

Het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG
Programma-MA@OPTA.nl
[OPENBARE VERSIE]

Zienswijze

Namens

de besloten vennootschap
Eurofiber B.V.
gevestigd te Maarssen,

Inzake

Ontwerpbesluit Marktanalyse
Ontbundelde toegang tot
zakelijke glasvezelnetwerken van 14
september 2012 (met
kenmerk OPTA/AM/2012/202344)

1. Inleiding

- 1 De besloten vennootschap Eurofiber B.V. ("**Eurofiber**") dient hierbij tijdig een zienswijze in over het ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit ("**OPTA**") van 14 september 2012 met kenmerk OPTA/AM/2012/202344 ("**Ontwerpbesluit**").
- 2 In het Ontwerpbesluit concludeert OPTA dat er een aparte relevante markt is voor ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken (ODF-access (FttO)), dat deze markt geheel Nederland omvat en dat op deze markt Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 Burgerlijk Wetboek ("**KPN**") beschikken over aanmerkelijke marktmacht ("**AMM**"). Aan KPN zijn als zodanig verplichtingen opgelegd als bedoeld in hoofdstuk 6A van de Telecommunicatiewet ("**Tw**").
- 3 Eurofiber kan zich vinden in de conclusie van OPTA dat ODF-access (FttO) en ontbundelde kopertoegang niet tot dezelfde relevante markt behoren. Voorts kan Eurofiber zich verenigen met de conclusie in het Ontwerpbesluit dat KPN over AMM beschikt op deze afzonderlijke wholesalemarkt. Eurofiber plaatst in deze zienswijze echter een aantal fundamentele kanttekeningen bij de verplichtingen die OPTA voornemens is op te leggen aan KPN.
- 4 Eurofiber wijst daarnaast op het gebrekkige onderzoek dat OPTA heeft verricht naar de (potentiële) mededingingsproblemen die zich kunnen voordoen op de markt voor ODF-access. Dit heeft als resultaat dat OPTA ook in zijn motivering in dat kader tekort schiet. Het valt op dat er in het Ontwerpbesluit nauwelijks (daadwerkelijk) onderzoek is verricht naar de mededingingsproblemen die zich kunnen voordoen als gevolg van de AMM-positie van KPN. Het lijkt er op dat OPTA in het Ontwerpbesluit 'slechts' een 'standaard'-formulier van mededingingsproblemen heeft opgenomen, zonder daarbij weloverwogen en overtuigend te motiveren waarom die mededingingsproblemen zich al of niet voordoen op de markt voor ODF-access (FttO). Met het oog op de geschiedenis van het onderhavige Ontwerpbesluit, met name OPTA's tegengestelde positie ten aanzien van enkele belangrijke conclusies in het Ontwerpbesluit, meent

Eurofiber dat OPTA zich ervan dient te vergewissen dat dergelijke cruciale onderwerpen van het Ontwerpbesluit goed worden onderzocht en gemotiveerd.

- 5 Tenslotte merkt Eurofiber op dat OPTA in het Ontwerpbesluit onvoldoende rekening heeft gehouden met de stimulering van infrastructuurconcurrentie. Ondanks dat OPTA de bevordering van infrastructuurconcurrentie als belangrijkste doelstelling naar voren brengt, meent Eurofiber dat (de gevolgen van) het Ontwerpbesluit enkel dienstenconcurrentie bevorderen. OPTA faciliteert middels de huidige verplichtingen een (toekomstige) monopoliepositie van KPN, waardoor KPN zich ook als zodanig zal (gaan) gedragen. Hiermee wordt het doel van infrastructuurconcurrentie in belangrijke mate gefrustreerd. Dit terwijl de transitie naar glas OPTA juist een uitgelezen kans biedt een competitief landschap te vestigen in Nederland.

2. Relevante markt voor ODF-access (FttO)

- 6 In het Ontwerpbesluit concludeert OPTA dat de relevante productmarkt de markt voor ontbundelde toegang tot het glasaansluitnetwerk (FttO) is. Eurofiber onderschrijft, behoudens enkele kanttekeningen m.b.t. de selectieve prijsonderbieding, de conclusie van OPTA in het Ontwerpbesluit dat er een aparte relevante markt is voor ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken (FttO).

Investeringskosten

- 7 In randnummer 174 e.v. van het Ontwerpbesluit volgt OPTA voor de vergelijking tussen investeringen in FttH en FttO een cijfermatige onderbouwing van KPN. Eurofiber merkt allereerst op dat het hanteren van dezelfde parameters voor FttH en FttO geen recht doet aan het verschil tussen FttH en FttO. Zo stelt OPTA in randnummer 184 van het Ontwerpbesluit ten onrechte dat naast de CAPEX en de terugverdientijd/afschrijftermijn de penetratie een belangrijke parameter is die de kostprijs van een ODF-access aansluiting voor FttH én FttO bepaalt. Hier wordt later in deze zienswijze nader op terug gekomen. Daarnaast merkt Eurofiber op dat de kosten waar OPTA van uit gaat niet overeenstemmen met de werkelijkheid. KPN heeft aangegeven dat de geullengte per actieve aansluiting varieert van 200 meter op bedrijventerreinen met een hoge locatiedichtheid tot bijvoorbeeld 1 kilometer op andere plaatsen. Met

een uitrolprijs van € 40 per meter glasvezel zouden de investeringen per actieve zakelijke aansluiting variëren van € 8000 tot € 40000. Om een nieuwe klantaansluiting op het bestaande netwerk te realiseren moet volgens KPN ongeveer 150–200 meter worden gegraven. Bij € 40 per meter betekent dit volgens KPN een incrementele investering van € 6000 tot € 8000.

- 8 Volgens Eurofiber zijn die incrementele kosten te laag ingeschat. Dit is relevant omdat, wanneer men de tarieven toetst op *‘rooftprijzen’*, KPN hierdoor tegen (nog) lagere tarieven haar diensten kan aanbieden. [OPTA VERTROUWELIJK] Zoals ook in april 2011 is vastgesteld door onderzoeksbureau Stratix (**Bijlage 1, OPTA VERTROUWELIJK**) zijn de volgende parameters van belang bij het bepalen van de incrementele kosten: gemiddelde lengte aansluiting, gemiddelde graafkosten, projectstartkosten, volledige afschrijvingstijd, WACC rentevoet en het verwachte leegstandspercentage. OPTA heeft nagelaten deze parameters – die volgens Eurofiber een reëel beeld scheppen van de kosten – mee te nemen bij de inschatting van hetgeen incrementeel is. Indien OPTA al deze parameters meeneemt liggen de werkelijke investeringskosten – op basis van de genoemde afstanden – ongeveer 1,5 keer hoger dan in het Ontwerpbesluit is ingeschat.
- 9 Tenslotte merkt Eurofiber op dat OPTA in het Ontwerpbesluit onvoldoende rekening heeft gehouden met kenmerkende verschillen tussen FttH en FttO ten aanzien van investeringskosten. Zo zijn de investeringskosten bij FttO in hoofdzaak gebaseerd op individuele verglazing, terwijl deze bij FttH gebaseerd zijn op gebiedsverglazing (penetratiegraad).¹

Tariefverschillen A, B, C en O-gebieden

- 10 KPN hanteert voor ODF-access (FttO) een tariefschema waarbinnen onderscheid wordt gemaakt tussen vier gebiedstypen, te weten gebiedstype O (€ 85 per maand), A (€ 185 per maand), B (€ 235 per maand) en C (€ 355 per maand). OPTA heeft KPN gevraagd om de tariefverschillen tussen de gebieden te onderbouwen. KPN geeft aan dat tariefverschillen tussen de A, B en C gebieden verklaard kunnen worden door verschillen in bedrijfsdichtheid bij individueel verglazen. Het lagere O-tarief verklaart KPN doordat deze worden verglaasd op basis van vraagbundeling of voorinvestering, hetgeen ertoe zou leiden dat de gemiddel-

¹ Overigens geeft KPN zelf ook aan dat het begrip ‘penetratiegraad’ geen rol speelt bij FttO. Vgl. randnummer 176 Ontwerpbesluit.

de kosten per aansluiting en de prijzen lager zijn. OPTA acht het aanne- melijk dat op een concurrerende markt een tariefschema zal worden ge- hanteerd met verschillende gebiedsklassen die samenhangen met de locatiedichtheid in een gebied en de afstand tussen het netwerk en de aan te sluiten eindgebruiker. Dit kan volgens OPTA verklaard worden door onderliggende kostenverschillen.

- 11 Eurofiber merkt in het algemeen op dat er überhaupt geen tariefdifferentiatie dient plaats te vinden op basis van verschillende CAPEX-gebieden. Tariefdifferentiatie kan op de markt voor ODF-access (FttO) niet ver- klaard worden aan de hand van onderliggende kostenverschillen (die zijn er niet). Het onderscheid op basis van de CAPEX-gebieden leidt slechts tot een vermindering van transparantie op de markt, en opent de weg naar misbruik en willekeur. Terzake van het FttH-besluit zijn alle markt- partijen reeds van mening dat het onderscheid in CAPEX-gebieden niet (mogelijk en) noodzakelijk is, en dat er sprake moet zijn van één uniform tarief. Volgens Eurofiber dient OPTA ook in het onderhavige Ontwerpbe- sluit rekening te houden met de wensen van marktpartijen: geen tarief- differentiatie op basis van CAPEX-klassen, maar één uniform tarief dat overal van toepassing is.
- 12 Voorzover OPTA meent dat onderliggende kostenverschillen de grond- slag vormen voor het onderscheid in tarieven, wijst Eurofiber erop dat, in tegenstelling tot hetgeen OPTA veronderstelt, het al of niet doen van een voorinvestering geen invloed heeft op de kosten. Integendeel, als voorin- vesteringen voor de baat uitgaan dan heeft dat een negatieve impact op de kosten vanwege een onrendabele bezettingsgraad. Zowel bij vraag- bundeling als voorinvestering leidt dit tot een andere kostprijs voor on- net locaties ten opzichte van verderaf gelegen locaties.
- 13 Eurofiber merkt op dat KPN de O-gebieden hoofdzakelijk als instrument gebruikt om selectief op een bepaalde plaats concurrentie onmogelijk te maken (*rooftprijzen*), zonder hiermee andere gebieden te beïnvloeden. KPN heeft verschillende keren op lokale vraagbundelingsinitiatieven ge- reageerd middels het van toepassing verklaren van het O-tarief voor het desbetreffende gebied, waarmee bereikt werd dat de lokale vraagbunde- ling teniet werd gedaan. In de praktijk blijkt bovendien dat KPN door de loutere aankondiging dat het een bepaalde regio als 'O-gebied' gaat aanwijzen kan bereiken dat concurrerende aanbiedingen wegvallen – en daarmee aldus de concurrentie wordt verhinderd.

- 14 OPTA stelt in het Ontwerpbesluit dat hij geen aanwijzingen heeft dat aanbieders van zakelijke netwerkdiensten prijsverschillen hanteren tussen verschillende regio's. Voorts stelt OPTA in randnummer 272 dat *'Ook al zouden de tariefverschillen tussen A- B-, C- en O gebieden niet exact op kosten gebaseerd zijn, dan is dat nog geen reden om te concluderen dat concurrentieomstandigheden tussen deze gebieden duurzaam verschillen'*. Vervolgens geeft OPTA als redenering 'Allereerst verandert de classificatie van gebieden regelmatig, wat er op wijst dat zij niet op duurzame verschillen in de concurrentieomstandigheden is gebaseerd'.
- 15 Eurofiber merkt op dat de redeneringswijze van OPTA onnavolgbaar is. Volgens Eurofiber is juist het feit dat de classificatie van gebieden regelmatig verandert een sterke indicatie dat de tariefverschillen niet gebaseerd zijn op onderliggende kostenverschillen. Zoals hierboven reeds uiteengezet is het gebruik van de verschillende CAPEX-gebieden tijdens KPN louter een *commerciële inzet*. Het tariefverschil tussen de A, B en C gebieden is evenwel een uiting van het feit dat aanbieders van zakelijke netwerkdiensten prijsverschillen hanteren tussen verschillende regio's: dit blijkt ook uit de relatie tussen figuur 7 en figuur 8 van het Ontwerpbesluit. Zo blijkt dat KPN een lagere tariefklasse hanteert in die regio's waar een aantal andere partijen actief zijn met een netwerk. In regio's waar KPN als enige partij actief is wordt het tarief op het (veel hogere) C niveau gehouden. Eurofiber wijst er op dat tijdens KPN louter concurrentieafwegingen bijdragen aan de totstandkoming van de tarieven, en dat – in tegenstelling tot hetgeen OPTA veronderstelt – de onderliggende kostenstructuren daar nauwelijks bij worden betrokken. De omstandigheid dat KPN (het tarief in) een bepaald gebied in een zeer kort tijdsbestek verandert naar de goedkoopste tariefklasse (O-tarief), indiceert dat dit niet gebaseerd (kan) zijn op onderliggende kosten. De CAPEX-klassen (en verschuivingen daarvan) hebben volgens Eurofiber aldus niet 'onderliggende kostenverschillen' als beweegreden voor KPN, maar 'onderliggende concurrentieverschillen'.
- 16 Daarenboven merkt Eurofiber op dat OPTA motiveert dat de tariefdifferentiatie van KPN samenhangt met onderliggende kostenverschillen, maar nergens in het Ontwerpbesluit wordt duidelijk welke kostenverschillen dit exact zijn, en waar die op zijn gebaseerd. De aangedragen redenen om tarieven te differentiëren zijn aldus niet onderbouwd. Eurofiber merkt op dat de overwegingen ter zake van het 'Verbod op tarief-

differentiatie' in het onderhavige Ontwerpbesluit, KPN dwingen om de onderliggende kostenverschillen aannemelijk te maken. KPN dient aan te tonen dat de kostenvoordelen waar zij zich op beroept zich daadwerkelijk voordoen. Voor zover OPTA in randnummer 272 van het onderhavige Ontwerpbesluit meent dat KPN de tariefverschillen tussen de CAPEX-gebieden niet dient te verklaren aan de hand van daadwerkelijke kostenvoordelen, is dat kennelijk tegenstrijdig en onjuist. De relevante bepalingen uit het Ontwerpbesluit luiden als volgt:

“570. De non-discriminatieverplichting omvat mede een verbod op tariefdifferentiatie door KPN. Dit verbod is van toepassing zowel in het geval KPN voor zichzelf voor dezelfde diensten andere tarieven hanteert (bijvoorbeeld in een offerte, een overeenkomst of een factuur) dan zij hanteert voor haar externe afnemers, als in het geval dat KPN voor haar externe afnemers verschillende tarieven hanteert voor dezelfde diensten.

571. Het doel van dit verbod is te voorkomen dat KPN door middel van tariefdifferentiatie de concurrentie op de betreffende markt en op de downstream gelegen markt(en) kan belemmeren.

572. Aangezien tariefdifferentiatie niet in alle gevallen leidt tot een belemmering van de concurrentie, maar onder omstandigheden ook welvaartsbevorderend kan zijn, acht het college het onwenselijk om het verbod een absoluut karakter te geven. Het verbod wordt daarom zo ingevuld dat tariefdifferentiatie uitsluitend is toegestaan, indien de tariefdifferentiatie niet tot doel of effect heeft de mededinging te belemmeren. Het college werkt dit als volgt nader uit.

573. Voorbeelden van verboden vormen van tariefdifferentiatie zijn (i) het hanteren van selectieve prijzen (zoals kortingen of tarieven voor slechts een beperkte groep van afnemers), en (ii) het hanteren van getrouwheidskortingen (zoals langjarige termijnkortingen of bundelkortingen waarbij afnemers worden ontmoedigd om (voor een deel van hun diensten) over te stappen naar een concurrent). Deze vormen van tariefdifferentiatie hebben naar het oordeel van het college in alle gevallen tot doel of effect de mededinging te belemmeren.

574. Voorbeelden van vormen van tariefdifferentiatie die meestal niet tot doel of tot effect hebben de mededinging te belemmeren, zijn bepaalde vormen van kwantum- en termijnkortingen, alsmede bepaalde vormen van geografische tariefdifferentiatie. Dergelijke vormen van tariefdifferentiatie zijn dan ook toegestaan, mits de tariefdifferentiatie (i) op objectieve en transparante wijze is vormgegeven, (ii) niet selectief is, (iii) niet het karakter heeft van een getrouwheidskorting, of (iv) anderszins niet tot doel of effect heeft de mededinging te belemmeren.

575. Indien KPN kostenvoordelen aanvoert om aan te tonen dat de voorgestelde tariefdifferentiatie niet tot doel of tot effect heeft de mededinging te belemmeren, dient zij in ieder geval aan te tonen dat die kostenvoordelen zich daadwerkelijk voordoen en dat de aangevoerde kostenvoordelen in een redelijke verhouding staan tot de voorgenomen tariefdifferentiatie. Dat de kostenvoordelen daadwerkelijk optreden, dient KPN aan te tonen op basis van het kostenmodel dat ten grondslag ligt aan de bepaling van de kostengeoriënteerde tarieven voor ODF-access (FttO). Voor zover de kostenvoordelen voortkomen uit schaalvoordelen, is tariefdifferentiatie (alleen al) op die grond niet toegestaan. Bij een vergroting van de schaal daalt immers de gemiddelde kostprijs van alle diensten waaraan het schaalvoordeel wordt ontleend. Schaalvoordelen hebben daarom niet als effect dat er kostenverschillen ontstaan tussen de verschillende diensten waarover het schaalvoordeel wordt behaald. Schaalvoordelen kunnen daarom niet worden gebruikt ter onderbouwing van de stelling dat tariefdifferentiatie tussen specifieke diensten niet tot doel of tot effect heeft de mededinging te belemmeren. [Tekst vetgedrukt door gemachtigde]

- 17 Op grond van het voorgaande heeft OPTA in het onderhavige Ontwerpbesluit onvoldoende gemotiveerd dat de tariefdifferentiatie tijdens KPN gerechtvaardigd en noodzakelijk is. De tariefverschillen tussen de A, B, C en O gebieden zijn volgens Eurofiber geenszins op een (i) objectieve en transparante wijze vormgegeven – uit het Ontwerpbesluit wordt niet duidelijk waar de tariefverschillen op zijn gebaseerd. Zoals Eurofiber reeds gepoogd heeft aannemelijk te maken is de tariefdifferentiatie door KPN (ii) selectief, en geschiedt differentiatie slechts op basis van een afweging van de concurrentieomstandigheden in een bepaald gebied.

Het onderscheid dat KPN maakt tussen de A, B, C, en O gebieden heeft volgens Eurofiber (iii) tot doel en effect dat de mededinging op de markt voor ODF-access (FttO) wordt belemmerd.

- 18 Eurofiber herhaalt dat er op de markt voor ODF-access (FttO) geen plaats is voor tariefdifferentiatie aan de hand van CAPEX-klassen. Er dient sprake te zijn van één uniform tarief voor alle gebieden. Voor zover Eurofiber hierin niet wordt gevolgd dient OPTA nader onderzoek te verrichten naar de grondslag voor de verschillende tarifieringen, bijvoorbeeld middels raadpleging van concurrerende partijen zoals Eurofiber.

3. Aanmerkelijke marktmacht

- 19 OPTA concludeert in het Ontwerpbesluit dat KPN op deze wholesa-
lemarkt AMM heeft en legt daarom een aantal verplichtingen op aan KPN. De conclusie dat KPN AMM heeft is volgens Eurofiber juist: dat OPTA in 2011 een tegengestelde conclusie innam komt de overtuigingskracht van de motivering echter – vanzelfsprekend – niet ten goede. Eurofiber wijst voorts op het summiere onderzoek dat OPTA heeft gedaan naar KPN's tariefstelling in het kader van de AMM. Bovendien heeft OPTA nagelaten te onderzoeken op welke wijze KPN als AMM-partij haar marktaandeel heeft kunnen uitbouwen en hoe zij zich als AMM-partij manifesteert in de markt.

Ontwikkeling marktaandeel KPN

- 20 OPTA concludeert dat KPN een AMM-positie heeft op de markt voor ODF-access (FttO). Deze conclusie baseert OPTA op de verwachte ontwikkeling van het marktaandeel van KPN. Het marktaandeel van KPN is gegroeid van 40–45 procent begin 2011 tot 45–50 procent in Q1 2012. Verwacht wordt dat het marktaandeel van KPN zal toenemen tot ongeveer 55–60 procent eind 2015.
- 21 KPN heeft haar marktaandeel in de afgelopen 1 tot 2 jaar uitgebreid, hetgeen als resultaat heeft dat OPTA nu, in tegenstelling tot zijn eerdere analyse, tot de conclusie komt dat er sprake is van AMM. Eurofiber meent – niettegenstaande haar onderschrijving van OPTA's conclusie dat KPN een AMM-positie heeft – dat in het Ontwerpbesluit onvoldoende rekening is gehouden met de wijze waarop KPN het extra marktaandeel heeft verkregen.

- 22 In het Ontwerpbesluit van OPTA wordt ten onrechte niets geschreven over hoe KPN haar marktaandeel heeft kunnen uitbouwen. Volgens Eurofiber komt de ontwikkeling in het marktaandeel van KPN voort uit het gebrek aan regulering en de bereidheid van KPN om bij haar dienstverlening bepaalde tarieven selectief aan te scherpen (*rooftprijzen*) om zodoende (nieuwe) klanten naar zich toe te trekken. Eurofiber benadrukt dat er een direct causaal verband bestaat tussen de structurele prijsverlagingen van KPN (circa 18 maanden geleden) en de stijging van haar marktaandelen. In het Ontwerpbesluit heeft OPTA er – abusievelijk – geen blijk van gegeven dat er een verband bestaat tussen de structurele prijsverlagingen van KPN, en de daaropvolgende groei in marktaandeel.
- 23 KPN biedt een in eerste instantie zeer aantrekkelijk basisproduct aan om de bedrijven op glas te krijgen. Dit kan bijvoorbeeld bestaan uit het product *‘10mb basic lokaal’*. Zodra bedrijven vervolgens op basis van gevraagde dienstverlening (VLAN, regionaal/landelijk, hogere bandbreedte) een upgrade nodig hebben worden veel hogere tarieven gehanteerd om zodoende de gemiddelde Monthly Recurring Costs in een gebied weer omhoog te krijgen. Afnemers die niet op de hoogte zijn van deze (mededingingsbeperkende) strategie van KPN laten zich verleiden door de aanvankelijk aantrekkelijke prijzen. Wanneer in een later stadium blijkt dat diverse andere kostenposten daarbij nog niet waren inbegrepen, is het kwaad al geschied: een deel van het glasvezelnetwerk (*‘het basisproduct’*) is al aangelegd maar kan niet (onbeperkt) worden gebruikt zonder de extra aanvullende (duurdere) diensten. De afnemer is hiermee *‘committed’* en zal niet gauw meer (kunnen) overstappen naar een andere ODF-dienstverlener.
- 24 Voorts biedt KPN, in tegenstelling tot haar concurrenten, contracten aan met een looptijd van één jaar, terwijl het bedrijfseconomisch rationeler is om contracten met een duur van 3 tot 5 jaar aan te gaan. Reeds eerder in de zienswijze heeft Eurofiber erop gewezen dat het onderscheid in tarieven dat KPN maakt (heeft kunnen maken) in de A,B,C en O gebieden haar een (oneerlijk) concurrentievoordeel oplevert waardoor KPN haar positie op de markt, ten koste van concurrerende partijen, heeft kunnen (en kan) versterken.
- 25 Volgens Eurofiber is het voorgaande illustratief voor haar stellingname dat het Ontwerpbesluit in haar huidige vorm onvoldoende houvast biedt om infrastructuurconcurrentie te stimuleren. De AMM-positie van KPN,

en haar bereidheid om middels rooftprijzen en selectieve prijsdumping klanten te verwerven, stelt haar in staat om concurrerende partijen in het nauw te drijven, en uiteindelijk uit de markt te drukken. Volgens Eurofiber dient OPTA, mede vanwege het gegeven dat OPTA radicaal van mening is veranderd in het afgelopen jaar, onderzoek te verrichten naar de wijze waarop KPN haar marktaandeel heeft vergroot. Deze analyse zou OPTA betrekkelijk eenvoudig kunnen uitvoeren met als basis de marktcijfers sinds het moment dat KPN op de markten voor zakelijk glas onge-reguleerd is.

Netwerkkdekking KPN

- 26 Eurofiber wijst er op dat OPTA bij de bepaling van netwerkkdekking op de markt voor ODF-access (FttO) ten onrechte uitgaat van inschattingen op basis van *het totaal aantal bedrijven in Nederland*. Bij het bepalen van netwerkkdekking op de huidige markt is het relevante criterium: *het aantal zakelijke eindgebruikers dat 'glasvezel ready' is*. Hiermee gaat men uit van een reëler uitgangspunt, namelijk: het aantal zakelijke eindgebruikers dat op basis van hun functionele behoefte de beschikking nodig heeft over glasvezel én dat bij deze eindgebruikers ook de bereidheid bestaat om voor glasvezel te betalen.
- 27 Hierbij is van belang of de gebruiker in kwestie een profiel van generiek² data- en telecomgebruik (*generiek gebruik*) dan wel een zwaardere profiel en specifieke netwerkeisen (*specifiek gebruik*³) heeft. Deze laatste categorie beschouwt Eurofiber als *"glasvezel ready"*. Deze groep is ook daadwerkelijk bereid een (iets) hogere prijs te betalen voor een glasvezeldienst.
- 28 Voor deze eindgebruikers zal een langere afstand tot het netwerk (vanaf 400 meter) geen probleem zijn. Bij deze afstand tot het netwerk hebben Eurofiber en KPN een vergelijkbare netwerkkdekking. Bij het bepalen van de (landelijke) netwerkkdekking van KPN dient OPTA volgens Eurofiber dan ook uit te gaan van het aantal bedrijven dat *glasvezel ready* is, en

² Generiek gebruik: Telefonie en internettoegang; deze dienstbehoefte is goed in te vullen via andere infrastructuur en zelfs mobiel. Het gebruik lijkt op consumentengebruik en is soms nog iets lager dan de zwaardere categorie consumentengebruikers.

³ Specifiek gebruik: Zakelijk gebruik van data en telecomdiensten die niet of moeilijk over koper in te vullen zijn en waarvoor FttO access een vereiste is. Te denken valt aan netwerkkoppelingen tussen vestigingen (multi-site), koppelingen naar in datacenters geplaatste servers, zwaardere koppelingen naar het internet, waarbij de servers op de zakelijke locatie geplaatst zijn.

daadwerkelijk glasvezel diensten wenst te ontvangen met ODF-access FttO als bouwsteen. Wanneer OPTA uitgaat van het bovengenoemd criterium zal een genuanceerder – en reëler – beeld van de markt geschapen worden. Overigens betekent dit niet dat eindgebruikers die niet voldoen aan bovengenoemd criterium geen diensten kunnen verkrijgen waarmee in hun behoeften kan worden voorzien. Uit de huidige situatie op de markt volgt dat er voldoende diensten beschikbaar zijn om ook in andere (alternatieve) behoeften van eindgebruikers te voorzien.

- 29 Kortom, OPTA veronderstelt ten onrechte in het Ontwerpbesluit (bijvoorbeeld in randnummer 257 en 258) dat KPN als enige partij een vrijwel landelijk FttO-netwerk aanbod heeft. Eurofiber meent dat zij een (landelijke) netwerkdekking heeft vergelijkbaar met KPN. OPTA kan dit eenvoudig bevestigen op basis van een vergelijking tussen enerzijds de postcodes die KPN opgeeft als narnet of onnet in de WEAS dienstverlening en anderzijds de narnet dekking van Eurofiber op basis van maximaal 400 meter graven (150m gemiddeld). Hiermee komen beide partijen ongeveer op een gelijke netwerkdekking in Nederland uit (van 40–50%). Voorzover OPTA toch meent dat KPN als enige partij een vrijwel landelijk FttO-netwerk aanbod heeft, blijkt dit niet genoegzaam uit het Ontwerpbesluit en dient hij dit nader te motiveren.

Multi-site vraag

- 30 OPTA concludeert in het Ontwerpbesluit dat KPN een hogere netwerkdekking heeft dan haar concurrenten, en dat praktisch alleen KPN een multi-site aanbod kan doen aan haar afnemers. Zoals hierboven in de zienswijze is opgemerkt is deze aanname van OPTA niet zondermeer juist. Eurofiber wijst er op dat zij een vergelijkbare landelijke netwerkdekking heeft, en dat ook Eurofiber genoegzaam in staat is om multi-site diensten te verlenen aan afnemers. Bovendien is OPTA ermee bekend dat Eurofiber in staat is om multi-site diensten te leveren.

4. Potentiële mededingingsproblemen

- 31 Eurofiber merkt op dat OPTA tekort is geschoten in zijn analyse naar de (potentiële) mededingingsproblemen die zich kunnen voordoen als gevolg van de AMM-positie van KPN op de markt voor ODF-access (FttO). OPTA behandelt een ‘standaard-pakket’ aan mededingingsproblemen, zonder er blijk van te geven dat daadwerkelijk is geanalyseerd welke

mededingingsproblemen zich specifiek kunnen voordoen op de markt voor ODF-access (FttO). Daarbij is met name bezwaarlijk dat de (potentiële) mededingingsproblemen per onderwerp worden afgedaan met *standaardoverwegingen* bestaande uit slechts vijf (of minder) alinea's. Dit heeft enerzijds als gevolg dat OPTA bepaalde mededingingsproblemen constateert die zich volgens Eurofiber *niet* voordoen op de markt voor ODF-access (FttO), en anderzijds dat mededingingsproblemen die zich *wel* voordoen terzijde worden geschoven.

- 32 De verplichtingen die OPTA voornemens is op te leggen aan KPN zouden hun grondslag moeten vinden in geconstateerde mededingingsproblemen. Mede gezien dit gegeven had OPTA nader (en beter) onderzoek dienen te verrichten naar de (specifieke) mededingingsproblemen die zich voordoen op de markt voor ODF-access (FttO).
- 33 Eurofiber zal in deze zienswijze slechts nader ingaan op één van de potentiële mededingingsproblemen die OPTA niet (voldoende) heeft onderzocht en meegewogen bij de op te leggen verplichtingen (*rooftprijzen*). Eurofiber zal later in de zienswijze nog refereren aan een mededingingsprobleem dat ten onrechte door OPTA is geconstateerd (*leveringsweigering*). Volledigheidshalve merkt Eurofiber op dat haar opmerkingen ten aanzien van de (gebrekkige) motivering van OPTA integraal zien op het hoofdstuk 'Potentiële mededingingsproblemen' in het Ontwerpbesluit, en niet alleen op de bovengenoemde mededingingsproblemen.

Rooftprijzen

- 34 OPTA past in randnummer 468 als criterium voor rooftprijzen toe, of aannemelijk is dat de rooftprijzen na een bepaalde periode uittreding veroorzaken. Dit criterium is onjuist. Bovendien is er wederom geen sprake van enig eigen onderzoek door OPTA. Voor een beoordeling van de aanwezigheid van rooftprijzen is een nadere beoordeling aan de hand van de onderliggende kosten noodzakelijk.
- 35 Om te bepalen of sprake is van rooftprijzen, dient OPTA de economische gegevens betreffende de kosten en de verkoopprijzen te onderzoeken, en met name of de onderneming met een machtspositie zich schuldig maakt aan prijszetting onder de kostprijs. Wanneer gegevens over de kosten van de onderneming met een machtspositie zelf beschikbaar zijn, zal OPTA daarvan gebruik moeten maken. Wanneer over die kosten geen

betrouwbare gegevens beschikbaar zijn, kan OPTA besluiten om de gegevens over de kosten van concurrenten te gebruiken.

- 36 De kostendrempel die OPTA dient te gebruiken, is gebaseerd op de marginale kosten ('Average Avoidable Cost' en de 'Long-Run Average Incremental Cost'). Wanneer de marginale kosten 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.
- 37 Eurofiber heeft op 17 mei 2011 ten behoeve van haar directie een uitgebreid onderzoek gedaan naar de tarieven die KPN rekent voor WEAS over glasvezel, waarvoor FttO de bouwsteen is (**Bijlage 2, OPTA VER-
TROUWELIJK**). Er is een vergelijking gemaakt tussen de marginale kosten zoals Eurofiber maakt (vergelijkbaar met die van KPN) en de publieke WEAS tarieven (meest recente prijslijst geldt vanaf 8 oktober 2012). Uit het onderzoek blijkt dat de tarieven KPN voor een aantal diensten daadwerkelijk onder de marginale kosten liggen. Dit geldt niet alleen voor een aantal near net-diensten maar ook voor een aantal on net-diensten. Verwezen wordt naar het gedetailleerde overzicht in de bijlage. Daarnaast heeft Eurofiber op 12 juni 2012 ten behoeve van haar directie een vergelijking gemaakt tussen de commerciële tarieven van KPN voor WEAS en voor ULL FttO waaruit blijkt dat sprake is van een negatieve marge tussen WEAS en ULL FttO. [OPTA VERTROUWELIJK] (**Bijlage 3, OPTA VER-
TROUWELIJK**).
- 38 Ondanks het feit dat het verantwoord en begrijpelijk is om een deel van de aansluitkosten te verdisconteren in de looptijd van de overeenkomst, is het duidelijk dat op basis van de door KPN gehanteerde prijs op dit niveau, geen bedrijfseconomische ratio te vinden is. Er zijn naar de mening van Eurofiber ook geen andere partijen die op die basis economisch verantwoord een aanbod zouden kunnen of willen doen. Kennelijk is KPN in staat om dit verlies op te vangen door compensatie daarvan uit andere kasstromen c.q. productlijnen, alsmede door de verwachting die zij heeft dat zij op dezelfde klantlocatie contracten gaat afsluiten voor tientallen jaren. Thans refereert Eurofiber ook naar de gespreksverslagen van de NMa, die zijn opgesteld naar aanleiding van een concept besluitaanvraag die Eurofiber vorig jaar heeft ingediend met betrekking tot de rooftprijzen die KPN hanteert (**Bijlage 4, OPTA VERTROUWELIJK**). NMa (en OPTA) hebben aangegeven dat het vermoeden dat KPN geen rooftprijzen hanteert

samenhangt met de (langere) terugverdientijd van KPN. Uit de huidige opstelling van KPN blijkt dat dit een onjuiste veronderstelling is geweest. Uit de praktijk blijkt dat KPN, in tegenstelling tot haar concurrenten, (en overigens ook in tegenstelling tot hetgeen bedrijfseconomisch verantwoord is) contracten met een looptijd van één jaar aangaat met haar afnemers. De veronderstelling dat KPN een verdienmodel hanteert dat uitgaat van een 'langere terugverdientijd' is dan ook buitengewoon onrealistisch.

- 39 Overigens is ook de motivering van OPTA in randnummer 469 voor Eurofiber volstrekt onbegrijpelijk. OPTA erkent dat het hanteren van lage prijzen effecten kan hebben op investeringen in nieuwe gebieden. Daarbij merkt OPTA terecht op dat als KPN door lage tarieven de eerste partij is die wordt geselecteerd om een locatie te ontsluiten, het voor andere partijen vrijwel onmogelijk is om in een later stadium deze locatie alsnog te ontsluiten. Vervolgens stelt OPTA echter dat het hanteren van lage tarieven kostbaar is voor KPN en dat KPN daarom onvoldoende prikkels heeft om roofprijzen te hanteren. Zodoende concludeert OPTA dat het niet aannemelijk is dat KPN roofprijzen hanteert waardoor concurrenten zullen uittreden.
- 40 Deze conclusie van OPTA staat lijnrecht tegenover hetgeen hij voorafgaand aan die conclusie naar voren brengt en is gebaseerd op een (onjuiste) motivering bestaande uit één enkele zin in het Ontwerpbesluit. Namelijk: *'het hanteren van lage tarieven is kostbaar voor KPN'*. Nog daargelaten dat OPTA niet onderbouwt waarom het hanteren van lage tarieven kostbaar zou zijn voor KPN, is de stellingname van OPTA fundamenteel onjuist. Het hanteren van lage tarieven (*roofprijzen*) brengt *ipso facto* met zich dat daaraan kosten verbonden zijn, namelijk het onder de kostprijs aanbieden van diensten. OPTA gaat echter voorbij aan het feit dat voornoemde kortetermijns-'verliezen' (*roofprijzen*) bedrijfseconomisch worden gerationaliseerd doordat zij in een later stadium ruimschoots kunnen worden terugverdiend. OPTA motiveert zelf dat hantering van lage tarieven als resultaat heeft dat men als enige partij wordt geselecteerd om een bepaalde locatie te ontsluiten, en dat andere partijen daarna vrijwel onmogelijk deze locatie alsnog kunnen ontsluiten. Dat betekent evenwel dat wanneer men geselecteerd wordt als partij, men blijvend 'de strijd om de klant' wint, en daarmee dus een aanzienlijk concurrentievoordeel kan behalen (uiteindelijk resulterend in nettowinst). Eurofiber begrijpt gezien het voorgaande – dat men (blijvende) klanten

kan winnen door initieel lage tarieven aan te bieden – niet hoe OPTA tot de conclusie kan komen dat het voor KPN ‘kostbaar’ is om lage tarieven te hanteren.

5. Verplichtingen

- 41 OPTA concludeert – na vaststelling dat KPN een AMM positie heeft, en een analyse van de daaraan gerelateerde potentiële mededingingsproblemen – dat het noodzakelijk is om KPN een toegangsverplichting, een non-discriminatie verplichting, een transparantieplichting en referentietiaanbod, en een verplichting tot tariefregulering op te leggen.
- 42 Alhoewel Eurofiber het eens is met de conclusie dat KPN een AMM-positie heeft, meent zij dat het niet noodzakelijk is om een toegangsverplichting op te leggen aan KPN. De opgelegde toegangsverplichting is niet passend. Volgens Eurofiber resulteert een toegangsverplichting tot een vermindering van infrastructuurconcurrentie ten voordele van de dienstenconcurrentie. Dit terwijl OPTA in het Ontwerpbesluit juist aan geeft infrastructuurconcurrentie te willen bevorderen:

“481. De sleutel in de afweging tussen de doelstellingen vormt het begrip duurzame concurrentie. Het uiteindelijke doel van het reguleringskader is het tot stand brengen van een situatie van duurzame concurrentie, ofwel effectieve concurrentie die voor haar bestaan en effectiviteit niet (meer) afhankelijk is van het bestaan van sectorspecifieke regulering. Een situatie waarbij diverse ondernemingen met elkaar concurreren met gebruikmaking van hun eigen infrastructuur (hierna: infrastructuurconcurrentie) is zo gezien duurzamer dan een concurrentiesituatie die afhankelijk is van het bestaan van bijvoorbeeld toegangsverplichtingen (hierna: dienstenconcurrentie). Een situatie van duurzame concurrentie kan het best worden bereikt door, daar waar mogelijk, in de keuze van verplichtingen voorrang te geven aan maatregelen die infrastructuurconcurrentie bevorderen.”

“491. Het college zal mede gelet op het voorgaande, in overeenstemming met de doelstelling van het bevorderen van duurzame infrastructuurconcurrentie (zie randnummer 481 en 482), voorrang geven aan maatregelen die de infrastructuurconcurrentie

verder bevorderen. Dit betekent dat het college de voorkeur geeft aan toegangsdiensten die marktpartijen zo veel mogelijk een prikkel tot investeren geven. Ook bij de invulling van de specifieke toegangsdiensten zal het college hier rekening mee houden.”

- 43 Eurofiber onderschrijft deze doelstelling van OPTA, en begrijpt daarom niet hoe OPTA heeft kunnen besluiten tot oplegging van een toegangsverplichting. Volgens Eurofiber leidt de conclusie dat KPN een AMM positie heeft niet noodzakelijkerwijs tot het opleggen van een toegangsverplichting. Het beoogde resultaat kan immers genoegzaam – met het oog op infrastructuurconcurrentie: beter – worden bereikt middels tariefregulering.
- 44 Hierbij merkt Eurofiber op dat het access-netwerk voor glasgedragen diensten nog grotendeels moet worden aangelegd. Afgezien van de schaal en breedtevoordelen die KPN geniet, is de uitgangspositie van investerende operators dus gelijk. Deze uitrol op voorhand (verplicht) bij KPN onderbrengen continueert de situatie van AMM op onnodige wijze en frustreert het doel van infrastructuurconcurrentie. Dit terwijl de transitie naar glas juist een uitgelezen kans biedt een competitief landschap te vestigen in Nederland. Bovendien worden concurrenten die de afgelopen jaren reeds hebben aangetoond deze uitrol voortvarend te kunnen oppakken op onrechtmatige wijze buiten spel gezet. Dit geldt in versterkte mate voor de voorgenomen *near-net verplichting*. Eurofiber zal hieronder nader ingaan op de voorgenomen toegangsverplichting(en).

Toegangsverplichting

- 45 OPTA concludeert dat het opleggen van een toegangsverplichting op ODF-access (FttO) geschikt en noodzakelijk is, en dat hiermee infrastructuurconcurrentie kan worden bevorderd. Tevens zou dit het probleem van leveringsweigering adresseren.
- 46 Eurofiber meent zoals reeds is opgemerkt, dat het opleggen van een toegangsverplichting, door een verdere vergroting van het marktaandeel van KPN, juist zal leiden tot een vermindering van infrastructuurconcurrentie. Bovendien heeft OPTA onvoldoende aannemelijk gemaakt dat leveringsweigering ook daadwerkelijk een probleem is bij ODF-access (FttO). In de praktijk is nooit gebleken dat klanten niet in hun vraag naar ODF-access (FttO) kunnen worden voorzien door de dienstverlenende partijen. Indien er vraag is, dan is er ook altijd een aanbod. Het is on-

denkbaar dat KPN daadwerkelijk een levering zal weigeren. Er zijn immers genoeg concurrerende partijen, waaronder Eurofiber, die in dat geval een alternatief aanbod zouden kunnen doen. KPN zal derhalve niet geneigd zijn om misbruik te maken van haar AMM-positie middels een leveringsweigering, omdat zij daarmee de concurrentie om de markt zal verliezen. Zoals reeds eerder is uiteengezet, draait de concurrentie om de markt om *nieuwe aansluitingen*. Het is dan ook buitengemeen onrealistisch dat een partij die ODF-access diensten verleent leveringen zal weigeren: daarmee voorkomt zij immers een nieuwe aansluiting – terwijl een afnemer genoeg alternatieven heeft om in haar vraag voorzien te kunnen worden.

- 47 Eurofiber wijst er op dat een toegangsverplichting ertoe zal leiden dat KPN haar marktpositie op ODF-access (FttO) steeds verder vergroot. Des te meer wanneer dit wordt gecombineerd met regulering van OPTA waarin wordt uitgegaan van prijzen onder de kostprijs. Afnemende partijen zijn logischerwijs eerder geneigd om de dienstverlener aan te spreken die is gereguleerd middels een toegangsverplichting. Hierdoor zal de marktpositie van concurrerende partijen verzwakken. OPTA faciliteert met de toegangsverplichting aldus dat KPN op den duur een monopoliepositie zal verwerven – hetgeen zij vooralsnog niet heeft (zij heeft wel een hoog marktaandeel, maar is niet de enige aanbieder). Hierdoor zal KPN zich ook eerder als een monopolist gaan gedragen. Naarmate KPN haar positie op de markt versterkt, zal dat logischerwijs steeds meer concurrerende partijen uit de markt drukken. Alhoewel leveringsweigering volgens Eurofiber vooralsnog geen probleem is, zal juist een toegangsverplichting daar wel toe leiden. Kortom, het opleggen van een toegangsverplichting aan KPN remedieert geen problemen maar creëert die.
- 48 Volgens Eurofiber heeft OPTA dan ook onvoldoende gemotiveerd dat het opleggen van een toegangsverplichting noodzakelijk en geschikt is. De nadelen van een toegangsverplichting (vermindering van infrastructuurconcurrentie, doordat KPN haar marktaandeel zal vergroten) zijn aanzienlijk groter dan de voordelen die OPTA aanvoert (remediering van onaannemelijke mededingingsproblemen). Eurofiber meent dat de toegangsverplichting niet noodzakelijk en geschikt is, zeker nu er andere, minder zware en effectieve(re) middelen zijn om de doelstellingen van artikel 1.3. eerste lid Tw te realiseren. OPTA zou immers middels tariefregulering – mede in aanmerking genomen dat leveringsweigering geen

issue is – genoegzaam zijn doelstellingen kunnen realiseren. Indien OPTA ondanks het voorgaande meent dat een toegangsverplichting vereist is, dient hij dit nader te motiveren.

Near-net toegangsverplichting

- 49 Voorzover Eurofiber niet door OPTA wordt gevolgd in haar conclusie dat een toegangsverplichting onwenselijk is, merkt Eurofiber het volgende op ten aanzien van de *near-net toegangsverplichting*.
- 50 OPTA concludeert dat KPN een hoge netwerkdekking heeft en dat zij hiermee belangrijke voorsprong heeft ten opzichte van haar concurrenten. Volgens OPTA is het belang van netwerkdekking met name groot wanneer het gaat om het bedienen van multi-site klanten in de markt voor zakelijke netwerkdiensten. Voorts veronderstelt OPTA dat concurrenten van KPN niet in staat zijn om in de multi-site klantvraag te voorzien. Derhalve legt OPTA KPN niet slechts een on-net toegangsverplichting op, maar ook een near-net toegangsverplichting.
- 51 Op basis van de near-net toegangsverplichting wordt KPN als onderdeel van haar toegangsverplichting met betrekking tot ODF-access (FttO) verplicht om op verzoek van een wholesaleafnemer een nieuwe nog niet aangesloten locatie op haar FttO-aansluitnetwerk aan te sluiten. OPTA is van mening dat near-net toegang tot 250 meter nodig is om de opgelegde toegangsverplichting het beoogde effect te laten sorteren en dus als bijbehorende faciliteit door KPN bij toegang moet worden geleverd. OPTA sluit niet uit dat ook andere verzoeken om near-net toegang redelijk zijn en door KPN moeten worden gehonoreerd.
- 52 Ten eerste wijst Eurofiber erop dat OPTA's veronderstelling dat alléén KPN in staat is om te voorzien in de multi-site klantvraag onjuist is. Ook Eurofiber is in staat om dergelijke multi-site diensten te verlenen, zeker wanneer het gaat om eindgebruikers die '*glasvezel ready*' zijn. Echter, en daarmee tevens het tweede punt, doordat KPN een near-net verplichting wordt opgelegd zal Eurofiber geen kans krijgen om dergelijke multi-site diensten te verlenen. Het resultaat van de near-net verplichting is immers dat elke mogelijkheid tot resterende concurrentie op dit vlak teniet wordt gedaan. Elke (potentiële) klant zal eerder de gereguleerde partij KPN willen aanspreken, die op basis van haar verplichting op verzoek (aan de hand van gereguleerde voorwaarden) glasvezel zal moeten aan-

leggen. KPN wint hiermee, ondanks het feit dat de near-net verplichting niet zondermeer gunstig is voor KPN, 'de race om de klant'. Zoals OPTA reeds in randnummer 469 naar voren heeft gebracht ziet de concurrentie om de markt uitsluitend op *nieuwe aansluitingen*. Concurrentie op de markt blijft echter bestaan voor de klanten die daadwerkelijk willen overstappen. Door de near-net verplichting wordt andere concurrerende partijen aldus de mogelijkheid ontnomen om deze (potentiële) klanten te verwerven: als klanten eenmaal bij KPN aankloppen voor aanleg van glasvezel, dan zijn ze eerder geneigd daar te blijven.

- 53 De near-net verplichting die OPTA heeft opgelegd aan KPN is derhalve in tegenstelling tot hetgeen OPTA lijkt te veronderstellen buitengewoon ongunstig voor de concurrentiesituatie op de markt voor ODF-access (FttO). Alhoewel afnemers in beginsel hun voordeel uit de toegangsverplichting zullen willen benutten, zal dit op langere termijn ongunstig uitpakken en juist leiden tot hogere tarieven op de markt voor ODF-access (FttO). Gezien het voorgaande is volgens Eurofiber de keuze voor een near-net verplichting onvoldoende gemotiveerd door OPTA.
- 54 Bovendien is de near-net verplichting volgens Eurofiber niet *noodzakelijk en proportioneel*. Gezien het feit dat ook andere partijen, waaronder Eurofiber, kunnen voorzien in de multi-site klantvraag is OPTA's motivering dat de near-net verplichting gepast is uit hoofde van het feit dat alleen KPN zou kunnen voorzien in de multi-site klantvraag, onjuist. Hieruit volgt logischerwijs dat de opgelegde near-net verplichting, in tegenstelling tot hetgeen OPTA concludeert, niet *noodzakelijk* is. De near-net verplichting is tevens niet *proportioneel*. Zoals reeds uiteengezet leidt de opgelegde verplichting ertoe dat concurrerende partijen de mogelijkheid wordt ontnomen om nieuwe aansluitingen te realiseren in die gebieden waar KPN een near-net verplichting heeft. Nu OPTA niet aannemelijk heeft gemaakt dat potentiële klanten niet in hun multi-site vraag kunnen worden voorzien zonder een near-net verplichting, valt volgens Eurofiber niet in te zien hoe dit, gezien de nadelige effecten op de concurrentiesituatie, 'proportioneel' kan zijn.

Ondergrenstariefregulering

- 55 Eurofiber heeft geconstateerd dat er sprake is van verschillen in de mate van het gebruik van rooftprijzen door KPN per gebied. Volgens Eurofiber worden op bedrijventerreinen (selectief) lagere prijzen gehanteerd door KPN, wanneer er andere marktpartijen actief zijn op deze bedrijventer-

reinen. Deze tariefverschillen kunnen niet worden verklaard door onderliggende kostenverschillen.

- 56 Op voorhand geldt volgens Eurofiber daarom dat ondergrenstariefregulering bij de aansluiting van nieuwe locaties noodzakelijk zal zijn om dit mededingingsprobleem te ondervangen. Vooropgesteld zij dat ondergrensregulering volgens Eurofiber ruim gelezen moet worden, en niet alleen maar betrekking heeft op *off net* of *nearnet* locaties, maar ziet op de aansluiting van alle nieuwe locaties, dus ook *onnet* locaties.
- 57 Voorzover het gaat om *onnet* locaties, heeft OPTA in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang op wholesaleniveau van OPTA van 27 april 2011 (“**Herstelbesluit**”) vermeld dat hij gewoon bevoegd is om minimumprijzen voor te schrijven. Daarnaast is OPTA volgens Eurofiber ook bevoegd om minimumprijzen voor de aansluiting van *nearnet*locaties voor te schrijven. Uit de wet en de wetsgeschiedenis volgt namelijk *niet*, anders dan OPTA ten tijde van het Herstelbesluit aannam, dat OPTA alleen maar bevoegd zou zijn om een tariefverplichting op te leggen, indien hij al een toegangsplicht heeft opgelegd. Daarin wordt slechts gezegd dat een tariefverplichting *voor bepaalde vormen van toegang* kan worden opgelegd. Ook artikel 13 Toegangsrichtlijn verbiedt het opleggen van een tariefverplichting zonder toegangsplicht niet.

Zie artikel 6a.7 lid 1 Tw:

Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door het college te bepalen vormen van toegang een verplichting opleggen betreffende het beheersen van de hiervoor te rekenen tarieven of kostentoerekening indien uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van de eindgebruikers. Aan de verplichting kunnen door het college voorschriften worden verbonden die nodig zijn voor een goede uitvoering van de verplichting.

Zie artikel 13 lid 1 Toegangsrichtlijn:

Een nationale regelgevende instantie kan overeenkomstig artikel 8 verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole

opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangstypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers. De nationale regelgevende instanties houden rekening met de door de exploitant gedane investeringen en laten toe dat hij een redelijke opbrengst verkrijgt uit zijn kapitaalinbreng, de aange-gane risico's in aanmerking genomen.

- 58 Dat historisch een tariefverplichting altijd in combinatie met een toegangsplicht werd opgelegd, zal Eurofiber niet ontkennen. Deze koppeling was ook logisch in verband met de vertrekpositie: een monopolie op koper. Dat betekent evenwel nog niet dat deze koppeling er dus ook in de toekomst noodzakelijkerwijs moet zijn, te meer wanneer, zoals in casu het geval, er al sprake is van infrastructuurconcurrentie die beschermd moet worden.
- 59 Daarbij wijst Eurofiber erop dat het uitdrukkelijk de bedoeling van het huidige regelgevingskader is dat de NRI zoveel mogelijk maatwerk levert. Het regelgevingskader laat het dan ook aan de discretie van de NRI over om uit het geheel aan verplichtingen die hij kan opleggen, de *lichtste effectieve* verplichting(en) te kiezen die het geconstateerde mededingingsprobleem kunnen oplossen.

Vgl. Kamerstukken II 2002/2003, 28851, nr. 3, p. 6:

Er bestaat daarom behoefte aan flexibele regelgeving voor nieuwe diensten op markten die maatwerk mogelijk maakt, maar waarbij evenwel wordt voorkomen dat dominante marktdeelnemers misbruik van hun marktpositie kunnen maken.

Kamerstukken II 2002/2003, 28851, nr. 3, p. 8:

Een marktanalyse moet uitwijzen of een markt daadwerkelijk concurrerend is en zo neen welke verplichtingen passend zijn om te worden opgelegd aan een partij met aanmerkelijke marktmacht. [...] Het college kan een of meer verplichtingen opleggen aan partijen met aanmerkelijke marktmacht. De verplichtingen die opgelegd kun-

nen worden zijn: transparantie, non-discriminatie, gescheiden boekhouding, verplichtingen inzake toegang en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten en verplichtingen inzake prijscontrole en kosten-toerekening.

Kamerstukken II 2002/2003, 28851, nr. 3, p. 9:

De verplichtingen moeten gericht zijn op de oplossing en het voorkomen van in de marktanalyse geconstateerde problemen. Om een goede werking van de markt niet onnodig te belemmeren moeten maatregelen dan ook niet verder gaan dan nodig.

- 60 In voorkomende gevallen kan dat betekenen dat geen toegangsplicht wordt opgelegd, maar wordt volstaan met andere verplichtingen zoals een non-discriminatieplicht of een tariefverplichting. Dat blijkt ook uit de beschikkingenpraktijk van OPTA zelf:

Vgl. het Marktanalysebesluit Wholesale gespreksdoorgifte 2005 (zie § 285) waarin OPTA aangeeft het opleggen van andere verplichtingen zonder toegangsplicht niet onmogelijk, maar in dat geval slechts niet effectief te achten om het geconstateerde mededingingsprobleem van leveringsweigering op te lossen:

Andere verplichtingen dan toegangsverplichtingen zoals de verplichting tot transparantie of nondiscriminatie zullen op zichzelf, indien niet eerst een toegangsverplichting is opgelegd om dienstenconcurrentie te bevorderen, geen concurrentie kunnen introduceren op deze markt. Immers, indien leveringsweigering een mededingingsprobleem vormt, omdat een aanbieder die over moeilijk te repliceren infrastructuur beschikt niet vrijwillig toegang verschaft, zullen verplichtingen tot non-discriminatie en transparantie pas effectief kunnen zijn indien eerst een toegangsverplichting is opgelegd.

- 61 Voorts wordt erop gewezen dat OPTA in het Herstelbesluit wel degelijk ook een toegangsplicht voor *nearnet* heeft opgelegd. KPN moet bij de aansluiting van *nearnet* locaties immers toegang tot de *manhole* verlenen. Dat bij een eenmaal opgelegde toegangsplicht ook andere verplichtingen met een ruimere reikwijdte kunnen worden opgelegd, blijkt wel uit het feit dat volgens OPTA gedragsregel 5 mede van toepassing is op ongereguleerde diensten, indien deze samen met een gereguleerde

dienst als wholesalebouwsteen worden gebruikt voor een aanbod op een downstreammarkt. Eurofiber ziet niet in waarom voor een echte tariefverplichting iets anders zou moeten gelden.

- 62 In dit kader kan worden gerefereerd aan diverse documenten van OPTA. In de consultatie en beroepsfase van het Herstelbesluit heeft Eurofiber als gezegd onderbouwd met een WEAS-voorbeeld dat de KPN prijsstelling onder de lange termijn incrementele kosten, zijnde de graafkosten, zijn. OPTA is hier op diverse plaatsen in mee gegaan, en merkt op dat het WEAS-voorbeeld van Eurofiber aansluit bij de analyse van OPTA naar de marktmacht van KPN ten aanzien van FttO.

- 63 Zie verweerschrift OPTA van 1 oktober 2010 (nr. 10.3.4):

De tarieven van KPN waar Eurofiber vanuit gaat zijn weliswaar enigszins overtrokken en wat lager dan KPN in de praktijk hanteert, maar Eurofiber signaleert terecht dat KPN, anders dan haar concurrenten, bereid en in staat is om de aansluitkosten zodanig (voor) te financieren dat zij lagere aansluittarieven in de markt kan zetten en meer locaties kan ontsluiten. Dit sluit aan bij het gegeven dat uit de analyse van OPTA is gebleken dat KPN aan aanzienlijk meer klanten een FttO-aanbod kan en zal doen.

- 64 Zie nadere reactie OPTA van 12 november 2010 (nr. 8.11):

Naar aanleiding van punt 40 van Eurofiber merkt OPTA nog op dat OPTA in het verweerschrift niet heeft willen zeggen dat zij zich in de door Eurofiber opgevoerde tarieven van KPN in het geheel niet herkend (sic); het punt van OPTA was dat de berekening van Eurofiber de zaken wat rooskleurig leek voor te stellen. Dat neemt niet weg dat de tarieven van KPN inmiddels gedaald zijn, en met de verwachtingen van Eurofiber overeen lijken te stemmen.

- 65 Desondanks heeft OPTA het mededingingsprobleem van rooftprijzen niet geremedieerd, met een beroep op een gebrek aan bevoegdheden hier toe. Eurofiber heeft overigens steeds onderbouwd dat OPTA op grond van de wet en de richtlijnen wel degelijk bevoegd kan zijn om, ook zonder toegangsplicht, verplichtingen zoals de door Eurofiber bepleite tariefverplichting, op te leggen. Zie verweerschrift OPTA van 1 oktober 2010 (nr. 10.3.3.):

OPTA kan de tarieven van nieuw aan te leggen delen van netwerken niet reguleren. Het verwijt dat OPTA geen onderzoek zou hebben gedaan naar mogelijke rooftprijzen voor dergelijke nieuwe aansluitingen is daarom al niet terecht.

- 66 Wanneer OPTA op grond van zijn eigen bevoegdheden het er niet toe zou kunnen leiden dat er geen sprake meer is van rooftprijzen, dan nog is er vanwege het samenwerkingsprotocol NMa–OPTA de mogelijkheid van een besluit door de NMa.

Keuze en invulling DCF-model

- 67 OPTA concludeert in het Ontwerpbesluit dat Discounted Cash Flow (“DCF”) de passende invulling van kostenoriëntatie is voor ODF-access (FttO)-toegang en de bijbehorende faciliteiten, zoals onder meer ODF-collocatie en ODF-backhaul. OPTA geeft aan zoveel als mogelijk aan te sluiten bij de invulling van DCF zoals dat wordt toegepast bij ODF-access (FttH). Hoewel Eurofiber in beginsel niet tegen het hanteren van de DCF-methodiek is, ziet zij geen enkele basis om voor de invulling hiervan aan te sluiten bij FttH. FttH kenmerkt zich als aanbodgestuurde, collectieve (dus 100%) gebiedsverglazing (penetratiegraad), terwijl FttO zich kenmerkt als vraaggestuurde verglazing per individuele verbinding/locatie.
- 68 Eurofiber benadrukt dat FttH alleen gerealiseerd kan worden in een model van gebiedsverglazing, waarbij businesscase parameters als een generiek en standaard dienstenaanbod en een minimum kritische massa van actieve gebruikers van essentieel belang zijn voor het rendabel kunnen starten van een verglazingsproject. In dit model is het zeer onaanvaardbaar dat er tweede glasinfrastructuur naast gelegd kan worden en is infrastructuurconcurrentie dus niet denkbaar. Voor bedrijven met een specifieke glasvezelvraag (*glasvezel ready*) geldt enerzijds dat gebiedsverglazing geen zin heeft (hiervoor liggen bedrijven te ver uit elkaar) en anderzijds dat individueel verglazen haalbaar is gezien de grotere ‘*willingness to pay*’. De gestadige uitrol naar zakelijke locaties in Nederland (zelfs in reeds verglaasde FttH gebieden) toont dit aan. Infrastructuurconcurrentie is daarmee (door de aard van de zaak) de manier om deze zakelijke eindgebruikers aan te sluiten.
- 69 Dit is een fundamenteel verschil tussen FttH en FttO waar OPTA geen, althans onvoldoende, rekening mee heeft gehouden. Naar de mening van

Eurofiber dient de invulling van DCF te geschieden op basis van specifiek op FttO gerichte methodieken, parameters en variabelen, waarbij sterk rekening gehouden dient te worden met de transparantie hiervan voor concurrerende infra-aanbieders als Eurofiber, maar nog veel meer met kleinere spelers met eigen netwerk en de ruimte voor *'new entrants'*.

- 70 Het grootste risico bij kostenoriëntatie in het algemeen en DCF in het bijzonder is het, ten principale, hanteren van ongerechtvaardigde subjectieve elementen in een dergelijke analyse. In beginsel hebben alle vaste kostenelementen, beïnvloedbaar alleen door KPN, hierdoor een subjectief karakter door de eigen schaal en deze zouden dan ook objectief en transparant moeten worden. De WACC van KPN is niet transparant en is subjectief. De WACC van KPN is erg laag door de omvang (kredietwaardigheid), het beursgenoteerde karakter (laag risico) en het kunnen aantrekken van veel en goedkoop vreemd vermogen (lagere kostenvoet). Indien hiermee toekomstige kasstromen contant worden gemaakt, wordt het onmogelijk om hierin mee te kunnen komen als concurrent op infrastructuur. OPTA heeft ten onrechte de gegevens (onderbouwing van investeringskosten) van KPN overgenomen zonder deze te onderwerpen aan een eigen analyse.
- 71 Dit betekent evenwel dat OPTA bij de WACC voor ODF-access (FttO) niet dient uit te gaan van de WACC die geldt voor koper. Het gebruik van een lager WACC rentepercentage is gebruikelijk voor de WACC van een incumbent met een bestaand, onder een monopolie gecreëerd aansluitnetwerk (kabel- of kopernetwerk). KPN beschikt evenwel niet over een dergelijke monopoliepositie op de markt voor ODF-access (FttO). Door het gebruik van een te laag WACC percentage zou KPN wederom (oneerlijke) druk op haar concurrenten kunnen uitoefenen middels hantering van te lage prijzen. Eurofiber verwijst tevens naar het rapport van Stratix van april 2011, waaruit volgt dat op de markt van ODF-access (FttO) een hoger WACC percentage tussen de 10-en 14% gepast is.
- 72 Daarnaast merkt Eurofiber op dat OPTA in de voorschriften (randnummer 665 onder e.) bepaalt dat: *"Daar waar de kostprijzen van verschillende elementen van de ODF-access (FttO)-dienst significant verschillen, kan KPN ervoor kiezen om in het model de prijzen en kostprijzen van de dienstenelementen te differentiëren. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn voor ODF-access (FttO)-aansluitingen in verschillende gebieden met een verschillende dichtheid aan aansluitingen. Zo zal de kostprijs op een*

bedrijventerrein naar verwachting lager zijn dan die in een stedelijk gebied.”.

- 73 Eurofiber kan zich niet vinden in deze invulling. Zoals reeds uitgebreid is uiteengezet en gemotiveerd, is tariefdifferentiatie zijdens KPN onwenselijk, of in ieder geval niet noodzakelijk. KPN heeft tot op heden niet op basis van onderliggende kosten gedifferentieerd in tarieven maar heeft dat gedaan op basis van een commerciële inzet. Hiermee beoogt KPN louter de concurrentie te verhinderen. Bovendien heeft Eurofiber reeds opgemerkt dat het wenselijker is om één uniform tarief te hanteren voor alle gebieden.
- 74 Tenslotte wijst Eurofiber erop dat een van de door OPTA genoemde ‘sleutelparameters’ in het DCF-model onjuist is. Zo speelt de penetratiegraad geen belangrijke rol op de markt voor ODF-access (FttO), zodat dit ook geen sleutelparameter kan zijn. Dichtheid van *glasvezel ready* bedrijven, met hierdoor een kleinere afstand tot het netwerk is wel een belangrijke parameter aangezien dit de graaafstand (een belangrijke marginale kostencomponent) beïnvloed. Ook hiervoor verwijst Eurofiber naar bovengenoemd rapport van Stratix. Bovendien kan OPTA eenvoudig bevestigen dat de penetratiegraad geen belangrijke parameter is in de markt voor ODF-access (FttO) middels raadpleging van marktpartijen.

Verbod op marge-uitholling: ND5

- 75 OPTA concludeert dat de ND-5 toets afwijkend dient te worden toegepast op bedrijventerreinen, de zogenaamde ‘O-gebieden’. Hieromtrent overweegt OPTA als volgt:

“594. Gegeven dat een belangrijk deel van de investering in FttO nog dient plaats te vinden, acht het college de balans tussen enerzijds de investeringsprikkel van KPN en anderzijds de bescherming van potentiële toegangsvragers tot KPN’s netwerk een belangrijke overweging bij de invulling van de ND-5 toets. In het kader van deze balans is relevant dat onverkorte toepassing van de reguliere ND-5 toets op dienstniveau het ongewenste gevolg kan hebben dat de investeringsprikkel onevenredig benadeeld wordt. Toepassing van de reguliere toets op dienstniveau impliceert immers het risico dat low-end klanten met een lage betalingsbereidheid niet bereid zijn het gevraagde tariefniveau te be-

talen; KPN zal namelijk op iedere dienst (c.q. klant) minimaal de EDC-minus kosten moeten terugverdienen. De toets op dienstniveau staat er derhalve in een dergelijke situatie (met low-end klanten met een lage betalingsbereidheid en high-end klanten met een hogere betalingsbereidheid) aan in de weg dat tarieven in voldoende mate kunnen worden gedifferentieerd langs de vraagcurve.

595. Het college is van oordeel dat deze situatie zich voordoet in het geval van bedrijventerreinen (door KPN aangeduid als O-gebieden). Investerings in de verglazing van dergelijke gebieden kenmerken zich namelijk doordat ze (a) gedaan worden voor een klantgroep waarin zich relatief veel low-end klanten bevinden (hetgeen een hoge penetratie vereist, (b) recent gepleegd zijn en/of nog moeten worden gepleegd en (c) een hoge mate van voorfinanciering kennen.

596. Gelet op de noodzaak om de investeringen in zo'n gebied terug te verdienen over de totale mix van klanten in het gebied is het college van oordeel dat tariefdifferentiatie langs de vraagcurve over het algemeen niet aan te merken zal zijn als mededingingsbeperkend. Efficiënte wholesaleafnemers worden niet beperkt om succesvol tot deze gebieden toe te treden, omdat zij net als de investeerder een bepaalde mix van klanten (van low-end tot high-end) aan kunnen sluiten. Hier doet zich een uitzondering voor op het gegeven dat in beginsel uitsluitend een toets op dienstniveau voldoende bescherming tegen marge-uitholling biedt."

- 76 Eurofiber kan zich niet vinden in de conclusie van OPTA dat de ND-5 toets afwijkend wordt ingevuld voor bedrijventerreinen. Eurofiber heeft reeds meermalen gemotiveerd uiteengezet dat tariefdifferentiatie op basis van de verschillende CAPEX-gebieden niet noodzakelijk is, maar daarnaast ook redelijkerwijs niet *mogelijk* is. Niet mogelijk, omdat tariefdifferentiatie op de markt voor ODF-access (FttO) niet kan worden verklaard aan de hand van onderliggende kostenverschillen – er zijn geen onderliggende kostenverschillen.
- 77 KPN heeft nooit (toetsbaar) cijfermatig onderbouwd (omdat dat niet mogelijk is) welke onderliggende kostenverschillen zouden bestaan tus-

sen de gebiedsklassen (waaronder ook bedrijventerreinen). OPTA gaat wederom ten onrechte uit van vergelijkingen met FttH, waarbij parameters zoals penetratiegraad relevant zijn. Eurofiber heeft reeds naar voren gebracht dat op de markt voor ODF-access (FttO) dergelijke parameters geen belangrijke rol spelen. De bescherming die OPTA in dit geval beoogt te realiseren is non-existent, en leidt juist tot een tegengesteld resultaat, namelijk een gebrek aan transparantie.

- 78 Dat de ‘margin-squeeze’ toets op de door OPTA voorgestelde wijze zal plaatsvinden per gemiddelde ‘O-gebied’ in plaats van per geleverde dienst (aansluiting) is onwenselijk, omdat dit wederom een stimulans (rechtvaardiging) is voor KPN om haar diensten (initieel) tegen (nog) lagere tarieven aan te bieden. OPTA kiest er ten onrechte voor om de zogenaamde ‘high-end’ gebruikers, ten voordele van KPN, weg te middelen in de ‘O-gebieden’. Eurofiber benadrukt hierbij wederom dat het voorstel van OPTA nadelige gevolgen heeft voor de infrastructuurconcurrentie op de markt, en verzoekt OPTA zijn conclusie te heroverwegen, althans nader te motiveren.

6. Conclusie

- 79 Eurofiber verzoekt OPTA om rekening te houden met haar opmerkingen bij het opstellen van het definitieve marktanalysebesluit ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken.
