



Reactie Tele2

Ontwerpbesluit van OPTA Markt voor ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken

25 oktober 2012

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
Toenemende afhankelijkheid van toegangsdiensten van KPN – ladder of investment .	4
KPN heeft technische voorsprong op haar concurrenten.....	4
Toenemend belang FttO	5
Marge-utholling.....	5
Noodzaak regulering FttO	6
2. Marktafbakening	7
3. Dominantieanalyse	8
4. (Potentiële) mededingingsproblemen & verplichtingen	9
(i) Toegang – Business case	9
(ii) Toegang – ‘Off-net’ aansluitingen.....	11
(iii) Toegang – Uutfasering.....	12
(vi) Non-discriminatie – ten onrechte afwijkende ND-5 toets op bedrijventerreinen	14
(vi) Subsidiair ND-5 - Indien voor O-gebieden door KPN een ontmiddelde ondergrens mag worden gehanteerd, dan dienen ook de FttO-acces tarieven te worden gedifferentieerd.....	18
(vii) Subsidiair ND-5 - Transparantie – Definitie O-gebied en aankondigingstermijn wijzigingen in gebiedskwalificatie	18
Bijlage 1 SPC Network – Margin Squeeze Testing in an ex ante Regulatory Environment d.d. 23 maart 2011	
Bijlage 2 Presentatie Tele2 preconsultatie fase	

1. Inleiding

1. Tele2 Nederland B.V (“**Tele2**”) reageert hiermee op het ontwerp marktanalysebesluit d.d. 14 september 2012 van OPTA voor de markt voor ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken. (OPTA/AM/2012/202344) (“**het Ontwerpbesluit**”).
2. Hoewel een consultatieprocedure in een marktanalyseprocedure een wettelijke verplichting voor OPTA is, waardeert Tele2 de geboden mogelijkheid om te reageren op het ontwerpbesluit alsmede de frequentie en de wijze waarop overleg met OPTA mogelijk is geweest.
3. Het ontwerpbesluit vertoont inhoudelijk sterke samenhang met de overige (ontwerp) marktanalysebesluiten voor ULL, LKWBT, Vaste Telefonie en HKWBT/HL. Tele2 behoudt zich dan ook expliciet het recht voor haar reactie voorzover rechtens relevant in een later stadium inhoudelijk aan te vullen naar aanleiding van mogelijke aanpassingen in de inhoud van de (ontwerp)besluiten van OPTA in de overige markten.
4. In dat kader verwijst Tele2 eveneens naar haar beroepschriften en zienswijzen in het kader van de beroepen tegen de ULL-, WBT- en VT-besluiten alsmede de eerdere zienswijzen in verband met het vorige ontwerpbesluit FttO. Het gaat hier om de volgende documenten die reeds bij OPTA bekend zijn en daarom niet nogmaals worden aangehecht:
 - (i) Beroepschrift d.d. 30 maart 2012 gericht tegen het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang (MDF-, SDF- en ODF-access (FttH)) van OPTA van 29 december 2011(OPTA/AM/2011/202886);
 - (ii) Zienswijze d.d. 5 september 2012 tegen het verweerschrift van OPTA tegen het door Tele2 ingestelde beroep gericht tegen het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang (MDF-, SDF- en ODF-access (FttH)) alsmede tegen de beroepschriften van de andere marktpartijen gericht tegen het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang (MDF-, SDF- en ODF-access (FttH));
 - (iii) Beroepschrift d.d. 13 juli 2012 tegen het Besluit Marktanalyse lage kwaliteit wholesalebreedbandtoegang van 27 april 2012 (OPTA/AM/2012/201220);
 - (iv) Beroepschrift d.d. 10 augustus 2012 tegen het Besluit Marktanalyse Vaste Telefonie 2012 van OPTA d.d. 1 mei 2012 (OPTA/AM/2012/201189);
 - (v) Reactie Tele2 d.d. 17 november 2011 tegen het ontwerpbesluit marktanalyse Ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken van OPTA van 6 oktober 2011 (OPTA/AM/2011/202263); en
 - (vi) Opmerkingen Tele2 d.d. 26 januari 2012 bij zienswijze KPN tegen het ontwerpbesluit marktanalyse Ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken van OPTA van 6 oktober 2011 (OPTA/AM/2011/202263).
5. Alvorens specifiek in te gaan op de inhoud van het Ontwerpbesluit maakt Tele2 eerst nog enkele algemene opmerkingen over marktontwikkelingen en mededingingsproblemen.

6. Tele2 ondersteunt het besluit van OPTA om de markt voor FttO-toegang alsnog te reguleren. Tele2 acht regulering van FttO-toegang essentieel voor de ontwikkeling van concurrentie bij de dienstverlening aan zakelijke eindgebruikers waaronder de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten.

Toenemende afhankelijkheid van toegangsdiensten van KPN – ladder of investment

7. Om de concurrentie op de zakelijke retailmarkt te bevorderen, onder andere met betrekking tot zakelijke netwerkdiensten, is essentieel dat alternatieve marktpartijen gereguleerde toegang wordt geboden tot het koper- en glasnetwerk van KPN. De marktontwikkeling in de afgelopen jaren heeft aangetoond dat zonder gereguleerde toegang dergelijke toegangsdiensten niet door KPN worden aangeboden, althans niet op zodanige wijze dat daarop door alternatieve aanbieders een levensvatbare business case kan worden gebaseerd. Terecht constateert OPTA dat de concurrentie op de zakelijke retailmarkten is afgenomen in plaats van toegenomen.
8. Uitgangspunt bij de concurrentiebevordering is uitrol van eigen infrastructuur op basis van FttO-access. Om in staat te zijn op nationaal niveau diensten aan te bieden dient FttO-access te worden gecompleteerd met WHBT in die gevallen waarin een business case op basis van FttO niet of nog niet realistisch is. Dit is voor marktpartijen een complementaire vorm van toegang tot de netwerken van KPN en voor marktpartijen eveneens een essentiële bouwsteen als onderdeel van een nationale strategie. WHBT/WEAS is tevens noodzakelijk voor Partijen om de benodigde schaalgrootte in de markt te bereiken (ladder of investment).

KPN heeft technische voorsprong op haar concurrenten

9. Momenteel worden de concurrenten beperkt in hun mogelijkheden, omdat zij op de MDF locaties – en zeker voor wat betreft de buitenring – begrensd zijn in de snelheden die zij in het aansluitnetwerk kunnen behalen. Zonder medewerking van KPN kunnen wholesale afnemers de door KPN aangekondigde nieuwe technologieën als VDSL2, meervoudige lijnen, pair bonding, vectoring en phantoming aan de hand waarvan de beschikbare bandbreedte in het koper aansluitnetwerk toeneemt, niet introduceren. Enerzijds omdat deze moeten worden afgenomen op de subloop, waarvoor geen business case bestaat.¹ Anderzijds, omdat het KPN zelf is die bepaalt waar, hoe en wanneer zij deze nieuwe technologieën gaat toepassen in haar netwerk. In de praktijk is gebleken dat KPN zich voor de upgrade van het kopernetwerk niet op zakelijke én consumentenlocaties richt, maar uitsluitend op die laatste.² De beschikbare capaciteit in het kopernetwerk wordt door KPN voorbereid om te worden ingezet om de consumentenansluitingen te upgraden naar bonded pairs.³ Hiervan zullen zakelijke aansluitingen dus niet profiteren. Nu de zakelijke aansluitingen via het kopernetwerk niet worden geüpgrade, zijn alternatieve aanbieders voor de zakelijke markt nauwelijks in staat om gebruik makend van het kopernetwerk van KPN de gevraagde bandbreedtes aan hun zakelijke klanten te leveren. Daardoor verliezen alternatieve

¹ Tele2 verwijst in dit kader andermaal naar het rapport d.d. 27 januari 2012 van Analysis Consulting, 'The Business case for sub-loop unbundling in the Netherlands' randnummers 4.1.7 en 5.

² Zie randnummers 2.23 e.v. van het Beroepschrift d.d. 30 maart 2012 gericht tegen het marktanalysebesluit Ontbundelde Toegang (MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) van OPTA van 29 december 2011 (OPTA/AM/2011/202886).

³ Overigens is Tele2 van mening dat genoemde nieuwe technieken, zoals pair bonding, nog in de kinderschoenen staan en feitelijk geen alternatief bieden (zie randnummer 103 e.v. van het beroepschrift d.d. 13 juli 2012 tegen het Besluit Marktanalyse lage kwaliteit wholesalebreedbandtoegang van 27 april 2012 (OPTA/AM/2012/201220)).

aanbieders marktaandeel ten opzichte van KPN, hetgeen inmiddels ook door OPTA is vastgesteld. Verlies aan marktaandeel ondermijnt ook nog eens een gebrek aan schaal en breedte voordelen om verder te investeren in glasvezel, zodat sprake is van een versnellend proces. Om deze ontwikkeling te keren en als alternatieve aanbieders de zakelijke markt volledig te kunnen bedienen, is een mix van FttO en – daar waar voor een alternatieve aanbieder geen business case is – WBT/HL noodzakelijk. Terecht is OPTA tot de conclusie gekomen dat deze vormen van toegang door middel van regulering dienen te worden gewaarborgd, teneinde concurrenten in staat te stellen verder te investeren in infrastructuur.

Toenemend belang FttO

10. Voor zakelijke klanten wordt bandbreedte steeds belangrijker en bestaat de vraag in toenemende mate naar glasvezel of naar bundels van koper en glasvezel. Voor marktpartijen is FttO-toegang essentieel om aan die gecombineerde klantvraag op de zakelijke retailmarkt te kunnen voldoen.
11. Deze realiteit op de retailmarkt vereist regulering op de wholesale markten. Zonder adequate toegangsregulering voor zakelijk glas en een adequate ND-5 toets waarin glasvezel wordt meegenomen tegen tarieven die reëel zijn voor alternatieve partijen, zal er geen infrastructuurconcurrentie tot stand komen en zal de bestaande concurrentie in de komende reguleringsperiode verdwijnen.
12. Essentieel voor ODF-afnemers is daarbij een afneembaar aanbod waarop een business case kan worden gebaseerd, reguleringsduidelijkheid en reguleringszekerheid. Met de uitrol van eigen infrastructuur zijn omvangrijke investeringen gemoeid. Die investeringen worden alleen gepleegd indien aan deze voorwaarden is voldaan.
13. De voorgestelde regulering dient naar de mening van Tele2 op dit punt te worden aangescherpt.

Marge-uitholling

14. De zakelijke markt bevindt zich thans in een transitiefase waarin de toenemende vraag naar hoge bandbreedte voornamelijk in de markt wordt ingevuld door de verdere uitrol van glasvezel. Tele2 is van mening dat er sterke aanwijzingen zijn dat KPN de retailmarkten voor zakelijke netwerkdiensten naar zich toetrekt mede als gevolg van het ontbreken van regulering van de bovenliggende wholesalemakten.
15. Tele2 stelt vast dat KPN zowel op retailniveau als op wholesaleniveau op FttO gebaseerde diensten levert tegen prijzen die door concurrenten waaronder Tele2 niet kunnen worden gematched. Derhalve is in de praktijk sprake van margeuitholling. KPN 'koopt' min of meer de markt. Glas maakt onderdeel uit van de meeste zakelijke aanbestedingen. Deze aanbestedingen worden nagenoeg allemaal door KPN gewonnen. Concurrenten op de passieve laag (Eurofiber, Tele2 en BT) worden daardoor in toenemende mate op achterstand gezet. Dit vergroot hun achterstand op KPN en verslechtert hun mogelijkheden om investeringen terug te verdienen door middel van het bereiken van schaalgroottes, als gevolg waarvan hun concurrentiepositie ten opzichte van KPN verslechtert.

16. Een effectieve ND-5 toets is derhalve essentieel. Naar de mening van Tele2 laat de voorgestelde regulering in het ontwerpbesluit op dit punt teveel ruimte aan KPN.

Noodzaak regulering FttO

17. Samengevat is er in deze transitiefase een noodzaak om FttO te reguleren. Tele2 is dan ook verheugd dat OPTA in deze tot regulering is overgegaan. Bij de nadere invulling van de regulering heeft Tele2 de volgende opmerkingen.

2. Marktafbakening

18. Tele2 is, met de Commissie, van mening dat er sterke aanwijzingen zijn dat ODF-FttO tot de ULL markt behoort. Tele2 verwijst naar haar beroepschrift tegen het ULL besluit. Cruciaal voor Tele2 is echter dat de ODF-FttO markt wordt gereguleerd, waartoe OPTA blijkens het Ontwerpbesluit zal overgaan.

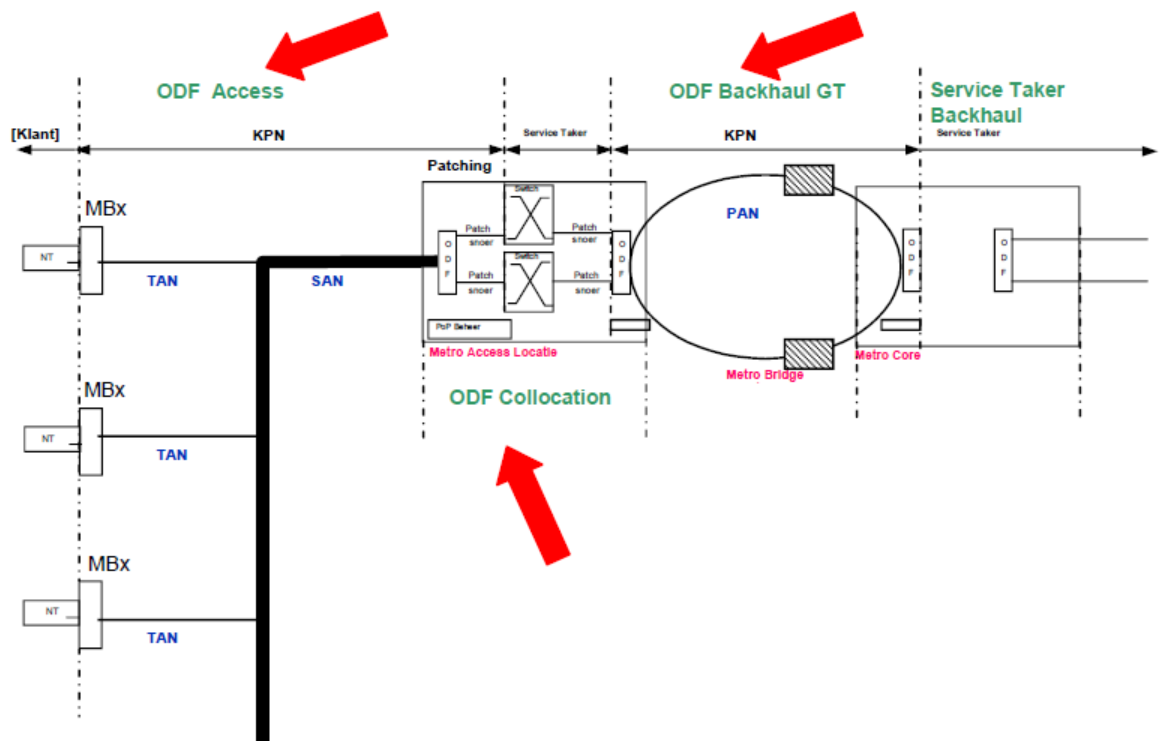
3. Dominantieanalyse

19. Tele2 kan zich vinden in de dominantieanalyse zoals uitgevoerd door OPTA in het Ontwerpbesluit.

4. (Potentiële) mededingingsproblemen & verplichtingen

(i) *Toegang – Business case*

20. Het is essentieel dat KPN in alle gebieden ODF-toegang verleend op efficiënt niveau, dat wil zeggen niet op straatkastniveau, maar op het niveau van de MB/MC. Het ontwerpbesluit spreekt zich hier niet expliciet over uit. Naar de mening van Tele2 zou dit moeten worden verduidelijkt. Overigens volgt deze verplichting ook uit de non-discriminatieverplichting en de NGA-recommendation. Een en ander wordt hieronder toegelicht.
21. Tele2 begrijpt dat glasvezel aansluitlijnen – inmiddels ook binnen O-gebieden – door KPN allang niet meer op straatkastniveau (ook wel Metro Access of MA niveau genoemd) op actieve apparatuur worden aangesloten. In de huidige praktijk worden deze aansluitlijnen in de straatkast namelijk doorgelast of doorgepatched op glasvezelverbindingen uit het Primary Access Network (PAN) van KPN.



22. Het plaatsen van actieve apparatuur op straatkastniveau is immers uitsluitend (economisch) zinvol indien het aantal aan te sluiten zakelijke eindgebruikers op een bedrijventerrein, groter is dan het aantal glasvezels in de PAN ring tussen MB locatie en de straatkast. Zolang er voldoende capaciteit aanwezig is in de PAN ring, is er derhalve geen noodzaak om actieve apparatuur te plaatsen.

23. Het realiseren van ontbundelde toegang op straatkastniveau, vertoont sterke overeenkomsten met het realiseren van SDF toegang. In beide gevallen dient actieve apparatuur geplaatst te worden in de straatkast en dient deze actieve apparatuur met het hogere netvlak te worden verbonden door middel van een backhaul verbinding (in het geval van een access dienst voor zakelijke eindgebruikers dient dit een redundante backhaulverbinding te zijn omwille van de hogere beschikbaarheid).
24. Een ODF afnemer wordt bij deze vorm van toegang geconfronteerd met hoge vaste kosten voor actieve apparatuur, collocatie en backhaul. Deze hoge vaste kosten dienen vervolgens te worden terugverdiend door een relatief laag aantal klanten. De wat grotere bedrijventerreinen kennen gemiddeld zo'n 300 zakelijke eindgebruikers. Voor de komende reguleringsperiode is de aanname dat 50% glasvezel afneemt. De potentiële afzetmarkt is 150 zakelijke eindgebruikers. KPN heeft verreweg het grootste marktaandeel. Onder optimale omstandigheden (greenfield situatie) lijkt een marktaandeel van 10% voor een alternatieve aanbieder het maximaal haalbare. Echter zelfs onder optimale omstandigheden, is er geen business case voor ODF ontbundeling op straatkastniveau: te lage volumes, afgezet tegen te hoge vaste kosten.
25. In de praktijk zullen optimale omstandigheden zich niet/nauwelijks voordoen. Er is geen *greenfield* situatie om twee redenen:
 - a. Nu de 'bovenkant' van de markt van glasvezel is voorzien, zakt de vraag nu richting MKB. Traditioneel is KPN altijd het best gepositioneerd in dit segment. Ofwel de potentiële afzetmarkt is grotendeels in handen van KPN.
 - b. KPN heeft de grootste bedrijventerreinen inmiddels verglaasd. De potentiële afzetmarkt bestaat hier uit een incidentele 'overstapper' en wellicht wat aanwas vanuit de 'onderkant' van de markt. Toetreding op het niveau van de straatkast is uitgesloten.
26. Zoals eerder gesteld, is KPN allang overgegaan op het aansluiten van zakelijke eindgebruikers op een hoger netvlak (MB/MC locatie). Indien het voor KPN niet (economisch) zinvol is om actieve apparatuur te plaatsen in een straatkast, dan is het van een ODF afnemer met een kleiner marktaandeel al helemaal niet te verwachten dat deze een positieve business case kan realiseren op basis van ODF ontbundeling op straatkastniveau. Evenals bij SDF-toegang, faalt ook de business case voor alternatieve aanbieders voor ODF-toegang op straatkastniveau omdat de hoge vaste kosten niet terug verdiend kunnen worden op basis van het (te) lage verwachte marktaandeel. Alleen ODF ontbundeling op MB/MC niveau biedt een levensvatbaar businessmodel. Een toegangsverplichting op straatkastniveau zou dan ook zinloos zijn en zal door Tele2 niet kunnen worden afgenomen. Bovendien kunnen alternatieve aanbieders op grond van de non-discriminatieverplichting aanspraak maken op toegang op hetzelfde niveau als KPN.
27. Het beperken van ODF-toegang tot toegang op straatkastniveau zou bovendien niet in lijn zijn met de NGA Recommendation, waarin is opgenomen dat toegang moet worden geboden op het laagste niveau waar het voor alternatieve aanbieders nuttig is:

“To ensure efficient entry, it is important that access is granted at a level in the network of the SMP operator which enables entrants to achieve minimum efficient scale to support effective and sustainable competition.”⁴

28. OPTA wordt gelet op het bovenstaande dan ook dringend verzocht om in het definitieve besluit de toegangsverplichting zoals neergelegd in het dictumonderdeel VI nader te verduidelijken, in die zin dat KPN verplicht dient te worden om te voldoen aan redelijke verzoeken tot ODF-toegang op het niveau van de MB/MC.⁵
29. Afgezien van de verplichting om efficiënte toegang te waarborgen, geldt bovendien dat uit hoofde van het non-discriminatievereiste toegangsverplichtingen niet tot de straatkast dienen te worden beperkt, ook niet in O-gebieden:
- a. als ontbundeling niet alleen plaatsvindt in de straatkast, maar de mogelijkheid bestaat dat lijnen worden ‘doorgelust’ naar een hoger netvlak (WEAS switch in MC/MB locatie), dient deze vorm van alternatieve toegang ook voor ODF-afnemers beschikbaar te zijn.
 - b. in het geval geen sprake is van seriematige verglazing maar KPN alleen wat lege buizen heeft neergelegd onder hoofdstraten van bedrijventerrein, dan dient het niveau waarop KPN zelf de dienst kan afnemen ook beschikbaar te zijn voor ODF-afnemers.
 - c. in het geval KPN alleen maar een *manhole* heeft gegraven op een bedrijventerrein en vervolgens op het hele omliggende gebied het label ‘O’ heeft geplakt, dan dient het niveau waarop KPN zelf de dienst kan afnemen ook beschikbaar te zijn voor ODF-afnemers.

(ii) Toegang – ‘Off-net’ aansluitingen

30. In het Ontwerpbesluit wordt de toegangsverplichting beperkt tot on-net en near-net locaties, waarbij volgens OPTA een verzoek om near-net toegang binnen een grens van 250 meter van het bestaande netwerk van KPN *in ieder geval* als redelijk wordt aangemerkt. Bij grotere afstand is echter niet duidelijk wanneer OPTA een verzoek redelijk vindt. OPTA beargumenteert dit als volgt:

“Het college is van mening dat een verzoek om near-net toegang binnen een grens van 250 meter van het bestaande netwerk van KPN in ieder geval als een redelijk verzoek dient te worden aangemerkt. Daarbij merkt het college op dat KPN er al langere tijd vrijwillig voor kiest om zowel in haar retailaanbod als in haar wholesale dienstenaanbod (WEAS) klanten die zich binnen een grens van 250 meter bevinden van het bestaande glasnetwerk tegen een standaard eenmalige extra vergoeding aan te sluiten. Deze near-net aansluitingen worden door KPN in feite gepositioneerd als on-net aansluitingen, zij het virtueel (‘virtual on-net’). Doordat KPN zichzelf intern virtual on-net aanbiedt (retail + wholesale) – en deze investeringsbeslissing dus in feite al heeft gemaakt – acht het college verzoeken om deze vorm van near-net toegang (thans tot 250 meter) door externe wholesaleafnemers eveneens redelijk. Deze benadering is naar het oordeel van het college noodzakelijk vanuit de optiek van non-discriminatie en leidt niet tot een

⁴ Commission Recommendation of 20 September 2010 on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA), 2010/572/EU L 251/35.

⁵ Zie Dictum, onder nummer VI.

disproportionele invulling van de toegangsverplichting.” (zie randnummer 543 van het Ontwerpbesluit).

31. Uit onderstaande berichten blijkt dat KPN in het recente verleden voor zogenaamde off-net locaties (volgens KPN zijn dit locaties waarbij klanten zich tussen 250 meter en 1000 meter van het bestaande netwerk bevinden; zie de links hieronder) eveneens standaard tarieven heeft gehanteerd. Op basis van de OPTA's argumentatie zoals vastgelegd in randnummer 543 van het Ontwerpbesluit, dient de toegangsverplichting zich derhalve in ieder geval ook tot deze locaties uit te strekken. Zie in dat kader onder andere:

<https://www.kpn-wholesale.com/nl/over-kpn-wholesale/nieuws/aansluiting-op-zakelijke-glasdiensten.aspx>

<http://www.kpn-wholesale.com/nl/over-kpn-wholesale/nieuws/eenmalige-tarieven-offnet-aansluitingen-tijdelijk-verlaagd.aspx>

<http://nl.acc.kpnwholesale.clockwork.nl/nl/over-kpn-wholesale/nieuws/verlaging-eeenmalige-kosten-voor-zakelijke-offnet-glasaansluitingen.aspx>

http://www.televersal.com/site/media/Tarieven_Zakelijk_Glas_incl_Eindejaars_offensief_1.0_01-09-2011.pdf

32. Voorts zegt OPTA in het Ontwerpbesluit:

“Het college 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. Het college sluit op voorhand evenwel niet uit dat ook andere verzoeken om near-net toegang redelijk zijn en door KPN moeten worden gehonoreerd.” (zie randnummer 544 van het Ontwerpbesluit).

33. OPTA heeft op verzoek van Tele2, het bovenstaande nader toegelicht en heeft aangegeven dat de 250 meter is gemotiveerd vanuit de non-discriminatie gedachte. Indien KPN zichzelf bijvoorbeeld over een jaar near-net tot 500 meter gaat aanbieden, is een extern verzoek om near-net toegang tot 500 meter eveneens redelijk. Het gaat dan om near-net toegang van meer dan 250 meter.

Gegeven de definitie die OPTA in randnummer 543 van het Ontwerpbesluit voor near-net aansluitingen hanteert, zou de toegangsverplichting zich dienen uit te strekken tot alle zakelijke locaties waarvoor KPN eenmalige tarieven hanteert. Met andere woorden, ongeacht het label dat KPN zelf op deze locaties plakt ('near-net', 'off-net', 'far-net', etc.). De genoemde 250 meter grens is in dit verband arbitrair en doet geen recht aan de werkelijkheid.

(iii) Toegang – Uutfasering

34. Het ontwerpbesluit noemt in dit tussendeel VII onder m een aantal voorwaarden waaronder tot uutfasering overgegaan zou moeten worden. In het Ontwerpbesluit is echter geen expliciete minimale uutfaseringstermijn vastgelegd.

35. Gezien de omvang van de benodigde investeringen door alternatieve aanbieders wordt daardoor nodeloos onzekerheid over de minimale terugverdienperiode gecreëerd. Een alternatieve aanbieder die een investering in ODF-toegang overweegt, wordt nu in het ongewisse gelaten. Zeker na het echec met ALL IP dient een minimale terugverdienperiode in het Besluit te worden opgenomen.

36. OPTA dient hier aan te sluiten bij de NGA Recommendation:

“Operators currently enjoying access have a legitimate interest to have an appropriate time to prepare for the changes that substantially affect their investments and their business case. In the absence of a commercial agreement NRAs should ensure that there is an appropriate migration path put in place. Such migration path should be transparent and developed at the necessary level of detail so that operators currently enjoying access can prepare for the changes, including rules for any necessary joint work by access seekers and the SMP operator as well as for the precise modalities of de-commissioning points of interconnection. Existing SMP obligations should be maintained for an appropriate transitional period. This transitional period should be aligned with the standard investment period for the unbundling of a local loop or local sub-loop which is in general 5 years. In case the SMP operator provides equivalent access at the MDF, the NRA may decide to set a shorter period.” (zie randnummer 40 NGA Recommendation).

37. OPTA wordt gelet op het bovenstaande dan ook dringend verzocht om in het definitieve besluit naast alle andere voorwaarden zoals genoemd onder nummer VII onder m van het Dictum een minimale uitfaseringstermijn voor ODF-toegang op te nemen die in ieder geval niet minder dan vijf (5) jaar is.

(iv) ND-5 toets – ten onrechte EEO in plaats van REO

38. Ten onrechte gaat het Ontwerpbesluit bij de invulling van de ND-5-toets uit van een EEO- in plaats van een REO-benadering, althans het Ontwerpbesluit niet voor de schaal- en breedtevoordelen die KPN geniet.

39. Het Ontwerpbesluit kiest er bij de invulling van de ND-5 toets voor om uit te gaan van de voortbrengingswijze en de kostenstructuur van KPN. In randnummer 586 van het Ontwerpbesluit overweegt OPTA daarover het volgende:

“586. Bij de beoordeling van de prijstechnische repliceerbaarheid dient, naar het oordeel van het college, te worden uitgegaan van de wijze waarop KPN de diensten voortbrengt en niet van de voortbrengingswijze van de (grootste) efficiënte concurrent. Het college gaat ervan uit dat KPN een efficiënte aanbieder is. Het college acht het niet wenselijk dat partijen die minder efficiënt zijn dan KPN tegen marge-uitholling beschermd worden, ook niet als sprake is van kostennadelen die niet tijdelijk van aard zijn. Immers, als ook minder efficiënte partijen beschermd worden, zou dat tot structureel hogere prijzen voor eindgebruikers kunnen leiden.”

40. OPTA kiest ervoor alleen aanbieders te beschermen die minstens even efficiënt zijn als KPN (“Equally Efficient Operator” of “EEO”), en niet aanbieders die wel efficiënt

zijn ("Reasonably Efficient Operator" of "**REO**"), maar niet zo efficiënt als KPN, in die zin dat zij (enigszins) hogere kosten hebben wegens het ontbreken van schaal- en breedte- en andere voordelen die KPN wel geniet.

41. Een dergelijke invulling van de ND-5 toets is niet passend. Het in het Ontwerpbesluit verwoorde standpunt komt erop neer dat uitsluitend als efficiënt opererende marktpartij wordt aangemerkt een partij met een schaalgrootte op retailniveau vergelijkbaar met de aangewezen AMM partij. Uitsluitend marktpartijen die over eenzelfde schaalgrootte beschikken dienen volgens het Ontwerpbesluit tegen marge-uitholling beschermd te worden. Dergelijke partijen bestaan niet.
42. Tele2 verwijst voorts naar het rapport van SPC Network (**bijlage 1**), waarin een praktische invulling wordt gegeven voor een invulling van de ND-5-toets op basis van de een REO-benadering. Ten onrechte laat OPTA dit rapport onbesproken.
43. De REO benadering is ook het uitgangspunt van de Europese Commissie in zijn NGA-aanbeveling. De Commissie schrijft daarin:

“(26) [...] In de specifieke context van prijscontroles ex ante die gericht zijn op het handhaven van de effectieve concurrentie tussen exploitanten die niet profiteren van schaal- en toepassingsvoordelen en die verschillende eenheidsnetwerkkosten hebben, zal een „redelijk effectieve concurrent“-test normaal gesproken meer aangewezen zijn.”

44. In het licht van het voorgaande is onbegrijpelijk en niet passend dat in het Ontwerpbesluit wordt gekozen voor een EEO-invulling en niet voor een REO-invulling, althans is onbegrijpelijk en niet passend dat zij bij de invulling van de ND-5-toets geen rekening houdt met de schaal- en breedtevoordelen die KPN wèl en alternatieve aanbieders niet hebben.

(v) ND-5 toets – ongereguleerde wholesale bouwstenen

45. Ten onrechte heeft OPTA niet de verplichting opgelegd om in geval van ongereguleerde wholesalebouwstenen die niet tot het vaste netwerk van KPN behoren steeds het externe door KPN gerekend tarief in aanmerking te nemen.
46. Het Ontwerpbesluit laat KPN ingeval van ongereguleerde wholesalebouwstenen die niet tot het vaste netwerk van KPN behoren, ten onrechte de keuze tussen LRIC en een extern gerekend tarief.

(vi) Non-discriminatie – ten onrechte afwijkende ND-5 toets op bedrijventerreinen

47. OPTA heeft in het Ontwerpbesluit gemeend een afwijkende ND-5 toets voor FttO-O gebieden te moeten opleggen. Tele2 begrijpt argumentatie voor een afwijkende toets op bedrijventerreinen als volgt:
 - a. Investerings in (seriematige) aanleg van bedrijventerreinen zijn recent gepleegd en/of moeten nog moeten worden gepleegd
 - b. Investerings in bedrijventerreinen kennen een hoge mate van voorfinanciering

- c. OPTA zoek balans tussen investeringsprikkel KPN en bescherming van potentiële toegangsvragers
 - d. Toepassing van ND-5 toets (kan) hier resulteren in onevenredige benadeling van KPN's investeringsprikkel
 - e. KPN dient minimaal EDC-minus kosten terug te verdienen, low-end klanten niet bereid het gevraagde tariefniveau te betalen
 - f. Hoge penetratie vereist om investering terug te verdienen, relatief veel low-end klanten op bedrijventerreinen
 - g. ND-5 toets staat in de weg dat tarieven in voldoende mate kunnen worden gedifferentieerd langs de vraagcurve
 - h. Zonder deze differentiatie in tarieven geen penetratie, geen investeringen door KPN in bedrijventerreinen
48. OPTA's afwijkende ND-5 toets is als volgt ingericht:
- a. Periodieke vergoeding(en) voor de ontbundelde aansluitlijn wordt ontmiddeld op basis van de tariefstructuur van de FttO-wholesalediensten op metroniveau;
 - b. Ontmiddeling leidt niet tot extern ontmiddelde periodieke vergoeding(en) voor ODF-access (FttO).
49. Naar mening van OPTA zou een afwijkende ND-5 toets de alternatieve afnemers van ODF-toegang niet op een achterstand zetten:

“Ontmiddeling leidt niet tot extern ontmiddelde periodieke vergoeding(en) voor ODF-access (FttO).” (zie randnummer 599 van het Ontwerpbesluit).

“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.” (zie randnummer 596 van het Ontwerpbesluit).

Onduidelijkheid en oncontroleerbaarheid

50. Vooropgesteld: Tele2 heeft zeer slechte ervaringen met ontmiddeling door KPN. In de situaties waarin KPN in het verleden zelf heeft mogen ontmiddelen, is dit ten koste gegaan van alternatieve aanbieders! In het Dictum van het Ontwerpbesluit zijn weliswaar enkele rapportageverplichtingen opgenomen voor KPN,⁶ echter, deze zijn naar de mening van Tele2 niet voldoende. Deze rapporten zijn immers vanwege het vertrouwelijke karakter niet kenbaar voor marktpartijen die daardoor worden verhinderd om hun expertise in te brengen. Ook voor de controle op de naleving van de ND-5 toets is het in het verleden van groot belang gebleken dat marktpartijen hun expertise kunnen inbrengen.
51. De onduidelijkheid en oncontroleerbaarheid is des te ernstiger nu de definitie van O-gebied onduidelijk is.
52. In het Ontwerpbesluit gaat OPTA ervan uit dat een O-gebied een bedrijventerrein is dat is verglaasd op basis van vraagbundeling en voorinvestering. De investeringen in de verglazing van een O-gebied kenmerken zich volgens OPTA doordat ze (a) gedaan worden voor een klantgroep waarin zich relatief veel low-end klanten bevinden

⁶ Zie Ontwerpbesluit, Dictum onder XVIII, XIX en XX.

(hetgeen een hoge penetratie vereist), (b) recent gepleegd zijn en/of nog moeten worden gepleegd en (c) een hoge mate van voorfinanciering kennen.⁷

53. De wijze waarop KPN FttO-O gebieden aanlegt, is echter in de loop der jaren sterk veranderd. Initieel werden bedrijventerreinen aangelegd waarbij het ODF ontkoppelpunt op sublokaal (straatkast)niveau lag. Vervolgens is KPN veel pragmatischer te werk gegaan (alleen vooraanleg van eenvoudig/goedkoop aan te sluiten locaties, vooraanleg van lege buizen op belangrijkste routes, geen actieve apparatuur meer in straatkasten maar locaties aansluiten vanuit MB/MC). Deze aanpak is begrijpelijk maar werpt wel de vraag op waarin een FttO-O gebied zich nu exact onderscheidt van de andere gebieden, temeer nu de gebiedsclassificatie van O, A, B en C gebieden regelmatig verandert.⁸
54. Nu de definities van gebieden niet tot een eenduidige afbakening leiden, is een ontmiddeling van tarieven reeds om die reden onduidelijk en oncontroleerbaar.

Replicatie van diensten op retailniveau wordt onmogelijk gemaakt

55. Tele2 maakt voorts op de volgende punten bezwaar tegen de voorgestelde middeling:
- a. Voor succesvolle middeling (bijvoorbeeld tussen low-end en high-end klanten) geldt de wet van de grote getallen. De partij met de grootste aantallen loopt het minste risico en kan deze strategie het meest succesvol exploiteren.
 - b. Daarnaast gaat op dat een aanbieder die breedtevoordelen geniet in het voordeel is bij dergelijke middeling. Het is voor een dergelijke aanbieder eenvoudiger om, met volle benutting van haar breedtevoordelen, een hogere ARPU te realiseren. Daarmee loopt deze aanbieder een lager risico ivm overige aanbieders.
 - c. Zie ook het citaat van de Commissie: ‘Voorts biedt KPN een breder dienstenpakket aan dan zijn concurrenten en zou het zijn vaste kosten over meer verschillende zakelijke diensten kunnen spreiden.’ Besluit van de Commissie NL/2012/1298.
56. Voorts ligt aan de basis van OPTA's afwijkende toets een motivering ten grondslag die strijdig is met de analyse die OPTA heeft uitgevoerd. OPTA stelt het volgende:

“De toets op dienstniveau staat er derhalve in een dergelijke situatie (met low-end klanten met een lagere betalingsbereidheid en high-end klanten met een hogere betalingsbereidheid) aan in de weg dat tarieven in voldoende mate kunnen worden gedifferentieerd langs de vraagcurve” (zie randnummer 594 van het Ontwerpbesluit).

57. Deze cruciale aanname die ten grondslag ligt aan de afwijkende toets, staat haaks op OPTA's eigen marktanalyse, rapporten t.b.v. de marktanalyse en opmerkingen van BEREC en EC inzake de dominantie-analyse:

“De businesscase voor ODF-access (FttO) in de volgende reguleringsperiode zal immers bestaan in de aansluiting van middelgrote ondernemingen via

⁷ Zie randnummers 259, 262 en 595 van het Ontwerpbesluit.

⁸ Zie Ontwerpbesluit, randnummer 273.

vraagbundelingsprojecten. Deze ondernemingen beschikken gemiddeld genomen over een beperkt budget en kunnen enkel winstgevend op een glasvezelnetwerk worden aangesloten als de kosten voor de aansluiting tussen het gebouw en het netwerk beperkt blijven.” (zie het Besluit van de Commissie NL/2012/1298);

“Juist omdat de verwachting is dat de toekomstige glasvraag bij deze kleinere locaties groeit, heeft KPN de komende jaren de beste uitgangspositie in zakelijk glas”. (zie randnummer 316 van het Ontwerpbesluit) en

“Connecties met een behoefte aan extreem hoge, symmetrische bandbreedte (denk aan datacenters en hoofdkantoren van multinationals) zijn nu al vaak verglaasd. De keuze voor glasvezel was daar, door de capacitaire en kwaliteitsbeperkingen van koper en kabel, eenduidig. Nu zet de verglazing zich door “naar beneden”, richting partijen die kunnen kiezen tussen koper, kabel en glasvezel. De keuze voor de ene drager boven de andere zal uiteindelijk een gewone investeringsbeslissing zijn.” (zie Roland Berger, Prospectief onderzoek naar de marktontwikkelingen op het gebied van elektronische communicatie in de Nederlandse zakelijke markt, pagina 34).

58. Alle bovenstaande bronnen stellen nadrukkelijk dat high-end klanten met hoge betalingsbereidheid allang op glasvezel zitten en dat de vraag nu verschuift naar zakelijke gebruikers met lagere betalingsbereidheid.
59. Voorts is de afwijkende toets strijdig aan OPTA's ND-5 doelstelling. Zie uit het Ontwerpbesluit:

“Indien KPN's downstreamdiensten (dat kan een retaildienst of een wholesaledienst zijn) te allen tijde en overal (dus onafhankelijk van de locatie van de betreffende aanbieder of levering) prijstechnisch repliceerbaar zijn, wordt een level playing field gecreëerd.” (zie randnummer 582 van het Ontwerpbesluit).

“Het college is van oordeel dat alleen een toets op dienstniveau een voldoende beschermingsniveau biedt.” (zie randnummer 582 van het Ontwerpbesluit).

60. Met de, door OPTA voorgestelde ontmiddeling van ODF tarieven, is het niet meer mogelijk om KPN's downstream diensten op dienstniveau te repliceren.

Afrondend – geen ND-5 ontmiddeling

61. KPN heeft de high-end klanten allang van glasvezel voorzien. Externe afnemers van ODF-FttO kunnen dus niet 'mixen' met klanten met hoge opbrengsten maar worden wel geconfronteerd met een hoger ontmiddeld tarief als gevolg van de aanwezigheid van high-end klanten in KPN's installed base (KPN exploiteert deze terreinen immers al jaren, high-end klanten zitten bij KPN). De afwijkende toets is hiermee een toetredingsdrempel van formaat. Bovendien leidt deze toets tot een volstrekt onduidelijke en oncontroleerbare situatie.

(vi) Subsidiair ND-5 - Indien voor O-gebieden door KPN een ontmiddelde ondergrens mag worden gehanteerd, dan dienen ook de FttO-access tarieven te worden gedifferentieerd

62. Indien ondanks de genoemde bezwaren door KPN voor O-gebieden toch ontmiddelde ondergrenzen zouden mogen worden gehanteerd, dan dienen tenminste de tarieven voor FttO-access die aan ODF-afnemers in rekening worden gebracht dienovereenkomstig te worden ontmiddeld. Tele2 heeft OPTA daarop ook in de pre-consultatie fase gewezen (bijlage 2 bij deze zienswijze). Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om op basis van het bedrijfsprofiel (aantal geautomatiseerde werkplekken, sector waarin bedrijf actief is) een bedrijfslocatie te 'waarderen' (en daar vervolgens een ontmiddeld ODF tarief aan te verbinden).
63. Het hanteren van gedifferentieerde wholesaletarieven voor functioneel vergelijkbare diensten is bepaald geen noviteit in een reguleringscontext. Er zijn meer voorbeelden van wholesalediensten die functioneel eender zijn maar waarvan de tarieven, om aan te sluiten bij de commerciële praktijk op retailniveau, ook op wholesaleniveau zijn ontmiddeld.
64. Zo zijn er piek en dal belminuten. En zo waren er in het kader van de WLR-tariefregulering aparte tarieven voor zakelijke aansluitingen en voor consumenten aansluitingen. Het verschil tussen beide WLR tarieven komt voort uit de verschillende retail-minus kosten voor residentiële en zakelijke eindgebruikers. Ook dit is derhalve een duidelijk voorbeeld waarbij ervoor is gekozen om de wholesaletarieven aan te laten sluiten bij de (commerciële) retailpraktijk.

(vii) Subsidiair ND-5 - Transparantie – Definitie O-gebied en aankondigingstermijn wijzigingen in gebiedskwalificatie

65. Indien ondanks de hiervoor onder (v) genoemde bezwaren wordt vastgehouden aan de afwijkende verplichtingen voor FttO-access in zogenaamde O-gebieden, zullen in ieder geval waarborgen moeten worden opgenomen om misbruik te voorkomen. In het bijzonder zal alsdan tenminste moeten worden voorkomen dat KPN de, op haar rustende, verplichtingen uit het Ontwerpbesluit (ND-5 toets, verbod op tariefdifferentiatie, tariefregulering) kan omzeilen door de gebiedskwalificatie, naar eigen goeddunken, aan te passen. Een A-gebied zou zo maar tot O-gebied kunnen worden verklaard, en andersom.
66. Om die reden verzoekt Tele2 OPTA in dat geval om in het definitieve besluit de gebiedskwalificaties (O, A, B, C-gebieden) objectief en transparant te definiëren. Met andere woorden, het moet voor alle betrokken partijen inzichtelijk zijn hoe een bepaald gebied kwalificeert en KPN moet niet de mogelijkheid hebben om een bepaald gebied plotseling van kleur te laten verschieten. Een wijziging dient alleen mogelijk te zijn indien daar objectieve redenen voor zijn.
67. OPTA wordt dringend verzocht in het definitieve besluit duidelijk te definiëren wat een O-gebied is. Zoals hiervoor onder (v) is toegelicht, is die kwalificatie op dit moment arbitrair.

68. Voor haar informatiebehoefte om de situatie ter plaatse inzichtelijk te krijgen kan OPTA terugvallen op de NGA Recommendation:⁹

“It is therefore important that NRA’s obtain the necessary information to assess whether and where ducts and other local loop facilities are available for the purpose of deploying NGA networks. NRA’s should use their powers under Directive 2002/21/EC to obtain all relevant information on location, capacity and availability of such facilities.” (zie randnummer 12 NGA Recommendation).

69. In aanvulling op een duidelijke definitie dringt Tele2 er in dit geval tevens bij OPTA op aan om in het Ontwerpbesluit een aankondigingstermijn voor wijzigingen in gebiedskwalificaties op te leggen. Daarbij is Tele2 van mening dat een minimale aankondigingstermijn van achttien (18) maanden redelijk moet worden geacht. Uit de praktijk is immers gebleken dat de representatieve doorlooptijd voor bijvoorbeeld het seriematig verglazen van bedrijventerreinen (inclusief vergunningen e.d.) minimaal achttien maanden is.

⁹ Commission Recommendation of 20 September 2010 on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA), 2010/572/EU L 251/35

Bijlage 1

Bijlage 2