in de retailmarkt voor vaste telefonie.

Juist nu het college constateert dat concurrentie vooral plaatsvindt door digitalisering en ontbundelde toegang regulering de basis vormt voor concurrerende breedbandnetwerken waarover VoB wordt geboden had deze stap in de analyse niet mogen worden overgeslagen. KPN begrijpt niet waarom het college voor een andere benadering heeft gekozen voor de retailmarkt voor vaste telefonie dan de retailmarkt voor internettoegang en voor zakelijke netwerkdiensten.

Hierna zal KPN nader uiteenzetten wat haar voornaamste bezwaren zijn tegen de marktafbakening die het college in dit ontwerpbesluit voorstelt. Vervolgens zal KPN nader ingaan op de concurrentieanalyse van de retailmarkten voor vaste telefonie die het college uiteen zet.

4.2 Afbakening retailmarkt vaste telefonie

4.2.1 Productmarkt

In rnr. 161 van het ontwerpbesluit vaste telefonie concludeert het college dat alle verkeersdiensten, uitgezonderd internationaal verkeer, verkeer naar informatienummers en verkeer naar nummers voor persoonlijke assistentiediensten tot de relevante productmarkt voor vaste telefonie behoren. De voornaamste reden hiervoor is dat het verkrijgen van informatiediensten niet als retaildiensten wordt gekwalificeerd door het college.[35]

KPN heeft in haar reactie op vragenlijst vaste telefonie in antwoord op de vragen 20 en 21 het volgende beargumenteerd inzake verkeer naar informatienummers:

> 'Retailklanten willen vanuit hun vaste (en mobiele) telefoondienst naar alle bestemmingen kunnen bellen, met inbegrip van informatienummers. Er is geen aparte markt zichtbaar voor het (alleen) bellen naar deze nummerreeksen. In zoverre is dit verkeer in retailmarkten gebundeld met andere verkeersstromen. Er zijn geen specifieke posities van retailaanbieders voor dit verkeer.
>
> Voor klanten die via deze nummers informatiediensten willen aanbieden is dit wel een aparte markt. Die klanten beschouwen dit als aparte diensten, waarbij de nummerhouders andere typen diensten aanbieden dan klanten met een gewoon telefoonnummer. In aanbestedingen wordt dit type verkeer en de diensten ook apart van het vaste telefonie verkeer aanbesteed. Aan de aanbodzijde zijn er ook andere partijen actief die deze diensten bieden. Niet alle aanbieders van vaste telefoondiensten bieden 0800/0900x diensten, die over aparte platforms worden geboden aan klanten.'

En inzake persoonlijke assistentiediensten:

> 'Ook hier geldt dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de retailmarkt en de toegangsdiensten die nodig zijn om verkeer over netwerken af te wikkelen. In de retailmarkten is ook het verkeer naar deze nummers deel van de (bundel) van diensten die de klant afneemt op vaste (VoB of traditionele) of mobiele netwerken.'

KPN is dus gelet op haar eerdere reactie van mening dat verkeer naar informatienummers en verkeer naar nummers voor persoonlijke assistentiediensten mogelijk juist wel tot de relevante productmarkt behoren. Ook brengt de interoperabiliteitsverplichting met zich mee dat aanbieders van elektronische communicatiediensten ervoor moeten zorgen dat eindgebruikers in beginsel alle nummers uit het Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten, opgesteld door het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, moeten kunnen bellen. In dit Nummerplan staan onder meer alle vaste netnummers, mobiele nummers en speciale nummers, zoals 112 en de nummers die beginnen met 0800 of 0900. Het college heeft niet onderbouwd waarom dat niet tot de relevante markt voor vaste telefonie zou behoren.

4.2.2 Onderscheid productmarkten op basis van aantal gelijktijdig te voeren gesprekken

(i) Vraagsubstitutie tussen verschillende typen traditionele telefoonaansluitingen

In rnr. 180 van het ontwerpbesluit vaste telefonie concludeert het college dat op basis van het feitelijke en verwachte overstapgedrag van afnemers in combinatie met de verschillen in

[35] Internationaal verkeer wordt niet onderzocht door het college omdat deze dienst in 2005 al concurrerend is bevonden.

functionaliteit en prijs dat er niet of nauwelijks sprake is van vraagsubstitutie tussen PSTN en ISDN aansluitingen. En dat PSTN, n*ISDN2, ISDN 15, ISDN 20 en ISDN 30 geen vraagsubstituten van elkaar zijn.

KPN herkent deze conclusie van het college niet en verwijst dan ook naar haar antwoorden op de vragen 1, 2, 3, 4 en 6 van de vragenlijst vaste telefonie. In deze antwoorden heeft KPN onder meer aangegeven dat het onderscheid tussen residentiële en zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie vervaagt, mede gelet op de migratie naar IP. Daarnaast heeft KPN benadrukt dat een groot deel van de zakelijke markt voor vaste telefonie een zelfde vraagprofiel als consumenten heeft.

Bovendien merkt KPN op dat het college niet in overweging heeft genomen dat er mogelijk sprake is van ketensubstitutie. Het college moet dan ook haar conclusie inzake vraagsubstitutie tussen de verschillende typen traditionele telefoonaansluitingen heroverwegen dan wel nader onderbouwen.

Tenslotte, voor zover het college alsnog tot de conclusie zou komen dat PSTN, n*ISDN2, ISDN15, ISDN20 en ISDN30 geen vraagsubstituten van elkaar zijn dan zou zich dat moeten vertalen in het profiel van afnemers. Het college maakt echter alleen een onderscheid tussen zakelijke afnemers en consumenten. Voor KPN is onduidelijk op basis van welk criterium afnemers van PSTN, ISDN2, ISDN15, ISDN20 en ISDN30 zich onderscheiden.

(ii) Vraagsubstitutie tussen traditionele telefoonaansluitingen (PSTN/ISDN) en VoB

In rnr. 189 concludeert het college onder meer dat Voice over Breedband (hierna: VoB) geen vraagsubstituut is voor ISDN 15, ISDN 20 en ISDN 30 mede gelet op het feit dat het in onvoldoende mate door afnemers worden uitgewisseld met VoB.

KPN wenst op te merken dat het gegeven dat een product niet afgenomen wordt geen reden is dat het niet als vraagsubstituut gezien kan worden. Het is immers zeer aannemelijk dat bij een prijsverhoging van 10 à 15% alsnog overgestapt wordt op VoB en daarmee er dus wel sprake is van vraagsubstitutie. Eveneens kan er via ketensubstitutie (vraagsubstitutie van VoB naar PSTN naar ISDN naar ISDN15 etc.), sprake zijn van het feit dat VoB een vraagsubstituut is voor ISDN15, ISDN20 en ISDN30.

KPN wijst in dit kader op het bestaan van telefooncentrales[36] die via een mix van n*PSTN, n*ISDN, ISDNxx en n*VOB met het openbare telefonienetwerk verbonden kunnen worden. Dit duidt minimaal op onderlinge uitwisselbaarheid van n*PSTN, n*ISDN2, ISDN15/20/30 en n*VOB. Daarbij kan VOB zowel via private IP netwerken als over the top over het internet worden geleverd, mits de wijdverbreide SIP[37] standaard gehanteerd wordt.

(iii) Aanbodsubstitutie tussen verschillende typen aansluitingen (PSTN/ISDN/VoB)

In rnr. 192 van het ontwerpbesluit vaste telefonie concludeert het college onder meer dat aanbieders van ISDN15, ISDN20 en ISDN30 niet op korte termijn zonder significante investeringen kunnen toetreden op de markten waartoe PSTN en ISDN2 behoren.

Volgens KPN vergeet het college in overweging te nemen dat aanbieders van ISDN15, ISDN20 en ISDN30 wel op korte termijn en zonder significante investeringen VoB kunnen aanbieden. Aangezien VoB een vraagsubstituut is voor PSTN en ISDN2 (zie rnr. 189), kunnen

[36] Bijvoorbeeld de NEC SOPHO IPC 100, de NEC SOPHO IPC 500, de Panasonic NCP 500 en vele anderen.
[37] Session Intiation Protocol, de dé facto standaard voor VOIP over private en openbare IP netwerken.

aanbieders van ISDN15, ISDN20 en ISDN30 dus op korte termijn en zonder significante investeringen aan de vraag van afnemers van PSTN en ISDN2 voldoen, middels VoB. Daarmee is er dan ook wel degelijk sprake van aanbodsubstitutie tussen VoB, n*PSTN, n*ISDN2, ISDN15, ISDN20 en ISDN30. KPN is dan ook van mening dat het college zijn conclusie inzake aanbodsubstitutie zoals in dat rnr. 192 is weergegeven dient te heroverwegen dan wel nader te onderbouwen.

In rnr. 193 van het ontwerpbesluit vaste telefonie komt het college met de volgende marktindeling:

1) PSTN/ISDN1/VoB1 (1 gelijktijdig gesprek)

2) ISDN2/VoB2 aansluitingen (2 gelijktijdige gesprekken)

3) ISDN15/20/30 aansluitingen (>2 gelijktijdige gesprekken)

De scheiding tussen de markten voor 1 en 2 gelijktijdige gesprekken is op zijn minst opmerkelijk. Zo zit ISDN1 in de markt voor 1 gelijktijdige gesprekken en ISDN2 in de markt voor 2 gelijktijdige gesprekken. KPN mist hier een analyse van de aanbodsubstitutie. Hiervoor zijn de volgende feiten van belang. Een ISDN1 aansluiting is exact gelijk aan een ISDN2 aansluiting. Het enige dat KPN gedaan heeft is bij ISDN1 aansluitingen 1 kanaal softwarematig afsluiten. Iets soortgelijks geldt voor VoB aansluitingen. Standaard worden deze geleverd met één actieve ATA poort. De eindgebruiker kan zelf door wijziging van de modeminstellingen het tweede kanaal activeren. Hij heeft dan twee gelijktijdige gesprekken voeren met hetzelfde nummer. Een extra nummer is te koop voor 2,50 euro per maand. KPN verzoekt het college om een analyse uit te voeren naar de aanbodsubstitutie tussen markten voor 1 en 2 gelijktijdige gesprekken waarin bovenstaande feiten worden meegenomen.

Voor de scheiding tussen de markten voor twee gelijktijdige gesprekken en meer dan twee gelijktijdige gesprekken is het volgende relevant op te merken alvorens geconcludeerd kan worden of er sprake is van twee aparte markten. Het maakt voor een VoB aanbieder niet uit of deze 10 VoB kanalen levert op 10 adressen of 10 VoB kanalen op één adres. De dienst VoB is namelijk losgekoppeld van de aansluiting en is slechts een dienst op een universeel IP netwerk. De enige randvoorwaarde die in acht moet worden genomen is dat de up- en downstream capaciteit van de IP aansluiting voldoende is om het beoogde aantal gelijktijdige VoIP gesprekken te kunnen transporteren. Een VoB aanbieder die nu 1 of 2 kanalen op 1 adres levert kan dus zonder noemenswaardige investeringen meer dan twee VoB kanalen naar 1 adres sturen. De beschikbaarheid van hybride VoIP/TDM centrales maakt dat VoB aanbieders een aantrekkelijk migratiepad kunnen aanbieden aan afnemers die willen overstappen van ISDN15/20/30 naar n*VoB. Deze hybride centrales maken ook overstappen tussen n*PSTN, n*ISDN2 en ISDN15/20/30 mogelijk. Een afnemer van een telefoniedienst waar meer dan twee (n) gelijktijdige gesprekken mogelijk zijn heeft dus de keus uit een aantal alternatieven: n*PSTN afnemen, n/2 keer ISDN2 afnemen, ISDN15/20/30 afnemen, afhankelijk van de waarde van n, n*VoB afnemen of een combinatie van deze alternatieven waarbij het totaal aantal kanalen op n of hoger uitkomt. Het lijkt er dus op dat al deze alternatieven substituten van elkaar zijn. KPN verzoekt het college dan ook om de rol van deze hybride centrales te onderzoeken in het kader van een nadere analyse van de aanbodsubstitutie tussen n*PSTN, n*ISDN2, ISDN15/20/30 en n*VoB. Als het college in die analyse wederom tot de conclusie komt dat er sprake is van gescheiden markten dan meent KPN dat het college dient te onderzoeken of er geen sprake is van ketensubstitutie.

(iv) Over the top telefonie

In rnr. 1191 concludeert het college dat Over The Top telefonie geen vraagsubstituut is voor vaste telefonie en derhalve niet tot de relevante productmarkt behoort. Een van de argumenten die het college hiervoor aanvoert is dat OTT telefonie doorgaans wordt gebruikt op de PC (zie rnr. 207). Dit suggereert een extra drempel om OTT te gaan gebruiken.

KPN wijst er op dat Skype in toenemende mate ook gebruikt kan worden over aparte hardware en zelfs over telefoons die in gebruik nauwelijks afwijken van normale DECT handsets. Voorbeeld is de Philips VOIP 855 draadloze handset.[38] KPN heeft daarom in haar antwoord op vraag 19 van de vragenlijst vaste telefonie al aangegeven dat zij van mening is dat Voice over Internet (hierna: VoI) in de komende reguleringsperiode in toenemende mate gebruikt zal worden door afnemers en een substituut zal worden van vaste telefonie.

In rnr. 1191 stelt het college tevens dat bij OTT telefonie geen gebruik kan worden gemaakt van telefoonnummers uit het nummerplan. Dit is onjuist. Een aantal OTT VOIP aanbieders biedt wel degelijk de mogelijkheid om een vast telefoonnummer te koppelen aan een OTT aansluiting.

Als laatste stelt het college in rnr. 1200 dat een hoge beschikbaarheid en een hoge gesprekskwaliteit voor zakelijke gebruikers zeer belangrijk zijn waarbij de indruk gewekt wordt dat OTT VOIP deze kwaliteit in onvoldoende mate zou bieden. KPN wijst er op dat de kwaliteit van de internetverbindingen, zowel op het gebied van capaciteit als van beschikbaarheid, sterk is verbeterd. Technische ontwikkelingen in de VOIP Codecs maken de gesprekskwaliteit bovendien steeds minder afhankelijk van de kwaliteit van de internetverbinding. Het is dus nog maar zeer de vraag of kwaliteit van OTT telefonie een voldoende reden is om OTT niet tot de markt van vaste telefonie te laten behoren.

Naast vraagsubstitutie had het college volgens KPN ook moeten kijken naar aanbodsubstitutie. Kan een aanbieder van bijvoorbeeld VoB zonder significante investeringen toetreden tot de OTT markt? KPN heeft in hetzelfde antwoord op vraag 19 van de vragenlijst vaste telefonie een groot aantal voorbeelden van aanbieders gegeven dat is toegetreden. Deze aanbieders zijn zowel actief in de consumentenmarkt als in de zakelijke markt.

KPN merkt op dat het college geen aandacht schenkt aan bovengenoemde aspecten, die zowel voor de beoordeling van de vraag- van aanbodsubstitutie relevant zijn. KPN verzoekt het college deze aspecten alsnog te onderzoeken in het kader van een nadere analyse van de vraag- en aanbodsubstitutie tussen OTT telefonie en vaste telefonie.

(v) Bundels met vaste telefonie

In rnr. 1240 komt het college tot de conclusie dat op basis van zowel vraagsubstitutie als aanbodsubstitutie individuele vaste telefoniediensten tot dezelfde markt behoren als bundels en bundels niet tot een aparte productmarkt behoren. KPN heeft in het voorgaande al gereageerd op dezelfde stelling ten aanzien van de markt voor internettoegang en verwijst daar in dit verband naar.

[38] Deze handset heeft zowel een vaste telefoonaansluiting als een internetaansluiting. Met deze handset gaan de uigaande gesprekken via Skype en de inkomende via de vaste lijn. Het uitgaande verkeer gaat dus OTT. Omdat verkeer en aansluiting tot dezelfde markt behoren valt niet in te zien waarom OTT telefonie niet tot de markt voor vaste telefonie gerekend kan worden.

4.2.3 Geografische markt

In rnrs. 271 en 272 van het ontwerpbesluit vaste telefonie concludeert het college dat de retailmarkt voor tweevoudige en meervoudige gesprekken nationaal is.

KPN stelt vast dat het college tot deze conclusie kan komen mede gelet op het feit dat het geen aparte bundelmarkt afbakent. Mocht het college alsnog overwegen dat er sprake is van een aparte bundelmarkt dan zou er mogelijk geen sprake meer zijn van een landelijke geografische markt (zie reactie KPN op vraag 34 van de vragenlijst vaste telefonie).

Overigens merkt KPN op dat het college als startpunt voor de geografische markt afbakening neemt het verzorgingsgebied waarin KPN haar diensten aanbiedt (rnr. 260 ontwerpbesluit vaste telefonie). Op basis van een dergelijke aanname verbaast het dan ook niet dat het college uitkomt op een landelijke markt.

4.3 Concurrentieanalyse retailmarkten voor vaste telefonie

4.3.1 Marktaandelen en churn

(i) Aanname geen prikkel tot vrijwillige levering van wholesale diensten

In de rnrs. 291 en 149 van het ontwerpbesluit vaste telefonie gaat het college ervan uit dat in de greenfield situatie alleen interne leveringen plaatsvinden en KPN niet vrijwillig externe wholesale diensten levert. Of KPN de prikkel tot vrijwillige levering van wholesalediensten heeft, wordt onderzocht in de wholesale analyse.

Volgens KPN dient juist in de retailmarkt onderzocht te worden in hoeverre KPN een prikkel heeft tot vrijwillige toegang van wholesale diensten. Immers dit kan gevolgen hebben voor de marktverhoudingen op de retailmarkt. Bovendien heeft het college in de analyse van de retailmarkt voor breedbandinternettoegang er wel voor gekozen om in dat kader te onderzoeken of KPN een prikkel heeft tot vrijwillige toegang.

(ii) Aanname dat zonder regulering het marktaandeel van C(P)S/WLR volledig toekomt aan KPN

In rnr. 292 van het ontwerpbesluit vaste telefonie neemt het college aan dat zonder regulering van KPN het marktaandeel van CPS- en WLR aanbieders volledig toekomt aan KPN. De reden hiervoor is dat volgens het college deze groep afnemers een voorkeur voor de vertrouwde kwaliteit van PSTN en deze groep zal in beginsel minder snel een overstap naar VoB overwegen.

KPN merkt op dat het college tot deze conclusie komt zonder in overweging te nemen de trend van de afgelopen jaren, namelijk dat het aantal PSTN/ISDN lijnen alsmaar afneemt. In de consumentenmarkt is het aantal PSTN en ISDN aansluitingen sinds 2004 met ruim 60% gedaald. Bovendien houdt het college ook geen rekening met het feit dat VoB een alternatief is. Op basis hiervan kan volgens KPN dan ook niet geconcludeerd worden dat zonder regulering het marktaandeel van CPS- en WLR aanbieders volledig toekomt aan KPN.

(iii) Scenario voor marktaandelen zonder regulering

Om te boordelen wat de marktaandelen van KPN zijn op de verschillende retailmarkten voor vaste telefonie in afwezigheid van regulering analyseert het college uitsluitend één scenario

en dat is dat alle regulering komt te vervallen (zowel hoger gelegen regulering (ontbundelde toegang) en de telefoniespecifieke regulering.

Aangezien het college in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang heeft geconcludeerd dat ontbundelde toegang regulering nog passend is, had het college in het ontwerpbesluit dan ook van een ander scenario uit moeten gaan om over de marktaandelen in de verschillende vaste telefoniemarkten zonder regulering te oordelen. Namelijk één scenario waarbij telefoniespecifieke regulering komt te vervallen en ontbundelde toegang regulering gehandhaafd blijft. De verhoudingen in marktaandeel hadden er dan zeer waarschijnlijk heel anders uitgezien (zie ook de eerdere opmerking over greenfield benadering in paragraaf 4.1.2 hiervoor).

(iv) Structureel dalend marktaandeel

Net als in de concurrentieanalyse van de retailmarkt voor internettoegang valt op dat het college in de vaste telefoniemarkt het structureel dalende marktaandeel van KPN erkent, maar hier – anders dan op de televisiemarkt – geen conclusies met betrekking tot de concurrentieontwikkeling aan verbindt. Het college constateert echter in rnr. 279 van het ontwerpbesluit vaste telefonie:

> 'Het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest, kan erop wijzen dat de markt concurrerender wordt, maar hoeft niet uit te sluiten dat aanzienlijke marktmacht wordt vastgesteld.'

Omdat in deze markt de ontwikkelingen ook snel gaan en het belang van telefonie in bundels voor klanten veel geringer is dan van televisie – zoals KPN al meermalen heeft aangetoond – kan het college er niet aan ontkomen om aan het structureel dalende marktaandeel van KPN andere conclusies met betrekking tot de concurrentieontwikkeling te trekken.

4.3.2 Ontwikkelingen dienstenaanbod en tarieven

(i) Markt voor enkelvoudige gesprekken

In rnr. 319 van het ontwerpbesluit vaste telefonie concludeert het college dat de ontwikkelingen in dienstenaanbod in de retailmarkt voor enkelvoudige gesprekken beperkt zijn. Met deze conclusie miskent het college het toenemende belang van bundels. Deze trend heeft immers volgens KPN wel degelijk een invloed op het dienstenaanbod en de tarieven voor enkelvoudige gesprekken.

(ii) Markt voor twee- en meervoudige gesprekken

In rnr. 320 van het ontwerpbesluit vaste telefonie stelt het college dat de belangrijkste ontwikkeling in de markten voor twee- en meervoudige gesprekken de overname van Atlantic is door KPN. En daarmee dat er een beperkte dynamiek is in deze markten. KPN herkent deze conclusie over een beperkte dynamiek van het college niet en verwijst dan ook naar haar reactie op de telefonie vragenlijst. In deze reactie heeft KPN onder meer aangetoond dat er wel degelijk sprake is een toegenomen dynamiek in het zakelijke segment. Zo schreef KPN onder meer:

> 'Kenmerkend voor de zakelijke markt is de grote en alsmaar toenemende dynamiek in verschillende segmenten. Er zijn veel spelers in de verschillende retail segmenten van de zakelijke markt actief. Niet alleen zijn er reeds lang veel partijen (zoals Colt, Verizon, BT, Orange Business Services, Tele2, Easynet, AT&T) actief, ook zijn er diverse partijen, zoals Eurofiber, UPC, Ziggo, IBM, Microsoft, Google en HP in de afgelopen drie jaar succesvol toegetreden tot segmenten van de zakelijke retailmarkt en er heeft geen uittreding plaatsgevonden.

> Verder worden steeds meer partijen zonder eigen netwerk actief op zakelijke diensten, zoals MVNO's, mobiele resellers (zoals Dekatel, Galaxy, Intercity Telecom, EspritXB etc.), Zoranet, Infopact en XRC en systems integrators actief. Tot slot zal de dynamiek op de zakelijke markt gelet op de ambities van partijen alleen maar verder toenemen. Zo hebben diverse partijen, denk aan Ziggo Zakelijk en UPC Business, hun ambities om verder te willen groeien in de zakelijke markt kenbaar gemaakt, zoals ook CBizz (CAIW) en Zeelandnet (Delta) in die markt actief zijn. Ook partijen als Vodafone hebben grote ambities; zij wil samen met Eurofiber een stevige nummer twee op de zakelijke markt worden. Ook hebben diverse partijen, zoals Eurofiber-T-Mobile/Vodafone, BT, UPC, Ziggo, Tele2 overname BBned, Rabobouwfonds, forse investeringen in de zakelijke retail en/of wholesale markt voor de komende jaren aangekondigd. Deze partijen zijn allen in staat om een compleet portfolio aan zakelijke diensten aan te bieden, hetgeen het marktaandeel van KPN verder onder druk zal zetten.
>
> Daarnaast wordt ook steeds meer verkeer via het vaste net afgewikkeld via de mobiel of wordt spraakverkeer vervangen door e-mail. Dit alles leidt tot een krimp van het totale vaste telefoonverkeer en de AMPU: het gemiddeld aantal verkeersminuten per aansluiting daalt al enkele jaren gestaag, ook nog eens versterkt door de recessie en de drang tot kostenbesparingen. Deze daling van het totale vaste spraakverkeer zal zich de komende periode voortzetten.'

Daarnaast wijst KPN op de dynamiek die zal ontstaan als gevolg van het aanbod van hybride VoB/PSTN/ISDN centrales dat nu op de markt is. Door de toename van dit soort systemen zal de penetratie van VoB en OTT telefonie in de zakelijke markt gaan versnellen. Kennelijk verwachten de leveranciers van dit soort centrales dat ook; waarom anders zouden deze leveranciers hoge ontwikkelkosten gemaakt hebben om dit soort hybride centrales te ontwikkelen.

(iii) Algemene ontwikkelingen diensten aanbod voor vaste telefonie

Voor zowel enkelvoudige als tweevoudige gesprekken kan gesteld worden dat de aanhoudende afname van het aantal traditionele telefonieaansluitingen een bewijs is dat er wel degelijk dynamiek is op deze markt. In de SMM van het college werden 31 december 2010 fors meer VoB aansluitingen (3.806 duizend) dan laagcapacitaire aansluitingen PSTN (3.390 duizend) gerapporteerd. Ook KPN rapporteert elk kwartaal een afname van het aantal traditionele telefonieaansluitingen.

KPN The Netherlands: Consumer	HY '11	Q1 '11		y-o-y
Wireline services				YTD%
Access Lines (*1,000)	2.868	2.919		-7,5%
- Traditional voice	1.526	1.594		-17,3%
- VoIP (package broadband, voice)[2]	1.342	1.325		6,8%

KPN The Netherlands: Business	HY '11	Q1 '11		y-o-y
Voice & Internet wireline				YTD%
Access Lines (*1,000)	1.344	1.317		-5,0%
- PSTN[3]	638	631		-4,9%
- ISDN[4]	674	656		-5,9%
- ZIPB-XL and other	7	7		0,0%
- VoIP (package broadband, voice)	25	23		25,0%

4.3.3 Controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur, verticale integratie en netwerkdekking

In rnrs. 336 en 337 van het ontwerpbesluit vaste telefonie concludeert het college dat KPN in afwezigheid van regulering concurrentievoordelen heeft zowel op de markt voor enkelvoudige gesprekken als voor meervoudige gesprekken als gevolg van een niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur, verticale integratie en hoge netwerkdekking. Deze concurrentievoordelen dragen volgens het college bij aan 'het risico van AMM' van KPN op deze markt.

KPN heeft moeite met deze conclusie indien men deze vergelijkt met de conclusie die het college trekt bij de beoordeling van deze criteria (niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur, verticale integratie en hoge netwerkdekking) in de retailmarkt voor internettoegang. In de retailmarkt voor internettoegang stelt het college dat de kabel een vergelijkbare netwerkdekking heeft als KPN en dat de kabel eveneens een niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur heeft. Het college concludeert vervolgens (rnr. 1012) dat de controle over een niet gemakkelijk te dupliceren netwerk maar in beperkte mate bijdraagt aan 'het risico op AMM' van KPN op de markt voor internettoegang.

Het is voor KPN onduidelijk waarom in de concurrentieanalyse van de internettoegang het hebben van een niet gemakkelijk te dupliceren netwerk in beperkte mate bijdraagt aan AMM terwijl in de verschillende retailmarkten voor vaste telefonie het wel bijdraagt.

Ten overvloede – net als in de analyse van de marktaandelen – kiest het college ervoor om ervan uit te gaan dat er bij de beoordeling van de criteria van controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur, verticale integratie en netwerkdekking (zie rnr. 329 ontwerpbesluit vaste telefonie) helemaal geen regulering is. KPN is echter van mening dat het college ook over deze criteria zou moeten oordelen in een situatie waarin er alleen geen sprake is van telefonie specifieke regulering (zie eerdere opmerking over greenfield benadering).

4.3.4 Product-/dienstendiversificatie, schaalvoordelen en breedtevoordelen

Bij het beoordelen van de criteria product-/dienstendiversificatie, schaal- en breedtevoordelen valt het KPN op dat het college vooral voor de markt voor enkelvoudige gesprekken geen aandacht schenkt aan de trend naar triple play bundels. Zeker nu vaste telefonie als onderdeel van een bundel deel uitmaakt van de markt, en uit de bundelonderzoeken blijkt dat telefonie als minst belangrijke dienst in de bundel wordt gezien, verwacht KPN dat het college nader onderzoek doet naar de schaalvoordelen die de kabel heeft in de triple play bundelmarkt.

4.3.5 Effect van bundeling

In rnr. 354 van het ontwerpbesluit vaste telefonie concludeert het college dat KPN in afwezigheid van regulering aan bundeling van vaste diensten geen concurrentievoordeel heeft op de markt voor enkelvoudige gesprekken ten opzichte van kabelaanbieders.

KPN is van mening dat de analyse van het college over het effect van bundeling op de concurrentiepositie van de verschillende aanbieders ernstig tekort schiet. In de analyse van het college wordt immers niet nader bezien voor welk kenmerk in de bundel (televisie, vaste telefonie en breedband) de consument als eerste kiest bij zijn overweging om een bundel aan te schaffen. KPN heeft in haar reactie op zowel de vaste telefonie, breedband en televisie vragenlijst benadrukt dat consumenten als eerste voor de kenmerken van de televisiedienst en vervolgens de breedbandsnelheid kiezen. Vaste telefonie is daarbij niet meer dan een add-on die overal verkrijgbaar is en geen invloed uitoefent op de keuze.

KPN heeft in haar antwoorden op zowel de televisie, breedband als vaste telefonie vragenlijst het volgende benadrukt:

> 'Consumenten kopen massaal bundels omdat ze daar voordeel (prijs, gemak, of anders) van verwachten. In die bundels kiezen ze als eerste voor de kenmerken van de televisiedienst en vervolgens de breedbandsnelheid.1 De aangeboden televisiedienst is dus vaak doorslaggevend voor de keuze door de consument van een aanbieder voor het totale aanbod dat hij afneemt.[39] De effecten van het aanbod van televisiediensten gaan dus verder dan de 'televisiemarkt' en zijn ook direct van belang voor de ontwikkelingen op andere markten waarbij een multiplay aanbod van belang is .....volgens KPN kunnen de kabelaars door middel van bundelen hun positie op de TV-markt overhevelen naar de breedbandmarkt en kan dit een mededingingsprobleem veroorzaken. Dat KPN door middel van bundeling haar positie op de breedbandmarkt niet kan overhevelen naar de TV-markt heeft te maken met het feit dat TV de component is in de bundel waar de consument als eerste voor kiest. De kabel heeft ten aanzien van TV-diensten bij klanten de voorkeur en via DSL kunnen TV diensten niet overal met een vergelijkbare kwaliteit als dor kabelaars worden geleverd.'

KPN is dan ook van mening dat het college geen conclusies kan trekken over het effect van bundeling op de concurrentiepositie van de verschillende aanbieders alvorens het nader bekijkt op basis van welke kenmerken een consument voor een bepaalde bundel kiest en welke concurrentiële implicaties dit kan hebben. Volgens KPN zullen de kabelaanbieders immers in de komende reguleringsperiode het concurrentievoordeel dat ze hebben op de televisiemarkt verder kunnen overhevelen naar de vaste telefonie markt. Het college lijkt dit te erkennen doordat hij in rnr. 769 al stelt dat vooral de kabelmaatschappijen succesvol zijn in het verkopen van bundels vanwege hun achtergrond in televisiediensten, maar gaat hier vervolgens verder niet op in.

4.3.6 Concurrentiedruk van buiten de markt

In rnrs. 380 en 381 van het ontwerpbesluit vaste telefonie concludeert het college kort samengevat dat KPN in beperkte mate concurrentiedruk ervaart. Hiermee heeft KPN dan ook concurrentievoordelen en dit draagt bij aan het risico op AMM van KPN in de drie gedefinieerde markten van het college.

KPN kan zich niet vinden in deze conclusie en verwijst nogmaals naar haar antwoord op vraag 19 van de vragenlijst telefonie, waarin KPN duidelijk heeft aangegeven dat zij van mening is dat VoI in de komende reguleringsperiode in toenemende mate gebruikt zal worden door afnemers en een substituut zal worden van vaste telefonie. KPN heeft daarbij een groot aantal voorbeelden van aanbieders genoemd die zijn toegetreden.

4.4 Conclusie

KPN acht de marktafbakening niet voldoende onderbouwd. Vooral het verschil tussen de markten voor enkelvoudige, tweevoudige en meervoudige gesprekken lijkt niet voldoende onderbouwd. Het is immers niet duidelijk hoe een afnemer van 15 ISDN2 lijnen op één locatie zich daadwerkelijk onderscheidt in behoefte van een afnemer van ISDN30.

Wat betreft de concurrentieanalyse voor de vaste telefonie markten valt op dat voor het college alle criteria die worden benoemd bijdragen aan het risico op AMM van KPN in afwezigheid van regulering op alle gedefinieerde vaste telefoniemarkten. Met andere woorden, men zou kunnen veronderstellen op basis hiervan dat de concurrentievoorwaarden tussen de verschillende markten niet van elkaar afwijken. Dit laatste lijkt KPN zeer onaannemelijk,

[39] Op basis van een marktonderzoek heeft KPN aangetoond dat de keuze van klanten voor bundels wordt bepaald door de televisiedienst, de breedbandcapaciteit, daarna de prijs en pas in veel latere instantie de telefoondienst. De telefoniedienst is een add-on. Zie bijlage II bij vraag 43 van de antwoorden op de breedband vragenlijst.

mede gelet op de verschillende marktaandeelontwikkelingen van KPN in de verschillende markten.

Bovendien valt op dat volgens het college alle criteria die hij noemt, bijdragen aan 'het risico op AMM' in de retailmarkten voor vaste telefonie, terwijl het marktaandeel van KPN in al deze markten aanzienlijk en structureel is gedaald de afgelopen jaren.

KPN meent dat het college in het ontwerpbesluit niet aannemelijk heeft gemaakt dat KPN AMM heeft in afwezigheid van regulering op de verschillende retailmarkten voor vaste telefonie. KPN concludeert dan ook dat het college zijn marktafbakening en concurrentieanalyse voor vaste telefonie moet heroverwegen.

5 De retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten

5.1 Marktafbakening

Het college concludeert dat klassieke huurlijnen, datacommunicatiediensten en dark fiber (inclusief lichtpaden) behoren tot de relevante productmarkt voor zakelijke netwerkdiensten. Voorts concludeert het college dat zakelijke netwerkdiensten geleverd over koper-, glas- en coax-netwerken tot dezelfde relevante retailmarkt behoren. Daarnaast concludeert het college dat de relevante geografische markt voor zakelijke netwerkdiensten nationaal is. KPN herkent in grote lijnen de conclusies van het college met betrekking tot de marktafbakening van zakelijke netwerkdiensten. Echter, de conclusie van het college dat internettoegang niet tot de relevante markt behoort, is naar de mening van KPN om meerdere, hiernavolgende redenen onvoldoende onderbouwd dan wel onderzocht. KPN deelt deze conclusie derhalve niet en is van mening dat het college dit alsnog dient te onderzoeken.

5.1.1 Marktafbakening is arbitrair

Het college concludeert in de afbakening van de markt voor zakelijke netwerkdiensten dat klassieke huurlijnen, datacommunicatiediensten en dark fiber (inclusief lichtpaden) tot dezelfde relevante productmarkt behoren. Ze kennen hetzelfde gebruikersdoel, namelijk het onderling verbinden van locaties ten behoeve van interne communicatie. Daarnaast stelt het college dat datacommunicatiediensten en klassieke huurlijnen voor afnemers uitwisselbaar zijn wat betreft functionaliteit en kwaliteit. Hoewel dark fiber en lichtpaden tot dezelfde markt worden gerekend, worden er door het college toch een aantal opmerkelijke zaken geconstateerd. Een belangrijk verschil is dat het een passieve verbinding is, waarop de afnemer zelf een actieve verbinding moet realiseren. Daarnaast wordt dark fiber vooral als alternatief gezien voor datacommunicatiediensten met hoge capaciteit en tussen locaties met een relatief beperkte afstand. Slechts een heel klein percentage van alle zakelijke netwerkaansluitingen zijn dark-fiberaansluitingen of lichtpaden.

Wat internettoegang betreft stelt het college dat deze dienst om de enkele reden dat het een ander gebruikersdoel heeft niet tot de relevante markt voor zakelijke netwerkdiensten behoort. Internettoegang wordt namelijk volgens het college afgenomen om toegang te krijgen tot het internet, Hoewel dit een gebruikersdoel is van internettoegang, is het ook mogelijk – en dit wordt door het college erkend - om over internetaansluitingen bedrijfscommunicatienetwerken in te richten. Ook wordt bevestigd in de onderzoeken die het college heeft laten uitvoeren dat internettoegang door bepaalde eindgebruikers daadwerkelijk als een alternatief voor klassieke huurlijnen en datacommunicatiediensten wordt gezien, en dat internettoegang ook daadwerkelijk wordt gebruikt voor remote access, koppelingen met datacenters en internationale koppelingen.

KPN meent dat het college inconsistent gehandeld heeft in zijn marktafbakening door wel een uitgebreide substitutieanalyse uit te voeren naar dark fibers en lichtpaden en niet naar Internet-VPNs. KPN is van mening dat Internet-VPNs nog veel eerder dan dark fibers tot deze markt behoren.

5.1.2 Internettoegang behoort tot de markt voor zakelijke netwerkdiensten

Hoewel het college erkent dat internettoegang gebruikt kan worden om locaties met elkaar te verbinden, door daar Internet-VPNs op te bouwen, concludeert het dat internettoegang niet tot dezelfde relevante markt behoort als klassieke huurlijnen en datacommunicatiediensten. Een doorslaggevende rol daarbij speelt dat klassieke huurlijnen en datacommuni-

catiediensten enerzijds en internettoegang anderzijds voor verschillende doeleinden worden gebruikt. Voor de argumentatie verwijst het college naar hetgeen Dialogic op blz. 52 van het Eindgebruikersonderzoek zakelijke marktsegmenten (2011) stelt. Namelijk dat een aanzienlijke minderheid van eindgebruikers aangeeft Internet-VPNs als alternatief te zien voor de door hen afgenomen VPN-dienst (datacommunicatiedienst). Op blz. 46 van dit onderzoek wordt echter het volgende over Internet-VPNs opgemerkt:

> 'Merk daarnaast op dat de Internet-VPN in de enquête niet aan bod gekomen is. Dit product is nadrukkelijk uitgesloten van de antwoordcategorie VPN. In de interviews zijn Internet-VPNs wel besproken, vandaar dat onderstaand toch een paragraaf aan het product wordt gewijd.'

Vervolgens geeft Dialogic aan dat Internet-VPNs wel een alternatief kunnen zijn voor de reguliere VPN-diensten. Om te onderzoeken in welke mate dit het geval is, heeft Dialogic deze vraag voorgelegd aan afnemers van VPNs. Hoewel diverse eindgebruikers aangaven internet-VPNs als alternatief te zien voor de door hen afgenomen VPN-dienst (datacommunicatiedienst), was de respons echter zodanig klein dat deze cijfers niet statistisch significant waren.

Hoewel er geen kwantitatief marktonderzoek is uitgevoerd naar de vraag of er sprake is van substitutie tussen internettoegang en klassieke huurlijnen/datacommunicatiediensten, wordt vervolgens wel gesteld dat Internet-VPN veel wordt gebruikt voor remote access (de thuiswerkers) en internationale verbindingen (bijvoorbeeld voor koppelingen naar China). Ontwikkelingen die sinds enige jaren een grote vlucht nemen in de zakelijke markt.

Tot slot wordt er in het onderzoek van Dialogic aangegeven dat in de gesprekken met de respondenten, in casu interviews met circa vijftien zakelijke afnemers en experts binnen de zakelijke telecommarkt, naar voren kwam dat zij een duidelijke vervaging van de grenzen tussen productsegmenten zien. Doordat datacommunicatie verschuift van huurlijnen naar VPN-oplossingen wordt het onderscheid met breedbandinternet geringer. Sommige aanbieders zien de breedbandinternetaansluiting als een extra datacommunicatielijn, alleen dan naar de buitenwereld. Deze ontwikkeling wordt nog versterkt doordat er steeds meer diensten in the cloud worden aangeboden. Bij zeer grote organisaties betekent dit dat er eigen rekencentra staan waarop de diensten worden aangeboden. Alle nevenlocaties zijn hieraan gekoppeld en de organisatie koppelt vanaf dit punt aan de buitenwereld. Dit geldt voor breedbandinternet, voor vaste telefonie, maar misschien ook voor allerlei andere diensten zoals email, pinnen et cetera. Voor de kleine organisaties betekent dit dat zij diensten afnemen in rekencentra die niet van hen zijn. Toch blijft het op functioneel niveau vergelijkbaar.

Deze ontwikkelingen leiden ertoe dat het onderscheid tussen de productsegmenten verandert. Veel organisaties willen een dataverbinding naar een rekencentrum, hetzij via een datacommunicatielijn hetzij via internet. Op het rekencentrum nemen zij diensten af, waarvan telefonie, internet er slechts twee van de velen zijn. Hoewel deze ontwikkeling lang duurt, krijgt het gestaag steeds meer vorm.

Gelet op bovenstaande meent KPN dat het college er onterecht voor heeft gekozen ontwikkelingen op het gebied van Internet-VPN in het kader van de marktafbakening buiten de scope van het door Dialogic uitgevoerde onderzoek te laten. Naar de mening van KPN is er wel degelijk substitutie tussen zelfbouw VPNs over internet en klassieke huurlijnen en datacommunicatiediensten. Doordat het college dit niet zorgvuldig heeft onderzocht (ook een SSNIPP test ontbreekt in de analyse), kan het college naar het oordeel van KPN niet tot de conclusie komen dat Internet-VPN niet tot de relevante markt voor zakelijke netwerkdiensten behoort,

5.1.3 Bundeling van diensten

Het college schenkt in het kader van de marktafbakening geen aandacht aan bundeling van diensten, terwijl hij dit wel doet in de concurrentieanalyse. Als argument voert het college hiervoor in rnr. 1661 aan dat Dialogic en Roland Berger in hun onderzoeken geen bundelingstrend herkennen, zoals die op de consumentenmarkt wordt waargenomen. En dat, anders dan KPN aangeeft, pakketverkoop en triple play inclusief televisiediensten geen doorslaggevende trend is in de zakelijke markt.

Deze benadering is geheel inconsistent. In de consumentenmarkt herkent het college het effect van bundeling binnen de markten, maar kent daar vervolgens nauwelijks waarde aan toe in het kader van de concurrentieanalyse. In de zakelijke markt ziet het college – anders dan KPN – geen bundelingstendens, maar neemt die dan vervolgens bij de concurrentieanalyse wel mee in de overwegingen. Deze inconsistentie maakt de beide conclusies onverenigbaar. Op het onjuist meewegen van de bundelmarkt in de concurrentieanalyse van de consumentenmarkt is KPN in het voorgaande reeds ingegaan. Op de bundelingstendens in de markt voor zakelijke netwerkdiensten zal KPN zo nodig nader ingaan in de reactie op het in september door het college te publiceren ontwerpbesluit zakelijke netwerkdiensten.

5.2 Concurrentieanalyse

Het college heeft tevens voor de markt voor zakelijke netwerkdiensten beoordeeld of er een risico is dat KPN in afwezigheid van regulering over aanmerkelijke marktmacht (AMM) beschikt op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten. Het college heeft dit onderzocht aan de hand van de criteria zoals neergelegd in de Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (2002/C 165/03).

KPN zal hierna ingaan op de beoordeling door het college van een aantal van deze criteria, te weten marktaandelen, ontwikkelingen dienstenaanbod en tarieven en criteria betreffende de positie van KPN versus concurrenten.

5.2.1 Marktaandeel(bepaling)

Het college stelt vast dat KPN op de markt voor zakelijke netwerkdiensten een marktaandeel van 70-80 procent heeft in afwezigheid van regulering. In aanwezigheid van regulering heeft KPN volgens het college in het vierde kwartaal van 2010 een marktaandeel op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten van tussen 50-60 procent [vertrouwelijk: 58 procent].

Het college stelt dat voor de berekening van de marktaandelen op de markt voor zakelijke netwerkdiensten marktaandelen afmeten naar waardegegevens de voorkeur zou genieten boven marktaandelen afmeten op basis van aantallen. In afwijking van de voorkeursmethode, zoals ook aangegeven in de richtsnoeren van de Europese Commissie en die het college in voorgaande analyses heeft gehanteerd, heeft het college echter besloten marktaandelen te berekenen door het optellen van de aantallen van laag- en hoogcapacitaire aansluitingen. Voornaamste reden is dat volgens het college de ontvangen omzetcijfers onvoldoende betrouwbaar zijn; onder andere omdat zakelijke netwerkdiensten vaak in bundels met andere diensten worden geleverd waardoor de precieze omzet van zakelijke netwerkdiensten moeilijk te meten is. KPN is echter van mening dat het college de verzameling van data zou kunnen verbeteren door informatie te vorderen van alle actieve aanbieders op de markt en niet slechts enkele aanbieders en door de uitvraag van data aan te scherpen.

Niet alleen kunnen vraagtekens gezet worden bij de marktaandeelbepaling voor zakelijke netwerkdiensten als gevolg van het feit dat de omzetgegevens onvoldoende betrouwbaar zijn omdat zakelijke netwerkdiensten vaak in bundels met andere diensten worden geleverd, maar ook omdat de marktaandeelbepaling sterk samenhangt met de volledigheid en juistheid van de door het college verzamelde informatie. Zo is KPN in een van haar reacties uitgebreid ingegaan op de ontwikkelingen op het gebied van lokale glasinitiatieven. Diverse aanbieders zoals Surfnet, die hierin genoemd worden, heeft het college niet verzocht om informatie.

Voorts geeft de gevoeligheidsanalyse van het college evenwel aan dat marktaandelen van KPN op basis van omzet significant (5 tot 10 procentpunten) lager kunnen zijn dan die op aantallen. Verder stelt het college dat ze rekent met een weegfactor van 5 voor hoogcapacitaire huurlijnen in de marktaandeelbepaling maar rekent in de analyse desondanks met marktaandelen op basis van aantallen. KPN concludeert derhalve dat de getoonde marktaandelen op basis van waarde 5 à 10 procentpunten lager zijn dan marktaandelen op basis van aantallen. Het college doet hier echter verder in de analyse niets mee, terwijl het college in rnr. 1551 aangeeft dat een marktaandeel op basis van waarde beter is.

Een tweede effect dat de berekening van de marktaandelen van KPN verhoogt, is de aanwezigheid van grote aantallen analoge huurlijnen. Het betreft ongeveer 30% van de aantallen. De helft hiervan zal bij de uitfasering opgezegd worden zonder dat daar alternatieve diensten voor in de plaats komen. Rationalisatie wordt dit genoemd; dit is een trend die reeds enige jaren tot krimp van de markt leidt. Van de andere helft zal een deel bij de concurrentie terecht komen. Het effect van rationalisatie op het marktaandeel (op basis van aantallen) is ongeveer 7 procentpunten. KPN ziet dit effect niet tot onvoldoende terug in de analyse van het college.

Het college kent in zijn analyse onterecht geen tot weinig gewicht toe aan bovenstaande effecten. Naar het oordeel van KPN dient het college in zijn analyse de effecten op een transparante wijze te onderbouwen.

5.2.2 Marktaandelen in afwezigheid van regulering

In zijn analyse gaat het college in op de verwachte marktaandeelontwikkelingen in afwezigheid van regulering. Om een goed beeld te krijgen van de uitkomsten van de verwachte marktaandeelontwikkelingen dient het college in zijn analyse duidelijker onderscheid te maken tussen de situaties:

1) verwachte marktaandeelontwikkelingen in aanwezigheid van huidige regulering;
2) verwachte marktaandeelontwikkelingen in aanwezigheid van alleen ontbundelde toegang regulering;
3) verwachte marktaandeelontwikkelingen in aanwezigheid van regulering van ontbundelde toegang en WBT/ILL.

Voorts meent KPN dat een aantal conclusies van het college over marktaandelen(ontwikkeling) niet gedragen worden door feiten of de uitgevoerde marktonderzoeken.

In rnr. 1563 geeft het college aan dat hij het aannemelijk acht dat in afwezigheid van ontbundelde toegang regulering het huidige marktaandeel van glasaanbieders lager zou zijn geweest dan wat het nu is. Glasaanbieders hebben volgens het college deels kunnen groeien door een combinatie van gebruik van eigen infrastructuur en inkoop op basis van regulering. Voorts schat het college in rnr. 1574 in dat KPN in afwezigheid van regulering prospec-

tief over een marktaandeel van 70 tot 80 procent beschikt. Dit is even hoog als de inschatting van het huidige marktaandeel van KPN in afwezigheid van regulering (zie ook Tabel 42). Het college acht het in een situatie in afwezigheid van regulering niet aannemelijk dat de door Roland Berger voorspelde daling van KPN's marktaandeel zal plaatsvinden aangezien een groot deel van de daling van het marktaandeel van KPN toekomt aan partijen die afhankelijk zijn van regulering.

KPN herkent deze conclusie van het college niet. Roland Berger heeft in het onderzoek aangegeven dat groei van zakelijke netwerkdiensten voornamelijk afkomstig is van glas. Partijen die via glas zakelijke netwerkdiensten aanbieden zijn niet afhankelijk van regulering van het kopernetwerk van KPN.

> Roland Berger 'Prospectief onderzoek naar de marktontwikkelingen op het gebied van elektronische communicatie in de Nederlandse zakelijke markt', blz. 10:
>
> 'Er zijn drie belangrijke drijvers voor de ontwikkeling van de platformmarkt richting 2014: de ontwikkeling van het aandeel in de bruto aanwas van glasvezel, kabel en koper. Gegeven de sterke historische groei en de toenemende vraag naar hoge, synchrone bandbreedte wordt aangenomen dat het aandeel van glasvezel in de bruto aanwas verder stijgt van circa 50 – 60% eind 2010 tot circa 60 – 70% in de periode 2011 - 2014. Dit resulteert in een marktaandeel van 30 – 40% in 2014. Historische data voor kabel is niet beschikbaar; wel is bekend dat glasvezel 50 – 60% van alle bruto aanwas voor haar rekening neemt en koper historisch gezien dominant was. Daarbij komt dat kabel volgens diverse geïnterviewde partijen technische beperkingen kent voor VPN-achtige toepassingen. Er wordt uitgegaan van een aandeel in de bruto aanwas van minder dan 10%, in lijn met het huidige en toekomstige marktaandeel in aantallen aansluitingen. Alle resterende bruto aanwas in de totale markt komt voor rekening van koper. Gegeven de groei van glasvezel kan het aandeel van koper in de bruto aanwas niet verder groeien. Het marktaandeel van koper daalt daarmee van 70 – 80% in 2010 tot 50 – 60% in 2014.'

Ook betwist KPN de conclusie van het college in rnr. 1559 dat hij het aannemelijk acht dat KPN in afwezigheid van regulering aan afnemers – zoals thans Tele2 – geen (vrijwillige) ontbundelde toegang tot haar netwerk zal aanbieden, althans niet tegen voorwaarden waarop een duurzame business case kan worden gebaseerd (zie ook paragraaf 7.3 voor een verdere uiteenzetting hiervan).

In de hypothetische situatie dat KPN het aanbod voor ontbundelde toegang zal intrekken verwacht KPN dat de uitrol van zakelijk glas verder zal versnellen. Uitrol van zakelijke dienstverlening op coax kan in die hypothetische situatie ook versnellen. UPC heeft op dit moment nog veel zakelijke aansluitingen op DSL. In afwezigheid van ULL regulering is het aannemelijk dat UPC deze zakelijke aansluitingen versneld op coax of glas wil overzetten. Daarnaast zal VPN over internet versnellen. Als laatste is het nog maar de vraag of zakelijke klanten nog steeds zoveel blijven hechten aan 1 aanbieder voor alle vestigingen. Alles bij 1 aanbieder is leuk zolang als de prijzen redelijk zijn. Als er een prijsgat ontstaat tussen KPN en concurrenten dan zullen zakelijke klanten ook gaan cherry-picken.

KPN gaat niet uitvoerig herhalen wat zij hierover reeds heeft gezegd, maar verwijst naar haar eerdere reacties en volstaat hier met drie (aanvullende) opmerkingen.

- Allereerst valt het KPN op dat het college bovengenoemde conclusie op geen enkele wijze onderbouwt.
- Voorts heeft KPN in diverse reacties op vragen van het college getracht het college ervan te overtuigen dat KPN een economische prikkel heeft tot het bieden van toegang tot haar netwerk, Dat KPN een aantoonbare prikkel/belang heeft om toegang tot haar koper- als glasinfrastructuur te bieden, is gelegen in het feit dat KPN er alles aan doet om enerzijds haar kopernetwerk zo veel mogelijk te vullen en daar zoveel mogelijk klanten op te hebben en om anderzijds investeringen in glasnetwerken door een grotere vulling rendabel te laten zijn en sneller terug te verdienen.

- Een derde opmerking die KPN wil maken is dat KPN al haar bedrijfsprocessen en infrastructuren reeds lange tijd heeft ingericht op het verlenen van toegang. Het verdwijnen van regulering betekent volgens KPN dan ook niet dat zij direct geen toegang meer zal verlenen.[40]
- Tot slot merkt KPN op dat het vervallen van regulering als gevolg van de CBb uitspraken in 2010 niet heeft geleid tot het hanteren van andere voorwaarden door KPN. Het college schenkt hier echter geen aandacht aan in zijn analyse.

5.2.3 Prognose: ontwikkelingen in marktaandelen 2012-2014

In rnr. 1569 constateert het college dat in de groei van circa 3 tot 4 procent in de markt voor zakelijke netwerkdiensten KPN's aandeel in de bruto aanwas ca. 30-40% is. Hoewel dit een duidelijke indicatie is van concurrentie, neemt het college dat in zijn analyse onvoldoende mee.

5.2.4 Ontwikkelingen dienstenaanbod en tarieven

(i) Concurrentiedruk van dark fiber, lichtpaden en zakelijke netwerkdiensten via coax

Het college stelt in het ontwerpbesluit dat hoewel dark fiber, lichtpaden en zakelijke netwerkdiensten via coax behoren tot de markt voor zakelijke netwerkdiensten, de concurrentiedruk van deze diensten beperkt is.

Nieuw ten opzichte van het Marktanalysebesluit Huurlijnen van 2008 is dat het college thans tot de conclusie komt dat dark fiber en lichtpaden tot de relevante markt voor zakelijke netwerkdiensten behoren. In het Marktanalysebesluit Huurlijnen van 2008 oordeelde het college dat retailleveringen van dark fiber niet genoeg concurrentiedruk op klassieke huurlijnen en datacommunicatiediensten uitoefenden om tot dezelfde relevante markt te behoren. De belangrijkste redenen waren dat dark fiber een bouwsteen is voor klassieke huurlijnen en dat de retailleveringen van dark fiber heel beperkt in omvang waren. De reden voor het college om thans tot een andere conclusie te komen is volgens het college de relevante ontwikkeling dat het aantal retail geleverde dark-fiberverbindingen in de afgelopen jaren sterk is gestegen. Tegelijkertijd concludeert het college in onderhavig ontwerpbesluit dat het tot dezelfde markt rekenen van dark fiber geen invloed heeft op de uitkomst van de concurrentieanalyse aangezien slechts 3,5 procent van alle zakelijke netwerkaansluitingen dark-fiberaansluitingen zijn. Hetzelfde concludeert het college voor lichtpaden aangezien het aantal afgenomen lichtpaden heel beperkt is (enkele honderden). Ook met betrekking tot zakelijke netwerkdiensten over coax concludeert het college dat deze diensten tot dezelfde relevante retailmarkt behoren als zakelijke netwerkdiensten over koper en glas. Echter, aangezien het aantal afgenomen zakelijke netwerkdiensten op basis van coax heel beperkt is, heeft het tot dezelfde relevante markt rekenen van coax geen invloed op de uitkomst van de concurrentieanalyse.

KPN meent dat het college onterecht heeft nagelaten zijn conclusies dat dark fiber, lichtpaden en zakelijke netwerkdiensten over coax geen invloed hebben op de uitkomst van de concurrentieanalyse en derhalve op de vaststelling dat KPN een aanmerkelijke marktmacht heeft op de markt voor zakelijke netwerkdiensten te onderbouwen met een prospectieve marktanalyse.

[40] Zie ook het CIF-model dat uitgaat van vrijwillige toegang tot glas.

Op grond van de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (2002/C 165/03) dient het college het bestaan van een machtspositie aan te tonen aan de hand van een aantal criteria en dient de beoordeling hiervan gebaseerd te zijn op een prospectieve marktanalyse uitgaande van de geldende marktvoorwaarden.

Bij het aantonen van het bestaan van een machtspositie dient volgens de richtsnoeren ook rekening gehouden te worden met het feit dat de marktmacht van een onderneming ook kan worden ingeperkt door het bestaan van potentiële concurrenten. Het college moet ook de vraag stellen in hoeverre het waarschijnlijk is dat ondernemingen die momenteel niet actief zijn op de relevante productmarkt, op middellange termijn kunnen besluiten tot die markt toe te treden, na een kleine, maar significante, duurzame prijsverhoging. Ondernemingen die in het geval van een dergelijke prijsverhoging in de mogelijkheid verkeren om hun productlijn/ dienstenaanbod om te schakelen of uit te breiden en de markt te betreden, moeten door NRI's worden behandeld als potentiële marktdeelnemers, ook al produceren ze momenteel niet het betrokken product of leveren ze niet de betrokken dienst.

Ook is de vaststelling dat er sprake is van een machtspositie afhankelijk van een beoordeling van de vraag hoe gemakkelijk de markt kan worden betreden (toetredingsdrempels). Uit het paper van KPN over 'Rol en betekenis van lokale (zakelijke) glasinitiatieven' van 18 februari 2011 kan opgemaakt worden dat het relatief gemakkelijk is de markt te betreden. Ook Roland Berger bevestigt dit in haar rapport.[41]

De conclusies van het college met betrekking tot dark fiber en lichtpaden zijn enkel gestoeld op de huidige marktsituatie, nl. dat slechts 3,5 procent van alle zakelijke netwerkaansluitingen dark-fiberaansluitingen zijn en slechts enkele honderden lichtpaden zijn afgenomen. Het college laat in de concurrentieanalyse na het effect van 'de sterke stijging van het aantal retail geleverde dark-fiberverbindingen in de afgelopen jaren', het argument om dark fiber thans wel tot de relevante markt te rekenen, prospectief te analyseren. Wellicht is de sterke groei van dark fiber licht afgezwakt sinds 2009, er is nog steeds sprake van een groei en daarnaast zijn er diverse argumenten in het onderzoek van Dialogic en Roland Berger die er juist op wijzen dat deze groei zich doorzet. Uit de analyse van het college blijkt dat de grootste aanbieder van dark fiber Eurofiber is; andere aanbieders zijn ondermeer BT, Tele2 en KPN en daarnaast is er nog een aantal lokale aanbieders van dark fiber. Tevens weegt het college in zijn analyse de bevindingen uit het onderzoek van Roland Berger niet mee dat het aanbieden van retail dark fiber relatief eenvoudig is, niet slechts voor gevestigde infrastructuurpartijen (KPN, Reggefiber, Eurofiber, etc.) maar ook voor bijvoorbeeld hun aannemers. Daarnaast blijkt in het eindgebruikersonderzoek van Dialogic (2011), waarin 25-28 procent van de afnemers van zakelijke netwerkdiensten aangaf de afgelopen twee jaar te zijn overgestapt of de komende twee jaar van plan is over te stappen van voornamelijk klassieke huurlijnen (zowel analoog als digitaal) naar een ander product, dat afnemers van digitale huurlijnen in een kwart van de gevallen overstappen naar datacommunicatiediensten en in ongeveer de helft van de gevallen naar dark fiber. KPN meent dat het college met in achtneming van deze aspecten alsnog een prospectieve analyse dient uit te voeren.

- Ook heeft het college geen prospectieve analyse uitgevoerd bij de bepaling van de concurrentiedruk van zakelijke netwerkdiensten via coax. Het college meent dat het tot dezelfde relevante markt rekenen van coax geen invloed op de uitkomst van de

[41] Roland Berger, blz 35 "Het aanbieden van retail dark fiber is echter relatief eenvoudig, niet slechts voor gevestigde infrastructuurpartijen (KPN, Reggefiber, Eurofiber, etc.) maar ook voor bijvoorbeeld hun aannemers."

concurrentieanalyse heeft, aangezien coax onder meer vanwege het gebrek aan capaciteitsgaranties en het niet kunnen afgeven van dezelfde SLA's als die op koper of glas worden afgegeven wordt gezien als een inferieur product en het aantal afgenomen zakelijke netwerkdiensten op basis van coax heel beperkt is. KPN merkt op dat zakelijke diensten over coax tot vorig jaar niet werden geleverd. In een klein jaar tijd slaagt Ziggo er wel in om ca. 10.000 zakelijke klanten aan te sluiten. Niet alleen is de potentie is er, dit betekent dat er sprake is van een forse groei waarvan de effecten zeker prospectief onderzocht dienen te worden. Overigens wordt dit door grootzakelijke afnemers in het Eindgebruikersonderzoek van Dialogic (2011) niet onderkend. Zij vinden juist positief dat kabelaanbieders verrassend goed in staat zijn om bepaalde SLA's te halen.

Dit zijn aspecten die nu gelden, maar waar kabelaanbieders de komende periode verbetering in kunnen en zullen aanbrengen, waardoor zij toch een belangrijke speler zullen kunnen gaan worden op de markt voor zakelijke netwerkdiensten.

(ii) Daling van tarieven

In rnr. 1588 concludeert het college dat de daling van de tarieven voor klassieke huurlijnen >2 Mbit/s en datacommunicatiediensten een sterke indicatie is van een concurrerende markt voor zakelijke netwerkdiensten in aanwezigheid van regulering. Wat KPN betreft is dit niet een indicatie maar een bewijs van concurrerende markt zoals KPN al eerder in haar input op de tariefontwikkeling heeft weergegeven.

(iii) Introductie nieuwe diensten

In rnr. 1597 geeft het college aan dat een aantal nieuwe producten dat is geïntroduceerd, zou kunnen duiden op een concurrerende markt, maar het merendeel hiervan is mogelijk gemaakt op grond van gereguleerde wholesale bouwstenen. In afwezigheid van regulering gaat het college ervan uit dat KPN ontbundelde toegang niet op vrijwillige basis zou leveren. Dit betekent dat in een situatie in afwezigheid van regulering een groot deel van de productintroducties, geïnitieerd door alternatieve aanbieders, niet zouden plaatsvinden. KPN vindt deze conclusie van het college te zwak; wat KPN betreft is dit een bewijs van een concurrerende markt.

5.2.5 Positie van KPN versus concurrenten

In het kader van de beoordeling van het risico op AMM van KPN op de markt voor zakelijke netwerkdiensten onderzoekt het college de volgende dominantiecriteria die van invloed zijn op de positie van KPN ten opzichte van concurrenten: de controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur, verticale integratie, schaal- en breedtevoordelen en bundeling. Naar het oordeel van KPN heeft het college hierbij onterecht nagelaten de vraag te onderzoeken hoe gemakkelijk de markt kan worden betreden. Dit is een belangrijke vraag omdat het ontbreken van toetredingsdrempels in beginsel ontmoedigend werkt op onafhankelijke, concurrentieverstorende gedragingen van een onderneming met een aanzienlijk marktaandeel.

Zoals KPN in diverse reacties heeft aangegeven is kenmerkend voor de zakelijke markt de grote en alsmaar toenemende dynamiek in verschillende segmenten. Niet alleen zijn er reeds lang veel bekende partijen (zoals Colt, Verizon, BT, Orange Business Services, Tele2, Easynet, AT&T) actief, ook zijn er diverse partijen, zoals Eurofiber, UPC, Ziggo, IBM, Micro-

soft, Google en HP in de afgelopen 3 jaar succesvol toegetreden tot segmenten van de zakelijke retailmarkt en er heeft geen uittreding plaatsgevonden. Concurrentie vanuit de kabel is niet alleen fors toegenomen op de onderkant van de markt (MKB/SoHo). De kabelaanbieders zijn inmiddels ook gestart met het bieden van scherp geprijsde Multi Site diensten. Verder worden steeds meer partijen zonder eigen netwerk actief op zakelijke diensten zoals MVNO's, mobiele resellers (zoals Dekatel, Galaxy, Intercity Telecom, EspritXB etc.), RoutIT, Zoranet, Infopact en XRC en systems integrators actief.

De toegenomen dynamiek op de zakelijke retail markt is onder meer het gevolg van de toenemende dynamiek op wholesale niveau. Hiervan getuigt de toetreding en de investeringen van wholesale partijen, als Eurofiber en lokale glasvezelinitiatieven. Ook leveren diverse aanbieders op wholesale niveau dark fibers en wholesale huurlijnen. Gesteld kan dan ook worden dat de toetredingsbarrières laag zijn. De dynamiek op wholesale niveau zorgt uiteindelijk ook voor toenemende concurrentiedruk in de gehele keten. Aanbieders van zakelijke retail diensten zijn daardoor niet afhankelijk van KPN. Bovendien is er met betrekking tot diensten over glas op wholesale- en retailniveau sprake van een groeimarkt waar elke aanbieder gelijke kans heeft om die markt te veroveren.

Tot slot zal de dynamiek op de zakelijke markt gelet op de ambities van partijen alleen maar verder toenemen. Zo hebben diverse partijen, denk aan Ziggo Zakelijk en UPC Business, hun ambities om verder te willen groeien in de zakelijke markt kenbaar gemaakt. Ook partijen als Vodafone hebben grote ambities; zij wil samen met Eurofiber een stevige nummer twee op de zakelijke markt worden. Ook hebben diverse partijen, zoals Eurofiber-T-Mobile/Vodafone, BT, UPC, Ziggo, Tele2 (met overname BBned), Rabobouwfonds, forse investeringen in de zakelijke retail en/of wholesale markt voor de komende jaren aangekondigd.

5.3 Conclusie

KPN acht in onderhavig ontwerpbesluit de marktafbakening en de dominantieanalyse niet voldoende onderbouwd. Vooral de conclusie dat internettoegang niet tot de relevante markt behoort. Ook wat betreft de concurrentieanalyse van de markt voor zakelijke netwerkdiensten is KPN van oordeel dat het college ten onrechte een aantal cruciale aspecten zoals de dynamiek in de markt, de rol van kabelaanbieders, lage toetredingsdrempels onvoldoende heeft onderzocht dan wel onvoldoende gewicht aan heeft gegeven in de analyse. Hierop zal KPN, zo nodig, nader ingaan in de reactie op het in september door het college te publiceren ontwerpbesluit zakelijke netwerkdiensten.

6 De markt voor ontbundelde toegang

6.1 Inleiding

De markt voor ontbundelde toegang is een kunstmatige markt. De markt voor ontbundelde toegang wordt in feite alleen onderzocht en afgebakend indien er op een onderliggende retailmarkt geconcludeerd is dat in afwezigheid van regulering KPN beschikt over AMM. Zoals in voorgaande paragrafen van deze reactie uitvoerig is aangegeven meent KPN dat daarvan in de verschillende retailmarkten geen sprake van is (zie reacties op de retailmarkt vaste telefonie, internettoegang en zakelijke netwerkdiensten). Daarmee is het dan ook voor KPN niet vanzelfsprekend dat er sprake is van een markt voor ontbundelde toegang. Desalniettemin zal KPN in dit hoofdstuk nader ingaan op de marktafbakening die het college voor ontbundelde toegang voorstelt en de bijbehorende dominantie analyse.

6.2 Marktafbakening

6.2.1 Kabelnetwerken

(i) Directe substitutieanalyse

In rnr. 226 komt het college tot de conclusie dat het vooralsnog geen aanwijzingen heeft dat er via kabelnetwerken een aan ontbundelde kopertoegang equivalente vorm van wholesale toegang kan worden geleverd. Er kan daarom geen sprake zijn van directe substitutie tussen beide vormen van toegang. OPTA constateert dat weliswaar technisch een vorm van ontbundeling mogelijk zou zijn, maar dat het economisch niet haalbaar is dit te introduceren.

KPN kan zich niet verenigen met deze conclusie en verwijst in dat kader naar haar antwoord van 1 februari 2011 op vraag 31 van de vragenlijst breedband. In aanvulling daarop merkt KPN op dat als Reggefiber en CIF glas naar ieder huishouden economisch haalbaar FttH kunnen leveren, dan kan dat volgens KPN ook naar iedere multitap. De kosten per home passed voor FttH zijn ongeveer 1000 euro. De kosten per home passed bij FttLA[42] (glas naar de multitap) zijn ongeveer 290 euro per home passed (berekend op basis van de formules uit het TNO rapport van 15 maart 2010[43]). Het zal dus afhangen van het gereguleerde tarief van het stukje coax tussen multitap en huisadres of de business case van FttLA beter is dan FttH. Het is zeker niet uit te sluiten dat FttLA voor een derde partij zoals Reggefiber of CIF haalbaar is.

Vervolgens lijkt het erop dat het college zich op het standpunt stelt dat ontbundelde toegang altijd toegang tot een individuele klant inhoudt. Het is voor KPN niet duidelijk waar deze veronderstelling van het college op is gebaseerd. Als CAIW toegang krijgt tot (een deel van) het coax netwerk waarop meerdere klanten zitten dan valt niet in te zien waarom hier geen sprake zou zijn van ontbundelde toegang. Het is het netwerk immers dat ontbundeld wordt ter hoogte van het distributiecentrum (zie plaatje hieronder). Het distributiecentrum heeft een verzorgingsgebied van ca. 10.000 huizen en is dus vergelijkbaar met de KPN wijkcentrale. CAIW kan met de eigen apparatuur de signalen specifiek toegankelijk maken voor individuele eindgebruikers. Al blijft het college van mening dat een dergelijke vorm van toegang geen ontbundelde toegang is, dan is het voor KPN nog steeds niet duidelijk waarom een dergelijke vorm niet als virtuele ontbundelde toegang kan worden beschouwd. In dit kader wijst KPN naar de NGA Aanbeveling van de Europese Commissie van september 2010. In rnr. 21 van deze aanbeveling staat:

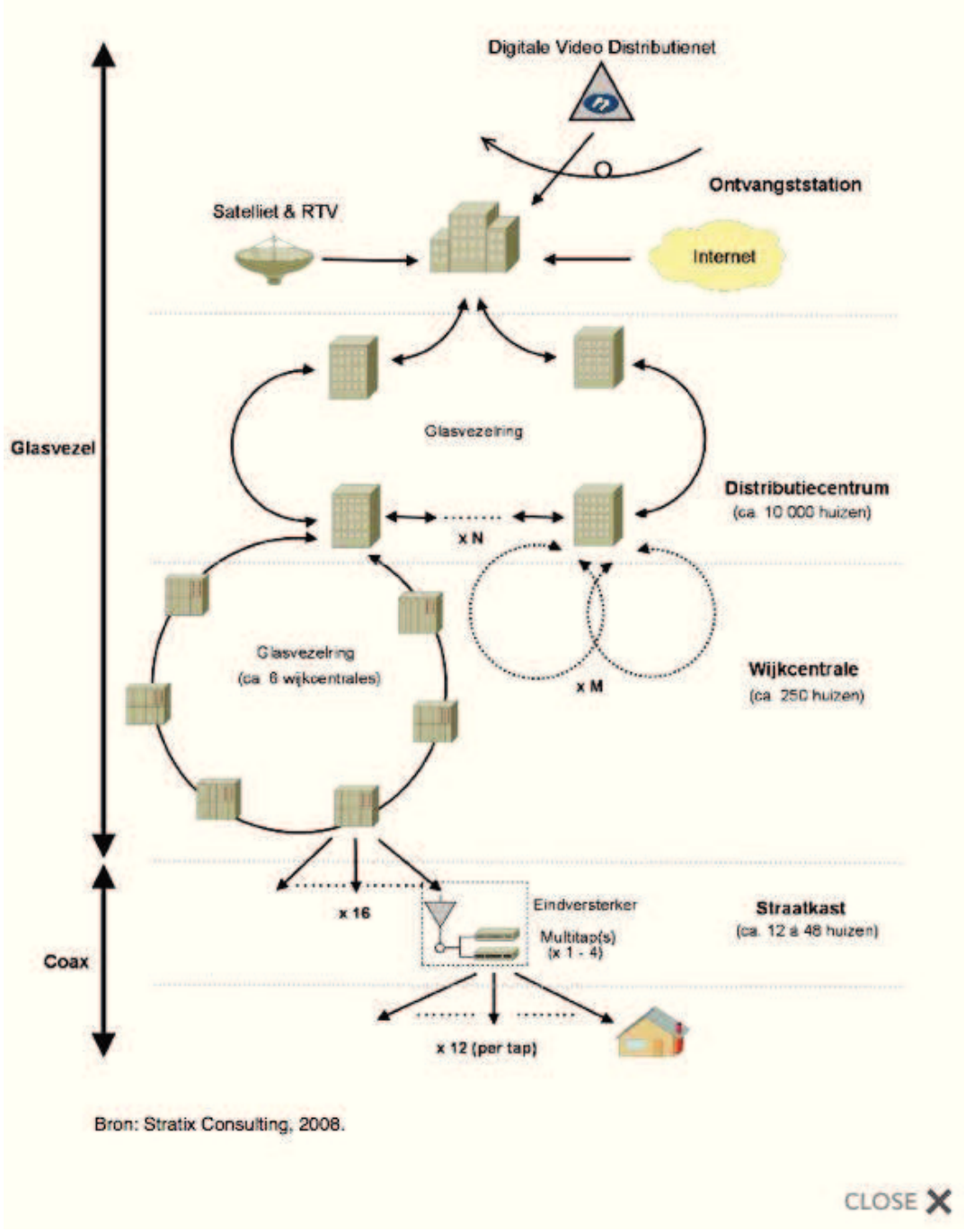
[42] FTTLA: Fiber to the Last Amplifier.
[43] Bijlage bij de zienswijze op het ontwerp ULL herstelbesluit van het college van februari 2010.

> 'Verplichtingen die conform artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG worden opgelegd, zijn gebaseerd op de aard van het vastgestelde probleem, ongeacht de technologie of de architectuur die door een SMP-exploitant wordt gebruikt. Daarom mag het feit dat een SMP- exploitant een point-to-multipoint- of een punt-to- point-netwerktopologie uitrolt, op zich geen invloed hebben op de keuze van oplossingen, rekening houdend met de beschikbaarheid van nieuwe ontbundelingstechnologieën die in dit opzicht met potentiële technische problemen worden geconfronteerd. De NRI's moeten voor een overgangsperiode maatregelen kunnen nemen om alternatieve toegangsproducten op te leggen die de fysieke ontbundeling bij wijze van vervanging zo dicht mogelijk benaderen, op voorwaarde dat deze maatregelen worden geflankeerd door de meest geschikte garanties voor een gelijkwaardige toegang en effectieve concurrentie). De NRI's moeten dan in elk geval de fysieke ontbundeling opleggen zodra dat technisch en commercieel haalbaar is.'

De Europese Commissie maakt dus geen onderscheid tussen point-to-point architecturen (zoals koper) en point-to-multipoint architecturen (zoals coax)[44]. KPN gaat er daarom vanuit dat coax netwerken wel degelijk als substituut kan worden beschouwd.

Grafisch kan de opbouw als volgt worden weergegeven (bron: Stratix 2008):

[44] Voor FttH worden zowel point-to-point als point-to-multipoint toegepast. De Europese Commissie heeft hiermee willen waarborgen dat ook op point-to-multipoint architecturen ontbundelde toegang wordt aangeboden.



(ii) Indirecte substitutie analyse

In rnr. 238 concludeert het college dat er vanuit kabelnetwerken onvoldoende indirecte prijsdruk is via de retailmarkten op ontbundelde toegang tot het kopernetwerk. Kabelnetwerken behoren derhalve niet tot de relevante productmarkt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.

KPN verwijst nogmaals naar haar antwoord op vraag 31 van de vragenlijst breedband. Daar heeft KPN verwezen naar de analyse van Ofcom en deze concludeert juist wel op basis van

een hypothetisch monopolie test dat de kabel via indirecte prijsdruk wel degelijk tot de ontbundelde toegangsmarkt behoort. Hierbij nogmaals de verwijzing naar de betreffende passage uit het Ofcom consultatiedocument: [45]

> '3.102 Using the HMT framework, an analysis of indirect constraints involves assessing the extent of demand-side and supply-side substitution between loop-based and cablebased services where cable services are available. Under the assumptions of the HMT framework, an increase in the price of the (notional) WLA would be passed through to the corresponding retail access prices faced by customers. The extent to which retail prices would increase would depend on the proportion of the retail price that is made up of the price of the wholesale input. We have estimated this to be between 65 and 75 per cent.
>
> 3.104 In those previous WLA and WBA market reviews, we consistently found that the indirect constraints from cable-based services would be sufficient to render a price rise at the wholesale level unprofitable such that the market should be broadened to include cable services.'

6.2.2 Mobiele en draadloze netwerken

In rnr. 251 stelt het college dat mobiele netwerken, WIFI verbindingen, WLL verbindingen en satellietverbindingen niet tot de relevante productmarkt behoren voor ontbundelde toegang. De voornaamste reden voor deze conclusie is dat er volgens het college geen indirecte prijsdruk uitgaat omdat mobiele en draadloze diensten niet tot de relevante productmarkt behoren voor wat betreft de retailmarkt voor internettoegang.

KPN merkt echter op dat het college aangeeft dat internettoegang via satellietverbindingen wel tot de relevante retailmarkt voor internettoegang behoort en dat er dan mogelijk wel sprake is van indirecte prijsdruk. Daarmee zouden satellietverbindingen wel tot de markt voor ontbundelde toegang kunnen behoren.

KPN doet dan ook de oproep aan het college om te onderzoeken of er geen sprake is van indirecte prijsdruk van satellietverbindingen op de markt voor ontbundelde toegang.

6.3 Dominantieanalyse wholesale ontbundelde toegang

6.3.1 Schaal- en breedtevoordelen

In paragraaf 5.4.4 geeft het college een aantal algemeenheden, dat tot de conclusie zou moeten leiden dat KPN over breedtevoordelen beschikt. Opvallend is echter dat in de opsomming van diensten de televisiedienst ontbreekt. Het is gezien de bundeltrend die ook het college gesignaleerd heeft aannemelijk dat de breedtevoordelen van een sterke positie op de omroepmarkt van veel groter belang zijn dan de breedtevoordelen van een zakelijke markt. Ook op grond van een analyse van de aantallen kan tot die conclusie gekomen worden. Voor zakelijke netwerkdiensten is de marktomvang enkele honderdduizenden aansluitingen. Op een totaal van 7 miljoen adressen levert dat op de ontbundelde toegangsmarkt een beperkt schaalvoordeel. De televisiemarkt heeft echter een omvang van eveneens ca. 7 miljoen waarbij de kabelaanbieders het grootste deel van de klanten hebben. Het voordeel dat de kabelaanbieders hebben als gevolg van een groot omroepbestand is dus vele malen belangrijker dan het relatief kleine aantal zakelijke aansluitingen van KPN. KPN meent daarom dat het college een nieuwe analyse dient te doen naar breedtevoordelen in de ontbundelde toegangsmarkt waarbij de omroep markt wordt meegewogen.

Voor wat betreft schaalvoordelen in paragraaf 5.4.3: hiervoor is het van belang dat deze bij aansluitnetwerken vooral lokaal zijn. Zodra een netwerk in een wijk van enkele duizenden aansluitingen is uitgerold kent dit netwerk nagenoeg dezelfde schaalvoordelen als een lan-

[45] http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/wla/

delijk uitgerold netwerk. Er is zelfs sprake van enig voordeel van een lokale wijkgerichte uitrol ten opzichte van het landelijk uitgerold netwerk van KPN. KPN heeft vanwege de universele dienstverplichting een netwerk dat overal is uitgerold, dus ook in onrendabele gebieden. De kabelaanbieders daarentegen hadden de keus om onrendabele gebieden niet te voorzien van coax en konden daarmee veel geld uitsparen. KPN schat het kostenvoordeel dat de kabelaanbieders hierdoor hadden op 20-40%.

Wat het college schrijft in rnrs. 321 en volgende (vooral ook 324) geldt evenzeer voor kabelaanbieders als UPC en Ziggo, terwijl de indruk wordt gewekt dat dit specifieke voordelen voor KPN zouden zijn.

6.4 Conclusie

KPN meent dat het college bij de marktafbakening en de concurrentieanalyse van de markt voor ontbundelde toegang zich (opnieuw) te weinig rekenschap heeft gegeven van de directe en in elk geval indirecte concurrentie die uitgaat van kabelnetwerken.

7 Verplichtingen

7.1 Inleiding

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

KPN heeft al eerder in haar position paper remedies[46] aangegeven dat een motivering inhoudende dat een verplichting 'niet schadelijk' is voor de innovatie en platformconcurrentie onvoldoende is. Er moet – zo nodig door welvaartsanalyses – worden beoordeeld of de voordelen van die verplichting opwegen tegen de mogelijke nadelen.[47] KPN constateert dat deze welvaartanalyses in het ontwerpbesluit niet hebben plaatsgevonden.

Dit betekent concreet dat het college meerdere verplichtingen heeft opgelegd die niet noodzakelijk en passend zijn in de relatie tussen KPN en aanbieders die voor het aanbieden van diensten afhankelijk zijn van wholesale inkoop bij KPN. Het college heeft hierbij de relatie tussen KPN en aanbieders die niet afhankelijk zijn van wholesale inkoop bij KPN niet betrokken.

Het is bij het opleggen van verplichtingen niet alleen van belang om te onderzoeken welke implicaties de verplichting heeft op het concurrentieproces tussen KPN en aanbieders die voor het aanbieden van diensten afhankelijk zijn van wholesale inkoop bij KPN. Ook de gevolgen die een dergelijke verplichting kan hebben op de concurrentie tussen KPN en andere aanbieders die niet afhankelijk zijn van wholesale inkoop bij KPN (bijv. Eurofiber en de kabelaanbieders) dient in acht genomen te worden bij het opleggen van een dergelijke verplichting. Meer concreet had het college in het licht van het te bereiken doel expliciet moeten afwegen of de voordelen van de verplichting opwegen tegen de nadelen ervan in het licht van het vergroten van voor consumenten beschikbare NGA infrastructuur.

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

KPN zal hieronder per voorgestelde verplichting haar standpunt weergeven.

[46] Postion paper remedies KPN, R/11/4/037 van 30 maart 2011.

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

7.2 Toegang

7.2.1 Virtual SDF Acces

In rnr. 464 geeft het college aan dat fysieke SDF-access niet langer geschikt en dus niet langer passend is. In plaats daarvan legt het college in rnr. 466 (dictumonderdeel VI) aan KPN een verplichting tot levering van virtuele SDF Access (VSA) op. KPN beschouwt het vervallen van de verplichting tot het fysieke leveren van SDF-access als een logische stap, aangezien hierdoor een belangrijke beperking voor innovatie wordt weggenomen. De VSA verplichting die daarvoor in de plaats komt is op zich niet bezwaarlijk mits het college het niveau van uitkoppeling logisch laat invullen. Het college stelt in rnr. 466 (dictumonderdeel VII) dat VSA dient te worden geleverd op het naast hogere netwerkniveau van SDF, zijnde MDF. De KPN infrastructuur is hier echter niet op ingericht. Glas wordt namelijk niet op MDF-locaties maar op Metro Core locaties uitgekoppeld. KPN gaat er vanuit dat de uitkoppeling op de ca. 150 Metro Core locaties locaties – of indien de markt dat prefereert een subset van deze 150 - als een redelijke invulling beschouwd kan worden. Het aanpassen van de netwerkarchitectuur t.b.v. uitkoppeling op MDF-locaties is inefficiënt en brengt derhalve hoge kosten[48] met zich. Hierdoor verslechtert de concurrentiepositie van alle DSL aanbieders ten opzichte van de kabel. Gezien de aard van de door het college geconstateerde mededingingsproblemen kan dit geen logisch gevolg van de VSA verplichting zijn. Overigens blijkt uit de tekst van rnr. 464 (dictumonderdeel VII) dat ook het college van mening is dat de VSA toegang kostenefficiënt dient te zijn.

Bij de nadere invulling van de verplichting geeft het college in rnr. 532 (dictumonderdeel VIII) aan dat een implementatietraject pas dient te starten nadat een potentiële toetreder daartoe een concreet verzoek daar toe doet. KPN kan zich hierin vinden. Met deze bepaling wordt voorkomen dat KPN een duur en arbeidsintensief implementatietraject ingaat voor een dienst die mogelijk nooit afgenomen gaat worden. KPN wijst er op dat niet ieder verzoek van marktpartijen automatisch zal leiden tot een daadwerkelijke afname van de dienst. KPN verzoekt het college dan ook om hier rekening mee te houden bij de invulling van de verplichtingen. KPN kan bijvoorbeeld tegen relatief beperkte kosten een indicatie geven van de tariefplafonds[49] maar er moet voor de implementatie van de daadwerkelijke dienst veel meer kosten gemaakt worden. KPN zou dan ook de mogelijkheid moeten krijgen om enige zekerheid van marktpartijen te krijgen voordat met implementatie begonnen moet worden, bijvoorbeeld in de vorm van een voorschot op de implementatiekosten.

De VSA dienst zou naar de mening van KPN dan ook geen doel op zich moeten zijn, maar veeleer een middel om het hoofddoel, te weten concurrentie op de retail breedbandmarkt, te ondersteunen. Dat doel wordt naar de mening van KPN al bereikt met het huidige WBA CM aanbod van KPN met als aanvulling het Wholesale Multi Play (WMP) aanbod ten behoeve van een efficiënte levering van een interactieve TV dienst. Het vervallen van de WBT-LK verplichting voor KPN zal in beginsel niet leiden tot het terugtrekken of verslechteren van het huidige WBA-CM aanbod en/of het WMP aanbod. WBA-CM werd immers ook al geruime tijd en op ruime schaal aangeboden en geleverd voordat daartoe in het huidige marktbesluit WBT een verplichting werd opgelegd.

Voor wat betreft de implementatietermijn van drie maanden die het college stelt merkt KPN op dat deze alleen haalbaar is als de VSA dienst in hoge mate vergelijkbaar is met de huidi-

[48] Omdat het hierbij zou gaan om potentieel majeure aanpassingen valt een gedetailleerde schatting op dit moment niet te maken.

[49] Op basis van indicatieve EDC uitkomsten. De definitieve EDC kosten kunnen pas bepaald worden als het implementatietraject gestart wordt en duidelijk is hoe de dienst er uit ziet. Ook is op dat moment een accountantsrapport pas zinvol.

ge WBA diensten. Wanneer KPN wijzigingen in de technische infrastructuur of de informatietechnologie moet doorvoeren dan zijn langere doorlooptijden onvermijdelijk.

7.2.2 Virtual SDF Acces en SDF Access: reactie op de IG van maandag 15 augustus

Tijdens de Industry Group over VSA op 15 augustus jl. is door marktpartijen een aantal zaken naar voren gebracht waar KPN op wenst te reageren.

- Marktpartijen verwezen naar een technologische ontwikkeling genaamd super MIMO DSL. Met deze technologie zou de snelheidswinst die mogelijk wordt door vectoring en phantom mode ook mogelijk zijn in aanwezigheid van andere marktpartijen. KPN heeft deze claim van marktpartijen voorgelegd aan de DSL experts van TNO. TNO gaf daarop de volgende antwoorden op de vragen van KPN.
    - Wat is MIMO? MIMO is het gebruik van gecoördineerde zenders/ontvangers om overspraak weg te rekenen a) van de gebruikte modes onderling en b) van alien verstoorders.
    - Wat is super MIMO? Hiermee wordt gedoeld op het gebruik van MIMO waarbij een aantal van de gebruikte modes de zogeheten common modes (of phantom modes) zijn.
    - Zijn er claims van fabrikanten? Huawei claimt in hun verhaal op het 2011 TNO DSL Seminar inderdaad dat (super) MIMO in staat is om alien[50] overspraak te reduceren. Dit is een bekende en omstreden claim van de fabrikanten van MIMO DSL systemen, die al tot veel verwarring geleid heeft. Dit speelde bijv. ook in het debat tussen bonded-SDSL en bonded-MIMO-DMT systemen (Aktino/Positron) in het verleden.
    - Is (super) MIMO een haalbaar alternatief voor virtuele ontbundeling? Voorlopige conclusie: Geen alternatief. Samengevat is de situatie dat MIMO systemen in theorie inderdaad in staat zijn om alien crosstalk weg te rekenen maar dat het aantal alien systemen minder moet zijn dan ruwweg het aantal modes dat het MIMO systeem gebruikt. Als we als voorbeeld een super MIMO systeem nemen over twee aderparen (typisch het maximaal mogelijke in de Nederlandse consumentenmarkt), dan kunnen we MIMO doen met drie modes (twee differential modes, en een phantom mode). In theorie is dan de overspraak van maximaal zo'n drie alien disturbers min of meer weg te rekenen: als het aantal alien verstoorders groter wordt dan drie, wordt de effectiviteit van het wegrekenen van de alien ruis snel veel slechter. Dit is onder andere ook terugvinden in de presentatie die Arlynn Wilson in 2010 op het TNO DSL seminar gehouden heeft. Twee van zijn conclusies:
        - MIMO gains significant when # of pairs in group out-numbers # of out-of-group;
        - MIMO gains minimal when cable has significant out of group interferers.

      Voorts dient te worden opgemerkt dat Huawel zelf in hun verhaal (pag 22) een voorbeeld behandelen van slechts 1 alien disturber, en dus geen cancel-

[50] De term alien heeft hier betrekking op signalen van derden waar de partij die vectoring toepast geen controle over heeft.

ling van grote aantallen alien disturbers claimen. Deze interpretatie is door de auteur van het Huawei verhaal (Dong Wei) bevestigd. Al met al: in de Nederlandse koperkabels vanaf de kabelverdeler is het dus onrealistisch te verwachten dat super MIMO (over twee aderparen) in staat zal zijn de alien overspraak van de tientallen andere VDSL2 systemen in de kabel weg te rekenen. Het zou hooguit helpen om de impact van een enkel 'rogue' VDSL2 systeem in de kabel te beperken. In dit licht bezien is de theoretische beschikbaarheid van werkende super MIMO systemen op lange termijn dus geen argument in het huidige debat over het vervangen van fysieke ontbundeling door virtual ontbundeling.

- Is er al sprake van standaardisatie? Een noodzakelijke voorwaarde voor super MIMO is dat er CPE apparatuur is die gecoördineerde ontvangst ondersteunt. Die is voor zover nu bekend nog niet, en de standaardisatie hiervan is nog in het geheel niet gestart.

KPN wenst hier aan toe te voegen dat de praktijk leert dat het na standaardisatie doorgaans nog geruime tijd duurt voordat een techniek operationeel ingezet kan worden. Vectoring is bijvoorbeeld medio 2010 gestandaardiseerd maar KPN kent nog geen voorbeelden waarin deze techniek op significante schaal operationeel wordt ingezet. Los van de technische discussie omtrent de mate waarin (super) MIMO effectief ingezet kan worden zal deze technologie zeker niet voor halverwege de volgende reguleringsperiode beschikbaar komen. In de huidige reguleringsperiode behoort deze technologie, die zich overduidelijk nog in een vroege laboratoriumfase bevindt, geen rol te spelen in de marktanalyse.

- Marktpartijen geven aan dat de SDF verplichting in stand moet blijven totdat de VSA verplichting uitgewerkt is. KPN vraagt zich af in hoeverre deze wens redelijk is. KPN heeft al ongeveer 5 jaar een SDF aanbod op de site staan. Voor dit aanbod heeft KPN bovendien de nodige kosten gemaakt. In 2007 zijn de SDF access tarieven door OPTA beoordeeld en goedgekeurd. Desondanks is er van geen enkele marktpartij serieuze interesse in deze dienst geweest en wordt de dienst niet afgenomen. Het is verre van aannemelijk dat die interesse er nu wel zou zijn. Het heeft er dus alle schijn van dat marktpartijen deze verplichting alleen in stand willen houden om KPN onder druk te zetten. Deze druk is naar de mening van KPN niet nodig. Als het college een VSA verplichting oplegt dan is KPN verplicht om hier gevolg aan te geven. KPN heeft al aangegeven dat een VSA verplichting op korte termijn en tegen acceptabele kosten geïmplementeerd kan worden mits optimaal wordt aangesloten bij processen en systemen die KPN voor haar WBA dienstverlening al heeft ingericht[2]. Als marktpartijen echter wensen hebben voor de VSA dienstverlening die niet geïmplementeerd zijn in de processen en systemen voor WBA dan kunnen kosten en doorlooptijden oplopen. Omdat alle KPN retaildiensten geleverd kunnen worden op basis van de processen en systemen die KPN voor de WBA dienstverlening heeft ingericht, ziet KPN echter geen grond voor toewijzing van verzoeken van marktpartijen die forse aanpassingen aan de systemen en processen van de WBA dienstverlening vereisen. Marktpartijen hebben de doorlooptijd en kosten voor de VSA verplichting dus grotendeels zelf in de hand.

[2] Dit betekent niet dat VSA tegen exact dezelfde tarieven en voorwaarden als WBA geleverd hoeft te worden. De processen en systemen kennen een zekere mate van flexibiliteit als het gaat om het tariefbouwwerk.

- Mocht het college het verzoek van marktpartijen honoreren en de SDF verplichting in stand houden dan zal dat KPN niet weerhouden om haar plannen met betrekking tot vectoring en phantom mode door te zetten. Mocht er dan alsnog een toegangsverzoek voor SDF access volgen en mocht KPN dat verzoek als onredelijk van de hand wijzen, dan zal het college de redelijkheid van dat verzoek moeten gaan beoordelen. Bij deze beoordeling moeten de doelstellingen van artikel 1.3 Tw centraal staan.
- KPN verwacht dat het college in het definitieve besluit een keuze maakt tussen het continueren van SDF access of het introduceren van VSA. Er is in de huidige marktomstandigheden geen grond voor het introduceren van extra verplichtingen en het naast elkaar laten bestaan van VSA en SDF regulering.

7.2.3 Voorschriften aan toegangsverplichting

(i) Fair Use Policy informatieproducten

Het college is voornemens aan de aan KPN op te leggen toegangsverplichtingen het voorschrift te verbinden dat KPN informatie die een toegangverzoekende partij nodig heeft om een voldoende gespecificeerd verzoek van ontbundelde toegang of bijbehorende faciliteiten te kunnen doen, desgevraagd tijdig en volledig dient te verstrekken (rnr. 507, sub b). Op zichzelf genomen kan KPN zich in dit voorschrift vinden. Ook KPN is van mening dat goede informatieproducten als ondersteuning bij het afnemen van ontbundelde toegang bijdragen aan een hoog percentage clean orders, en daarom voor zowel KPN als wholesale afnemers van belang zijn.

Uit paragraaf 6.3.2 van het ontwerpbesluit kan echter worden opgemaakt dat het college van oordeel is dat KPN in het kader van dit voorschrift een marktbrede Fair Use Policy dient te hanteren. KPN meent dat een Fair Use Policy geen rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van KPN en risico's meebrengt voor de systemen van KPN en daarmee voor de beschikbaarheid van de informatieproducten voor de hele markt. Een dergelijke verplichting gaat bovendien veel verder dan nodig is voor het bereiken van het door het college beoogde doel, en voldoet daarmee niet aan het in artikel 6a.2 van de Telecommunicatiewet gestelde vereiste dat verplichtingen passend dienen te zijn. KPN heeft een en ander zeer uitvoerig toegelicht in de zienswijzen en overige processtukken die zij in het kader van de voorbereiding van en het beroep tegen het (door het college aangehaalde) aanwijzingsbesluit RA ULL/SLU van 23 april 2010 heeft ingediend, en verzoekt het college deze hier als herhaald en ingelast te beschouwen. KPN gaat ervan uit dat indien haar beroep op dit onderdeel gegrond wordt verklaard, het college het definitieve ontbundelde toegang besluit dienovereenkomstig zal aanpassen.

(ii) Strategisch productontwerp

Voorts schrijft het college in het kader van de toegangsverplichtingen voor (dictumonderdeel X sub j) dat KPN toegangsdiensten niet strategisch mag ontwerpen. Ook dat voorschrift is op zichzelf genomen niet bezwaarlijk. Door bij de aanleg van nieuwe netwerkonderdelen voor zichzelf bewust geen rekening te houden met de toegangsmogelijkheden voor derden zou KPN de kosten om later toegang te realiseren aanmerkelijk verhogen, aldus het college in paragraaf 6.3.7 van het ontwerpbesluit. Het college gaat er daarmee ten onrechte aan voorbij dat in de praktijk is gebleken dat het wel rekening houden met de toegangsmogelijkheden voor derden kan leiden tot aanzienlijke extra kosten die niet kunnen worden te-

rugverdiend indien blijkt dat van dat van de aldus gecreëerde toegangsmogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt. KPN wijst in dit verband op de kosten die zijn gemaakt voor het mogelijk maken van bij voorbeeld lokale toegang ten behoeve van vaste gespreksopbouw en afgifte, SDF fysieke access en ODF access FttO. Die investeringen zijn later inefficiënt gebleken. Daarmee wordt KPN op kosten gejaagd, hetgeen evenzeer een belemmering kan vormen van effectieve concurrentie.

Het college noemt de onmogelijkheid om voor meerdere diensten een gezamenlijke collocatievoorziening in te richten als voorbeeld van strategisch productontwerp (rnr. 391). KPN kan zich daarin niet vinden. De vormgeving van het collocatieaanbod van KPN is tot stand gekomen in een geheel ander tijdsgewricht dan het huidige. Überhaupt is het netwerk van KPN opgebouwd in een tijd waarin KPN als toenmalig staatsbedrijf, concessiehouder en monopolist geen rekening hoefde te houden met toegangsmogelijkheden voor derden. Dat is pas aan het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw veranderd. KPN zag zich toen geconfronteerd met vele tientallen markttoetreders, alleen al voor MDF access zo'n 25, ingegeven door de op dat moment nog heersende internethype.

Mede door druk van het college was KPN gehouden om op basis van de inschattingen van derde partijen collocatieruimtes in te richten en de benodigde faciliteiten aan te leggen (en daarvoor ook aanzienlijke investeringen te verrichten). In verband met de noodzaak om de netwerkintegriteit te handhaven en te voorkomen dat het medegebruik van haar gebouwen in een onoverzichtelijke chaos zou ontaarden heeft KPN destijds gekozen voor een collocatiemodel met per type toegangsdienst een afzonderlijke collocatieruimte. Daarbij speelde mee dat de verschillende toegangsdiensten ook in verschillende gebouwen van KPN werden afgenomen. Inmiddels is het aantal derde partijen aanzienlijk geslonken en is er ruime ervaring opgedaan met het verlenen van toegang aan derden. Dat heeft KPN tot het voortschrijdende inzicht gebracht dat het verantwoord is om het in de toekomstvaste gebouwen, de zogenaamde Metro Core locaties, wel toe te staan dat collocatievoorzieningen voor meerdere toegangsdiensten gebruikt kunnen worden. Met strategisch productontwerp heeft dit alles niets te maken.

7.3 Non-discriminatie

7.3.1 Verbod op marge-uitholling: ND-5

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

(i) Niveau van toetsing

In rnrs. 543 en 544 geeft het college aan dat er op gedetailleerd dienstniveau (aanbod op individueel klantniveau) moet worden getoetst. KPN heeft in het kader van de tegen de huidige marktanalysebesluiten gevoerde beroepsprocedures gemotiveerd dat het toepassen van een toets op dit zeer lage niveau niet noodzakelijk is om het geconstateerde (potentiële) mededingingsprobleem op te lossen en evenmin het minst beperkende alternatief. Vanuit het oogpunt van consistentie is het belangrijk dat het niveau van toetsing bepalend is voor het niveau waarvan de kosten worden meegenomen. Stel dat op marktniveau wordt getoetst en er worden slechts de incrementele kosten van het aanbod voor één klant meegenomen dan is hier sprake van een mismatch waardoor de ND-5 marge ten onrechte te hoog zou zijn. In de hier beschreven situatie wordt op dienstniveau (aanbod op individueel klantniveau) getoetst, dan zou het niet juist zijn om kosten op marktniveau mee te nemen. De ND-5 marge zou dan ten onrechte te laag uitkomen. In rnr. 547 onderdeel B is beschreven dat moet worden uitgegaan van EDC-minus kosten. In de EDC-minus kosten zitten ook de kosten van de dienst op marktniveau. De toepassing van EDC-minus kosten ten behoeve van de ND-5 toetsing is hiermee niet een passende verplichting.

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

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

> '(i) Allereerst is er een aanzienlijk risico dat het hanteren van kostengegevens uit het EDC-systeem bij het bepalen van de voor ND 5 relevante LRIC-kosten van ongereguleerde wholesalediensten leidt tot aanmerkelijk hogere uitkomsten dan als werkelijk incrementele kosten kunnen worden aangemerkt. Een belangrijke oorzaak hiervoor is het feit dat de kosten van gedeelde activa (zoals platforms) onderdeel zijn van de in aanmerking genomen EDC-kosten, terwijl zeer onzeker is of die kosten wel stijgen indien een extra eenheid van de desbetreffende dienst wordt voortgebracht. Het increment met behulp waarvan moet worden bepaald welke kosten incrementeel zijn, dient overeen te komen met het niveau waarop de incrementele toets wordt toegepast. Nu ND-5 een toets voorschrijft op een zeer laag niveau, dienen bij de bepaling van de incrementele kosten alleen die kosten in aanmerking genomen te worden waarvan aannemelijk is dat het ze stijgen bij het voortbrengen van een increment, bijvoorbeeld één extra eenheid van de desbetreffende dienst. Van de betrokken EDC-kosten is juist aannemelijk dat ze meer omvatten en aldus te hoog zijn.
>
> (ii) De tweede tekortkoming die CRA constateert, is dat het vermoedelijk te hoge niveau van de LRIC-kosten leidt tot welvaartsverlies, nu ND-5 KPN niet toestaat om de kosten van netwerkelementen die voor verschillende diensten worden gebruikt, op de meest economisch efficiënte wijze terug te verdienen.
>
> (iii) Ten slotte meent CRA dat het zeer lage toetsingsniveau van ND-5 niet consistent is met het uitgangspunt van de Equally Efficient Operator.'

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

(ii) KPN voortbrengingswijze

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

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

(iii) EDC-minus kosten

Het college kiest in rnr. 547 voor een andere kostenstandaard dan de huidige reguleringsperiode. In regel B geeft het college aan 'de volledig gealloceerde kosten op basis van EDC minus voor de ongereguleerde bouwstenen in de productieketen van de downstreammarkt waarop KPN aanmerkelijke marktmacht zou hebben (of daarop een risico zou bestaan) in afwezigheid van regulering.' Het college geeft niet duidelijk aan waarom wordt overgegaan van LRIC kosten (kostengrondslag uit de vorige reguleringsperiode) naar EDC-minus. Voor KPN is de keuze voor EDC-minus kosten dan ook onbegrijpelijk. De motivering voor deze keuze ontbreekt in het ontwerpbesluit.

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

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

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

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

Uit onderstaand artikel uit de Mededeling van de Europese Commissie[51] blijkt dat ook bij het algemene mededingingsrecht wordt uitgegaan van incrementele/vermijdbare kosten en niet van een integrale kostprijs. EDC minus benadering leidt dus in het algemeen tot te hoge kosten.

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

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

In theorie zouden de ND-5 kosten met daarin de incrementele kosten op basis van EDC-minus (in feite een innerlijke tegenspraak) op een puur rekenkundige wijze kunnen worden verlaagd om het prijsopstuwend effect in de downstream markt te voorkomen. Dit kan alleen door de inkoopcomponent van MDF te verlagen. Hierbij wordt voorbij gegaan aan het feit dat investeerders niet een 'of koper- of glas' keuze hebben. Investeerders kijken primair naar het te verwachten rendement bij hun investeringsbeslissing. Is dat niet voldoende, dan wordt er niet in geïnvesteerd in desbetreffende technologie, maar eerder in andere alternatieven met aantrekkelijker rendement.

(iv) Extern tarief gereguleerde bouwsteen zonder ND-verplichting

In rnr. 548 staat voorgeschreven dat KPN het externe tarief van een gereguleerde wholesale bouwsteen waarop geen non-discriminatieverplichting rust mee dient te nemen in de ND-5 toets. Als op zo een gereguleerde wholesale bouwsteen een ND-5 verplichting rust dan is KPN het eens met bovenstaande redenering. Als echter op de gereguleerde bouwsteen geen

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

ND-5 verplichting rust, dan komt het op KPN niet logisch over dat de tarieven i.p.v. LRIC kosten mee worden genomen. De bouwsteen is dan namelijk vanuit ND5 gezien ongereguleerd en valt in categorie C (rnr. 547).

(v) Contractperiode

KPN is het eens met de uitbreiding naar initiële contractperiode zoals in rnr. 549 is aangegeven. Bij openbare aanbestedingstrajecten van de overheid komt het regelmatig voor dat de overheidsorganisatie na een initiële contractsperiode een verlenging kan afroepen voor een initieel afgesproken periode. KPN is van mening dat ook deze periode betrokken kan worden in de ND5 toetsing.

(vi) Implementatietermijn ND-5 verplichting

KPN is van mening dat een implementatietijd zoals genoemd in rnr. 555 (dictumonderdeel XV) van 1 maand voor het doorvoeren van prijsaanpassingen van het actief afneembaar portfolio te kort is.

Zoals KPN in hoofdstuk 2 van onderhavige reactie heeft aangegeven, wordt volgens het CBb het ten onrechte ontbreken van belangrijke uitgangspunten in het marktanalysebesluit in strijd geacht met het beginsel van rechtszekerheid. De nieuwe ND-5 verplichting kan pas echt geïmplementeerd worden als de beleidsregels van OPTA gereed zijn. Vanaf die datum kan dus ook pas de implementatietermijn lopen. Dit geldt ook ingeval er een zogenaamd ND-5 implementatiebesluit van het college zou komen, zoals dat onlangs is bepleit door de marktpartijen. KPN gaat ervan uit dat het college acht zal slaan op hetgeen het CBb heeft overwogen omtrent de precisering van verplichtingen en uitvoeringstermijnen.

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

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

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

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

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

(viii) Implementatiekosten ND-5

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

Specifiek op het verbod op marge-uitholling (ND-5) wil KPN het voorbehoud maken dat haar standpunt mede afhankelijk is van het concept besluit WHBT. De invulling die het college daar geeft aan ND-5 kan impact hebben op het standpunt van KPN inzake ND-5 in de onbundelde toegangmarkt.

7.3.2 Verbod op tariefdifferentiatie

(i) Zwaardere invulling door verbod op tariefdifferentiatie i.p.v. ND1 t/m ND4

Het college is voornemens een algeheel en absoluut verbod op tariefdifferentiatie op te leggen met als enige uitzondering op dit verbod een voorafgaande goedkeuring door het college. Het college acht, aldus rnr. 534,

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

Het verbaast KPN dat het college nu tariefdifferentiatie in principe afwijst. Het college lijkt voorbij te gaan aan het feit dat differentiatie iets anders is dan discriminatie en dat differentiatie tot positieve welvaartseffecten kan leiden.

Het verbod op tariefdifferentiatie zal in de plaats komen van de ND gedragsregels 1 tot en met 4 uit in het marktanalysebesluit 2009-2011: [52]

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

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

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

Het voorbeeld en problematiek die het college opvoert spitst zich toe op de zakelijke markten van W(H)BT. Zoals KPN ook al in een bilateraal heeft aangegeven, dient het college zich te realiseren dat het voorgestelde verbod op tariefdifferentiatie ook andere, negatieve en ongewenste consequenties kan hebben. KPN heeft dan bijvoorbeeld bij pair bonding niet de mogelijkheid om bij de VVA af te wijken van het tariefplafond (2 * MDF). Voor de VVE kan KPN dan ook per gebied niet variëren; met als doel om in bepaalde gebieden pair bonding te stimuleren, en in ander gebieden waar een toekomst vast alternatief is (FttH) te ontmoedigen. Het lijkt erop dat het college met deze maatregel een probleem uit een ander markt (WHBT) wilt oplossen. Het college zou moeten onderzoeken of zijn analyse van geconstateerde mededingingsproblemen (waar KPN het inhoudelijk niet mee eens is) overal in dezelfde mate speelt. Indien dat niet het geval is, dan had het college een smallere toepassing moeten kiezen en niet een generiek verbod moeten opleggen.

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

Het effect van de door het college geconstateerde belemmering van de mededinging wordt overigens ook onvoldoende gespecificeerd.

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

Daarnaast merkt KPN op dat het vervangen van de non-discriminatiegedragsregels 1 tot en met 4 door een verbod op tariefdifferentiatie daarenboven de vraag oproept hoe dit zich verhoudt tot de beleidsregels glasregulering waaruit voortvloeit dat gedifferentieerde ULL FttH tarieven worden gehanteerd. Nu het college niet motiveert of onderzoekt of hij op dit beleid moet terugkomen – en evenmin aangeeft hoe het NMa besluit Reggefiber op dat punt zou moeten worden aangepast – neemt KPN aan dat het college hiermee de tarieven en tariefstructuren van Reggefiber op geen enkele wijze wil raken. Dat moet in het definitieve besluit wel expliciet worden verhelderd.

In rnr. 403 geeft het college alleen aan dat 'Het effect hiervan is belemmering van de mededinging op deze en onderliggende markten,wat in het nadeel is van eindgebruikers'. KPN verwacht minimaal dat het college onderscheid maakt tussen afnemers van KPN's wholesale diensten en aanbieders die diensten leveren op eigen infrastructuur zoals de kabel. Een verbod om kortingen te geven lijkt niet in het voordeel van afnemers maar juist in het voordeel van alternatieve infrastructuren zoals de kabel. Het wordt KPN onmogelijk gemaakt om in te spelen op specifieke marktomstandigheden met gerichte kortingen, bijvoorbeeld als antwoord op een specifieke actie van de kabel.[53] Een generieke prijsverlaging is over het algemeen bedrijfseconomisch niet verantwoord dus KPN zal met de ontbundelde toegang tarieven niet specifiek kunnen reageren op een specifieke actie van de kabel. Hierdoor worden alle ontbundelde toegang afnemers in een nadelige positie gebracht ten opzichte van de kabel. Het lijkt er dus op dat het vooral de kabel is die van het verbod op tariefdifferentiatie in ontbundelde toegang zal profiteren. Gezien de marktomstandigheden lijkt dit geen logische uitkomst. Mocht het college van mening zijn dat de kabel beschermd moet worden tegen tariefdifferentiatie van ontbundelde toegang dan verzoekt KPN dit uitdrukkelijk in het besluit te vermelden en te motiveren.

(ii) Uitzondering alleen met goedkeuring van het college

Het college geeft één uitzondering op het verbod in rnr. 535

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

Ten overvloede stelt het college als extra opmerking in rnr. 537

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

KPN meent dat er wel een limiet verbonden dient te worden aan de termijn waarop het college zijn goedkeuring geeft. Een lange reactietermijn kan tot veel onzekerheid leiden in de markt en dat is niet wenselijk. In bijvoorbeeld Groot Brittannië geldt een reactietermijn van twee weken voor de toezichthouder. Als niet binnen die termijn wordt gereageerd dan mag de regeling gewoon plaatsvinden. KPN stelt een dergelijke termijn, ingeval het verbod op tariefdifferentiatie bij het definitieve besluit blijft bestaan, ook hier voor.

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

(iii) Uitzonderingen alleen in het geval van aantoonbare kostenvoordelen

Het college eist dat de kostenvoordelen op basis van de EDC-systematiek bepaald dienen te worden. Zoals bij het college bekend levert de EDC methodiek gemiddelde kostprijzen op. Hierdoor wordt ook prijsdifferentiatie onmogelijk in situaties waar klanten een groot verschil in waarde ervaren tussen dienstvarianten maar waar kosten- en/of exploitatievoordelen op basis van de EDC methodiek lastig aan te tonen zijn[54].

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

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

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

Plum[55] heeft eerder aangegeven, dat in afwezigheid van regulering KPN kan differentiëren in haar aanbod (functionaliteit, prijs en capaciteit) en op deze wijze tegemoet kan komen aan de verschillen in 'willingness-to-pay' van de diverse potentiële klanten. Plum noemt in dit verband terecht het belang van voldoende kunnen experimenteren met het aanbod. Op deze manier kan KPN meer afnemers bedienen en wordt het netwerk optimaal benut.

(iv) Geen generieke kortingen zoals kwantumkorting meer mogelijk

Als extra voorwaarde stelt het college in rnr. 536 dat kostenvoordelen in redelijke verhouding dienen te staan met de voorgenomen tariefdifferentiatie. De uitleg die het college aan verbod op tariefdifferentiatie lijkt te geven komt er in feite op neer dat tariefdifferentiatie en actiematige tarieven ingegeven vanuit bedrijfseconomisch en mededingingsrechtelijk verantwoorde motieven niet mogelijk zijn. Hierdoor kan een aantal generieke kortingen niet meer worden toegepast. Kortingen waarbij de te verlenen korting uitsluitend gerelateerd aan de hoeveelheid van de afname, de zogenaamde kwantumkortingen, zijn in tegenstelling tot de vorige periode nu dus helemaal niet meer toegestaan. Datzelfde geldt voor termijnkortingen. Door zulke generieke verboden wordt KPN op een achterstand gezet ten opzichte van haar concurrenten, maar ook afnemers zullen hier de dupe van worden. [56]

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

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

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

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

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

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

(v) Niet alle prijsdifferentiatie is prijsdiscriminatie

De aanbeveling van de Europese Commissie van 20/9/2010 over gereglementeerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA-netwerken)[57] geeft ook aan dat niet alle prijsdifferentiatie als discriminatie mag worden gezien:

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

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

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

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

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

7.3.3 Overige non-discriminatieverplichtingen

(i) Kwaliteitsdiscriminatie

Het college is voornemens om aan KPN non-discriminatieverplichtingen op te leggen ten aanzien van zowel tariefvoorwaarden als voorwaarden anders dan tarieven. Wholesale afnemers moeten op basis van de inkoop van ontbundelde toegang dezelfde kwaliteitsniveaus aan eindgebruikers kunnen leveren als KPN (dictumonderdelen XI en XII sub a t/m d).

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

Hoewel dat in het dictum noch paragraaf 8.3 van het ontwerpbesluit terugkomt, blijkt uit paragraaf 6.3.6 van het ontwerpbesluit dat het college een rapportage over de kwaliteitsaspecten een belangrijk instrument acht in het kader van de non-discriminatieverplichting. Deze rapportage dient dan de informatie te bevatten waarmee wholesale afnemers in staat zijn, voor wat betreft de kwaliteitsaspecten, op een level playing field te concurreren. Dat is naar het oordeel van het college het geval als de rapportage informatie bevat over alle relevante kwaliteitsparameters per productgroep en als deze informatie wordt verstrekt voor de totale hoeveelheid (marktbreed) en per marktpartij (individueel). Als een partij informatie ontvangt over alleen de eigen afname zou een partij niet goed in staat zijn, aldus het college, een juiste schatting te maken voor de aan eindgebruikers te garanderen service levels.

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

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

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

(ii) Proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten

Het college is voornemens om KPN te verbieden om voorafgaand en tijdens de termijn van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten deze nieuwe of gewijzigde wholesale dienst in retailproposities aan te bieden of te leveren (dictumonderdelen XI en XII sub e). KPN kan wel leven met een verbod om nieuwe of gewijzigde wholesale diensten tijdens de termijn van aankondiging te leveren, maar niet met een verbod om deze in retailproposities aan te bieden. Concurrerende aanbieders kunnen dat immers wel en met dit verbod wordt KPN op achterstand gezet ten opzichte van haar concurrenten. Dat is niet passend, en kan geen doelstelling zijn die door het college kan worden nagestreefd. Een dergelijk verbod is immers niet nodig om een 'equal time to market' voor alle aanbieders op de retailmarkten te kunnen waarborgen. Zeker in geval van een tariefwijziging of een wijziging in een bestaande dienst hoeven de wholesale afnemers niet hun productportfolio aan te passen. Maar ook bij introductie van nieuwe wholesale diensten is toepassing van deze regel niet op voorhand gerechtvaardigd. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan (actieve) wholesale diensten die weliswaar nieuw zijn in het wholesale portfolio van KPN, maar die al (lang) afgenomen kunnen worden van andere aanbieders die daartoe gebruik maken van andere

(bij voorbeeld passieve) wholesale diensten van KPN. Die andere aanbieders en hun afnemers beschikken dan al over een voorsprongpositie ten opzichte van KPN Retail. Met een regel die KPN Retail verbiedt om tijdens de aankondigingstermijn een retailpropositie op basis van die nieuwe wholesale dienst aan te bieden wordt KPN dan onnodig op achterstand gezet. En dat is niet in overeenstemming met (de doelstellingen van) de regelgeving, met name het wettelijke vereiste dat de verplichtingen die door het college worden opgelegd moeten worden gebaseerd op de aard van de geconstateerde problemen en in het licht van de beleidsdoelstellingen proportioneel moeten zijn.

(iii) Proces van informatieverstrekking

De ratio achter het non-discriminatiebeginsel in het proces van informatieverstrekking (dictumonderdelen XI en XII sub f) is het creëren van een level playing field op de ten opzichte van de wholesale dienst neerwaarts gelegen retailmarkt. Alleen indien (a) KPN in een retailpropositie gebruik zou maken van een eventuele informatievoorsprong, en (b) als gevolg daarvan de mededinging zou zijn verstoord, zou er sprake kunnen zijn van een verstoring van het level playing field. Met andere woorden, een eventuele informatievoorsprong kan als zodanig niet tot een schending van het non-discriminatiebeginsel met betrekking tot het proces van informatieverstrekking leiden. Om die reden is de door het college voorgenomen uitbreiding van de non-discriminatieverplichting in het proces van informatieverstrekking (zie rnr. 532 sub g van het ontwerpbesluit; het college heeft onderdeel f abusievelijk laten staan) niet passend.

7.4 Transparantieverplichting en referentieaanbod

7.4.1 Termijn van aankondiging

In afwijking van de thans geldende marktanalysebesluiten is het college voornemens om voor het aankondigen van nieuwe of gewijzigde diensten een vaste termijn van twee maanden voor te schrijven (rnr. 558 sub 6 en rnr. 559 en dictumonderdeel XVII sub b). Als er daadwerkelijk sprake is van een nieuwe dienst of een nieuw tarief waarbij wholesale afnemers tijd nodig hebben om gelijktijdig aan de startstreep te kunnen verschijnen ('equal time to market'), kan KPN met die termijn leven. In de praktijk doen zich echter ook situaties voor waarbij de time to market niet in het geding is terwijl de wijziging een verbetering meebrengt voor de levering of storingsafhandeling. Bijvoorbeeld de introductie van SELT, een aanbod dat alleen bestemd is voor externe wholesale afnemers, de introductie van een nieuwe versie van de B2B interface. In die gevallen dient een vaste termijn van twee maanden geen enkel te rechtvaardigen doel. Aangezien de verplichtingen die door het college worden opgelegd moeten worden gebaseerd op de aard van de geconstateerde problemen en in het licht van de beleidsdoelstellingen proportioneel moeten zijn, is het wenselijk dat het college in het definitieve besluit preciseert in welke gevallen KPN de voorgeschreven aankondigingstermijn in acht moet nemen en in welke gevallen niet.

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

7.5 Tariefregulering

7.5.1 Safety cap voor bestaande MDF-access diensten

Het college introduceert een safety cap voor bestaande MDF-access diensten. In rnrs. 562 en 576 staat hierover:

> 'Deze onzekerheden maken ook het bepalen van voldoende zekere en toekomstvaste gereguleerde tariefplafonds voor toegang tot zowel oude als nieuwe netwerken minder haalbaar. ...
>
> Gelet op het voorgaande is het college van oordeel dat dient te worden overwogen of er een alternatief is dat de nadelen van een strikte invulling van kostenoriëntatie kan voorkomen... Het college is van oordeel dat een 'safety cap' een dergelijk alternatief is.'

KPN heeft eerder in haar schriftelijke reactie op de presentatie van BOT over kostenmodellen[58] zelf aangeven dat een tariefplafond met een jaarlijkse safety cap een zinvolle invulling kan zijn voor een oude dienst die uitgefaseerd gaat worden. Ook in situaties waarin het netwerk al geheel of gedeeltelijk is gerepliceerd kan deze invulling een passende overgang vormen van streng gereguleerd naar ongereguleerd. Het huidige proces leidt tot veel onzekerheid over de hoogte van de wholesale tarieven aan het begin van de WPC periode. Het belangrijkste bezwaar van KPN tegen de voorgestelde invulling is dat de safety cap uitgaat van het meest recente tariefplafond in de voorgaande reguleringsperiode. Hierop zal KPN later terugkomen.

In rnr. 579 constateert het college dat de signaalfunctie voor investeerders niet kan worden bereikt met een safety cap. De aanwezigheid van kostengeoriënteerde toegangsalternatieven of in dit geval safety caps vermindert de prikkels tot investeren in alternatieve infrastructuur. In die zin staat de voorgenomen regulering op gespannen voet met het streven van het college naar infrastructuurconcurrentie. De uitkomst van een safety cap door het college kan leiden tot tarieven die boven of onder de kostprijzen liggen, met een verschillend effect qua prikkels voor investeringen.

KPN heeft eerder in haar schriftelijke reactie op de presentatie van PLUM over presentatie koper-glas migratie[59] aangeven dat tariefplafonds voor koper de juiste signalen moeten bevatten om migratie naar efficiëntere technologieën, en van koper naar glas, in voldoende mate te stimuleren. Naast deze gedachte van stimulering zou de tariefregulering op koper in ieder geval moeten worden getoetst t.a.v. de vraag of er een afremmende werking ontstaat op de prikkels voor migratie van oud naar nieuw. In het geval een product aan het einde van de levenscyclus zit en een migratie naar een nieuw product plaats moet vinden, moeten de kosten van het oude product en het nieuwe product in samenhang beoordeeld worden. KPN vindt de redenering van het college dat de kostprijs van FttH de signaalfunctie voor investeerders heeft overgenomen dus niet terecht. De tariefplafonds voor koper hebben weldegelijk ook een functie in de investeringsbeslissing. Te lage tariefplafonds voor koper geven een verkeerde signaalfunctie voor investeerders.

Wat betreft de ontwikkeling van de kostprijzen, geeft het college in rnr. 574 aan dat er in de loop van de tijd steeds minder jaarlijkse investeringen in het kopernet hebben plaatsgevonden. Dat punt herkent KPN niet. De investeringen in het kopernet zijn de laatste 10 jaar stabiel gebleven. Naast investeringen beïnvloedt ook de resterende levensduur de afschrijvingskosten van het kopernetwerk. De verhogende effecten, zoals dalende volumes die het college in rnr. 574 aangeeft herkent KPN zeer zeker. De verwachting van KPN is dat vooral de dalende volumes komende jaren een steeds groter effect gaan krijgen op de kostprijs.

[58] 3 maart 2011, kenmerk WOPC/2011/002.
[59] 3 maart 2011, kenmerk WOPC/2011/005.

Het college geeft in rnr. 577 aan dat zij verwacht dat de safety cap niet te hoog zal worden. KPN onderschrijft dit statement en ziet eerder een risico dat de safety caps op een te laag niveau komen te liggen. Zeker in combinatie met het in rnr. 583 opgenomen voornemen van het college om de safety cap methode te handhaven in volgende reguleringsperiodes, is dit in de toekomst een potentieel risico tot onderdekking van de kosten. Met de steeds verder dalende volumes door voornamelijk uitstroom naar de kabel, zullen de kosten per eenheid omhoog gaan. Onderhoudskosten zijn bij oude diensten die uitgefaseerd worden relatief hoog. Het algemeen uitgangspunt van KPN is dat zij haar gemaakte kosten moet kunnen terugverdienen. Met een afwijking van kostenoriëntatie heeft KPN deze garantie niet meer. Zeker in volgende reguleringsperiodes kan dit een onderdekking gaan opleveren. Kunstmatig lage tarieven het beleid van netwerkrationalisatie vertragen en mogelijk onnodig dubbele kosten geven. Ook kan het er toe bijdragen dat eindgebruikers niet zullen over stappen naar toekomstvaste diensten waardoor het bestaande netwerk niet kan worden uitgefaseerd. Indien een saftety cap methode wordt gehanteerd die voor een langere termijn wordt vastgesteld, dient dit wel in combinatie te worden gezien met afspraken over bijvoorbeeld aankondigingstermijn van uitfaseren van onrendabele diensten. Dit om bovengenoemde effecten te voorkomen.

7.5.2 Tariefregulering voor nieuwe MDF-access en VSA-diensten

Bij tariefregulering voor nieuwe diensten stelt het college in rnr. 584 dat hiervoor de bestaande WPC/EDC-methodiek moet worden gebruikt. KPN heeft al eerder kenbaar gemaakt dat juist bij nieuwe diensten kostenoriëntatie op basis van EDC geen geschikte methode is. Nieuwe diensten zijn op moment van introductie nog niet gemodelleerd in het EDC systeem. Invoegen van kosten en aantallen kan alleen op basis van veel aannames en inschattingen.

Het college geeft in rnr. 585 als extra richtlijn dat indien bij de nieuwe dienst bouwstenen voorkomen die al met een safety cap wordt gereguleerd, dit als relevant element dient te worden meegenomen. Bij de toepassing van kostenoriëntatie geldt dat KPN een vergoeding dient te krijgen voor de kosten die zij moet maken om de diensten te leveren. Indien een deel van de kostenoriëntatie dan niet gebaseerd wordt op kostenoriëntatie maar op basis van een safety cap, loopt KPN het risico dat zij geen vergoeding meer krijgt voor alle kosten die ze moet maken om de nieuwe dienst te leveren.

7.5.3 Invulling van WPC/EDC methodiek

Het college heeft in rnr. 589 aangegeven geen bepaling ten aanzien van leegloop op te nemen. KPN heeft in de beroepsschriften tegen diverse marktbesluiten en haar beroepschrift tegen WPC IIa + IIb uitvoerig gemotiveerd dat het college de leegloop ten onrechte heeft opgelegd. De passages uit de beroepsschriften dienen hier als herhaald en ingelast te worden beschouwd. KPN is van mening dat de bestaande enkelvoudige MDF access kostprijs te laag is vastgesteld, onder andere als gevolg van toepassing van de leegloopregel en de aanpassing van de levensduur van het koperen aansluitnet. KPN gaat ervan uit dat indien haar beroep op dit onderdeel gegrond wordt verklaard, het college het definitieve ontbundelde toegang besluit dienovereenkomstig zal aanpassen. Indien het beroep leidt tot aanpassing van de WPC2a tariefplafonds, zal dit automatisch leiden tot hogere starttarieven voor de safety caps.

Zowel de Europese Commissie als Plum hebben aangegeven dat een te lage koperprijs de migratie van koper naar glasdiensten mogelijk belemmert. Daar KPN eerder heeft aangegeven (in schriftelijke reacties, dieptesessies en CBb procedures) dat naar haar inzicht de kost-

prijzen te laag is vastgesteld, ziet KPN dan ook graag een eenmalige correctie naar boven van de kostprijs alvorens deze onder de safety cap komt te vallen.

Hogere koperprijzen geven:

- Incentive voor andere partijen om koper ontbundelde toegang ter vervangen en in eigen glas te investeren;
- Motivatie voor gebruikers om daar waar mogelijk te migreren naar glas.

7.6 Tariefannexen

Annex E is samengesteld uit de Annexen A, B en C van de vorige marktanalyseronde. Te merken is dat deze Annex niet of nauwelijks specifiek is gemaakt voor de huidige marktanalyseronde, omdat er nog veel onjuiste verwijzingen (naar Annex A en B) in de tekst zijn opgenomen.

Er zijn een aantal belangrijke verschillen met de vorige marktanalyseronde. Tariefregulering waarbij plafonds berekend worden met de EDC-WPC methodiek, is nauwelijks nog aanwezig in de ontwerpbesluiten. Alleen voor nieuwe diensten, zoals VSA, zullen kostprijzen en tariefplafonds berekend moeten worden met de EDC-WPC methodiek. Daarvoor zal deze annex relevant zijn.

Tevens is de ND5-methodiek aangepast, in de toetsen zullen van verschillende componenten de kosten op basis van EDC-minus opgenomen moeten worden. Ook voor het berekenen van die kosten zullen, naar wij aannemen, de algemene regels uit deze annex van toepassing zijn.

Een aantal onderdelen uit deze annex worden ook in de hoofdtekst van de besluiten behandeld (paragraaf 8.5.3. Tariefregulering nieuwe MDF Access en VSA diensten). Dit betreft de comparatieve efficiëntieanalyse (CEA), de leegloopregel (wordt niet meer opgelegd) en de proportionele toerekening van kosten. Het is KPN niet duidelijk waarom de CEA en de proportionele toerekening van kosten herhaald zijn opgenomen in de hoofdtekst van deze 2 besluiten, want er zijn geen specifieke bijzonderheden van de betreffende markt in deze tekst opgenomen, de teksten zijn voor ULL en telefonie precies gelijk. Het enige verschil is dat in het telefonie besluit wél wordt verwezen naar Annex E.1 t/m E.3, en in het ULL besluit niet. Vooruitkijkend naar de nog komende besluiten zal KPN daarom één zienswijze op Annex E toevoegen, die op alle ontwerpbesluiten van toepassing is.

7.6.1 Proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten

Het college is van mening dat de wholesalespecifieke kosten zonder meer proportioneel toegerekend moeten worden, zie paragraaf E.1.2.3 van Annex E, bij de ontwerpbesluiten. Met een dergelijke vereenvoudigde voorstelling van zaken gaat het college voorbij aan zowel de wetsgeschiedenis als de uitspraken van het CBb. KPN wijst in dat kader allereerst op de volgende citaten uit de wetsgeschiedenis. Hieruit blijkt dat proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten niet als een automatisme dient te worden beschouwd:

> 'De vraag wat in dit verband aanvaardbare tarieven zijn voor toegang wordt in beginsel bepaald door de onderliggende kosten van de toegangsvoorzieningen. Het beginsel van kostenoriëntatie houdt namelijk in dat wie gebruik maakt van diensten of de infrastructuur van een ander bedrijf, de relevante kosten vergoedt die daarvoor redelijkerwijs moeten worden gemaakt. [...] Het kan voorkomen dat bepaalde voorzieningen speciaal moeten worden getroffen voor één of meer partijen die toegang vragen. In dat geval houdt kostenoriëntatie in beginsel in dat de toegangsvragers de relevante kosten dragen van de voorzieningen, die speciaal voor hen worden getroffen. Wel kan het in zulke gevallen van groot belang zijn zorgvuldig na te gaan of die extra voorzieningen ook daadwerkelijk nodig zijn en of de kosten ervan niet nodeloos hoog zijn. [...]

> Ook kan in voorkomende gevallen worden beoordeeld of de te treffen voorzieningen niet tevens ten goede komen aan de partij die toegang moet verlenen. Als dat het geval bijvoorbeeld is, of redelijkerwijs mag worden aangenomen, kan in de toerekening van de relevante kosten daarmee rekening worden gehouden.'

Uitgangspunt bij kostenoriëntatie is dus dat de partij voor wie de voorziening wordt gerealiseerd, de kosten daarvoor moet dragen. Daarbij zijn twee kanttekeningen geplaatst, namelijk dat (1) die kosten niet nodeloos hoog mogen zijn, en (2) dat er aanleiding kan zijn KPN te laten bijdragen als zij ook zelf profiteert van de toegangsdienst die aan de externe wholesale partijen wordt geleverd. Per dienst zal moeten worden beoordeeld of de kosten niet nodeloos hoog zijn en of KPN door het leveren van deze dienst ook profiteert haar interne dienstverlening.

Tevens verwijst KPN hierbij naar de CBb uitspraak inzake de tarifering van WLR[60]. Ten aanzien van de proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten overwoog het CBb dat het hierbij gaat om een ingrijpende maatregel, die zwaar gemotiveerd dient te worden. Volgens het CBb had het college in het dossier dat aan de orde was – dat was het WLR tariefbesluit - bij het opleggen van de verplichting tot proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten niet voldaan aan de op haar rustende onderzoek- en motiveringverplichtingen:

> 'Het College overweegt hieromtrent het volgende. De in artikel 6a.7 Tw genoemde verplichtingen met betrekking tot kosten en kostenoriëntatie hebben een ingrijpend karakter. Prijsregulering is een vergaande vorm van regulering van de markt. Dit geldt in het bijzonder voor de hier aan de orde zijnde proportionele toerekening, die er op neerkomt dat de gereguleerde onderneming een - aanzienlijk - deel van de kosten die moeten worden gemaakt om anderen met haar te kunnen laten concurreren, zelf moet dragen. OPTA dient bij het opleggen van een dergelijke verplichting te onderzoeken of deze geschikt is voor het bereiken van het doel en of deze niet verder gaat dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is. Gelet op de in artikel 1.3, eerste lid, onder c, Tw, genoemde doelstelling van het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit, dient OPTA hierbij mede in ogenschouw te nemen in hoeverre de proportioneel toegerekende wholesalespecifieke kosten door de gereguleerde partij aan eindgebruikers worden doorberekend. Bovendien dient OPTA de aan haar beslissing ten grondslag liggende overwegingen - inclusief berekeningen - zoveel als mogelijk inzichtelijk te maken. Aan deze verplichtingen heeft OPTA in het Tariefbesluit niet voldaan.'

Hieruit concludeert KPN dat de algemene stelling dat wholesalespecifieke kosten zonder meer proportioneel kunnen worden toegerekend, onjuist is en moet worden genuanceerd. Per dienst moet het college afwegen of een voor KPN minder nadelige vorm van kostentoerekening niet voldoende zou zijn voor het bereiken van de doelstellingen van tariefregulering, te weten het mogelijk maken van concurrentie tussen aanbieders en het behartigen van de belangen van eindgebruikers. Deze afweging moet het college vervolgens expliciet opnemen in haar besluit. Aan de hand van de uitkomst van deze afweging moeten tenslotte de kosten worden toegerekend.

KPN kan hier nog aan toevoegen dat de toerekening van de wholesalespecifieke kosten niet relevant is voor wat betreft de toepassing van ND5-toetsen. De wholesalespecifieke kosten (gezamenlijke kosten) zijn immers niet opgenomen in de EDC-minus kostprijzen.

7.6.2 Accountantscontrole

Het college eist bij financiële rapportages die betrekking hebben op een toekomstige periode (meestal resulterend in gereguleerde tarieven op basis van kostenoriëntatie) dat door de accountant een onderzoek wordt gedaan resulterend in een rapport van bevindingen.

[60] CBb 12 september 2007, LJN BB3357.

KPN vindt dat dit geen algemene regel dient te zijn. Er kunnen situaties zijn waarbij het college zelf heel gemakkelijk op basis van de opgeleverde informatie de juistheid van de rapportage kan vaststellen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien enkel informatie uit offertes en prognoses van aantallen wordt gebruikt.

7.6.3 Afschrijvingsmethoden en afschrijvingstermijnen

Het college stelt dat KPN in principe de grondslagen voor waardering en resultaatbepaling uit haar jaarrekening dient te hanteren. Het college geeft aan dat hij tot op heden geen aanleiding heeft gezien om hiervan af te wijken en een andere afschrijvingsmethode en afschrijvingstermijnen te hanteren. Vanwege de ingrijpende netwerkvernieuwingen houdt het college uitdrukkelijk de mogelijkheid open om van deze gedragslijn af te wijken. Vooral de afschrijvingstermijnen van nieuwe typen activa zullen beoordeeld worden.

KPN is van mening dat het volgen van de waardering en resultaatbepaling uit de jaarrekening een dragend principe is van de EDC-systematiek en sluit zich aan bij het eerste deel van de stelling van het college. Het college wekt echter de indruk dat deze principes op basis van gelegenheidsargumenten terzijde kunnen worden geschoven. KPN is van mening dat hiermee de principes van EDC geweld wordt aangedaan. Een dergelijk ingrijpen van het college zou uitsluitend te rechtvaardigen zijn wanneer KPN prikkels zou ervaren om onrealistische afschrijvingstermijnen te hanteren. Indien er al redenen zouden zijn de levensduur gehanteerd ten behoeve van de jaarrekening aan te passen, geldt dat KPN en haar controleurs zoals de accountant ene de fiscus beter in staat geacht mogen worden een realistische inschatting te maken van de verwachte economische levensduur van haar activa dan het college. Dit is ook noodzakelijk ten behoeve van de aandeelhouders, die de jaarrekening als belangrijkste bron van informatie hebben. Voor een dergelijk ingrijpen in de bedrijfsvoering van KPN dient het college aan te geven dat dit noodzakelijk is met het oog op de doelstellingen genoemd in artikel 1.3 Tw. Zolang het college dit niet nader onderbouwt, dient het college af te zien van het bijstellen van afschrijvingstermijnen.

Wat betreft de te kiezen afschrijvingsmethode ligt de kwestie iets gecompliceerder. Er kunnen situaties optreden, zoals in de beginfase van de levenscyclus van een nieuwe dienst, of bij de uitrol van een nieuwe technologie, dat de kosten per eenheid in verhouding tot het volume van de initiële afzet van de dienst(en) hoog zijn. Dit leidt dan tot een tijdelijk hoge kostprijs, die in latere periodes bij hogere afzetvolumes (sterk) kan dalen. Dit is ook de reden van het toepassen van meerjarenvensters bij bepaalde kosten in de EDC-systematiek. Op een soortgelijke manier zou een vorm van economische afschrijving toegepast kunnen worden. Een vorm van economische afschrijving kan ook de uitkomst zijn van de in Europees verband genoemde mogelijkheid tot risk sharing bij investeringen voor Next Generation Networks. Risk sharing betreft de gedachtegang dat aan wholesale partijen die niet zelf investeren in een NGN maar toegang willen tot een NGN van een ander een toegangstarief in rekening wordt gebracht dat is berekend op zodanige wijze dat de toegangzoekende partij deelt in het economische risico dat de partij die wél de onzekerheid van een investering in NGN is aangegaan, nu eenmaal draagt. In aanvang ligt dan het toegangstarief wat hoger hetgeen kan worden bewerkstelligd onder meer via een andere afschrijvingsmethode in de berekening van het gereguleerde toegangstarief.

Randvoorwaarde is hierbij dat er zekerheid ontstaat over de terugverdienmogelijkheid voor alle kosten, inclusief discontering, in de tarieven. De methode van vaststellen van tarieven kan bijvoorbeeld niet tussentijds, gedurende het meerjarenvenster, worden bijgesteld.

7.6.4 Comparatieve efficiency analyse

Het college kondigt aan dat geen efficiëntiekorting op de gereguleerde tarieven toegepast zal worden op basis van een Comparatieve Efficiency Analyse (CEA). Dit voornemen is mede gebaseerd op het feit dat KPN tijdens de reguleringsperiode 2006-2008 voor alle diensten tot de meest efficiënte 10 procent van de operators in de peer group behoorde. Wel houdt het college de mogelijkheid open om een CEA op het laatste reguleringsjaar (2014) uit te voeren. Een CEA kan volgens het college aan de orde zijn indien uit de volume- en kostprijsontwikkelingen een 'afwijkend kostprijspatroon' volgt, of indien het college onvoldoende zekerheid heeft op basis van de onderbouwingen van KPN en gegevens van marktpartijen dat de door KPN gepresenteerde cijfers realistisch zijn. Indien uit de CEA vervolgens blijkt dat KPN slechter scoort dan de 10% meest efficiënte Amerikaanse aanbieders dienen de kosten en tarieven neerwaarts te worden bijgesteld. Het college geeft hiermee geen heldere criteria op basis waarvan de CEA methodiek toegepast kan gaan worden. Dit ondermijnt de rechtszekerheid.

KPN heeft verder de volgende bedenkingen tegen het toepassen van een efficiëntiekorting.

- Het college geeft zelf aan dat het toepassen van de CEA-methodiek niet langer passend is.
- KPN vindt het niet logisch dat het college een CEA wil toepassen wanneer de volume- en kostenprognoses haar niet realistisch voorkomen. Het college kiest een indirecte methode via een analyse ten aanzien van partijen, die onder andere omstandigheden, in een andere markt opereren. Het college dient als bestuursorgaan zorgvuldig te onderbouwen waarom de door KPN gehanteerde prognoses niet realistisch zijn. Indien deze onderbouwing toereikend is, kan zij van KPN verlangen om de prognoses aan te passen.
- Het college stelt dat de meest strenge CEA-variant voor alle diensten geldt, door KPN dan ter vergelijken met de 10 procent meeste efficiënte Amerikaanse telecomaanbieders. KPN acht dit onlogisch; er is geen aanleiding en geen grond om in de aankomende periode strenger te reguleren dan in de voorgaande. Het college onderbouwt dit op geen enkele wijze. Het college stelt zelf dat de CEA niet langer passend is en dat KPN voldoende prikkels heeft om efficiënt te opereren. Indien de CEA al wordt toegepast, dient deze daarom in de meest milde vorm te worden toegepast.

7.6.5 Bepaling tariefplafonds

In paragraaf E.3.2.3 beschrijft het college hoe tariefplafonds voor gereguleerde diensten berekend dienen te worden. Deze tekst is duidelijk geschreven op de bestaande dienstverlening. Voor nieuwe diensten zal het zeker niet altijd mogelijk zijn om op deze wijze tariefplafonds te berekenen, omdat niet een kostprijs voor 2010 berekend kan worden. KPN zou zich kunnen voorstellen dat het wel mogelijk kan zijn om (vooruitkijkend) kostprijzen voor 2012 en 2014 te berekenen. Het lijkt KPN gewenst om de beschrijving van de berekening van de tariefplafonds zodanig aan te passen, dat ook dit soort voorbeelden hieraan kan voldoen.

KPN is van mening dat voor de EDC minus kostprijsberekeningen afhankelijk van de situatie beoordeeld moet worden hoe de kosten op een logische en consistente wijze voor de tussenliggende jaren vastgesteld kunnen worden.

7.6.6 Accountantsrapportage

In paragraaf E.1.4.5. gaat het college in op de door KPN in voorkomende gevallen op te leveren financiële rapportages met accountantsrapportage. In rnr. 1935 stelt het college dat hij bevoegd is de rapportages van KPN openbaar te maken, afgezien van delen waarbij KPN een gemotiveerd beroep op bedrijfsvertrouwelijkheid doet. KPN wil er op wijzen dat in het verleden voor wat betreft cijfermatige informatie alleen de tariefplafonds van gereguleerde diensten openbaar werden gemaakt. In toekomstige rapportages zal het wellicht (vrijwel) alleen gaan over kostencomponenten die met behulp van EDC zijn uitgerekend ten behoeve van ND5 toetsen. KPN acht deze cijfers bedrijfsvertrouwelijk, omdat ze gedetailleerd inzicht geven in de bedrijfsvoering van KPN. Bovendien zou openbaarmaking er toe leiden dat de ND-5 ondergrenzen bekend worden in de markt en dat andere concurrerende aanbieders hierop kunnen inspelen door net onder de ondergrens aan te bieden. In dat geval is sprake van concurrentievervalsing en openbaarmaking draagt dus zeker niet bij aan een open en concurrentiegerichte markt.

8 Potentiële mededingingsproblemen

In hoofdstuk 6 gaat het college uitvoerig in op een aantal potentiële mededingingsproblemen die zich voor zouden kunnen doen in afwezigheid van regulering. KPN merkt op dat in dit specifieke hoofdstuk voornamelijk een kwalitatief waardeoordeel (zoals het college zelf aangeeft 'hypothetische exercitie') wordt gegeven van deze potentiële mededingingsproblemen die in feite mogelijke gedragingen zouden kunnen zijn van KPN in afwezigheid van regulering. Daarnaast valt ook op dat het college niet in overweging neemt dat ex-post mededingingstoezicht wellicht ook een oplossing biedt voor het voorkomen van dergelijke gedragingen. KPN zal hierna ingaan op de potentiële mededingingsproblemen. Hierbij wordt vooral nader ingaan op het potentiële mededingingsprobleem margin squeeze, aangezien het college daar de meeste aandacht aan besteedt.

8.1 Aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen

Wat betreft de aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen stelt KPN vast dat het college bijna vanzelfsprekend ervan uitgaat dat KPN in afwezigheid van regulering een prikkel heeft om toegang tot haar netwerk te weigeren, discriminatoir gebruik te maken/achterhouden van informatie, oneigenlijk gebruikt te maken van informatie ten aanzien van concurrenten, vertragingstechnieken te hanteren, onbillijke voorwaarden te hanteren. Kwaliteitsdiscriminatie toe te passen, strategisch productontwerp te hanteren en bundeling en koppelverkoop toe te passen.

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

1) Nu al in afwezigheid van regulering toegang verleent tot WMP, WBA over FttH en VISP diensten.
2) Al haar processen en bedrijfsvoering al jaren lang heeft ingericht om wholesale toegang te verlenen.
3) Een daadwerkelijke prikkel heeft om toegang te verlenen tot haar netwerk, teneinde de beschikbare capaciteit zo goed mogelijk te benutten, om de concurrentiestrijd met de kabel en andere alternatieve infrastructuuraanbieders aan te gaan. De prikkel is daarmee niet alleen om toegang te verlenen maar ook om deze toegang te verlenen tegen voorwaarden die het juist mogelijk maken voor deze partijen om te concurreren op de retailmarkt.
4) Het vervallen van de regulering voor zakelijk glas en voor huurlijnen als gevolg van CBb uitspraken heeft er niet toe geleid dat KPN geen toegang meer heeft verleend dan wel haar voorwaarden heeft gewijzigd.
5) Als illustratie van haar bewuste wholesale beleid wijst KPN ook op de situatie in de mobiele markt waarin KPN zowel in Nederland, als in Duitsland en België al jarenlang (zonder enige regulering) toegang aan service providers en MVNO's biedt (al sinds 1993).

KPN verwijst gelet op bovenstaande naar haar antwoorden op vraag 47 en 48 van de breedband vragenlijst. KPN verzoekt het college de argumenten die KPN in deze twee antwoorden naar voren heeft gebracht te overwegen alvorens te concluderen dat KPN in afwezigheid van regulering een prikkel heeft geen toegang te verlenen tot haar netwerk dan wel toegang tegen onredelijke voorwaarden.

Het college haalt tweemaal het voorbeeld van co-locatie aan om een aan toegang gerelateerd probleem te illustreren (zie rnr. 391 en rnr. 394).

KPN is echter van mening dat collocatie niet als een voorbeeld aangehaald mag worden om een toegang gerelateerd mededingingsprobleem te illustreren. De vormgeving van het collocatieaanbod van KPN is tot stand gekomen in een geheel ander tijdsgewricht dan het huidige. Überhaupt is het netwerk van KPN opgebouwd in een tijd waarin KPN als toenmalig staatsbedrijf, concessiehouder en monopolist geen rekening hoefde te houden met toegangsmogelijkheden voor derden. Dat is pas aan het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw veranderd. KPN zag zich toen geconfronteerd met vele tientallen markttoetreders, alleen al voor MDF access zo'n 25, ingegeven door de op dat moment nog heersende internethype.

Mede door druk van het college was KPN gehouden om op basis van de inschattingen van derde partijen collocatieruimtes in te richten en de benodigde faciliteiten aan te leggen (en daarvoor ook aanzienlijke investeringen te verrichten. In verband met de noodzaak om de netwerkintegriteit te handhaven en te voorkomen dat het medegebruik van haar gebouwen in een onoverzichtelijke chaos zou ontaarden heeft KPN destijds gekozen voor een collocatiemodel met per type toegangsdienst een afzonderlijke collocatieruimte. Daarbij speelde mee dat de verschillende toegangsdiensten ook in verschillende gebouwen van KPN werden afgenomen. Inmiddels is het aantal derde partijen aanzienlijk geslonken en is er ruime ervaring opgedaan met het verlenen van toegang aan derden. Dat heeft KPN tot het voortschrijdende inzicht gebracht dat het verantwoord is om het in de toekomstvaste gebouwen, de zogenaamde Metro Core locaties, wel toe te staan dat collocatievoorzieningen voor meerdere toegangsdiensten gebruikt kunnen worden. Met strategisch productontwerp heeft dit alles niets te maken.

Ook andere in het ontwerpbesluit genoemde voorbeelden van mededingingsbeperkend gedrag zijn niet overtuigend. Bijvoorbeeld omdat ze gedateerd en achterhaald zijn en in de huidige situatie niet realistisch (toegang tot informatieproducten 2000-2002), of omdat ze uit hun verband zijn gerukt (toepassing van gebruiksquota bij informatieproducten).

8.2 Prijsgerelateerde potentiële mededingingsproblemen

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

8.2.1 Prijsdiscriminatie

Het college kenmerkt prijsdiscriminatie als een belemmering van de mededinging wat in het nadeel van gebruikers is. Volgens KPN gaat het college hier volledig voorbij aan het feit dat prijsdifferentiatie juist ook gunstige welvaartseffecten kan hebben. KPN verwijst hiervoor ook naar het hoofdstuk verplichtingen bij het verbod op tariefdifferentiatie (zie paragraaf 7.3.2). KPN verzoekt het college dan ook nader in te gaan op deze gunstige welvaartseffecten alvorens te concluderen dat prijsdiscriminatie en de mogelijkheid die KPN heeft om die toe te passen tot een beperking van de mededinging zou leiden.

8.2.2 Marge-uitholling

Het college stelt in rnr. 408 dat geografische differentiatie van de wholesale tarieven kan leiden tot marge-uitholling in de duurdere gebieden wanneer de retail tarieven niet worden gedifferentieerd. De consequentie hiervan is dat geografische differentiatie van wholesale tarieven mogelijk kan leiden tot een vergelijkbare geografische differentiatie in de retail markt. KPN maakt hiertegen bezwaar voor de consumentenmarkt. Geografische differentiatie van tarieven in de consumentenmarkt is over het algemeen niet wenselijk en niet uitlegbaar naar de eindgebruikers, ook al is hier sprake van kostenverschillen in de wholesale tarieven.

In de wholesale markt is het wel meer gebruikelijk om op basis van kostenverschillen te differentiëren, bijv. de tarieven voor de ODF FttH dienstverlening van Reggefiber die afhankelijk zijn van het CAPEX gebied. Het tarief van een aansluiting is afhankelijk van de gemiddelde investering (CAPEX) per aansluiting voor een CAPEX gebied. Hoe hoger de investering, hoe hoger het tarief. Hiermee kan Reggefiber haar investeringen binnen een bepaalde tijd terugverdienen. Als het uniforme retail tarief wordt getoetst op marge-uitholling, dan zal dit voor een CAPEX gebied met een lager dan gemiddeld wholesale tarief een te lichte toets opleveren en voor een CAPEX gebied met een hoger wholesale tarief leiden tot een te zware toetsing.

Naar de mening van KPN is dit dus niet een juiste manier van toetsing en wordt KPN hiermee op een achterstand gezet t.o.v. andere partijen die nationaal concurreren. Met name wordt KPN hierdoor benadeeld in de strijd met de kabel. Een kabelaanbieder kan namelijk concurreren op basis van zijn verzorgingsgebied dat een veelvoud aan CAPEX gebieden zal omvatten. Deze mededingingsproblemen kunnen worden voorkomen door bij een marge-uithollingstoets uit te gaan van een gemiddeld ODF FttH tarief over de CAPEX gebieden heen.

In rnr. 409 suggereert het college dat KPN een veel groter aandeel heeft in minder prijsgevoelige klanten dan de afzonderlijke andere partijen incl. kabelaanbieders zonder aan te geven op welk onderzoek dit gebaseerd is. KPN herkent dit in ieder geval niet. Mogelijk dat dit een kenmerk was aan het begin van de liberalisering van de telecommarkt. KPN hanteert verschillende merken met verschillende aanbiedingen (KPN, Telfort, XS4All). Op dit moment is de markt voor telefonie bijvoorbeeld al meer dan 10 jaar geliberaliseerd en zullen ook minder prijsgevoelige telefonie eindgebruikers de overstap hebben gemaakt van KPN naar een andere aanbieder (en mogelijk weer terug naar KPN). In een nog veel sterkere mate geldt dit voor de markt van internettoegang. Deze markt was van het begin af aan al vrij en de eindgebruikers konden in deze vrije markt kiezen voor een aanbod van verschillende aanbieders. Op dat moment was er sprake van een level playing field en waren alternatieve aanbieders net zo goed als KPN in de gelegenheid om zich te richten op minder prijsgevoelige eindgebruikers door bijvoorbeeld een hogere kwaliteit te bieden.

In rnr. 410 voert het college de schaalvoordelen van KPN ten opzichte van Tele2 aan voor kostenvoordelen bij KPN en daarmee kwetsbaarheid van Tele2 voor marge-uitholling. KPN herkent ook dit gegeven niet. Tele2 heeft als internationaal bedrijf namelijk veel meer klanten dan KPN. Zij kunnen kostenvoordelen bereiken bij hun inkoop van bijvoorbeeld netwerkvoorzieningen en klantsystemen. Door de grotere schaal kan Tele2 bijvoorbeeld korting bedingen bij haar leveranciers. De overheadkosten van Tele2 kunnen zelfs over meer klanten worden gespreid dan bij KPN, waardoor lagere kosten per unit kunnen worden gerealiseerd. Daarnaast werken schaalvoordelen niet per definitie kostenverlagend. Concurrenten kunnen er voor kiezen om de eigen netwerk uitrol te beperken tot aantrekkelijke gebieden

hetgeen leidt tot hogere vullingsgraden en lagere kosten per eenheid. Een voorbeeld hiervan zijn kabelaanbieders die geen 100% dekking hebben van hun netwerk.

In rnr. 410 stelt het college verder dat BBned als gevolg van de overname door Tele2 in wezen uit de markt is getreden. De activiteiten van BBned zijn echter niet uit de markt verdwenen, maar, Tele2 heeft de voormalige diensten van BBned in haar portfolio opgenomen, zie hieronder een citaat uit een persbericht van Tele2, gepubliceerd op haar web site:

> 'De bundeling van krachten tussen BBned en Tele2 is een belangrijke stap in de strategie om verder te groeien. Met de integratie wordt gebruik gemaakt van de competenties van beide bedrijven; Tele2 heeft een sterke positie in het Corporate segment, BBeyond versterkt de positie in het MKB segment en BBned in het wholesale segment.'

Ook in het NMa besluit inzake de fusie tussen Tele2 en BBNed staat dat de wholesale activiteiten van BBNed worden voortgezet:

> '70. Ten overvloede zij opgemerkt dat partijen desgevraagd hebben bevestigd aan de NMa dat zij "de wholesalebusiness zullen voortzetten en verder zullen versterken". Volgens partijen zal naast toekomstige interne leveringen voldoende capaciteit op het netwerk overblijven voor wholesaleleveringen aan derden. Partijen geven aan dat een aanzienlijk deel van de waarde van BBned zit in de wholesale-activiteiten ([40-50]% van de omzet van BBned bestaat hieruit) en dat het niet voortzetten van deze activiteiten zou leiden tot kapitaalvernietiging.'

De stelling van het college dat er door de fusie tussen Tele2 en BBned in de voorgaande reguleringsperiode daadwerkelijk uittreding heeft plaatsgevonden, is dus niet juist.

Tot slot stelt het college in rnr. 410 dat het verwacht dat KPN er belang bij heeft dat Tele2 zou uittreden uit de WHBT markt. KPN heeft er echter geen belang bij dat Tele2 uit de markt zou treden. De wholesale afnemers van Tele2 zorgen ervoor dat de eindgebruikers niet via de kabel diensten afnemen, maar via het netwerk van KPN (zie ook eerdere antwoorden van KPN op vraag 47 en 48 van de breedbandvragenlijst). De vulling van het KPN netwerk is hierdoor beter, waardoor de concurrentie met de kabel aanbieders beter kan worden aangegaan. KPN heeft er dus alle baat bij om Tele2 als wholesale afnemer van koperaansluitingen te behouden.

KPN kan zich overigens volledig vinden in de analyse/redenering van het college in rnr. 412. OPTA stelt in feite vast dat KPN zich op de retailmarkt niet onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten (voornamelijk de kabel). Het is echter moeilijk voor KPN om deze redenering van OPTA vervolgens te verenigen met de conclusie dat er sprake is van een risico op AMM van KPN in afwezigheid van regulering.

8.2.3 Buitensporig hoge tarieven

Wat betreft buitensporig hoge tarieven merkt KPN op dat dit een hypothetische exercitie is. Het college noemt hierbij geen enkel voorbeeld waarbij KPN dit gedrag zou hebben getoond. Bovendien wil KPN hier nogmaals verwijzen naar rnr. 412 waarin het college zelf constateert dat KPN op de internetmarkt druk vanuit de kabelaanbieders ervaart. Buitensporige tarieven op deze markt zijn dan ook niet aannemelijk.

KPN doet tot slot een uitdrukkelijk verzoek aan het college om bovenstaande punten in overweging te nemen bij haar definitieve oordeel inzake potentiële mededingingsproblemen die zich voor kunnen doen in afwezigheid van regulering.

9 Welvaartseffecten

In rnr. 654 stelt het college dat het met zekerheid kan concluderen dat de voordelen van de verplichtingen groter zijn dan de nadelen en dat daarmee de verplichtingen proportioneel en gerechtvaardigd zijn. Het college komt tot deze conclusie mede op basis van een effectentoets. KPN wenst echter een aantal kanttekeningen te plaatsen bij de effectentoets die het college heeft uitgevoerd en kan daarmee dan ook niet meegaan in de conclusie van het college in rnr. 654.

9.1 Ontbundelde toegangsverplichting niet opportuun en effectief

In rnr. 605 geeft het college aan dat de verplichtingen die worden opgelegd op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk samen een pakket van verplichtingen vormen. Voorts geeft het college aan geen effectentoets per verplichting uit te voeren, hoewel dit theoretisch wel mogelijk is, maar het effect van het hele reguleringspakket te analyseren.

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

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

Volgens KPN zou het college, indien het wel een kwalitatief goede effectentoets had uitgevoerd, opgevallen zijn dat de voorgenomen ex ante regulering niet passend en proportioneel is voor het bereiken van de genoemde doelstellingen van het Europese regelgevend kader. Ten eerste omdat deze in zeer beperkte mate bijdraagt aan de door haar gestelde prioritaire doelstelling om volledige infrastructuurconcurrentie tussen een aantal verschillende infrastructuren tot stand te brengen. Ten tweede zou het college tot de conclusie gekomen zijn dat een verdergaande aanpassing van het bouwwerk noodzakelijk is. Voorts zal KPN onderbouwen dat deze zeer beperkte positieve bijdrage van ontbundelde toegangsregulering in het niets valt bij de negatieve effecten van een verzwaring van ND5 op de (wholesale) consumentenmarkt voor KPN, die haar en haar wholesale afnemers in de concurrentiestrijd met de kabelaanbieders en in de groei van nieuwe op glas gebaseerde diensten remt.

9.2 Vrijwillige toegang

In rnr. 603 tot en met 612 valt op dat het college geen enkele rekening houdt met het feit dat KPN nu al zonder daartoe verplicht te zijn door regulering wholesale toegang levert. KPN heeft in haar eerdere reacties op de vragenlijsten daarvan al voorbeelden gegeven. [KPN Vertrouwelijk –

] Dit zijn echter wel feiten die er juist op wijzen dat KPN – zoals al meerdere malen aan het college aangegeven – in afwezigheid van regulering wel degelijk een prikkel heeft om toegang te verlenen tot haar netwerk en die toegang ook daadwerkelijk verleent. De hierboven bedoelde vormen van toegang die KPN verleent zijn zodanig dat deze wel degelijk wholesale afnemers de mogelijkheid bieden om volwaardig te kunnen concurreren op de retailmarkt voor gebundelde diensten. KPN kan zich dan ook niet vinden in de stelling zoals die in rnr. 609 is geponeerd.

Het is overigens niet duidelijk voor KPN in hoeverre, zoals Tele2 stelt, uitfasering van ontbundelde toegang en migratie naar wholesale breedbandtoegang KPN meer bewegingsvrijheid en de mogelijkheid zou bieden om de concurrentie te beperken (zie rnr. 608).

9.3 Overige opmerkingen inzake effectentoets

- In rnr. 610 stelt het college dat door de aanwezigheid van externe afnemers van ontbundelde toegang de prijs daalt op de relevante retailmarkten, waardoor de afgenomen volumes stijgen. In rnr. 976 stelt het college dat KPN zowel in aanwezigheid als afwezigheid van regulering KPN haar klanten niet kan afschermen van concurrenten. Volgens KPN heeft het college hiermee aangegeven dat er sprake is van een competitief retailtarief. Voor KPN is dan ook onduidelijk waarom regulering tot een nog lager tarief zou moeten leiden middels druk van externe afnemers. Daarnaast is het ook onduidelijk hoe, voornamelijk in de retailmarkt internettoegang, een prijsdaling tot een stijging in afgenomen volumes moet leiden. Het college stelt immers zelfs vast in rnr. 958 dat er een penetratie is van 86% van de huishoudens en dat de groei in het aantal internetaansluitingen afneemt en de markt verzadigd raakt.
- Voor de drie retailmarkten hanteert het college een prijselasticiteit van –0,3 %. KPN acht het zeer onwaarschijnlijk dat er voor alle drie de retailmarkten dezelfde elasticiteit geldt. Bovendien heeft KPN moeite om deze elasticiteit te verenigen met de prijselasticiteit die het college in rnr. 234 naar voren brengt. In dit rnr. wordt ondermeer gesteld dat voor de markt voor internettoegang een prijselasticiteit van -2,545 (Oostenrijk) en -2, 861 (Blauw Research) voor de markt voor internettoegang. Het is in ieder geval niet aannemelijk dat het verschil in de door het college gehanteerde prijselasticiteiten het gevolg is van regulering.
- Het college hanteert een inschatting van het prijseffect van 5 à 10%. Het is KPN onduidelijk waar het college deze inschatting op baseert. Gezien de omvang van ontbundelde toegang partijen (ca. 10% van de installed base) lijkt dit prijseffect erg hoog ingeschat. [KPN Vertrouwelijk -

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

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

9.4 Reguleringskosten

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

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

Zelfs indien KPN voor deze kosten corrigeert resteert het volgende bedrag: [KPN Vertrouwelijk:

-
-
-
-]

Hierbij dient opgemerkt te worden dat door de wijzigingen in de ND5-systematiek dit een onderschatting is, omdat nu alleen de ND5-maintenance kosten (schatting [KPN Vertrouwelijk – 35] %) zijn opgenomen. Er dienen substantiële wijzigingen doorgevoerd te worden in de modellen, en de berekening van de kosten van de verschillende componenten in de toets.

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

- / -

10 Overzicht bijlagen

Bij deze reactie worden de volgende bijlagen meegezonden:

- Bijlage 1 - Cisco IP traffic forecast 2010-2015.
- Bijlage 2 - Nieuwsbrief van NL Kabel van juni 2011.
- Bijlage 3 - Nieuwsbrief van NL Kabel van december 2010.
- Bijlage 4 - TelecomPaper, Dutch Fixed Telephony Q1 2011, 3 juni 2011.
- Bijlage 5 - Charles River Associates, Economic Evaluation of OPTA's Margin Squeeze Test, 4 september 2009.