

Reactie op het Ontwerpbesluit Ontbundelde Toegang



1 Inleiding

Vodafone zal achtereenvolgens ingaan op de verschillende onderdelen van het besluit. Vodafone's grootste zorg is daarbij gelegen in de invulling van de squeeze-toets en de gevolgen die dit heeft voor de positie van WBT-aanbieders op de retailmarkt.

2 Marktafbakening

2.1 Startpunt

Het college hanteert de relevante productmarkt voor toegang tot het koperaansluitnetwerk (op basis van MDF-access en SDF-access) als startpunt van deze marktanalyse. OPTA stelt hierbij "Dat is de markt waarop KPN, als eigenaar van het kopernetwerk, oorspronkelijk een AMM positie bezat en het is de kleinst mogelijke markt die als startpunt gehanteerd kan worden."

Vodafone stelt daarbij vast dat de Aanbeveling relevante markten voor ontbundelde toegang abstraheert van de onderliggende aansluittechniek. Vanuit de Aanbeveling bezien had OPTA derhalve evengoed de marktafbakening kunnen beginnen met toegang tot het *g*lasaansluitnetwerk. De opmerking van OPTA dat de productmarkt voor toegang tot het kopernetwerk "de kleinst mogelijke markt is die als startpunt gehanteerd kan worden" kan Vodafone in dit verband niet goed plaatsen.

2.2 Afzonderlijke behandeling ODF (FttO)

Het meest wenselijk was het geweest wanneer OPTA markt 4 uit de Aanbeveling in één en hetzelfde besluit had kunnen analyseren. OPTA heeft er echter voor gekozen om de marktanalyse ten aanzien van ontbundelde toegang tot het *g*lasaansluitnetwerk voor zakelijke eindgebruikers (ODF niet-FttH) in een separaat besluit te laten plaatsvinden (en later te consulteren). Vodafone begrijpt dat deze afzonderlijke behandeling zijn oorsprong vindt in de relatief recente vernietiging van het voorgaande marktanalysebesluit op het punt van ODF niet-FttH. Voor partijen vormt deze separate consultatie een complicerende factor, omdat zij in de huidige consultatie niet beschikken over de volledige analyse. Vodafone vertrouwt erop dat OPTA zich van deze complicerende factor bewust is, en er begrip voor heeft dat Vodafone pas een definitief standpunt in kan nemen wanneer zij kennis heeft kunnen nemen van beide besluiten.

Vodafone is er in dit stadium, nogmaals zonder kennis te hebben kunnen nemen van de nog niet gepubliceerde analyse ten aanzien van ODF niet-FttH, niet zonder meer van overtuigd dat er daadwerkelijk sprake is van een afzonderlijke productmarkt ODF niet-FttH.

OPTA merkt onder randnummer 183 het volgende op:

“183. Om deze reden zal het college opnieuw in het bijzonder onderzoeken of het wholesaleproduct ODF-access (FttO) een direct substituut is van ontbundelde kopertoegang. ODF-access (FttO) behoort tot dezelfde productmarkt als ontbundelde kopertoegang wanneer afnemers van ontbundelde kopertoegang in de praktijk kunnen overstappen op ODF-access (FttO) en wanneer afnemers daarnaast ook werkelijk bereid zijn om over te stappen van ontbundelde kopertoegang naar ODF-access (FttO). Het college zal in zijn afweging minder waarde hechten aan de bevinding dat er op onderliggende markten sprake is van niet significante of beperkte prijsverschillen. ”

Vodafone acht het van belang te proberen hier enige nuancering aan te brengen. Om aan te tonen of ODF (FttO) tot de productmarkt van MDF en ODF FttH behoort gaat het inderdaad eerst om de vraag of ODF (FttO) de productmarkt die OPTA onderzoekt voldoende disciplineert. Daarvoor is het van belang in welke mate afnemers van koperdiensten naar aanleiding van een prijsstijging van toegang op basis van koper zullen overstappen naar ODF (FttO) in geval van een prijsstijging van toegang op basis van koper. Daarbij kan zowel de reactie van de eindgebruikers (op de retailmarkt) als van de wholesale-afnemers van belang zijn. De prijsverhoging die onderzocht wordt dient zowel betrekking te hebben op de prijs die externe afnemers betalen als op de prijs die KPN zichzelf intern aanrekent. Met andere woorden, de gehanteerde SSNIP moet conceptueel ook van toepassing worden verklaard op de inkoopprijs van KPN zelf, en niet uitsluitend op het externe toegangstarief van KPN. Wanneer dit niet wordt gedaan zal het beperkte aandeel dat extern wordt ingekocht door derden ten opzichte van de interne levering van KPN ervoor zorgen dat er haast per definitie sprake is van een onvoldoende disciplinerende werking. In plaats dat dan het substitutiegedrag van aanbieders en vragers wordt onderzocht, dat bij de markafbakening hoort, wordt dan in feite een voorschot genomen op de dominantie-analyse (i.e. de marktverhoudingen tussen de verschillende aanbieders).

Echter, daarnaast kan OPTA er ook niet aan voorbij gaan dat zelfs wanneer er strikt genomen onvoldoende prijsdruk zou zijn van ODF (FttO) op koper, hiermee de kous nog niet af is. Wanneer sprake is van een min of meer technische migratie, waarbij koperaansluitingen door een aanbieder geleidelijk worden vervangen door een toekomstvast glas aansluiting (als onderdeel van een voortdurende modernisering van het netwerk) kan in feite gelden dat de keuze voor de aansluittechnologie niet per definitie en in alle gevallen relevant is voor de keuze van de eindgebruiker en de wholesale afnemer. Zeker wanneer KPN zelf de prijzen van haar diensten op de

retailmarkt slechts in beperkte mate afhankelijk maakt van de onderliggende aansluittechnologie (koper of glas) kan dit een aanwijzing zijn dat het doel van KPN primair is het moderniseren van het netwerk, uitgaande van een bestaande markt.

Indien OPTA in het geval van een dergelijke migratie van koper naar glas niettemin meent dat sprake is van twee afzonderlijke markten dient zij in ieder geval bij de dominantie-analyse zeer sterk rekening te houden met de mate waarin KPN haar positie ten aanzien van de legacy-infrastructuur (haar koperbase) kan leveragen naar haar toekomstvaste infrastructuur. In die zin zou het voor de uitkomsten van de analyse niet hoeven uit te maken of ODF FttO al dan niet tot de productmarkt voor toegang tot het koperaansluitnetwerk en ODF FttH behoort.

Onder randnummer 205 merkt het college op:

“Alleen voor het leveren van wholesale- en retaildiensten in het duurste segment liggen de prijzen aanzienlijk hoger en is het dus wat marges betreft interessant om naar ODF-access (FttO) over te stappen. De groep eindgebruikers in dit segment is dusdanig klein dat als gevolg van een tariefverhoging van ontbundelde kopertoegang onvoldoende afnemers van ontbundelde kopertoegang bereid zullen zijn om over te stappen op ontbundelde glastoegang (FttO), om deze prijsverhoging verliesgevend te maken. Het college concludeert daarom dat er geen sprake is van directe vraagsubstitutie van ontbundelde kopertoegang naar ODF-access (FttO).”

Wat Vodafone betreft is OPTA hier wel erg kort door de bocht. Als OPTA een dergelijke redenering houdt dan betekent dit dat als een markt bestaat uit een groot aantal verschillende kleine productgroepen, iedere afzonderlijke productgroep door haar beperkte omvang niet zelfstandig ervoor kan zorgen dat een prijsverhoging van een andere productgroep in de markt verlieslatend wordt. Dit neemt echter niet weg dat een *combinatie* van productgroepen wel degelijk ervoor kan zorgen dat een bepaalde productgroep wordt gedisciplineerd. Met andere woorden, als OPTA de markt maar in zoveel mogelijk kleine productgroepen opdeelt, en steeds voor iedere kleine productgroep afzonderlijk vaststelt of deze de rest van de markt disciplineert, zal OPTA ten onrechte concluderen dat er geen sprake is van substitutie door die afzonderlijke productgroepen. Echter, wanneer OPTA concludeert dat consumentenglas (FttH) wel een substituuut is voor consumentenkoper (MDF-toegang) is het vreemd dat zij tegelijkertijd niet concludeert dat bedrijvenglas (FttO) geen substituuut is voor koper voor grote en middelgrote bedrijven. Als OPTA haar afbakening bijvoorbeeld begonnen zou zijn met ontbundelde toegang tot het kopernetwerk voor grote en middelgrote bedrijven, zou zij hoogst waarschijnlijk wel tot de conclusie gekomen zijn dat FttO onderdeel is van deze markt. Of omgekeerd, wanneer het startpunt FttO zou zijn, zou zij waarschijnlijk concluderen dat MDF-toegang onderdeel is van dezelfde markt. Met andere woorden, de test van OPTA dat FttO als één van de segmenten in de markt in zijn eentje de volledige markt moet disciplineren

om tot de markt gerekend te worden is wel erg streng, en zorgt ervoor dat de uitkomst van de afbakening zeer afhankelijk wordt van het startpunt dat wordt gekozen. Het had op basis van de aan Vodafone beschikbare informatie meer voor de hand gelegen wanneer OPTA had geconcludeerd dat in consumentengebieden MDF wordt gedisciplineerd door FttH en in gebieden met grote en middelgrote bedrijven door FttO.

Ten aanzien van de geografische afbakening merkt OPTA onder randnummer 270 het volgende op:

"Tot slot zijn ook de homogene tarieven een aanwijzing voor een nationale markt. De tarieven voor MDF-access en SDF-access zijn nationaal gelijk. De tarieven voor ODF-access (FttH) verschillen lokaal, waarbij de verschillen volledig gebaseerd zijn op verschillen in de kosten en niet worden ingegeven door uiteenlopende lokale concurrentieomstandigheden."

Deze redenering zou OPTA moeten versterken. Immers, de achtergrond van de uniforme tarieven voor MDF- en SDF-toegang is ingegeven door regulering. OPTA dient daarom uit te gaan van de situatie zonder regulering van MDF- en SDF-toegang wanneer zij een dergelijke argumentatie wenst te gebruiken. Aan het enkele feit dat de *gereguleerde* MDF- en SDF-tarieven uniform zijn kan zij immers geen conclusies verbinden ten aanzien van de geografische afbakening.

3 Dominantie-analyse

Vodafone onderschrijft de conclusies uit de dominantie-analyse.

4 Mededingingsproblemen

4.1 Margeuitholling

Vodafone heeft een aantal opmerkingen ten aanzien van het onderdeel margeuitholling. In randnummer 410 stelt OPTA:

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

breedtevoordelen en daardoor een lagere kostprijs dan een kleinere partij als Tele2. KPN kan relatief gemakkelijk gerichte aanbiedingen doen aan aanbieders die nu nog wholesalediensten afnemen bij Tele2. KPN kan daarmee druk uitoefenen om Tele2 te doen uittreden wat betreft het leveren van externe WHBT-diensten. Een indicatie hiervoor is dat de externe leveringen van Tele2 vrijwel geheel afkomstig zijn uit de overname door Tele2 van BBned. BBned was vooral actief als wholesaleaanbieder van breedbandtoegang dat zij leverde op basis van het gebruik van MDF-access. BBned is nooit in een winstgevende fase gekomen, is uiteindelijk door Tele2 overgenomen, en is daarmee in wezen uit de markt getreden. Dat laat zien dat in de voorgaande reguleringsperiode daadwerkelijk uittreding heeft plaatsgevonden, wat duidt op de lage marges die er door de concurrenten van KPN op externe leveringen van WHBT-diensten worden gehaald. Indien KPN er in zou slagen om Tele2 te doen uittreden voor wat betreft externe leveringen van WHBT-diensten op basis van het koperaansluitnetwerk, is KPN de enige aanbieder die deze diensten nog kan leveren. Naar verwachting is KPN dan in staat de tarieven voor deze diensten te verhogen.”

OPTA gaat er in haar redenering aan voorbij dat het echte issue ten aanzien van een risico op marge-utholling zich bevindt op de marges tussen wholesale en retail, niet op de marges tussen wholesale en wholesale. Uiteraard moet er ruimte zijn voor aanbieders van concurrerende WBT-aanbiedingen.

4.1.1 Analyse marge-utholling legt te sterke nadruk op wholesale-margeutholling

De stelling van OPTA dat BBned in feite uit de markt is getreden is niet geheel feitelijk, BBned is immers overgenomen door Tele2. Het betitelen hiervan als 'uittreding' gaat Vodafone een brug te ver, en voegt niets toe aan de analyse anders dan dat deze hierdoor een minder feitelijke indruk maakt. Dat BBned als wholesale-aanbieder in haar historie nooit winst heeft gemaakt moge zo zijn, maar daarmee onderscheidt zij zich niet van de meeste andere afnemers van MDF-toegang die geen wholesale-diensten aanbieden. Voor zover bepaalde partijen boekhoudkundig wel (bescheiden) winst hebben gemaakt geldt dat hierbij veelal sprake was van zeer forse impairments. De suggestie die gewekt wordt dat juist voor alternatieve wholesale-aanbieders met margeproblemen te maken hebben is werkelijk onterecht. Die krappe marges zijn een marktbreed verschijnsel, en beperken zich helaas niet tot BBned. De probleemanalyse van OPTA focust te veel op één specifieke aanbieder. Deze onevenwichtige focus leidt ertoe dat OPTA bij het vaststellen van de verplichtingen zich te eenzijdig richt op het oplossen van dit te beperkte probleem. Daarop komt Vodafone later in deze tekst uitvoerig terug.

BBned is voor zover Vodafone bekend primair actief op het zakelijke segment, waarbij met name hoge kwaliteit WBT wordt aangeboden. Ten aanzien van lage kwaliteit WBT is er naast KPN geen noemenswaardige alternatieve aanbieder, en is daar ook niet te verwachten. OPTA dient in haar analyse specifiek te benoemen waar zich

volgens haar op de WBT-markt margeproblemen zouden kunnen voordoen, en hoe significant de effecten hiervan op de retailmarkt zijn.

Het werkelijke probleem achter het feit dat alle DSL-aanbieders in het beste geval slechts een marginale business case hebben is gelegen in de marge tussen het xDF-tarief en de retailprijs. Dit probleem kan worden opgelost door ofwel de retailtarieven te verhogen, of wel de xDF-tarieven te verlagen. Door de focus op BBNed wordt het zicht ontnomen op de werkelijke margeknelpunten, met daadwerkelijke impact op de concurrentiesituatie op de retailmarkt. Een geïsoleerde margetoets op wholesale-wholesale niveau (xDF-WBT) doet meer kwaad dan goed voor de totale concurrentiesituatie op de retailmarkt.

De huidige tarieven voor lage kwaliteit WBT (geen prijsregulering) worden - anders dan OPTA suggereert - niet beïnvloed door het externe aanbod van BBNed of andere partijen op de wholesalemarkt. Dit om de simpele reden dat inkoop van externe WBT bij BBNed (of juist: Tele2) geen significante rol¹ speelt in de consumentenmarkt, en ook niet verwacht kan worden dat deze situatie zou kunnen veranderen onder invloed van ondergrensregulering. De tarieven voor lage kwaliteit WBT zijn daarentegen een resultante combinatie van de prikkels die KPN ervaart vanuit de retailconcurrentie door DSL-aanbieders op basis van xDF-inkoop en door de kabel. De retailconcurrentie door DSL-aanbieders wordt voorts met name beperkt door de margebeperkingen die zij ervaren door het geringe verschil tussen xDF en de retailprijzen van KPN. Het is daarom wat Vodafone betreft een misvatting wanneer OPTA veronderstelt dat:

“indien KPN er in zou slagen om Tele2 te doen uittreden voor wat betreft externe leveringen van WHBT-diensten op basis van het koperaansluitnetwerk, KPN de enige aanbieder is die deze diensten nog kan leveren. Naar verwachting is KPN dan in staat de tarieven voor deze diensten te verhogen.”

OPTA zou hier moeten benadrukken dat een uittreding van Tele2 (als rechtsopvolger van BBNed) als wholesale-aanbieder geen noemenswaardig effect zal hebben op de tarieven voor lage kwaliteit WBT. De tarieven die KPN hanteert voor lage kwaliteit WBT worden niet zozeer bepaald in de concurrentie met Tele2 bij het aanbieden van externe WBT-diensten - de positie van Tele2 ten aanzien van extern geleverde lage kwaliteit WBT is zeer bescheiden – maar meer door de retailconcurrentie die KPN ervaart. Dit inzicht dient OPTA ook mee te nemen bij het vaststellen van de passende en proportionele verplichtingen voor deze markt. Voor de duidelijkheid wil Vodafone hier niet betogen dat een MDF-partij als BB-ned geen bescherming zou verdienen – Vodafone acht het juist van belang dat ook MDF-partijen worden gesteld redelijke marges te behalen op hun investeringen., of dit nu op wholesale- of op retailniveau is. Het gaat er echter om dat OPTA de verschillende belangen in het juiste perspectief plaatst, en op een correcte wijze tegen elkaar afweegt in het licht van de concurrentie op de retailmarkt. Zoals Vodafone later zal betogen hoeft bescherming van het (beperkte) belang van de externe levering van lage kwaliteit WBT door MDF-partijen niet te bijten met de belangen van bijvoorbeeld WBT-

¹ Dat wil in ieder geval zeggen: Niet-significant in het licht van de retailconcurrentie verhoudingen.

aanbieders. Die ogenschijnlijke belangentegenstelling komt voort uit de onvolledige en onevenwichtige squeeze-toets uit het ontwerpbesluit. Deze toets laat na om te waarborgen dat KPN intern tegen dezelfde tarieven toegang inkoop bij zichzelf als welke zij aan MDF-partijen in rekening brengt. De opzet van de toets is naar de mening van Vodafone het resultaat van een verkeerde weging van de belangen van de verschillende groepen concurrenten voor de retailmarkt, voor zover een dergelijke afweging al gemaakt is. Hierop zal Vodafone nader terugkomen bij het onderdeel van de verplichtingen.

4.1.2 Risico op marge-uitholling voor ODF-FttO

Onder randnummer 411 merkt OPTA het volgende op:

“Een voorbeeld van marge-uitholling door KPN betreft het aanbieden van retail zakelijke glasdiensten door KPN onder de prijs van de geldende wholesale ODF-FttO (en WEAS) tarieven. Als gevolg van klachten en onderzoek hiernaar van het college, heeft KPN in oktober 2010 haar retail zakelijke glastarieven verhoogd en de wholesaletarieven voor ODF-FttO (en WEAS) verlaagd.”

Vodafone kan zich niet vinden in de formulering dat het hier gesignaleerde probleem zich zou beperken tot 'het aanbieden van retaildiensten onder de prijs van de geldende *wholesaletarieven*'. Het probleem dat zich hier voordeed was niet slechts – zoals OPTA formuleert – dat KPN haar retaildienstverlening onder de ODF-FttO (en WEAS) tarieven aanbood, maar dat KPN noch haar retailkosten, noch haar wholesalekosten goed maakte. OPTA lijkt met deze passage overigens wel te impliceren dat zij ook ten aanzien van ODF-FttO risico's ziet op mededingingsproblemen. Vodafone kan zich erbij aansluiten dat zich ten aanzien van ODF-FttO zich inderdaad dergelijke risico's op retailmargesqueeze voordoen.

Terwijl OPTA aldus in randnummer 411 betoogt dat er een reëel risico is dat KPN de retailtarieven zelfs onder de wholesaletarieven (ODF-FttO en WEAS) zet, geeft OPTA in de alinea daarna (randnummer 412) juist aan dat het risico van marge-uitholling op de retailmarkt zeer beperkt is. Volgens Vodafone spreken randnummer 411 en 412 elkaar derhalve tegen:

“412. Het college is van oordeel dat het risico op marge-uitholling in de onderliggende retailmarkten van internettoegang en zakelijke netwerkdiensten beperkter is. Door de positie van kabelaanbieders is het bijvoorbeeld voor KPN moeilijker om concurrenten op internettoegang die gebruikmaken van toegang tot het netwerk van KPN, via lage retailtarieven uit te sluiten. Doordat kabelaanbieders een dergelijke verlaging van tarieven naar verwachting zullen volgen zal een prijsverhoging na uitsluiting moeilijk zijn te realiseren. Dat maakt het voor KPN moeilijker om voor internettoegang op een winstverhogende wijze marge-uitholling toe te passen. De mate van concurrentie op deze retailmarkten vraagt naar het oordeel

van het college voldoende ruimte voor KPN om op lagere tarieven van concurrenten te reageren. Het college is daarom van oordeel dat pas sprake is van marge-utholling indien KPN retailtarieven hanteert die lager zijn dan de kostprijs voor de noodzakelijke wholesalebouwstenen in de WHBT-markten.

4.1.3 OPTA maakt geen helder onderscheid tussen residentiële en zakelijke dienstverlening

Daar waar OPTA onder randnummer 411 – terecht – aangeeft dat er een risico is dat de marge tussen wholesale en retail te gering wordt (of volledig ontbreekt), geeft OPTA onder randnummer 412 aan dat het risico op marge utholling op de onderliggende retailmarkten beperkt is. Afgezien daarvan dat OPTA zich hiermee tegen lijkt te spreken, deelt Vodafone de analyse van OPTA onder randnummer 412 niet. OPTA's betoog onder dit randnummer heeft ten eerste uitsluitend betrekking op het consumentensegment, gegeven de grote rol die wordt toegedicht aan kabel. Het is Vodafone onduidelijk waarom OPTA niettemin ook over zakelijke netwerkdiensten spreekt (zie eerste zin van randnummer 412).

4.1.4 Ook voor residentiële segment is analyse OPTA niet valide

Echter, ook voor het consumentensegment kan Vodafone zich niet vinden in de analyse van OPTA. OPTA komt in haar betoog in feite met een klassiek recoupment betoog. De redenering komt er op neer dat er uitsluitend een risico op marge-utholling is wanneer KPN erin zou slagen om partijen uit de markt te drijven en vervolgens in staat zou zijn om haar prijzen te verhogen. OPTA geeft aan dat KPN die mogelijkheid niet zou hebben omdat na uittreding van de DSL-aanbieders zij nog altijd concurrentie zou ervaren van de kabel. Deze eenvoudige analyse weerspiegelt helaas niet de realiteit. Waar het om gaat is, zoals ook OPTA constateert, dat KPN in afwezigheid van regulering een AMM-positie heeft. Dat houdt in dat KPN in staat is om zich onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten, hetgeen ondermeer tot uitdrukking komt in de mogelijkheid om haar prijzen op een supra-competitief niveau vast te stellen. De rol van OPTA is om deze markt over te laten gaan naar een situatie van effectieve mededinging. De verplichtingen van OPTA hebben tot doel om op de korte termijn de AMM-positie van KPN te neutraliseren, en op de lange termijn ervoor te zorgen dat de markt ook zonder ex-ante regulering effectief concurrerend is. De reden dat OPTA ontbundelde toegang oplegt is derhalve in de eerste plaats om de dominante positie van KPN te neutraliseren. Dat betekent dus dat KPN zich als gevolg van de toetreders op basis van ontbundelde toegang minder onafhankelijk kan gedragen en dat zij dus ook minder hoge retailprijzen kan hanteren. KPN heeft er een zelfstandig belang bij om de effectiviteit van de regulering te beperken omdat dat 1) haar mogelijkheden om hogere retailprijzen te vragen vergroot en 2) om te voorkomen dat nieuwe toetreders een duurzame positie opbouwen op de retailmarkt. De manier waarop OPTA de prikkel tot marge-utholling, die KPN bijna per definitie heeft, kan verminderen (om de effectiviteit van de regulering te ondermijnen) is door ervoor te zorgen dat er voldoende marge bestaat tussen de wholesaletarieven en de retailprijzen. Een opzichzelfstaande wholesale-wholesale toets heeft in dit opzicht geen nut, omdat de wholesalemarkten geen significante rol spelen voor de uiteindelijke concurrentie op retailniveau. Op zichzelf is het correct dat de aanwezigheid van kabel op de consumentenmarkt de prikkels en mogelijkheden van KPN om over de hele linie

lage marges te behalen in enige mate beperkt², echter KPN heeft dankzij haar verschillende merken wel degelijk de mogelijkheid om heel gericht de DSL-prijsvechters te raken. KPN doet dit met behulp van een merk als Telfort, dat zich niet primair richt op het concurreren tegen de kabel, maar dat er mede op gericht is om te voorkomen dat DSL-prijsvechters succesvol kunnen zijn. Hierdoor kan KPN als AMM-partij juist op de overige merken premium prijzen genereren. OPTA zou hierbij ook mee moeten nemen dat KPN beschikt over een zeer trouwe harde kern aan internetabonnees, die zeer inert en relatief prijsongevoelig zijn. Voor deze eindgebruikers, die veelal onder het KPN-brand hangen, kan KPN zonder problemen relatief hoge prijzen vragen. Voor de minder trouwe en meer prijsgevoelige eindgebruikers (dit zijn typisch de –relatief onaantrekkelijke- klanten waar veel onafhankelijke DSL-aanbieders zich op moeten richten) kan KPN zoals gezegd een brand als Telfort inzetten. Het is dus een misverstand dat de marge-uitholling door KPN zich per se over het gehele portfolio van KPN moet uitstrekken om succesvol te zijn. Vodafone verwijst in dit kader ook naar hetgeen OPTA zelf onder randnummer 409 vermeldt, wat naar de mening van Vodafone een juistere weergave is van de realiteit dan datgene wat OPTA onder randnummer 411 vermeldt:

“Een ander voorbeeld van een situatie waarin hoge wholesaletarieven kunnen leiden tot marge-uitholling is het toepassen van tariefdifferentiatie tussen eindgebruikers. Wanneer KPN hoge wholesaletarieven hanteert maar deze niet intern doorberekent aan de meest prijsgevoelige klanten, dan kan KPN ook deze prijsgevoelige klanten behouden. KPN is door haar schaal- en breedtevoordelen in staat om deze kosten bij minder prijsgevoelige klanten weer terug te verdienen. Een (potentiële) concurrent van KPN zonder deze schaal- en breedtevoordelen moet deze hogere wholesaletarieven wel doorberekenen aan de eindgebruiker om geen verlies te leiden. Door selectieve prijszetting op de retail- en bovenliggende wholesalemarkt ontstaat op deze wijze marge-uitholling waardoor afnemers van ontbundelde toegang uit de markt worden gedrukt. Omdat toetredende partijen zich over het algemeen moeten richten op prijsgevoelige klanten wordt de prikkel tot marge-uitholling door middel van prijsdiscriminatie nog eens versterkt.”

Ten aanzien van de zakelijke markten, waarbij kabel geen enkele rol van betekenis speelt, is het nog meer evident dat KPN over prikkels en mogelijkheden beschikt om haar bestaande marktpositie te beschermen door marge-uitholling op retailniveau. Vodafone verzoekt OPTA om in haar gehele analyse steeds duidelijk te vermelden of zij het heeft over het zakelijke of het consumentensegment. De segmenten kunnen immers niet zo maar over een kam geschoren worden,

De consequentie van OPTA's redenering dat KPN geen mogelijkheid heeft om hogere prijzen te hanteren na eliminatie (of beperking) van de concurrentie vanuit DSL-aanbieders lijkt overigens te zijn dat KPN überhaupt

² echter niet voldoende, anders zou er geen aanleiding bestaan om KPN als AMM-aanbieder aan te wijzen

geen AMM-positie zou hebben, althans dat zij nu reeds voldoende wordt gedisciplineerd door de kabel. Volgens Vodafone zou het van tweeën-één moeten zijn: ofwel KPN is dominant (i.e. wordt onvoldoende gedisciplineerd door de kabel), en heeft er belang bij en de mogelijkheid om de effectiviteit van de ULL-verplichting te ondermijnen, ofwel KPN is niet dominant en wordt zodanig gedisciplineerd door de kabel dat het ondermijnen van de ULL-verplichting niet de mogelijkheid geeft om hogere tarieven te vragen. Vodafone verzoekt OPTA om aandacht te besteden aan deze ogenschijnlijke inconsistentie, waarbij uiteraard voorop dient te staan dat KPN beschikt over een AMM-positie.

4.1.5 Standpunt OPTA op gespannen voet met algemeen mededingingsrecht

OPTA besluit met de conclusie (randnummer 412): "De mate van concurrentie op deze retailmarkten vraagt naar het oordeel van het college voldoende ruimte voor KPN om op lagere tarieven van concurrenten te reageren. Het college is daarom van oordeel dat pas sprake is van marge-uitholling indien KPN retailtarieven hanteert die lager zijn dan de kostprijs voor de noodzakelijke wholesalebouwstenen in de WHBT-markten." Vodafone acht het niet verstandig dat OPTA haar zegen uitspreekt over het (ver) onder haar kostprijs aanbieden van diensten door een aanbieder met AMM. Van KPN mag immers verwacht worden dat zij niet uitsluitend haar wholesalekosten goedmaakt, maar ook haar retailkosten. KPN wordt hierdoor in staat gesteld de effectiviteit van de opgelegde regulering te ondermijnen en zich feitelijk in strijd met het algemene mededingingsrecht te gedragen. Het kan niet de bedoeling zijn dat partijen zich voortaan tot de NMa of zelfs tot de Europese Commissie moeten wenden, zoals onder andere in Frankrijk (Wannadoo) en Spanje (Telefonica) is gebeurd. Vodafone kan zich voorstellen dat de Europese Commissie ook zeer terughoudend zal zijn bij het accepteren van de nullijn.

5 Verplichtingen

Vodafone ondersteunt het opleggen van verplichtingen op het vlak van toegang, transparantie (inclusief referentieaanbod), non-discriminatie en tariefregulering. Ten aanzien van de verdere invulling van de verplichting heeft Vodafone echter wel een aantal bezwaren.

5.1 Bij lange termijn infraconcurrentie speelt glas centrale rol

Ten aanzien van de kopergebaseerde toegangsvormen mist Vodafone in het ontwerpbesluit de notie dat de effectiviteit van deze toegangsvormen in hoge mate is ondergraven door de verwachting dat deze toegangsvormen voor wholesale-afnemers omgeven zijn door onzekerheid ten aanzien van de levensduur. In dit licht moeten ook vraagtekens gesteld worden bij de mate waarin meer uitrol op koper nog daadwerkelijk een bijdrage levert op de infrastructuurconcurrentie op de lange termijn. Immers, de uitrol die door de huidige MDF-partijen heeft plaatsgevonden zal steeds meer achterhaald worden door de uitfasering van (delen) van het kopernetwerk. De strategische vraag die OPTA als rode draad door haar analyse zou moeten vlechten is hoe tijdens de komende reguleringsperioden maximaal kan worden bewerkstelligd dat bestaande marktpartijen succesvol kunnen migreren naar glas. Dit betekent enerzijds dat de door concurrenten van KPN opgebouwde

klantenbase kan worden overgebracht op glas en anderzijds dat het investeringspotentieel van alle partijen, inclusief KPN, maximaal benut wordt om de verglazing te bevorderen. Vodafone mist deze strategische dimensie in het ontwerpbesluit. Hierdoor wordt –hopelijk onterecht - de suggestie gewekt dat OPTA meer bezig is om legacy-investeringen te beschermen – op zichzelf een gerechtvaardigd belang - en veel minder bezig is om de voorwaarden te scheppen om partijen te faciliteren om succesvol te migreren naar glas.

Bij het bevorderen van (infrastructuur)concurrentie hoort tevens dat ook voor 'nieuwe' nieuwe toetreders – zoals Vodafone - de mogelijkheid bestaat om actief te worden op de markt. Immers, het doel van OPTA is om de markt, die in afwezigheid van regulering niet concurrerend is, duurzaam concurrerend te maken. Het zou goed zijn wanneer OPTA zich in het besluit ook expliciet overweegt in welke mate er voor 'nieuwe' nieuwe toetreders voldoende mogelijkheden zijn om daadwerkelijk actief te zijn op de markt. Met andere woorden, houdt de regulering die OPTA voorstelt voldoende bij aan het scheppen van voorwaarden waaronder nieuwe partijen kunnen toetreden tot de retailmarkten? Hoe effectief zijn de legacy toegangsvormen om nieuwe toetreding te bevorderen? Absoluut voorkomen moet worden dat de legacy toegangsvormen verworden tot treurige sterfhuisconstructies waarin zittende partijen langzaam wegwijnen, zonder mogelijkheid om mee te doen op glas, en te onaantrekkelijk zijn voor investeringsbereide partijen om nog in te stappen. Vodafone zou graag zien dat OPTA meer ambitie zou laten doorklinken in haar besluit en explicieter rekening zou houden met het belang dat toetreding mogelijk blijft en noodzakelijk is. Omdat investeringen in MDF-uitrol voor 'nieuwe nieuwe' toetreders zoals Vodafone in alle redelijkheid niet mogelijk zijn kan OPTA ervoor kiezen om voor nieuwe toetreders een virtueel ontbundelingsaanbod in de markt te zetten. Dit zou aanbieders als Vodafone, voor wie investering in MDF-uitrol geen reëel alternatief is door de uitfaseringsplannen van KPN, de mogelijkheid geven om toch op een vergelijkbare wijze toe te treden. Een dergelijk aanbod zou sterk kunnen lijken op een WBT-aanbod. Nu OPTA niet voor een dergelijke benadering van virtuele MDF-toegang lijkt te kiezen, kan op zijn minst verwacht worden dat zij de afname van WBT-diensten, als alternatief voor MDF-uitrol, niet bemoeilijkt door een onevenwichtige en contra-productieve squeeze-toets.

5.2 Virtual Subloop Access dienst nog onduidelijk

Ten aanzien van de virtuele ontbundeling op basis van SDF die het college voorstelt geldt dat het huidige ontwerpbesluit Vodafone nog niet in staat stelt om een beoordeling te maken ten aanzien van de mate waarin de afweging van de belangen tussen KPN en afnemers van toegang redelijk is. Voor een goede beoordeling is enerzijds van belang te kunnen toetsen of de claim van KPN terecht is dat de effectiviteit van technieken als vectoring en phantoming zodanig worden ondermijnd door fysieke ontbundeling dat virtuele ontbundeling gerechtvaardigd is. Anderzijds is het van belang om meer inzicht te hebben in hetgeen OPTA concreet als alternatief voorstelt. Wanneer dit alternatief voldoende mogelijkheden biedt aan afnemers om op een volwaardige manier met KPN te concurreren zal de afweging om KPN te ontheffen van een fysieke ontbundelingsverplichting eerder als redelijk beoordeeld kunnen worden. In dit stadium blijft het begrip virtual SDF access (VSA) een volledig abstract begrip dat op veel manieren uitgewerkt kan worden. Naar de mening van

Vodafone zijn partijen derhalve nog niet in staat om voldoende geïnformeerd te reageren op het voornemen van het college.

5.3 Openzetten en -houden routes naar glas essentieel

Ten aanzien van ODF-access zou Vodafone graag zien dat OPTA haar visie verder verbreed. Onder randnummer 472 merkt OPTA bijvoorbeeld op:

“Analysys Mason concludeert dat er ook voor marktpartijen met een geringere schaalgrootte dan KPN, zoals de huidige alternatieve DSL-aanbieders, mogelijkheden zijn voor een business case om dienstverlening aan residentiële eindgebruikers aan te bieden op basis van ODF-access FttH. Op grond hiervan verwacht het college dat marktpartijen in staat zijn om (evenals gebeurd is op basis van MDF-access) geleidelijk geografische dekking op basis van ontbundelde toegang op te bouwen zonder dat vereist is om direct naar een groot aantal locaties uit te rollen.”

Vodafone roept OPTA in dit verband op om de verschillende routes van DSL-aanbieders naar het einddoel glas veel breder te definiëren. Het gaat er niet alleen om dat de route naar ODF opengezet wordt voor de huidige MDF-partijen, maar ook voor de huidige WBT afnemers. Voor de mate waarin partijen succesvol zullen zijn om dienstverlening aan residentiële eindgebruikers aan te bieden op basis van ODF-access FttH is het minder relevant of zij hun bestaande base op basis van MDF-access of op basis van WBT hebben gewonnen. De mogelijkheden om succesvol uit te rollen worden primair bepaald door de mate waarin partijen over een voldoende grote base beschikken om uitrol op ODF rendabel te maken, of dit nu op basis van MDF of WBT is. Het gegeven dat OPTA van mening is dat op het vlak van residentiële WBT-dienstverlening geen regulering voor de hand ligt doet er niet aan af dat WBT-aanbieders onmisbaar zijn in de concurrentie op de retailmarkten en dat ook bij het bepalen van de passendheid en de proportionaliteit van de verplichtingen op de passieve laag rekening moet worden gehouden met deze partijen. Wanneer OPTA waarlijk infrastructuurconcurrentie wil bevorderen doet zij er goed aan om zowel MDF-partijen als WBT-partijen te stimuleren om te migreren naar ODF-access. Daarbij is het goed te bedenken dat het niet reëel is te veronderstellen dat partijen de komende reguleringsperiode grootschalig ODF-access af gaan nemen. Dat wil zeggen dat partijen die op dit moment residentiële diensten over FttH willen aanbieden, aangewezen zijn op WBT-dienstverlening. Met andere woorden, om ervoor te zorgen dat de concurrentiesituatie op glas zich evenwichtig ontwikkelt is het noodzakelijk om in de komende reguleringsperiode ervoor te zorgen dat de springplanken naar glas goed functioneren. Dat wil zeggen dat de MDF-partijen hun base verder kunnen ontwikkelen, dat de WBT-partijen hun base verder kunnen ontwikkelen en dat beide groepen alvast in staat zijn glasdiensten op de retailmarkt aan te bieden op basis van WBT FttH. De gecombineerde base bij alternatieve aanbieders die op grond van deze drie toegangsvormen ontstaat, is bepalend voor de mate waarin partijen in staat zullen zijn om gaandeweg in glas te investeren.

5.4 Verplichting ter voorkoming van marge-uitholling

Onder randnummer 539 gaat OPTA in op het verbod op marge-uitholling, dat als onderdeel van de non-discriminatieverplichting wordt beschouwd. Het college omschrijft dit verbod als volgt:

"Tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstreambedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-uitholling op de downstreammarkten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden."

Zoals Vodafone in het navolgende zal betogen leidt de invulling die OPTA voorstelt juist tot extra marge-squeeze voor partijen die op basis van WBT met KPN concurreren door mogelijk hogere inkoopkosten. Daarnaast stelt Vodafone vast dat OPTA het KPN toestaat om voortaan onder haar kosten diensten aan te bieden op de retailmarkt.

5.5 Interpretatie van de ND-5 regulering is lastig

De uitleg ten aanzien van de invulling van de ND-5 verplichting in het ontwerpbesluit is zeer cryptisch. Als Vodafone de voorgenomen regulering goed begrijpt komt het erop neer dat uitsluitend nog een toetsing zal plaatsvinden tussen het xDF-access tarief dat KPN hanteert en het WHBT-tarief dat KPN hanteert. KPN heeft ten aanzien van haar retail pricing geen enkele verplichting meer om haar kosten goed te maken, zolang zij haar retailprijzen niet onder het WBT-niveau brengt. Dit WHBT-niveau wordt door OPTA aangeduid met de term 'nullijn'. Hoe OPTA omgaat met gebundelde diensten, zoals telefonie, internet en tv in dit verband is niet duidelijk. Wanneer Vodafone de tekst van OPTA letterlijk leest lijkt het erop dat zelfs in het geval een triple-play dienst wordt aangeboden, waarbij zeer substantiële kosten worden gemaakt bovenop de 'kale' WHBT dienst (namelijk het aanbieden van een pakket voor internet, telefonie en tv), uitsluitend de kosten van de 'kale' WHBT dienst hoeven te worden goed gemaakt. Dit zou erg ver gaan, en zou ook vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt problematisch kunnen zijn. Immers, hoe verhoudt een dergelijke extreem lage retailprijs van KPN, waarin haar kosten in de verste verte niet goed gemaakt worden, zich tot de dominante positie van KPN? Het zou goed zijn wanneer OPTA in ieder geval - om misverstanden te voorkomen - benadrukt dat het respecteren van een dergelijke nullijn door KPN geen enkele vrijwaring geeft voor eventuele vervolging van KPN op grond van de Mededingingswet.

Ook is niet duidelijk in hoeverre op grond van het nog te publiceren WHBT-ontwerpbesluit nog een aanvullende toetsing zal worden ingevoerd bovenop de 'nullijn'.

5.6 ND-5 toets 'zweeft'

Vodafone heeft grote bezwaren bij het toepassen van een toets die feitelijk 'zweeft'. Daar waar het uitgangspunt van ND-5 oud was dat het er juist om ging om het gehele tariefbouwwerk in evenwicht te brengen door toetsen op alle niveaus te laten plaats vinden (wholesale-wholesale en wholesale-retail) volstaat OPTA nu met een stand-alone toets die in het luchtledige zweeft. Wanneer er wordt gekozen voor een integrale squeeze-toets, waarbij dus zowel wholesale-wholesale als retail-wholesale wordt meegenomen verliest de toets het vrijblijvende karakter voor de gereguleerde partij. De gereguleerde partij wordt daardoor gedwongen bepaalde inconsistenties in het tariefbouwwerk op te lossen. Bijvoorbeeld wanneer de marge tussen wholesale en retail te laag zou blijken te zijn, dwingt een integrale squeeze-toets de gereguleerde partij een keuze te maken tussen ofwel de wholesaletarieven te verlagen, ofwel de retailprijzen te verhogen. In de regel zal de gereguleerde partij voor een verlaging van de wholesaletarieven kiezen. Als gevolg van die verlaging van de wholesaletarieven kan het goed zijn dat ook de marge tussen deze wholesaletarieven en nog weer lager gelegen wholesaletarieven te klein is geworden (bijvoorbeeld MDF-access en WBT). Wederom heeft de gereguleerde aanbieder dan de keuze om te kiezen tussen het verhogen van de hoger gelegen wholesaletarieven (bijv WBT) of het verlagen van de lager gelegen wholesaletarieven (bijvoorbeeld MDF-access). Omdat het verhogen van de hoger gelegen wholesaletarieven zou impliceren dat dan ook de retailtarieven mee omhoog moeten, zal de gereguleerde partij er wederom voor kiezen om dan maar de laagst gelegen wholesaledienst te verlagen (bijvoorbeeld MDF-access). Wanneer wordt afgestapt van een integrale benadering, waarbij de gereguleerde partij moeilijke trade-offs moet maken, verliest de squeeze toets feitelijk al zijn toegevoegde waarde. In het geval van een dergelijke vrij zwevende squeeze-toets wordt het een wel erg makkelijke keuze voor de gereguleerde partij: hij kan er eenvoudig voor kiezen om het hoger gelegen wholesaletarief in prijs te verhogen om de squeeze tussen het laagst gelegen en het hoger gelegen wholesaletarief te verhogen. Dit zal in de regel voor de gereguleerde partij aantrekkelijker zijn dan om de toegangstarieven op de passieve laag te verlagen. Hoewel de marge voor externe partijen tussen retail en wholesale hiermee negatief wordt beïnvloed, hoeft de gereguleerde partij daaruit geen consequenties te trekken voor zijn eigen retailprijsstelling. Dergelijke regulering houdt in feite een incentive in voor de gereguleerde partij om een margesqueeze te bewerkstelligen tussen wholesale en retail.

5.7 De regulering op wholesale-wholesale niveau wordt juist verzwaard

Daarbij geldt dat OPTA vreemd genoeg de regulering verlicht door de integrale toets te schrappen voor de zwevende toets, maar tegelijkertijd de zwevende toets wel weer verzwaard door af te stappen van de long run incrementele kosten benadering. In plaats daarvan kiest zij voor een (bijna)³ fully allocated kosten benadering (FAC), die zij invult op basis van EDC-minus.

³ Bijna Fully Allocated, omdat OPTA EDC als FAC-methodologie corrigeert voor de joint en de common kosten. Naar de inschatting van Vodafone is de slechts een beperkte correctie. Derhalve spreekt Vodafone voor het gemak over een FAC benadering wanneer het gaat over EDC-minus.

Het gevolg van een dergelijk strenger maken van de zwevende toets is dat de gevolgen nog heftiger kunnen uitpakken. Afhankelijk van de uitkomsten van de kostenmethodologie (hoe meer kosten moeten worden meegenomen, hoe groter de kans) kan dit ertoe leiden dat de gereguleerde partij de externe wholesaletarieven moet verhogen. De gevolgen van een dergelijke verplichting zijn dan dat de business case van de afnemers van de wholesaledienst wordt ondermijnd – en er feitelijk een retailsqueeze ontstaat tussen de duurdere wholesaletarieven en de gelijkgebleven retailtarieven - terwijl de gereguleerde partij op geen enkele manier beperkt wordt. In theorie zouden afnemers van de wholesaledienst hun soelaas kunnen zoeken bij alternatieve wholesale-aanbieders die niet zijn onderworpen aan ondergrensregulering. Echter, in de praktijk zijn dergelijke alternatieven maar in beperkte mate voorhanden, al was het maar om reden van de beperkte dekking en een beperkt dienstenpakket van dergelijke alternatieve aanbieders. Ook dit dient OPTA mee te nemen in haar besluit,

Vodafone benadrukt hier overigens nog dat niet alleen WBT-aanbieders worden geraakt door deze regulering, maar evengoed MDF-partijen. Immers, MDF-partijen zijn gedwongen WBT in te kopen in gebieden die buiten hun footprint liggen. Voor ODF FttH geldt feitelijk dat de footprint van alle partijen zeer beperkt is en voorlopig zal blijven, waardoor alle typen aanbieders in hetzelfde schuitje zitten.

5.8 Toepassing EDC is problematisch

Dat is niet het enige principiële probleem met de door OPTA gekozen squeezebenadering. Hier komt namelijk nog bij dat de gekozen kostenmethodologie, EDC, grote risico's met zich meebrengt. Zoals OPTA zelf ook aangeeft bij haar onderbouwing om voor een safety cap te kiezen, lenen de uitkomsten van EDC zich niet in alle situaties als basis voor regulering van kostprijzen. EDC levert met name zinvolle uitkomsten in het geval sprake is van een dienst die stabiel is zowel in termen van investeringen als in termen van aantallen. In het geval van nieuwe diensten, of juist in het geval van diensten die aan het eind van hun levenscyclus zijn zorgt EDC voor grote problemen. De achtergrond hiervan is dat EDC bij nieuwe diensten over het algemeen relatief hoge kosten moet toerekenen aan de dienstverlening, terwijl de aantallen nog zeer beperkt zijn. De eenheidsprijs kan hierdoor aanzienlijk oplopen, en is zeer gevoelig voor slechts beperkte fluctuaties in de aannames ten aanzien van de uptake van de dienst. Dat is te meer lastig omdat dergelijke prospectieve aannames noodzakelijk zijn om de kostprijzen vast te stellen door de reguleringsperiode heen. Ten aanzien van diensten die aan het eind van hun bestaan zijn kan het juist zijn dat de aantallen relatief snel teruglopen (bijvoorbeeld door migraties naar nieuwe diensten), terwijl de investeringen relatief constant blijven. In een dergelijke situatie leidt dat eveneens tot relatief hoge eenheidsprijzen. Het kan overigens ook zijn dat voor een dienst aan het eind van zijn levenscyclus de aantallen juist constant blijven, maar dat de investeringen aanzienlijk teruglopen. In een dergelijke situatie kan EDC juist tot relatief lage prijzen per eenheid leiden. De essentie hiervan is vooral dat OPTA zich volledig bewust moet zijn van de beperkingen van EDC-minus, en de mate van onzekerheid ten aanzien van de uitkomsten die dat met zich mee brengt. De kostprijzen die worden gebruikt in de marge-toets moeten een goede afspiegeling zijn van de kosten van een efficiënte aanbieder. Het risico is levensgroot dat de kostprijzen uit EDC in de eerste plaats iets zeggen over de beperkingen van het EDC-systeem dan wel de behendigheid van OPTA om het EDC-

systeem te temmen. Dit risico is naar de mening van Vodafone juist zo groot omdat het hier gaat over relatief 'onrustige' diensten. Bepaalde diensten zijn relatief volwassen of aan het eind van hun levensduur (bijvoorbeeld DSL op basis ATM) terwijl andere diensten relatief aan het begin van hun levenscyclus staan (bijvoorbeeld WBT FttH). Vervolgens zien we ook nog dat er tussen de verschillende diensten allerlei migratie bewegingen bestaan. Vodafone mist het inzicht in de exacte trends binnen en tussen deze diensten, laat staan dat zij dit kan vertalen naar de impact die dit heeft op de uitkomsten van EDC. Vodafone kan kortom niet inschatten hoe groot het risico is op onvoorziene, onwenselijke en arbitraire uitkomsten van het EDC-systeem. Daarom roept Vodafone OPTA op om dit zorgvuldig te onderzoeken alvorens zij zich in dit avontuur stort. Wanneer Vodafone desondanks voor EDC kiest, is het van belang dat zij dit weloverwogen doet, met in begrip van alle beperkingen en risico's en op grond van kennis van de daadwerkelijke uitkomsten van EDC. OPTA dient daarbij bovendien de mogelijkheid open te houden om in geval van onvoorziene beperkingen van het EDC-systeem voor een ander systeem te kunnen kiezen.⁴

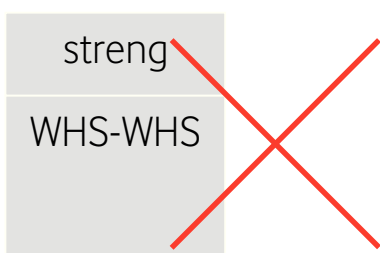
5.9 Resumé: welke eisen moeten gelden aan squeeze-toets

Welke kostenmethodologie OPTA ook kiest, essentieel is het dat zij voor deze markten kiest voor een integrale squeeze-toets. Binnen deze integrale squeeze-toets is het essentieel dat er gekozen wordt voor een consistente kostenmethodologie. Dus of OPTA nu meent dat een benadering op basis van EDC dan wel op basis van long run incrementele kosten het meest geëigend is, Vodafone hecht er aan dat zij een dergelijke methodologie dan ook op alle toetsingsniveaus toepast. Dat betekent dus wanneer op wholesale-wholesaleniveau voor EDC-minus kiest, zij ook voor de retail-wholesale-toets een met EDC-minus vergelijkbare toets hanteert: dus bijvoorbeeld geen lange termijn incrementele kosten. Reden hiervoor is dat een strenge toets op wholesale-wholesale niveau, en een minder strenge toets op wholesale-retailniveau er in beginsel voor zorgt dat KPN eerder de neiging heeft om de squeeze op te lossen door simpelweg de (actieve) wholesaledienst te verhogen, in plaats van dat KPN een druk voelt om het gehele systeem in evenwicht te brengen (hetgeen bijvoorbeeld kan betekenen dat juist de passieve wholesaledienst goedkoper moet worden gemaakt, hetgeen over het algemeen gunstiger is voor de concurrentiesituatie en de mogelijkheden van de verschillende concurrenten om te concurreren met de gereguleerde aanbieder. Het hanteren van een strenge toets op wholesale-wholesale niveau in combinatie met een lichte toets op wholesale-retail niveau leidt tot onevenwichtige uitkomsten zoals deze in het voorgaande besproken zijn: de gereguleerde partij kan een tarief op een bepaald niveau aanpassen, zonder dat dit hem ertoe noopt om de rest van het tariefbouwwerk hiermee in overeenstemming te brengen. Of meer concreet, de gereguleerde partij zal in staat gesteld worden de concurrentiepositie van zijn wholesale-afnemers op te offeren om aan de squeeze-test te voldoen, zonder dat dit consequenties heeft voor zijn eigen retailpricing. Daarbij benadrukt Vodafone dat OPTA zich bij de inrichting van de squeeze-toets rekenschap moet geven van de effecten van een dergelijke toets op de concurrentie op de relevante wholesale en retailmarkten, op de uitwerking op de

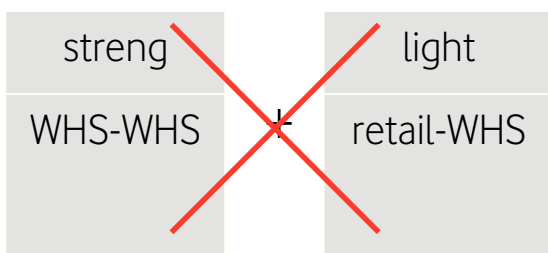
⁴ Verder is van belang dat de EDC-methodiek ook bij de huidige marktanalysebesluiten 2009-2012 door OPTA is gehanteerd en door diverse partij bij het CbB is aangevochten. Het CbB heeft nog geen oordeel gegeven, dit komt naar verwachting aan de orde in de VT-uitspraak (bij WBT kwam het CbB immers niet aan de EDC-grievens toe). OPTA zou rekening moeten kunnen houden met een eventueel negatief EDC-oordeel.

verschillende groepen alternatieve aanbieders, en op de prikkels die zij geeft voor de aanmoediging van concurrentie op de korte en de lange termijn, ten aanzien van koper en van glas. Daarbij is ook een bepaalde mate van voorspelbaarheid van belang.

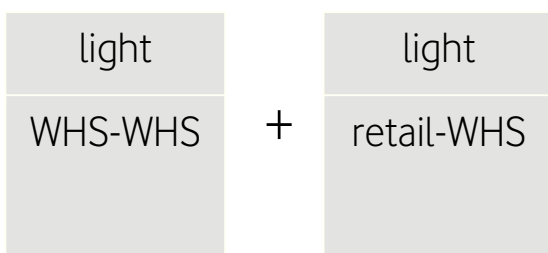
In het kader van voorspelbaarheid verzoekt Vodafone OPTA om tevens aan te geven wat de reden is om zo sterk af te wijken van de bestaande ND-5 uitgangspunten. In het kader van reguleringszekerheid is het wenselijk dat OPTA uitsluitend afwijkt van ingeslagen wegen wanneer hier goede argumenten aan ten grondslag liggen. Naar de mening van Vodafone zijn de marktomstandigheden in de afgelopen periode niet wezenlijk anders geworden dat uitsluitend op wholesale-wholesale nog bescherming nodig zou zijn.



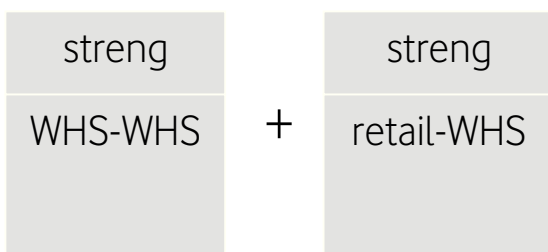
Slechtste optie voor retailconcurrentie



Eén na slechtste optie voor retailconcurrentie



Vergelijkbaar met vorige ND5-toets, verbeteringen wenselijk



First best mits goed uitgevoerd, dwingt werkelijk non-discriminatoire xDF tarieven af

Schematisch overzicht alternatieven

5.10 Complexiteit vraagt om implementatiebesluit

Zoals eerder opgemerkt acht Vodafone de huidige formulering van de ND-5 regels onvoldoende duidelijk en gedetailleerd. Dit is geen verwijt aan OPTA, maar meer een erkenning van de complexiteit van squeeze-regels. Het is onmogelijk om in een paar pagina's en zonder het betrekken van marktpartijen bij de invulling te komen tot effectieve en wenselijke squeeze-regels. OPTA noch marktpartijen kunnen de impact van de huidige formuleringen overzien. Een goed voorbeeld is bijvoorbeeld hoe moet worden omgegaan met gebundelde diensten, en de operationalisering van de dienstdefinitie in het algemeen. OPTA kan ook pas beoordelen of EDC zich leent voor het vaststellen van de marges wanneer de uitkomsten van EDC bekend zijn. Het zou onverantwoord zijn wanneer OPTA zichzelf in dit stadium reeds aan EDC 'ophangt'. Ook van KPN kan niet worden verwacht dat zij binnen één maand na inwerkingtreding een en ander heeft geïmplementeerd, daarvoor is de huidige tekst te multi-interpretabel en te weinig op het noodzakelijke detailniveau. Om deze reden verzoekt Vodafone OPTA de huidige uitleg van ND-5 te verwijderen, en de invulling volledig te verplaatsen naar een nader implementatiebesluit.

5.11 Tariefregulering

OPTA kiest ervoor om een safety-cap op te leggen ten aanzien van MDF-access. OPTA motiveert deze keuze door er onder meer op te wijzen dat het EDC-systeem zich – gegeven de ontwikkelingen in de komende jaren – minder goed leent om de tarieven te bepalen. Zie hiervoor onder meer randnummer 572:

“Meer concreet gaat het bijvoorbeeld om onzekerheid over de volgende zaken. Ten eerste is er onzekerheid over de resterende levensduur van het koperen netwerk. Dit betreft de vraag wanneer het koperen netwerk – of delen daarvan – volledig wordt uitgefaseerd. De resterende levensduur beïnvloedt de afschrijvingstermijnen en daarmee de jaarlijkse kosten. Ten tweede is er onzekerheid over de hoogte van de investeringen die in de resterende levensduur nog zullen plaatsvinden. Die zullen door de huidige transitie naar glas naar verwachting wezenlijk afwijken (lager zijn) van de jaarlijkse investeringen die in het verleden gebruikelijk waren. Het is echter onduidelijk in welke mate en snelheid die investeringen zullen afnemen. Ten derde is er onzekerheid over de onderhoudskosten; ook die worden aan het einde van de levensduur minder voorspelbaar. Ten vierde is er onzekerheid over de relevante volumes in termen van het aantal actieve aansluitlijnen.¹⁸⁴ Die volumes zijn onzeker doordat de snelheid van de migratie van koper naar glas onzeker is. Ook het marktaandeel van KPN en alternatieve DSL-aanbieders enerzijds ten opzichte van het marktaandeel van kabelaanbieders anderzijds maakt die volumes onzeker. Het college merkt op dat het wat betreft MDF-access alleen gaat om de kosten van het passieve koperen netwerk (de kale koperlijn) en (delen van) gebouwen (MDF-locaties) en niet om de kosten van actieve apparatuur. De investeringen die KPN thans doet in het verhogen van de capaciteit van haar DSL-aansluitingen, betreffen vrijwel geheel investeringen in actieve apparatuur en glasvezel tussen MDF-

en SDF-locaties. Die investeringen worden niet toegerekend aan MDF-access. Wel zijn investeringen in actieve apparatuur relevant voor de kostprijs van VSA.”

Vodafone meent dat deze beperkingen van EDC even zeer van toepassing zouden kunnen verklaard op de WBT-diensten, zoals zij hiervoor heeft aangegeven. Niettemin kiest OPTA er ten aanzien van WBT in de squeeze-toets vooralsnog wel voor om EDC toe te passen. Vodafone heeft ten aanzien van de keuze voor een safety-cap niet het gedetailleerde inzicht in het EDC-systeem om zich hier een goed oordeel over te vormen. Vodafone kan er niet anders dan op vertrouwen dat OPTA zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van toegangsvragende partijen. Uitgangspunt bij de tarifiering van MDF-toegang is dat KPN tegen dezelfde kosten bij zichzelf inkoopt als de tarieven die zij bij de externe afnemers in rekening brengt. Een safety-cap op zichzelf geeft deze garantie niet. De enige wijze waarop een dergelijke garantie kan worden gegeven is door effectieve squeeze-regulering (op retail- en wholesaleniveau). Immers, indien KPN haar kosten op retailniveau niet blijkt goed te maken, kan en moet dit worden geïnterpreteerd als dat KPN bij zichzelf toegang inkoopt onder de kostprijs. Het is bepaald niet uit te sluiten dat de kosten die KPN zich de komende jaren intern toe zal rekenen lager liggen dan de kosten die thans uitkomst van het EDC-systeem zijn. In een dergelijk geval zal de safety-cap tot een benadeling van externe partijen leiden ten opzichte van KPN's eigen retailorganisatie. Dit is een extra aanleiding om te kiezen voor een solide squeeze-toets, in plaats van de huidige 'nullijn'. Een non-discriminair MDF-access tarief is essentieel voor de effectiviteit van de ULL-regulering, en in die zin is squeeze-regulering die dit waarborgt passend en proportioneel.

Een ander aspect van belang bij de tariefregulering is op welke wijzen de tarieven voor pair bonding zullen worden bepaald. Het lijkt Vodafone niet op voorhand logisch dat voor pair bonding wel het EDC-systeem wordt toegepast, gegeven de reserves die OPTA tegen EDC uitspreekt in het kader van de bepaling van de MDF-access tarieven. Waarom zou het EDC-systeem dan wel geschikt zijn voor pair bonding? Vodafone verzoekt OPTA dit nader te motiveren. Ook hier heeft Vodafone weer de zorg dat KPN intern geheel anders met deze kosten omgaat. De incrementele kosten van het gebruiken van een ongebruikt aderpaar liggen voor KPN immers nagenoeg bij nul (afhankelijk van de mate waarin extra werk vereist is). Ook hier zou een effectieve integrale squeeze-toets een oplossing bieden. Een andere oplossing is om ook aan externe afnemers uitsluitend de incrementele kosten in rekening te brengen. Indien de huidige ongebruikte aderpennen in de huidige situatie zijn toegerekend aan de gebruikte aderpennen, en derhalve reeds in het huidige MDF-tarief versleuteld zijn, zou dit eens te meer gerechtvaardigd zijn. Immers, de kosten van de ongebruikte aderpennen worden dan al goedge maakt in het (bevroren) MDF-access tarief. Vodafone verzoekt OPTA meer duidelijkheid te verschaffen over haar exacte aanpak ten aanzien van de pair bonding tarieven. Op grond van de huidige informatie is het voor marktpartijen niet mogelijk zich hier een definitief oordeel over te vormen.

5.12 Effectiviteit van de toegangsregulering

Ter afsluiting wil Vodafone OPTA nogmaals verzoeken meer aandacht te besteden aan het uitgangspunt dat zij de **effectiviteit van de toegangsregulering** dient te waarborgen. OPTA onderschrijft dat een non-discriminatie verplichting noodzakelijk is, en dat het in dat kader wezenlijk is dat partijen tegen vergelijkbare voorwaarden toegang te kunnen krijgen als de eigen organisatieonderdelen van KPN. Naar de mening van Vodafone is de enige manier om af te dwingen dat deze externe tarieven gelijk zijn aan de tarieven die KPN zichzelf aanrekent, om het verschil te bepalen tussen het retailtarief en de kosten voor het downstream deel van de dienstverlening. Dit verschil representeert de waarde waartegen KPN bij zichzelf toegang inkoop. Als dit verschil kleiner is dan de bovengrens (voor MDF-toegang is dit het safety-cap niveau) dan dient het bovengrenstarief vervangen te worden door dit lagere tarief (zijnde het verschil tussen retail en downstreamkosten). Het erop toezien dat KPN zich intern hetzelfde tarief aanrekent als extern is noodzakelijk voor het waarborgen van de effectiviteit van de toegangsverplichting die OPTA in het kader van het ULL-besluit oplegt. Wanneer OPTA zou verzuimen te waarborgen dat externe partijen tegen hetzelfde tarief toegang inkopen als KPN intern zou zij daarmee KPN in staat stellen de toegangsverplichting, noodzakelijk om de gevolgen van de AMM positie te beperken en om duurzame concurrentie te bevorderen, te neutraliseren.

Ontwerpoordeel televisiemarkten

Vodafone geeft ten aanzien van het ontwerpoordeel televisiemarkten slechts een beperkte reactie. Vodafone behoudt zich, ten overvloede opgemerkt, ter zake alle rechten voor. De reden voor het feit dat Vodafone slechts een beperkte reactie op het concept oordeel geeft is in het bijzonder gelegen in het feit dat een uitgebreide reactie betrekkelijk weinig toegevoegde waarde heeft gegeven dat het door OPTA gepubliceerde document slechts een 'oordeel' is om in de huidige omstandigheden géén marktanalysebesluit te publiceren. Indien OPTA op een later moment alsnog zou besluiten om de televisiemarkten, met het oogmerk tot regulering te komen, te analyseren, gaat Vodafone er vanuit dat marktpartijen op grond van een alsdan conform Hoofdstuk 6a Tw nieuw te publiceren (ontwerp)marktanalysebesluit opnieuw in de gelegenheid worden gesteld hun zienswijze te geven. Ook indien in een later stadium wordt vastgesteld dat er toch sprake is van een besluit in de zin van de Awb, gaat Vodafone er vanuit dat zij opnieuw in de gelegenheid wordt gesteld haar reactie te geven.

Het standpunt van Vodafone komt erop neer dat zij er niet ten volle van overtuigd is dat de televisiemarkt zich zodanig heeft ontwikkeld ten opzichte van de laatste reguleringsperiode dat dit tot een andere conclusie zou dienen te leiden dan in de vorige reguleringsperiode. Zij meent onder meer dat te snel voorbij wordt gegaan aan de zeer hoge regionale marktaandeelen voor het aanbieden van televisiediensten, en de slechts zeer beperkte daling die waar te nemen is geweest over de afgelopen periode. De totale uitgaven van consumenten aan televisie zijn bovendien de afgelopen tijd gestegen. Het is niet zonder meer duidelijk dat ook de onderliggende kosten in dezelfde mate zijn gestegen. Daarbij kent zij een groot gewicht toe aan meer kwalitatieve en onzekere ontwikkelingen die zich in de komende periode voor zouden kunnen doen. Deze ontwikkelingen hebben een behoorlijk abstract karakter. Met name ten aanzien van OTT blijft de analyse steken op zo een hoog abstractieniveau. Waar bij de mobiele markt de OTT-impact evident is (zoals ook minimaal de afgelopen twee jaar door Vodafone is benadrukt) en concrete vormen aanneemt, is dit voor televisie nog hoogst onduidelijk.

Voorts stelt OPTA vast dat het aantal eindgebruikers dat uitsluitend een analoog pakket afneemt is gedaald. Dit zegt naar de mening van Vodafone echter weinig over het belang als zodanig dat eindgebruikers hechten aan hun analoge aansluiting. Het belang dat eindgebruikers aan analoog hechten is immers niet zonder meer afhankelijk van de vraag of ze daarnaast ook nog digitaal afnemen.

Een andere belangrijke factor die OPTA tot de conclusie brengt dat de markt niet voor ex-ante regulering in aanmerking komt is gelegen in de beoordeling van de groei van IP-tv als alternatief. OPTA staat wat Vodafone betreft onvoldoende stil bij het gegeven dat het nog een lange adem vergt voor alternatieve aanbieders een noemenswaardige positie ten aanzien van tv zullen hebben ontwikkeld.