



OPTA marktanalyse hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en -huurlijnen

Reactie van KPN op het ontwerpbesluit 14 september 2012
(kenmerk: OPTA/AM/2012/202345)

- OPENBARE VERSIE -

KPN
Contactpersonen: mr. I.M.A. van der Hart
Postbus 30 000
2500 GA Den Haag
iris.vanderhart@kpn.com

Kenmerk: R/12/U/110

25 oktober 2012

Inleiding en samenvatting

KPN heeft kennis genomen van het ontwerpbesluit marktanalyse hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en – huurlijnen (hierna: HK-WBT/HL) en het ontwerpbesluit ontbundelde toegang tot zakelijke netwerken (hierna: ODF-access (FttO)) dat het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) op 14 september 2012 heeft gepubliceerd. De uitgevoerde marktanalyse is de uitkomst van een nader onderzoek dat het college op 4 mei 2012 aankondigde, nadat de Europese Commissie op 21 maart 2012 kenbaar maakte ernstige twijfels te hebben bij het ontwerpbesluit ODF-access (FttO) en het ontwerpbesluit WBT/HL van 21 februari 2012. Volgens de Europese Commissie was er kort samengevat onvoldoende overtuigend bewijs voor de uitkomsten van de analyse geleverd. De ernstige twijfels van de Commissie werden door BEREC grotendeels onderschreven.¹ Gegeven het grote belang dat het college hecht aan de door de Europese Commissie kenbaar gemaakte ernstige twijfels en aan de in beide zaken door BEREC uitgebrachte adviezen, heeft het college de notificaties van de ontwerpbesluiten ODF-access (FttO) en WBT/HL van 21 februari 2012 ingetrokken.

Als gevolg van de ernstige twijfels van de Commissie heeft het college – zoals gezegd – de twee ontwerpbesluiten ingetrokken die onderdeel vormden van het totaal van de ex ante regulering op de markten voor elektronische communicatie 2012–2014. Dit bouwwerk van ex ante regulering is in hoofdlijnen en vanuit een breder perspectief beschreven in de Reguleringsvisie van het college van 23 juni 2011 en in de daaropvolgende marktanalysebesluiten, waaronder het marktanalysebesluit ULL (MDF/SDF/FttH) van 29 december 2011. De ex ante regulering 2012–2014 was het resultaat van een uitvoerige marktanalyse die het college eind 2010 was gestart, waarin het college uitgebreid onderzoek had gedaan en de markt op diverse momenten had betrokken en deelgenoot had gemaakt van zijn bevindingen.

Sinds de serious doubts van de Europese Commissie van 21 maart 2012 heeft het college in minder dan 6 maanden zijn aanvankelijke conclusies over de ODF-access (FttO) en HK-WBT/HL analyse 180° gewijzigd van een situatie van ‘niet reguleren ODF-access (FttO) en lichtere regulering HK-WBT/HL (alleen koper; glas geen regulering)’ naar een situatie van ‘alle verplichtingen op ODF-access (FttO) en eveneens alle verplichtingen op HK-WBT/HL zowel over koper als glas’.

Het college legt op de markt voor HK-WBT/HL KPN kortweg de verplichting op om HK-WBT/HL toegang te verlenen via het koper- en glasnetwerk. KPN krijgt de verplichting tot non-discriminatie en transparantie opgelegd en bovendien legt het college nu alsnog bovengrensregulering op voor de tarieven van alle koper- en glasdiensten. Voor de markt voor ODF-access (FttO) gaan vergelijkbare verplichtingen gelden; KPN dient aan de verplichting te voldoen om toegang te verlenen tot glasaansluitingen, er gaan non-discriminatie en transparantie verplichtingen gelden en tot slot wordt bovengrenstariefregulering opgelegd. Aldus ontstaat er dubbele toegangsregulering, zowel op ODF-access (FttO) als op HK-WBT/HL.

Bezwaren KPN tegen de voorgenomen regulering

KPN heeft grote moeite met de voorgenomen verplichtingen als uitkomsten van deze marktanalyses. Deze uitkomsten zijn niet alleen een 180° koerswijziging van het college, ze zijn ook onverenigbaar met de ontwikkelingen in de markt en bovenal hebben deze uitkom-

¹ Zie brief van het college inzake intrekking notificatie ontwerpbesluiten ODF-access (FttO) en HK-WBT/HL, 4 mei 2012, kenmerk OPTA/AM/2012/201295.

sten, zoals KPN heeft becijferd in een impactanalyse, zeer ingrijpende negatieve gevolgen voor de markt voor zakelijk glas. **[KPN vertrouwelijk –**

]. Naar de stellige mening van KPN zal de voorgenomen regulering geen toetreding of extra prijsconcurrentie bevorderen. Daarnaast worden investeringen in zakelijk glas waarschijnlijk afgeremd. De door het college beoogde reguleringseffecten zullen derhalve niet worden gerealiseerd en ondersneeuwen bij de negatieve effecten. Onderdeel van de negatieve effecten is een toename van de investeringsonzekerheid tijdens een toch al moeilijk financieel-economisch klimaat waarin juiste lange termijn zekerheid gevraagd is. Dit brengt de kans op het realiseren van de doelstellingen van Digital Europe (zie NGA Aanbeveling) eerder verderaf dan dichterbij.

Nederland is, voor zover KPN heeft kunnen nagaan, het enige land in Europa waar een dergelijke zware vorm van regulering wordt overwogen voor zakelijk glas. Dit is des te meer onbegrijpelijk gezien het feit dat Nederland een van de weinige landen in Europa is die gekenmerkt wordt door reeds aanwezige infrastructuurconcurrentie. Kabelaanbieders als Ziggo, UPC en Delta en glasaanbieders als Eurofiber, Relined of lokale partijen hebben een eigen netwerk dat tot stand is gekomen in afwezigheid van regulering en dat de nodige concurrentiedruk uitoefent op het koper- en glasnetwerk van KPN. Ook met dit aspect houdt het college nauwelijks rekening bij het opleggen van verplichtingen.

Het college heeft bij het opleggen van verplichtingen geen of althans onvoldoende rekening gehouden met het feit dat er sprake is van regulering van ontbundelde toegang over koper (MDF/SDF) en FttH. Deze regulering heeft vanzelfsprekend impact op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten. Door geen rekening hiermee te houden zijn de voorgenomen verplichtingen op de markt voor HK-WBT/HL voor koper en glas en ODF-access (FttO) niet passend of proportioneel.

Het college heeft eveneens geen rekening gehouden met het feit dat er niet sprake is van een stabiele situatie in de markt. Het zakelijk glasnetwerk moet nog voor een groot gedeelte uitgerold worden en vergt nog forse investeringen. Het opleggen van een ODF-access (FttO) verplichting kan derhalve niet vergeleken worden met een ontbundeling van het koperen netwerk waar reeds sinds lange tijd een stabiele infrastructuur wat betreft aansluitnetwerken bestaat. Zowel bij het opleggen van de toegangsverplichting als bij het opleggen van de diverse andere verplichtingen houdt het college onvoldoende rekening met deze kenmerken van een grotendeels nog uit te rollen infrastructuur voor aansluitnetwerken op basis van FttO.

Voor KPN zijn deze uitkomsten temeer onacceptabel nu de markt voor zakelijke glas op passief en actief niveau tot nu toe de facto ongereguleerd is gebleven en het college zelf erkent in het huidige ontwerpbesluit ODF-access (FttO) dat een AMM positie van KPN op de markt voor ODF-access (FttO) niet zonder meer evident is. Bovendien is KPN van mening dat het hier niet of niet zozeer gaat om een nationale markt, maar om lokale/regionale markten met grote verschillen. Als er al in dat patchwork van lokale/regionale aansluitnetwerken gereguleerd dient te worden, dan zou dat niet alleen voor KPN moeten gelden, maar voor alle lokaal/regionaal dominante partijen (Eurofiber, kabelaanbieders, sterke lokale glaseigenaars, etc.).

KPN deelt de conclusies aangaande de retail en wholesale marktafbakeningen van het college niet en evenmin dat zij een AMM heeft op de markt voor HK-WBT/HL en de landelijke markt voor zakelijk glas ODF-access (FttO) en kan zich ook niet vinden in de voorgenomen

ex ante regulering van de markt en de voorgestelde verplichtingen. De verplichtingen zijn in geen enkel opzicht proportioneel en passend; ze schieten volgens KPN door als ervan uitgegaan dient te worden dat het wel of niet reguleren van de markt voor zakelijk glas een 'dubbeltje op zijn kant' situatie was. Desalniettemin zal KPN in onderhavige een reactie geven op de voorgenomen verplichtingen aangezien de consultatie hiervoor de geëigende weg is.

KPN heeft onder meer grote bezwaren tegen de volgende verplichtingen uit de ontwerpbesluiten:

- dubbele toegangsregulering op glas (passief en actief);
- dubbele ND-5 regulering en verzwaring middels EDC-minus ervan;
- bovengrensregulering koper en glas;
- near-net verplichting.

Tot slot staat de voorgenomen regulering tot 31 december 2015, aannemende dat deze 1 januari aanstaande in werking treedt, zowel inhoudelijk als qua horizon haaks op de uitgangspunten van de Europese Commissie zoals onder andere uiteengezet in de NGA 2010 en het memo van 12 juli 2012 *'Enhancing the broadband investment environment'*. Dit memo is bedoeld om *'durable regulatory guidance - to last until at least 2020'* te geven. V-P Kroes verwacht dat deze guidance eind 2012 aangenomen wordt. Het pakket bevat drie kernelementen:

- 1) *tougher non-discrimination rules* which ensure that incumbents do not get an unfair advantage. That means mechanisms ensuring competing operators get the same inputs, on equal terms and of equal quality, as the incumbent's own retail operations. Also that their margins are not artificially squeezed. This should enable alternative operators to compete on quality and service, in addition to price.
- 2) *Stable copper prices*: no price cuts on average to what incumbent network operators can charge to competitors buying wholesale access to their copper networks. The evidence shows that lowering copper prices (from current average of €9 per month) will not induce greater investment in very fast broadband. But we do need to aim at more consistency in the approach to price regulation across Member States. There are some justifiable differences due to local conditions, but current outcomes vary too much.
- 3) *More flexibility for "next generation" wholesale products*: national regulators will no longer be required to apply cost-oriented price regulation in almost all circumstances. But the flexibility on "next generation" pricing will depend on application of the non-discrimination rules to ensure genuine equal treatment of competitors, and on a competitive counterweight from copper-based services or other infrastructures like cable and 4th generation wireless.

Het college heeft deze nieuwe benadering niet in zijn analyse betrokken en KPN is van mening dat met de voorgestelde regulering precies het omgekeerde bereikt. De Commissie daarentegen geeft in de recente Finse en Poolse zaak wel al richtlijnen in lijn met de nieuwe benadering. KPN begrijpt dan ook niet dat het college zelf ook niet deze route verder heeft verkend **[KPN vertrouwelijk –**

1.

Nadere toelichting bezwaren tegen de voorgenomen regulering

KPN heeft grote bezwaren tegen de keuze van het college om een dubbele ND-5 toets (en bovendien op basis van EDC-minus) te hanteren; een toets tussen passief ODF-access (FttO) en actieve HK-WBT/HL diensten en een toets tussen actieve wholesale diensten en zakelijke retail diensten.

In de periode 2009-2010 bestonden deze verplichtingen ook(althans voor de vernietiging van de relevante marktbesluiten). Echter, toen was de ND-5 toets gebaseerd op LRIC. Het huidige glasportfolio van KPN is nagenoeg geheel op dit principe geijkt. Ook in afwezigheid van regulering, in de periode 2011 tot op heden heeft KPN dit gecontinueerd.

Het college overweegt thans de ND-5 toets voor zakelijk glas aan te passen en conform het ULL besluit van 29 december 2011 LRIC als kostenbasis te vervangen door EDC-minus.

KPN heeft reeds bij de totstandkoming van het marktanalysebesluit ULL (MDF/SDF)-ODF (FttH)² aangegeven het fundamenteel oneens te zijn met de keuze van het college om bij de invulling van de ND-5 verplichting de kostengrondslag van LRIC naar EDC-minus te wijzigen. Volgens KPN was dit een niet te rechtvaardigen verzwarende ten opzichte van de huidige regulering. Voor KPN is deze 'verzwarende' niet te rijmen met het hogere belang van concurrentie tussen verschillende infrastructuren en met het belang van afnemers van actieve wholesale diensten die door deze verzwarende slechter af zijn omdat de prijsbodems door een combinatie van de aangescherpte non-discriminatieverplichting en de gewijzigde ND-5 hoger worden. Hun concurrentiepositie verslechtert niet alleen ten opzichte van afnemers van ULL maar vooral ten opzichte van andere aanbieders met eigen infrastructuur.

De invulling op basis van EDC-minus leidt tot forse squeeze situaties bij de tarieven van actieve wholesalediensten en tarieven van retailediensten voor onnet en near-net glasaansluitingen. Dit zal volgens KPN leiden tot een forse prijsverhoging van zakelijk glas diensten. **[KPN vertrouwelijk -**

1.

Dat dit op korte termijn niet wenselijk is voor afnemers van HK-WBT/HL en voor eindgebruikers is vanzelfsprekend, maar daarbij zal een dergelijke prijsverhoging ook op langere termijn eindgebruikers schaden. Hogere prijzen zullen glasdiensten minder aantrekkelijk maken voor eindgebruikers. Bij onvoldoende interesse in zakelijk glas zal het steeds moeilijker worden om een business case rond te krijgen en komt verdere uitrol van zakelijk glas in het geding.

KPN heeft verder grote bezwaren tegen de voorgenomen bovengrensregulering voor HK-WBT/HL over koper en glas. KPN kan op de eerste plaats niet volgen hoe het college tot de conclusie komt dat er in dezelfde markt een risico is voor te lage en te hoge prijzen. Het college lijkt dit eerder te poneren dan aannemelijk te maken op grond van feiten. **[KPN vertrouwelijk -**

² Besluit van het college van 29 december 2011.

]. Ook leidt de keuze van het college voor hetzelfde kostensysteem van EDC en EDC-minus voor respectievelijk boven- en ondergrensregulering en de inconsistentie ten aanzien van ontmiddeling tussen boven- en ondergrensregulering ertoe dat elke tariefflexibiliteit voor KPN aan onderkant van de markt wordt weggenomen. Hierdoor wordt onnodig waarde uit de markt gehaald, waardoor de business case voor glas slechter wordt, ook voor toetreders en concurrenten op eigen infrastructuur.

Tot slot heeft KPN bezwaren met het voornemen van het college om KPN een aanlegplicht op te leggen voor nieuwe glasaansluitingen naar zakelijke klanten van andere telecomaانبieders die binnen 250 meter van het KPN aansluitglas liggen. Allereerst meent KPN dat het college een dergelijke verplichting op grond van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) niet kan opleggen omdat er helemaal geen sprake is van een aansluitlijn waartoe KPN toegang kan bieden. Verder meent KPN dat deze verplichting niet passend en proportioneel is wanneer zij wordt gedwongen te investeren in mogelijk onrendabele aansluitingen waarbij KPN het risico loopt dat de investeringen niet (of niet binnen een redelijke termijn) worden terugverdiend. Ook risico van onvoorspelbare investeringen door lokale omstandigheden komt volledig bij KPN te liggen.

Conclusie

In deze inleiding heeft KPN duidelijk willen maken grote bezwaren te hebben tegen de voorgenomen regulering van de markt voor zakelijk glas. KPN is het oneens met de retail en wholesale marktafbakeningen en constatering dat zij AMM zou hebben op de HK-WBT/HL markt en de landelijke markt voor ODF-access (FttO). De ingrijpende impact van de regulering op tarieven neemt iedere investeringsprikkel weg in een klimaat dat nu al niet gunstig is voor investeringen. Met deze voorgenomen regulering zal worden KPN mogelijk gedwongen haar investeringsbereidheid in deze markt te herzien en acht dan ook denkbaar dat de regulering negatieve effecten heeft voor de uitrol van zakelijk glas. Deze reguleringsonzekerheid is niet alleen voor KPN en andere marktpartijen onwenselijk maar ook voor de eindgebruikers heeft het gevolgen en is niet in lijn met het voornemen van de Commissie inzake NGA.

Vertrouwelijkheid

KPN doet een uitdrukkelijk beroep op de vertrouwelijkheid van informatie die in dit document en de daarbij behorende bijlagen als zodanig wordt aangeduid. **Vertrouwelijke informatie in de tekst wordt in vette letter weergegeven.** Deze informatie mag niet zonder toestemming van KPN openbaar worden gemaakt. Zoals verzocht, zal KPN ook een openbare versie van deze reactie zenden.

Inhoud

In dit document worden de volgende onderwerpen behandeld:

1	Algemene opmerkingen	7
1.1	<i>Aanvankelijke conclusies analyse van de markt voor zakelijk glas</i>	7
1.2	<i>Serious doubts van de Europese Commissie</i>	9
1.3	<i>Recente beleidsopvatting NGA van de Vice-President Kroes</i>	10
1.4	<i>Doel van de regulering</i>	12
1.5	<i>Gehanteerde aanpak bij ontwerpbesluit HK-WBT/HL</i>	13
1.6	<i>Asymmetrische regulering</i>	16
2	Retailmarkt zakelijke netwerkdiensten	18
2.1	<i>Inleiding</i>	18
2.2	<i>Marktafbakening van de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten</i>	18
2.3	<i>Dominantieanalyse van de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten</i>	24
2.4	<i>Conclusie</i>	47
3	De markt voor wholesale breedbandtoegang en -huurlijnen	48
3.1	<i>Inleiding</i>	48
3.2	<i>Marktafbakening</i>	48
3.3	<i>Dominantieanalyse markt voor HK-WBT/HL</i>	52
3.4	<i>Toetredingsdrempels</i>	55
4	Potentiële mededingingsproblemen	56
4.1	<i>Inleiding</i>	56
4.2	<i>Aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen</i>	56
4.3	<i>Prijsgerelateerde potentiële mededingingsproblemen</i>	58
5	Verplichtingen HK-WBT/HL	60
5.1	<i>Inleiding</i>	60
5.2	<i>Toegang</i>	62
5.3	<i>Non-discriminatie</i>	69
5.4	<i>Transparantieplichting en referentieaanbod</i>	83
5.5	<i>Tariefregulering</i>	84
5.6	<i>Tariefannexen</i>	85
6	Effectentoets HK-WBT/HL	90
7	Overzicht bijlagen	91

1 Algemene opmerkingen

1.1 *Aanvankelijke conclusies analyse van de markt voor zakelijk glas*

Eind 2010 is het college gestart met de derde ronde marktanalyses. Deze marktanalyses moesten uitmonden in een nieuw reguleringspakket voor de periode 1 januari 2012 tot en met 31 december 2014. Het college heeft sinds eind 2010 uitgebreid onderzoek gedaan en de markt op diverse momenten betrokken en deelgenoot gemaakt van zijn bevindingen. KPN brengt een aantal hiervan kort in herinnering:

- tijdens de Industry Group van 14 april 2011 met als agenda ‘voorlopige bevindingen marktanalyses 2011’ concludeerde het college dat er sprake was van een toename van concurrentie in de markt voor zakelijke netwerkdiensten en van prijsdruk op zakelijke diensten door de toegenomen kwaliteit van consumentenproducten. Op de markt voor wholesale breedbandtoegang en huurlijnen constateerde het college een ontwikkeling richting concurrentie (met prikkels voor commercieel aanbod KPN) in aanwezigheid van effectieve ULL regulering.

- in de reguleringsvisie op de markten voor elektronische communicatie 2012–2014 van 23 juni 2011 vat het college in een aantal conclusies de ontwerpbesluiten samen. Zo heeft het college in het ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang geconcludeerd dat ODF-access (FttO) geen substituuat is voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk en komt dan ook in de marktanalyse ontbundelde toegang (FttO) tot de conclusie dat er een aparte wholesale markt is waartoe in ieder geval ODF-access (FttO) behoort. Het college heeft voorts geconcludeerd dat op dat moment niet is vast te stellen dat KPN op deze markt AMM heeft en is dan ook op deze markt niet toegekomen aan het opleggen van verplichtingen. In het ontwerpbesluit WBT/HL heeft het college geconcludeerd dat KPN, vanwege de minder sterke positie van kabelaanbieders en het grote belang van een landelijk dekkend netwerk, op de markt voor hoge kwaliteit wholesale breedband toegang en huurlijnen AMM heeft. Het college zou op deze markt dan ook verplichtingen opleggen. Echter, de regulering wordt ten opzichte van 2008 beperkt tot toegang, non-discriminatie en transparantie en tevens beperkt tot KPN's kopernetwerk.

- in de ontwerpbesluiten ODF-access (FttO) en HK-WBT/HL van 21 februari 2012, 8 maanden later, persisteerde het college in zijn conclusies. Het college bleef bij zijn conclusie dat de markt voor ODF-access (FttO) daadwerkelijk concurrerend was. Het college onderbouwde deze conclusie samengevat als volgt: KPN beschikt op de markt voor ODF-access (FttO) in Q3 2011 over een marktaandeel van 40-45 procent. Het marktaandeel van KPN is de afgelopen jaren redelijk stabiel gebleven ten opzichte van haar concurrenten en de verwachting is dat het marktaandeel van KPN prospectief eind 2014 tussen de 40 en 55 procent zal liggen. Een dergelijk marktaandeel is op zichzelf zonder bijkomende aanwijzingen onvoldoende om te concluderen dat KPN beschikt over AMM. Van dergelijke bijkomende aanwijzingen was naar het oordeel van het college onvoldoende sprake. Hoewel KPN beschikt over beperkte netwerkdekkingsvoordelen en schaal- en breedtevoordelen, en KPN minder dan haar concurrenten te maken heeft met overstapdrempels, was het college van oordeel dat deze voordelen niet eenduidig van dien aard zijn dat deze KPN in staat stellen zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Ook in het gedrag van KPN zag het college geen aanwijzingen voor AMM. Zo biedt KPN op de onderliggende markt voor HKWBT/HL glastoegang aan tegen concurrerende voorwaarden

waardoor afnemers niet alleen bij concurrenten, maar ook bij KPN aanvullende netwerkdekking kunnen inkopen. In de praktijk gebeurt dat ook.'

Het college handhaafde ook zijn conclusie dat KPN op de markt voor hoge kwaliteit wholesale breedband toegang en huurlijnen AMM heeft. Het college heeft daarbij expliciet aangegeven dat hij voorrang geeft aan verplichtingen die de infrastructuurconcurrentie verder bevorderen en dat dit betekent dat hij de voorkeur geeft aan toegangsdiensten die marktpartijen zoveel mogelijk een prikkel tot investeren geven. Om de geconstateerde mededingingsproblemen te adresseren, beperkt het college de aan KPN opgelegde verplichtingen tot haar kopernetwerk.

Sinds de serious doubts van de Europese Commissie van 21 maart 2012 heeft het college zijn conclusies 180° gewijzigd van een situatie van 'niet reguleren FttO en lichtere regulering HK-WBT/HL' naar een situatie van 'alle verplichtingen op FttO en op HK-WBT/HL over koper én glas'.

Kortweg is het college voornemens op de markt voor HK-WBT/HL de volgende verplichtingen op te leggen: de verplichting (zowel glas als koper) om toegang te verlenen op metroniveau. Voor klassieke diensten (ILL over koper, private lines en ATM diensten) dient KPN toegang op regionaal niveau te verlenen. Daarnaast dient KPN near-net toegang tot 250 meter op basis van FttO te verlenen. Het college legt KPN de verplichting tot non-discriminatie bestaande uit een verbod op tariefdifferentiatie en een verbod op marge-uitholling (ND-5 op basis van EDC-minus) op. Verder krijgt KPN de verplichting tot transparantie en het doen van een referentie-aanbod opgelegd. Tot slot wordt tariefregulering voor alle diensten (dus zowel koper als glas) in de vorm van kostenoriëntatie op basis van WPC/EDC opgelegd.

Voor de markt voor ODF-access (FttO) gaan de volgende verplichtingen gelden: de verplichting om toegang te verlenen tot onnet glasaansluitingen op metroniveau, toegang tot ODF-backhaul beneden lokale netvlak (als bijbehorende faciliteit) en near-net toegang tot 250 meter. Het college legt KPN de verplichting tot non-discriminatie bestaande uit een verbod op tariefdifferentiatie en een verbod op marge-uitholling (ND-5 op basis van EDC-minus; daarnaast een afwijkende ND-5 toets voor bedrijventerreinen (O-gebieden) op. Verder krijgt KPN de verplichting tot transparantie en het doen van een referentie-aanbod opgelegd. Tot slot wordt tariefregulering in de vorm van kostenoriëntatie op basis van DCF opgelegd.

Volgens het college was de uitkomst van de vorige analyse een 'dubbeltje op zijn kant' situatie voor wel/niet regulering van zakelijk glas. Voor KPN is de koerswijziging met de daaruit voortvloeiende verplichtingen onbegrijpelijk en onacceptabel. KPN heeft onder meer ernstige bezwaren tegen de dubbele wholesale toegangsregulering op glas op passief en actief niveau, de near-net verplichting, de ND-5 toets op basis van EDC-minus en de bovengrensregulering voor HK-WBT/HL op koper en glas. KPN herkent de noodzaak tot deze (zware) regulering niet op grond van de markt- en reguleringssituatie van afgelopen jaren. Er zijn sinds februari 2012 ook geen dragende gewijzigde marktomstandigheden die deze 180° koerswijziging rechtvaardigen. De voorgenomen verplichtingen zijn niet in lijn met NGA uitgangspunten van de Europese Commissie en het in juli 2012 door V-P Kroes gemaakte statement. Ook geen enkel andere EU lidstaat volgt deze route.

Zelfs al zou de conclusie terecht zijn dat het dubbeltje naar de andere kant valt en regulering van de markt gerechtvaardigd is vanwege het risico van AMM van KPN, dan vindt KPN nog steeds dat de voorgenomen verplichtingen in geen enkel opzicht passend en proportioneel zijn bij een situatie waarin het dubbeltje naar de andere kant valt. Kortom KPN kan niet

anders dan concluderen dat deze koerswijziging tot grote reguleringsonzekerheid leidt waar niemand mee gediend is.

1.2 *Serious doubts van de Europese Commissie*

In reactie op de notificatie van het ontwerpbesluit WBT/HL van 21 februari 2012 heeft de Commissie aangegeven ernstige twijfels te hebben over het voornemen van het college om geen toegangsverplichting voor HK-WBT/HL-diensten over glasvezelinfrastructuur op te leggen aan KPN. BEREC concludeert in haar advies dat zij de ernstige twijfels van de Commissie over het niet opleggen van een toegangsverplichting voor glasdiensten op de markt voor HK-WBT/HL grotendeels gerechtvaardigd acht. Zoals reeds opgemerkt, heeft het college ervoor gekozen om zijn ontwerpbesluit WBT/HL in te trekken als gevolg van de serious doubts van de Commissie en zijn onderzoek te heropenen.

In het 'nieuwe' ontwerpbesluit HK-WBT/HL gaat het college nader in op de serious doubts van de Commissie en volgt hij de opmerkingen van de Commissie. In rnr. 443 tot en met 446 vat het college de ernstige twijfels van de Commissie als volgt samen:

'De Commissie onderkent dat een groot deel van de vraag naar grote multi-site oplossingen (contracten met een groot aantal aansluitlocaties) inmiddels wordt bediend door de partijen in de markt. Vanwege de hoge kosten die gepaard gaan met het ontsluiten van bedrijfslocaties op glasvezel zijn eerst vooral de duurdere en meer omvangrijke projecten aangelegd. Immers, dit betreft bedrijven die financieel meer ruimte hebben om deze multi-site oplossingen te betalen.

De Commissie heeft [...] ook onderkend dat als gevolg van de vervulling van de grote multi-site contracten de minder omvangrijke contracten, dus met minder locaties, steeds belangrijker worden. Dit is een gevolg van de dalende tarieven voor glasvezelaansluitingen die veroorzaakt wordt door de hogere dichtheid van het glasvezelnetwerk, die de resultante is van reeds aangelegde infrastructuur ten behoeve van het ontsluiten van de grotere multi-site projecten. De hogere dichtheid van het FttO-netwerk resulteert immers in korte graafafstanden naar klantlocaties, waardoor het voor partijen mogelijk wordt om lagere kosten per aansluiting te rekenen en waardoor het ook voor kleinere bedrijven aantrekkelijk wordt om multi-site oplossingen op basis van zakelijk glasvezel aan te schaffen.

De toenemende vraag naar kleinere multi-site oplossingen kan vooral bediend worden door partijen met een fijnmaziger netwerk. Ook zorgt een fijnmaziger netwerk ervoor dat bestaande koperlocaties binnen een multi-site contract tegen lagere kosten kunnen worden verglaasd. Er zullen weliswaar meer partijen zijn die voldoende dekking hebben om de diverse locaties te ontsluiten, maar de fijnmazigheid van het netwerk is bepalend voor de kosten die gepaard gaan met de ontsluiting van locaties en daarmee ook voor het aanbod dat partijen kunnen doen.

Zowel de Commissie als BEREC wijzen er op dat bij de beoordeling van de voordelen die KPN behaalt als gevolg van haar grotere netwerkdekking vooral de individuele netwerkdekking van partijen moet worden betrokken en niet zozeer de gezamenlijke netwerkdekking. Gezamenlijke netwerkdekking biedt partijen weliswaar de mogelijkheid om een deel van de aansluitingen in te kopen, maar het interconnecteren van diverse partijen is lastig en duur¹⁸⁰, waardoor er vaak een minder aantrekkelijk aanbod kan worden gedaan dan het aanbod dat KPN kan doen. De partijen met de grootste individuele netwerkdekking zijn KPN met een dekking van 80-85 procent [KPN betrouwelijk -] procent <250m, Eurofiber met een dekking van 40-45 procent dekking <250m en Tele2 met een dekking van 35-40 procent op <250m.

De koerswijziging van het college in het nieuwe ontwerpbesluit ten opzichte van het ontwerpbesluit van 21 februari 2012 is met name gebaseerd op de vermeende netwerkdekkingvoordelen van KPN doordat zij beschikt over zowel een landelijk dekkend kopernetwerk als het glasvezelnetwerk met de grootste netwerkdekking. Ten aanzien van multi-site oplossingen zou KPN een netwerkdekkingsvoordeel hebben doordat zij niet afhankelijk is van inkoop bij derden en doordat er aan de inkoop bij derden nadelen kleven ten aanzien van kosten, kwaliteit en efficiëntie. Ten aanzien van kleinere contracten en single-site oplossingen zou KPN voordelen hebben die voortkomen uit een landelijk dekkend kopernetwerk en lagere aansluitkosten op haar glasvezelnetwerk als gevolg van kleinere graafafstanden tot een groot deel van de bedrijfslocaties.

Het valt KPN op dat het college zich op grond van een aantal gesprekken met marktpartijen wel heel makkelijk en niet gebaseerd op feiten heeft laten overtuigen. Immers, in rnr. 449 van het ontwerpbesluit geeft het college aan dat het inderdaad de praktijk is dat concurrenten interconnectieovereenkomsten met meerdere partijen hebben en dat ze ook daadwerkelijk wholesale glasdiensten bij andere partijen afnemen. Enkel op basis van de constatering de partijen sinds Q4 2011 in toenemende mate meer extern lijnen bij KPN inkopen, concludeert het college dat dit het gevolg is van het feit dat inkopen bij meerdere partijen omslachtig en duur is. Wat KPN betreft is deze conclusie te kort door de bocht om te concluderen dat KPN concurrentievoordelen ontleent aan het hebben van de grootste individuele netwerkdekking.

KPN zal in haar reactie ingaan op dit aspect maar merkt wel alvast op dat KPN reeds naar aanleiding van de serious doubts brief van de Commissie een brief naar de Commissie heeft geschreven waarin op basis van bewijs de beweringen van de Commissie over de zakelijke markt zijn weersproken. Deze brief wordt als bijlage bij deze reactie toegevoegd en de inhoud van deze brief en de bijlagen dienen integraal als onderdeel van de reactie op het ontwerpbesluit HK-WBT/HL beschouwd te worden (zie bijlage I).

1.3 Recente beleidsopvatting NGA van de Vice-President Kroes

Hoewel het college de Europese Commissie vrij gemakkelijk lijkt te volgen in de haar geuite serious doubts, doet het college dit niet waar het gaat om de '*durable regulatory guidance*' van V-P Kroes '*Enhancing the broadband investment environment*' van 12 juli 2012. V-P Kroes laat er geen twijfel over bestaan dat deze guidance toegepast moet worden. V-P Kroes verwacht dat deze guidance eind 2012 aangenomen wordt en zij wil met deze guidance duidelijkheid geven tot tenminste 2020.

Zoals in de inleiding is aangegeven, betreft het college in zijn voorgenomen regulering tot 31 december 2015, aannemende dat deze 1 januari aanstaande in werking treedt, niet de recent geformuleerde uitgangspunten in het policy statement van V-P Kroes van 12 juli 2012 '*Enhancing the broadband investment environment*'.

1) tougher non-discrimination rules which ensure that incumbents do not get an unfair advantage. That means mechanisms ensuring competing operators get the same inputs, on equal terms and of equal quality, as the incumbent's own retail operations. Also that their margins are not artificially squeezed. This should enable alternative operators to compete on quality and service, in addition to price.

KPN meent dat het college met de strikte invulling in de eerdere marktbesluiten aangaande de non-discriminatie verplichting en tevens via de transparantieverplichting voor MDF- en SDF-access over koper en ODF-access over glas (FttH) reeds een situatie creëert die voldoet aan het door V-P Kroes gestelde uitgangspunt dat er sprake dient te zijn van Equivalence of Input (hierna: Eol).

Voor ODF-access (FttO) heeft KPN al sinds langer een open wholesale model met voorwaarden die eveneens reeds grotendeels tegemoet komen aan het door V-P Kroes gestelde uitgangspunt van Eol.

2) Stable copper prices: no price cuts on average to what incumbent network operators can charge to competitors buying wholesale access to their copper networks. The evidence shows that lowering copper prices (from current average of €9 per month) will not induce greater investment in very fast broadband. But we do need to aim at more consistency in the approach to price regulation across Member States. There are some justifiable differences due to local conditions, but current outcomes vary too much.

KPN stelt vast dat het college, wanneer hij persisteert in zijn keuze voor bovengrensregulering voor HK-WBT/HL over koper, het gestelde uitgangspunt van 'stable copper prices' niet volgt. KPN meent dat het uitgangspunt van Kroes ondubbelzinnig is en dat het college dit uitgangspunt niet kan negeren.

Wat betreft het punt van *more consistency in the approach to price regulation* valt het op dat de door het college gemaakte keuze voor dezelfde grondslag van EDC in bovengrensregulering én ondergrensregulering een bijzondere keuze is, die voor zover KPN bekend is niet is gemaakt door andere NRA's. [KPN vertrouwelijk –

]. Voor

zowel oude als nieuwe diensten leidt dit bij voorbaat tot het bijna 'op elkaar plakken' van de bovengrens en de ondergrens, hetgeen een onwenselijk uitkomst leidt gegeven de memo van V-P Kroes *'Enhancing the broadband investment environment'*.

Voorts merkt KPN op dat wanneer het college zou veronderstellen dat er binnen het EDC-systeem voldoende flexibiliteit zou zijn, dat door de gehanteerde systeem van EDC en EDC-minus bij een verlaging van de ondergrens de bovengrens ook omlaag gaat. Zo'n vaste koppeling van bovengrens en ondergrens is

- a) vanuit de theorie van tariefregulering en toepasselijke kostenmethodieken oneigenlijk;
- b) voor KPN en haar HK-WBT/HL afnemers ongewenst;
- c) historisch merkwaardig in het licht van alle eerdere toepassingen van het EDC-systeem; het suggereert immers dat het EDC-systeem als kostentoerekeningssysteem van het totale netwerk en portfolio van KPN in aanzienlijke mate 'aanpasbaar' zou zijn aan de specifieke situatie op een bepaalde deelmarkt (zoals nu HK-WBT/HL).

3) More flexibility for "next generation" wholesale products: national regulators will no longer be required to apply cost-oriented price regulation in almost all circumstances. But the flexibility on "next generation" pricing will depend on application of the non-discrimination rules to ensure genuine equal treatment of competitors, and on a competitive counterweight from copper-based services or other infrastructures like cable and 4th generation wireless.

Gelet op de situatie geschetst onder het eerste punt en gegeven het feit dat in Nederland meer dan in andere landen sprake is van concurrentiedruk van over koper-, coax en alternatieve glasnetwerken geleverde diensten, is strikte kostenoriëntatie van NGA diensten niet nodig. KPN constateert echter, zoals ze in de inleiding heeft aangegeven, dat het hanteren van hetzelfde kostensysteem (EDC) voor respectievelijk boven- en ondergrensregulering ertoe leidt dat elke tariefflexibiliteit voor zowel KPN als ook haar afnemers van HK-WBT/HL aan de onderkant van de markt wordt weggenomen. Hiermee volgt het college het uitgangspunt van V-P Kroes evenmin.

Concluderend stelt KPN dat het college met zijn benadering afwijkt van meerdere kernpunten uit het policy statement van V-P Kroes. Dit bevreemdt KPN te meer de Europese Commissie in de recente Finse en Poolse zaken wel al richtlijnen heeft gegeven in lijn met de nieuwe benadering uit het policy statement. KPN begrijpt dan ook niet dat het college deze route niet zelf heeft verkend.

1.4 Doel van de regulering

In rnr. 575 en 576 geeft het college aan dat de sleutel in de afweging tussen de doelstellingen van artikel 1.3 van de Tw vormt het begrip duurzame concurrentie. Een situatie waarbij diverse ondernemingen met elkaar concurreren met gebruikmaking van eigen infrastructuur (hierna: infrastructuurconcurrentie) is volgens het college 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 en in ieder geval niet negatief beïnvloedt.

Het college stelt verder dat dienstenconcurrentie alleen wordt bevorderd en geïntroduceerd door middel van toegangsverplichtingen wanneer de infrastructuur waarover concurrerende diensten kunnen worden geleverd binnen de termijn van de reguleringsperiode niet repliceerbaar is en waar niet spontaan wholesale markten ontstaan. Daarbij zijn twee situaties te onderscheiden. In de situatie waarin op in de voorstelbare toekomst na de termijn van de reguleringsperiode de infrastructuur niet repliceerbaar zal zijn, is dienstenconcurrentie noodzakelijk om de effecten van duurzame concurrentie te helpen nabootsen. In de situatie waarin in de voorzienbare toekomst na de termijn van de reguleringsperiode wel sprake kan zijn van repliceerbaarheid, zullen verplichtingen als toegang en prijsregulering zodanig worden vormgegeven dat investeringsprikkels jegens marktpartijen niet negatief worden beïnvloed en zo mogelijk worden bevorderd.

In rnr. 12 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL wordt door het college kort omschreven wat het college verwacht te bereiken met de voorgenomen regulering van de markt voor HK-WBT/HL:

‘Regulering van de markt voor HKWBT/HL zal naar de verwachting van het college leiden tot toetreding van aanbieders die actief zijn in de onderliggende retailmarkten. Door de mogelijkheid om, in aanvulling op eigen netwerkinfrastructuur of ontbundelde toegang tot de netwerken van KPN, ook gereguleerde HKWBT/HL-diensten bij KPN in te kopen, kunnen aanbieders op bijvoorbeeld de markt voor zakelijke netwerkdiensten effectiever concurreren. Dit zal leiden tot een verdere daling van prijzen, een stijging van volumes en kwaliteit, en een vergroting van de keuzemogelijkheden van zakelijke eindgebruikers.’

De resultaten die het college in het ontwerpbesluit HK-WBT/HL beoogt te realiseren gaan verder dan de beoogde primaire reguleringsdoelstelling van het bevorderen van infrastructuurconcurrentie. Het lijkt er op dat het college ‘en-en’ wil, infrastructuurconcurrentie en dienstenconcurrentie. Indien het college alleen infrastructuurconcurrentie wil bevorderen, dan zou hij naar de mening van KPN moeten aanvangen met een analyse in hoeverre de infrastructuur waarover concurrerende diensten kunnen worden geleverd thans reeds of binnen de termijn van de reguleringsperiode repliceerbaar is. Bij zo’n analyse zou conform de doelstelling van langjarige reguleringszekerheid uit het policy statement niet een horizon van 3 jaar (de reguleringsperiode) maar een horizon van bijvoorbeeld tien jaar dienen te worden gehanteerd.

Het college zou dan niet anders dan moeten hebben concluderen dat het kopernetwerk voor het overgrote gedeelte wordt gerepliceerd op basis van ULL-regulering. En dat in afwezigheid van regulering toetreding heeft plaatsgevonden op de markt voor ODF-access (FttO), o.a. door Eurofiber en Relined, maar ook meer lokale glasvezelinitiatieven. En dat kabelaanbieders met gebruikmaking van eigen coax- en glasinfrastructuur ook concurreren op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten.

Gelet op bovenstaande is de voorgenomen regulering op de markt voor HK-WBT/HL niet alleen niet passend uit het oogpunt van de reguleringsdoelstelling, ook bestaat hiertoe geen

enkele noodzaak gelet op de dynamiek op de markt voor HK-WBT/HL en de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten.

1.5 Gehanteerde aanpak bij ontwerpbesluit HK-WBT/HL

1.5.1 Drie-criteria test ten onrechte niet uitgevoerd

KPN heeft in haar reactie op het ontwerpbesluit ODF-access (FttO) aangegeven dat het college, gezien de verschillen tussen de markt waarvoor de Commissie de drie-criteria heeft uitgevoerd en de FttO markt, niet zonder meer uit had mogen gaan van de drie-criteria test van de Commissie, maar voor deze markt zelf een drie-criteria test had moeten uitvoeren.³

KPN meent dat dezelfde situatie zich voordoet in onderhavig ontwerpbesluit waarin het college verplichtingen oplegt voor de markt voor HK-WBT en HL. De markt voor HK-WBT en WHL als zodanig is geen markt die op de lijst van aanbevolen markten van de Commissie staat. Deze door het college afgebakende markt is een samenvoeging van een deel van markt 5 en markt 6 van de Aanbeveling Relevante Markten.⁴ In de Aanbeveling zijn een markt voor WBT en een markt voor WHL opgenomen. Dit zijn respectievelijk markt 5 en markt 6 van de Aanbeveling. De Commissie heeft deze markten gedefinieerd als:

Markt 5, de markt voor WBT:

‘Deze markt omvat niet-fysieke of virtuele netwerktoegang, met inbegrip van bitstreamtoegang op een vaste locatie. Het gaat om een downstreammarkt ten opzichte van de fysieke toegang die valt onder markt 4, in die zin dat wholesalebreedbandtoegang kan worden opgezet door gebruik te maken van dit uitgangspunt in combinatie met andere elementen.’

Markt 6, de markt voor WHL:

‘Afgevend segmenten van huurlijnen op wholesaleniveau, ongeacht van welke technologie gebruik wordt gemaakt om gehuurde of toepassingsspecifieke capaciteit te leveren.’

Het college had deze drie-criteria test derhalve ook voorafgaand aan de marktanalyse HK-WBT/HL dienen uit te voeren. Het is immers gangbare praktijk in Europa en ook bij het college dat markten (zie bijlage II – Studie van Liyang Hou), die afwijken van de lijst van aanbevolen markten, onderworpen worden aan een drie-criteria test. Zo heeft het college zelf bijvoorbeeld een drie-criteria test uitgevoerd in het kader van de marktanalyse vaste telefonie en het oordeel over de televisiemarkt. Deze noodzaak is des te groter nu het college voor een deel van markt 5 van de Aanbeveling, de markt voor LK-WBT, heeft geconcludeerd dat deze markt concurrerend is in aanwezigheid van ULL regulering (waarbij ULL ook als upstream markt geldt voor HK-WBT/HL).

1.5.2 Gefaseerde behandeling marktanalyses

KPN heeft bij herhaling haar zorgen geuit over de keuze van het college om de marktanalyses gefaseerd uit te voeren in die zin dat de ontwerpbesluiten van de verschillende geanalyseerde markten en de nadere invulling van de verplichtingen niet op één moment worden

³ Zie studie ‘The Application of the Three Criteria Test: an Empirical Research on Media Transmission Markets’, van Liyang Hou waarin op blz. 3 het volgende gesteld wordt: ‘Any subdivision of Market 18/2003 constitutes a deviation from the 2003 Recommendation and it is necessary to undertake the three criteria test in order to justify this subdivision.’ Het is een gangbare praktijk in Europa en ook bij het college dat markten, die afwijken van de lijst van aanbevolen markten, onderworpen worden aan een drie-criteria test. Zo heeft het college bijvoorbeeld een drie-criteria test uitgevoerd in het kader van de marktanalyse vaste telefonie en oordeel televisie.

⁴ Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007, betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, PbEG 2007 L344/65.

gepubliceerd. KPN heeft toen haar zorgen geuit over het uit fase lopen van (de verplichtingen van) het marktanalyse ontbundelde toegang en LK-WBT enerzijds en de verplichtingen van) de ontwerpbesluiten ODF-access (FttO) en HK-WBT/HL anderzijds. KPN meent dat de marktanalyses 'ontbundelde toegang', 'vaste telefonie' en 'wholesale breedbandtoegang en huurlijnen' een dusdanige samenhang hebben dat de gefaseerde aanpak ten koste gaat van de kwaliteit en zorgvuldigheid van de procedurele en de inhoudelijke analyse en besluitvorming. De onderhavige analyse, die grotendeels gebaseerd is op data van Q4 2010, Q1 2011 is hier wat KPN betreft het bewijs van.

Inmiddels is helder dat er potentieel forse impact is als gevolg van het uit fase lopen van de genoemde besluiten. Zo stelt het college in het ontwerpbesluit HK-WBT/HL dat KPN tariefplafonds en ondergrenzen dient te baseren op basis van een EDC-systeem met als beginjaar 2011 en eindjaar 2015 (EDC 2011-2015). De huidige EDC-minussen in de ND-5 toetsen, vastgesteld in het kader van de implementatie van het ULL-besluit van 29 december 2011, zijn gebaseerd op EDC 2010-2014 en voor deze jaren heeft KPN dus een volledig EDC systeem ontwikkeld. Door het uit fase lopen van de marktanalysebesluiten dreigt er extra complexiteit te ontstaan als het gaat om naast elkaar bestaan van twee EDC versies voor dezelfde bouwblokken van het vaste netwerk en portfolio van KPN, namelijk een EDC 2010-2014 en een EDC 2011-2015. Deze twee EDC versies leveren extra complexiteit op die niet is voorzien. Wat betekent deze verplichting voor de geldigheid en de kracht van de EDC 2010-2014 uitkomsten, die is voor 3 jaar vastgesteld. Daarnaast kost het KPN veel tijd en geld om een volledig nieuwe versie, namelijk EDC 2011-2015, te ontwikkelen.

Door regulering voor ODF-access (FttO) en HK-WBT/HL thans weer voor drie jaar op te leggen blijft deze regulering structureel een jaar uit de pas lopen met de ULL- en LK-WBT-regulering. Het college negeert hiermee de opmerking van Europese Commissie in haar reactie op het genotificeerde ULL besluit van 21 december 2011 over het belang van gezamenlijke/volledige notificatie van markt 4 van de Aanbeveling Relevante Markten. De Commissie stelde dat de markt voor FttO-toegang, met het oog op een consistente evaluatie van de wholesale markt voor fysieke toegang tot netwerkinfrastructuur met volledige kennis van zaken, tegelijkertijd met het ontwerpbesluit ULL had moeten worden aangemeld.

1.5.3 Ontoereikend aanvullend onderzoek

Naar aanleiding van de ernstige twijfels van de Commissie en de adviezen van BEREK heeft het college aanleiding gevonden om de notificaties van beide ontwerpbesluiten in te trekken teneinde nader onderzoek te kunnen doen.

KPN heeft grote zorgen over de ontoereikendheid van het aanvullend onderzoek dat het college heeft verricht. Een simpele vergelijking tussen het ontwerpbesluit WBT/HL van 21 februari 2012 en het ontwerpbesluit van 14 september jl. wijst uit dat het college de ontwikkelingen op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten slechts zeer marginaal heeft geactualiseerd.

Het college stelt zich in zijn analyse op het standpunt dat HK-WBT/HL met name van belang is als bouwsteen voor de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten. Om die reden heeft het college volstaan met het actualiseren van de cijfers voor de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten en zijn de cijfers voor de retailmarkten internettoegang en vaste telefonie ongewijzigd gelaten ten opzichte van het marktanalysebesluit ULL van 29 december 2011.

Allereerst vindt KPN het opmerkelijk dat het college uitsluitend de (marktaandeel)cijfers voor de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten geactualiseerd heeft en niet die van de

retailmarkt voor internettoegang en vaste telefonie. Zoals het college zelf aangeeft, zijn wholesale breedband toegang en wholesale huurlijnen bouwstenen voor de retailproducten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten. De eerste stap is het afbakenen van de retailmarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten, en het onderzoeken of er een risico bestaat dat er op deze retailmarkten een partij aanwezig is met AMM in afwezigheid van regulering. Door niet de (marktaandeel)cijfers voor alle retailmarkten te actualiseren ontstaat er naar de mening van KPN een vertekend beeld van de ontwikkelingen op de markt voor wholesale breedband toegang en wholesale huurlijnen.

In rnr. 1568 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL geeft het college aan dat hij in het kader van dit nader onderzoek vragen heeft gesteld aan KPN, Tele2 en Vodafone en tevens Dialogic heeft gevraagd om een nadere analyse van de beschikbare data uit de eindgebruikersonderzoeken. Voorts heeft Dialogic 25 oktober 2011 een onderzoek afgerond met betrekking tot internet-VPNs. Dit onderzoek is slechts een beperkte aanvulling op eerdere, onderzoeken die Dialogic voor het college uitgevoerd heeft, te weten 'Eindgebruikersonderzoek zakelijke marktsegmenten' uit 2010, 'Telecommunicatiediensten voor het koppelen van locaties in de zakelijke markt' uit 2010 en 'Substitutie-effecten en mededinging' uit 2009. Voorts heeft het college het onderzoek 'Prospectief onderzoek naar de marktontwikkelingen op het gebied van elektronische communicatie in de Nederlandse zakelijke markt', uitgevoerd door Roland Berger van 22 april 2011, waar het college in belangrijke mate uitgeput heeft voor zijn analyse niet geactualiseerd.

Het college baseert zijn conclusies met betrekking tot de uitgevoerde marktanalyse en de daaruit voortvloeiende regulering voor de periode 1 januari 2013 tot en met 31 december 2015 derhalve voor een belangrijk deel op gegevens die dateren uit ultimo 2010 – begin 2011. Hier zit een tijdspanne van 2 tot 5 jaar tussen.

Reeds eind 2010 werd onderkend dat de (zakelijke) telecommunicatiemarkt met zijn hoge kapitaalintensiteit gekenmerkt wordt door onzekerheden en ontwikkelingen die weliswaar evolutionair zijn doch een grote impact konden hebben op de marktstructuur en dynamiek van de zakelijke netwerkdiensten, breedbandinternet en vaste telefonie. Denk aan het zorgelijke economische en financiële klimaat, die zorgden voor een daling van telecominvesteringen, het toenemende gebruik van clouddiensten, digitalisering, toenemende substitutie van zakelijke producten door (sterk) verbeterde consumentenproducten, de opkomst van de kabel als een zakelijk platform, de ontwikkelingen in technologie en de investeringen in bestaande en nieuwe infrastructuur, resulterend in hogere bandbreedtes, een veranderende vraag van eindgebruikers, een dienstenportfolio dat sterk in beweging is en migratie naar nieuwe infrastructuur en diensten. Dit leidde het college ertoe op 14 april 2011 de hypothese te vormen dat deze markt neigde naar concurrentie. Dit beeld werd later weliswaar bijgesteld, maar het maakt toch duidelijk dat er niet sprake is van een dusdanige dominantie dat nu volstaan kan worden met een analyse van meer dan een jaar oud.

Met een dergelijke tijdspanne tussen de gebruikte data en de reguleringsperiode, kan gezien het dynamische karakter en functioneren van elektronische communicatiemarkten onmogelijk een zorgvuldige prospectieve analyse voor het aanwijzen van de relevante markten die voor regelgeving ex ante in aanmerking komen uitgevoerd worden.

Deze ontwikkelingen hadden daarom dan ook integraal opnieuw tegen het licht gehouden moeten worden. Maar een nog prangender reden waarom deze ontwikkelingen zorgvuldig in een nieuwe prospectieve analyse onderzocht hadden dienen te worden is dat het college op grond van de uitgebreide marktanalyse in februari 2012 nog concludeerde de markt voor

FttO niet en de markt voor HK-WBT/HL licht te reguleren, terwijl hij nu op basis van diezelfde, marginaal geactualiseerde marktanalyse op beide markten alle verplichtingen oplegt die het regelgevend kader kent.

Voorts valt het KPN op dat het college voor de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten en voor de markt voor ODF-access (FttO) dezelfde argumenten gebruikt. Dit kan volgens KPN niet de bedoeling zijn aangezien het over verschillende markten gaat en bovendien duidt dit ook op het onzorgvuldige onderzoek van het college. Zo gebruikt het college het volgende argument voor de geografische marktafbakening:

‘Het college heeft ook gekeken of er een sterke correlatie is tussen het aantal glasvezelnetwerken in een postcodegebied (op basis van een viercijferige postcode) en het aandeel van KPN in het aantal gerealiseerde glasvezelaansluitingen in dit postcodegebied. Bij de aanwezigheid van één of twee partijen in een viercijferig postcodegebied ligt het aandeel van KPN op 50 tot 60% en bij drie, vier of vijf partijen op 40 tot 50%. Voor zover er al geografische verschillen zijn, zijn deze aldus relatief beperkt.’

Daarnaast constateert KPN dat het college argumenten gebruikt die vooral betrekking hebben op de zakelijke retailmarkt voor haar dominantieanalyse voor ODF-access (FttO). KPN begrijpt dat ontwikkelingen die zich voordoen op de retailmarkt invloed hebben op de ODF-access (FttO) markt, maar het is voor KPN moeilijk te begrijpen dat het college bv. vooral ingaat op het belang van de multi-site vraag in de AMM analyse van ODF-access (FttO). Voor zover deze multi-site vraag een rol speelt had het in de retailanalyse van de zakelijke markt voor zakelijke netwerkdiensten naar voren moeten komen. Dit is echter niet het geval.

Tenslotte merkt KPN op dat het college in zijn analyse, ondanks aandringen door KPN, maar een zeer beperkt belang hecht aan regionale/lokale glasvezelinitiatieven en zelfs het aandeel in aantal aansluitingen in het huidige ODF-access (FttO) ontwerpbesluit heeft laten afnemen. Zo constateerde het college in het ontwerpbesluit van februari dat er nog sprake was van ca. 5000-10.000 aansluitingen van lokale/regionale aanbieders. In onderhavig ontwerpbesluit ODF-access (FttO) schat het college deze aansluitingen opeens op 4500-5000, de reden hiervoor ontbreekt.

KPN heeft vorig jaar aan het college een lijst overhandigd met een groot aantal lokale glasvezelinitiatieven. KPN heeft deze lijst op basis van openbare bronnen geactualiseerd (zie bijlage III). Het valt op dat dergelijke initiatieven alleen maar toenemen (zie ook paragraaf 2.3.4). KPN is van mening dat zolang het college geen aandacht besteedt in zijn analyse (aantal, business case etc.) naar deze initiatieven de analyse van de markt voor ODF-access (FttO) niet volledig is. KPN is er van overtuigd dat als het college hier wel goed onderzoek naar had gedaan, hij tot de conclusie dat van een AMM van KPN geen sprake kan zijn

1.6 Asymmetrische regulering

Het college merkt zelf het volgende op in rnr. 383:

‘Een aanbieder die als eerste een bepaalde locatie of bedrijventerrein ontsloten heeft, heeft vanwege verzonken kosten een voordeel ten opzichte van een concurrerende aanbieder, die zijn netwerk nog (ten dele) moet uitrollen. Dit voordeel geldt in beginsel echter voor alle aanbieders. Bovendien komt het ook voor dat, ondanks de aanwezigheid van een bestaande glasaansluiting op een locatie, er een nieuwe glasaansluiting wordt aangelegd’

en ook rnr. 357:

‘De uitrol van glasvezelaansluitingen naar gebieden die nog niet zijn ontsloten kenmerken zich als concurrentie om de markt. Dit betekent dat een aanbieder die als eerste een bepaalde locatie of een bedrijventerrein ontsluit vanwege verzonken kosten een voordeel heeft op zijn concurrenten die hun netwerk (ten dele) moeten uitrollen. Dit voordeel geldt echter in beginsel voor alle aanbieders (afgezien van mogelijke voordelen voor KPN als gevolg van het bestaande koper-netwerk). In een situatie dat nog geen enkele partij zijn netwerk in een bepaald gebied heeft

uitgerold, is er voor zowel KPN als andere partijen nog de mogelijkheid om als eerste uit te rollen en dit voordeel te verkrijgen.'

Het college erkent in haar analyse dat in sommige gevallen zoals bij bedrijventerreinen dat alle aanbieders in beginsel hetzelfde voordeel hebben om als eerste op een bedrijventerrein waar nog geen glas is uitgerold glas uit te gaan rollen en vervolgens potentiële klanten op dat aansluitnetwerk aan te gaan sluiten.

KPN merkt op dat er op dit moment in totaal aantal circa [KPN vertrouwelijk –] bedrijventerreinen zijn waarvan circa [KPN vertrouwelijk –] door KPN verglaasd zijn en naar inschatting van KPN circa [KPN vertrouwelijk –] door andere partijen. Dat betekent dat er voor [KPN vertrouwelijk –] bedrijventerreinen voor alle partijen de mogelijkheid bestaat om als eerste glas uit te rollen en het voordeel dat daarmee gepaard is te verkrijgen. Het college erkent dat er op bedrijventerreinen zich een andere situatie voordoet in de opgelegde verplichtingen (andere ND-5 toets). Volgens KPN zou er echter geen sprake moeten zijn van ODF-access (FttO) regulering op bedrijventerreinen waar geen FttO uitgerold is dan wel dat elke aanbieder op een bedrijventerrein op dezelfde wijze wordt gereguleerd. Ook dient het college te overwegen dat er reden is om andere partijen met verglaasde bedrijventerreinen op dezelfde wijze te reguleren als KPN (toepassen van symmetrische regulering).

Helaas laat het college achterwege de, volgens KPN juiste, conclusie te trekken dat er niet sprake is van een landelijke markt, maar van lokale/regionale markten met verschillende concurrentiële situaties en dat als er al regulering noodzakelijk zou zijn, hetgeen KPN bestrijdt, dit tenminste op symmetrische wijze zou moeten plaatsvinden.

2 Retailmarkt zakelijke netwerkdiensten

2.1 Inleiding

Zoals gesteld in hoofdstuk 1 meent KPN dat het nader onderzoek van het college onzorgvuldig is uitgevoerd. Het college had de ontwikkelingen op de markt voor breedband internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten integraal opnieuw tegen het licht moeten houden. In de hierna volgende reactie van KPN op een aantal door het college geschetste ontwikkelingen zal blijken dat de onderliggende data en analyse gedateerd en ontoereikend is om de conclusies van het college met betrekking tot de marktafbakening en de dominantieanalyse te dragen.

2.2 Marktafbakening van de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten

Het college concludeert dat klassieke huurlijnen, datacommunicatiediensten en dark fiber (inclusief lichtpaden) behoren tot de relevante productmarkt voor zakelijke netwerkdiensten. Voorts concludeert het college dat zakelijke netwerkdiensten geleverd over koper-, glas- en coax-netwerken tot dezelfde relevante retailmarkt behoren. Daarnaast concludeert het college dat de relevante geografische markt voor zakelijke netwerkdiensten nationaal is. KPN herkent een deel van de conclusies van het college met betrekking tot de marktafbakening van zakelijke netwerkdiensten. Echter, een aantal conclusies van het college acht KPN niet juist dan wel onvoldoende onderbouwd. Hierna zal KPN dit nader toelichten.

2.2.1 Marktafbakening is arbitrair

Het college concludeert in de afbakening van de markt voor zakelijke netwerkdiensten dat klassieke huurlijnen, datacommunicatiediensten en dark fiber (inclusief lichtpaden) tot dezelfde relevante productmarkt behoren. Ze kennen hetzelfde gebruikersdoel, namelijk het onderling verbinden van locaties ten behoeve van interne communicatie. Daarnaast stelt het college dat datacommunicatiediensten en klassieke huurlijnen voor afnemers uitwisselbaar zijn wat betreft functionaliteit en kwaliteit.

Dark fiber rekende het college in het Marktanalysebesluit Huurlijnen van 2008 nog niet tot de relevante markt. Het college concludeerde toen dat retailleveringen van dark fiber niet genoeg concurrentiedruk op klassieke huurlijnen en datacommunicatiediensten uitoefenden omdat het college dark fiber beschouwde als een bouwsteen voor klassieke huurlijnen en omdat de retailleveringen van dark fiber heel beperkt in omvang waren.⁵

Het college rekent dark fiber thans wel tot de relevante markt. Een belangrijke ontwikkeling die het college anders deed besluiten was de sterke groei van het aantal retail geleverde dark fiber verbindingen in de afgelopen jaren (door Eurofiber als grootste partij). In rnr. 1549 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL constateert het college dat er in 2009 een verdubbeling van het aantal retail dark fiber aansluitingen plaatsvond ten opzichte van 2008 en dat deze sterke groei is in 2010 afgevlakt⁶. Slechts een heel klein percentage van alle zakelijke netwerkaansluitingen zijn dark fiber aansluitingen of lichtpaden.

⁵ In rnr. 1565 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL concludeert het college slechts 3,5 procent van alle zakelijke netwerkaansluitingen dark fiberaansluitingen zijn. KPN merkt op dat deze conclusie van het college gedateerd is. Uit de door het college gepubliceerde SMM Q3 2011 cijfers blijkt namelijk dat het aandeel van retailleveringen van dark fiber op de markt voor zakelijke netwerkdiensten in 2009 en in 2010 4% was. Echter, sinds 2011 is het aandeel gestegen naar 5%.

⁶ KPN merkt op dat het college de figuur 57 in het ontwerpbesluit HK-WBT/HL niet heeft geactualiseerd terwijl hij wel over recentere gegevens tot Q1 2012 beschikt. Alleen al uit de door het college gepubliceerde SMM Q3 2011 cijfers blijkt dat het aandeel van retailleveringen van dark fiber op de markt voor zakelijke netwerkdiensten in 2011 is gestegen ten opzichte van 2010.

Feit blijft dat het college constateert dat dark fiber en lichtpaden veel meer eigen inbreng van eindgebruikers vereisen dan datacommunicatiediensten⁷ en dus nog steeds als een bouwsteen voor datacommunicatiediensten beschouwd kunnen worden. Een belangrijk verschil is dat dark fiber een passieve verbinding is, waarop de afnemer zelf een actieve verbinding moet realiseren. Daarnaast wordt dark fiber vooral als alternatief gezien voor datacommunicatiediensten met hoge capaciteit en tussen locaties met een relatief beperkte afstand. In strijd met feit dat zakelijke netwerkdiensten nationaal worden geboden en/of feit dat zakelijke netwerkdiensten oplossingen zijn voor nationale netwerken (daar waar het college KPN voorhoudt dat KPN daar voordeel heeft bij landelijke dekkend netwerk), speelt dat niet bij dark fibers dus niet volledig uitwisselbaar. Er is geen enkele landelijke multi-site klant die vraag om een netwerk van dark fibers.

Het college stelt in rnr. 1545 dat dark fiber en lichtpaden vooral afgenomen worden door grote bedrijven. De klanten van dark fibers zijn heel divers en vaak niet landelijk opererend, zoals gemeenten. Dit onderschrijft bovenstaande beeld dat dark fiber geen oplossing biedt voor multi-site klanten, terwijl andere netwerkdiensten dat wel doen. De honger naar grote capaciteit blijft lokaal (bijv. een klant als Sterrewacht Westerbork).

In rnr. 1552 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL refereert het college aan het onderzoek van Dialogic van augustus 2010 waaruit blijkt dat dark fiber verbindingen vooral als alternatief worden gezien als het om de hoogste capaciteiten gaat. Voor lagere capaciteiten vinden eindgebruikers het een te dure oplossing. Uit het onderzoek van Dialogic van mei 2011 komt het beeld naar voren dat eindgebruikers dark fiber vooral als interessant beschouwen voor organisaties 'met grote datahonger, hoge eisen aan de beschikbaarheid en vertrouwelijkheid van de verbinding en een hoog intern kennisniveau'.

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

Nu het college erkent dat internettoegang ook voor het verbinden van locaties worden gebruikt en dark fibers slechts door een zeer specifiek en beperkt aantal zakelijke afnemers afgenomen worden en nog steeds een zeer beperkt aandeel hebben, kan KPN niet begrijpen dat het college tot de conclusie heeft kunnen komen dat dark fiber op basis van vraag- en aanbodssubstitutie juist wel behoort tot de markt voor zakelijke netwerkdiensten en internettoegang niet. KPN is van mening dat internet-VPNs nog veel eerder dan dark fibers tot deze markt behoren. In de volgende paragraaf zal KPN dit nader toelichten en KPN verzoekt dan ook het college om zijn conclusie ten aanzien van het niet beschouwen van internettoegang tot de markt voor zakelijke netwerkdiensten te herzien dan wel nader te onderzoeken.

⁷ KPN abstrahert van klassieke huurlijnen omdat deze diensten 1 januari 2015 worden uitgefaseerd.

2.2.2 Internettoegang behoort tot de markt voor zakelijke netwerkdiensten

Het college is van mening dat internet-VPNs niet tot de relevante markt van zakelijke netwerkdiensten behoort en geeft daarvoor de volgende redenen:

- internet-VPNs zijn in onvoldoende mate substituten voor zakelijke netwerkdiensten vanwege verschil in productkenmerken, het ontbreken van voldoende feiten die wijzen op overstapgedrag, en het feit dat beide diensten door verschillende type aanbieders worden verkocht,
- als internet-VPNs in voldoende mate een substituuut zouden zijn voor zakelijke netwerkdiensten, dan vindt het college dat dat niet leidt tot de conclusie dat internettoegang tot dezelfde relevante markt behoort als zakelijke netwerkdiensten omdat er sprake is van zeer beperkte concurrentiedruk van internettoegang op huurlijnen/datacommunicatiediensten en omgekeerd waarschijnlijk geen concurrentiedruk,
- bij internet-VPNs krijgt de eindklant er internettoegang bij die de betreffende klant misschien niet nodig heeft,
- verder noemt het college een aantal verschillen in productkenmerken: internettoegang heeft in de overgrote meerderheid (99%) van de gevallen lage uploadcapaciteit, geen capaciteitsgaranties of beschikbaarheidsgaranties en lage SLA's en zakelijke netwerkdiensten wel (75% van de gevallen symmetrische capaciteit en bijna 80% (deels) gegarandeerde capaciteit, 100% met beschikbaarheidsgaranties en hoge SLA's geleverd.

KPN vindt dit onvoldoende om de conclusie te kunnen dragen dat internet-VPNs niet tot de markt van zakelijke netwerkdiensten kunnen behoren.

(i) Overstapgedrag

Wat betreft overstapgedrag: KPN kent wel degelijk voorbeelden van klanten die overstappen van IP-VPNs⁸ naar internet-VPNs. Voorbeelden zijn **[KPN vertrouwelijk –**

1.

Daarnaast stappen klanten ook over van internet-VPNs naar zakelijke netwerkdiensten. In het Dialogic onderzoek van 25 oktober 2011 wordt deze overstap ook besproken. In het rapport staat bijvoorbeeld:

'Uit gesprekken met ICT-dienstleveranciers komt eerder een omgekeerd beeld naar voren: de vraag naar verbindingen met een gegarandeerde kwaliteit neemt toe waardoor bedrijven van een internet-VPN overstappen op een ethernet- of IP-VPN. Daarbij is wel een kanttekening op zijn plaats: een bedrijf zal waarschijnlijk niet in één keer met alle locaties overgaan, in eerste instantie worden bijvoorbeeld alleen de grotere locaties overgezet. IP-VPNs en internet-VPNs kunnen prima naast elkaar bestaan. Aan de andere kant groeit er wellicht aan de onderkant van de markt het aantal organisaties dat een internet-VPN afneemt.'

Wat Dialogic in haar rapport feitelijk beschrijft is een mechanisme van ketensubstitutie waarbij organisaties aan de onderkant van de markt internet-VPNs afnemen en waarbij geleidelijk overgestapt wordt op de hogere kwaliteit van IP-VPNs op het moment dat daar behoefte aan gaat ontstaan.

⁸ Zakelijke netwerkdiensten op basis van het IP protocol.

(ii) *Bij internet-VPNs wordt een internetverbinding meegeleverd die de klant niet nodig heeft*

Dit is volgens KPN een irrelevant argument. Als een eindklant alleen een VPN wil en geen internet dan kan deze er altijd voor kiezen om – buiten de internet-VPN – geen gebruik te maken van de geboden internettoegang. Uiteindelijk zal de prijs van de combinatie internettoegang plus internet-VPN en de geleverde kwaliteit doorslaggevend zijn voor keuze van de afnemer.

(iii) *Internet-VPNs substitueert voor IP-VPNs?*

Over de mate waarin internet-VPNs een substitueert zijn voor IP-VPNs geeft het Dialogic rapport ook duidelijke aanwijzingen. Uiteraard is een internet-VPN geen substitueert voor een huurlijn met hoge service garanties. Dat is ook niet datgene dat het college had behoren te onderzoeken. Uit het Dialogic rapport blijkt duidelijk dat internet-VPNs als lage kwaliteit alternatief worden gezien voor (lage kwaliteit) IP-VPNs.

Het college had dus moeten onderzoeken of internet-VPNs alternatief zijn voor bepaalde groepen lage kwaliteit zakelijke netwerkdiensten zoals IP-VPNs. In dat opzicht is het relevant dat aan de onderkant van de markt voor zakelijke netwerkdiensten in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van LK-WBT bouwstenen. Qua kwaliteit, geboden SLA's, geboden up- en downstreamsnelheden en prijs zijn deze low-end IP-VPN aansluitingen vergelijkbaar met internet-VPNs. Dit wijst op ketensubstitutie.

Ook wijst het Dialogic rapport op de mogelijkheid van ketensubstitutie. Zo wordt in het rapport gesteld:

'Een VPN is primair gericht op het beveiligd koppelen van locaties met een bepaalde kwaliteit. Dat kan gebruikt worden voor gegevensuitwisseling, maar ook voor applicaties die centraal worden geleverd vanuit een bepaalde locatie. De behoeftes die het bedrijf op dat vlak heeft zullen dus leidend zijn bij de keuze die hier gemaakt wordt. De afweging tussen een ethernet- of IP-VPN enerzijds en een internet-VPN anderzijds, wordt met name op basis van prijs vs. kwaliteit gemaakt. De eerste categorie VPNs biedt een gegarandeerde capaciteit maar is ook duurder. Met name grotere bedrijven (de kosten van de VPN kunnen dan over meer gebruikers worden verdeeld), ICT-intensieve bedrijven (bijvoorbeeld bij gebruik van VoIP of terminal servers is de kwaliteit van de verbinding belangrijk) en bedrijven met veel locaties (hoe groter het aantal locaties, hoe groter het belang van één standaard oplossing) zullen naar onze verwachting voor ethernet- of IP-VPNs kiezen. Een kleiner bedrijf dat een best-effort (maar wel beveiligde!) koppeling wil maken tussen zijn twee locaties kiest eerder voor een internet-VPN.'

Met andere woorden: naarmate de behoefte groeit aan meer kwaliteit en garanties zullen afnemers de overstap maken van internet-VPNs via IP-VPNs naar ethernet-VPNs. Met andere woorden: er is sprake van ketensubstitutie.

Samenvattend komt KPN tot de conclusie dat het college niet heeft aangetoond dat internet-VPNs niet tot de markt van zakelijke netwerkdiensten zouden kunnen behoren. Het onderzoek dat het college heeft laten uitvoeren door Dialogic wijst er eerder op dat internet-VPNs via ketensubstitutie wel tot de markt voor zakelijke netwerkdiensten behoren. Gevolg van deze keuze is dat de marktomvang te klein wordt voorgesteld waardoor een belangrijk deel van de aansluitingen buiten beeld blijft. KPN komt hierop terug bij de bespreking van de marktaandelen.

Als vastgesteld wordt dat internet-VPNs tot de markt van zakelijke netwerkdiensten gerekend moeten worden, dan is de vervolgvraag of daarmee internetaansluitingen niet tot de relevante markt moeten worden gerekend. Als een eindgebruiker reeds een internetaanslui-

ting heeft dan kan deze tegen geringe meerkosten een internet-VPN daarover leveren. Dat blijkt ook uit onderstaande zinsnede uit het Dialogic rapport:

‘Overigens lijkt de remote-access-VPN technisch zeer sterk op de internet-VPN zoals we die hieronder beschrijven. Het verschil zit voornamelijk in de toepassing.’

De remote-access-VPN is een goedkope oplossing die massaal gebruikt wordt door telewerkers. Internettoegang wordt daarmee een vraagsubstituut voor zakelijke netwerkdiensten en daarmee zou de markt voor zakelijke netwerkdiensten en de markt voor breedband internettoegang één relevante markt worden. KPN verzoekt het college haar conclusie ten aanzien van internet-VPNs als niet onderdeel van de markt voor zakelijke netwerkdiensten te heroverwegen.

2.2.3 Aanbodsubstitutie tussen internet-VPNs en zakelijke netwerkdiensten

KPN mist in het ontwerpbesluit een onderzoek van het college naar aanbodsubstitutie. Dat terwijl er alle reden is om deze aanbodsubstitutie te onderzoeken. Iedere ISP die de beschikking heeft over wholesale breedband toegang (LK-WBT, HK-WBT, WHL) kan daarmee zowel internetdiensten bouwen als zakelijke netwerkdiensten. Een internettoegang is feitelijk ook een VPN, alleen niet tussen eindgebruikerslocaties, maar tussen een eindgebruikerslocatie en een internet-exchange. Een aanbieder van zakelijke netwerkdiensten kan zonder noemenswaardige investeringen internetdiensten aanbieden, door een VPN tussen een eindgebruikerslocatie en een internet-exchange te maken. Andersom kunnen ISPs die internet aanbieden op vergelijkbare manier VPNs maken.

Op site van XS4ALL staat al <http://www.xs4all.nl/zakelijk/telewerken/> aangegeven hoe met het internetaanbod van XS4ALL eenvoudig locaties gekoppeld kunnen worden. KPN gaat er vanuit dat ook andere ISPs dergelijke oplossingen bieden.

Ook aanbodsubstitutie lijkt dus te wijzen op het bestaan van één markt van internettoegangsdiensten en zakelijke netwerkdiensten.

2.2.4 Geografische marktafbakening-regionale markten

Het college concludeert dat er sprake is van een nationale retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten.

(i) Geografische prijsverschillen in zakelijke netwerkdiensten

Het college stelt dat hij geen aanwijzingen heeft dat aanbieders van zakelijke netwerkdiensten prijsverschillen hanteren tussen verschillende regio's. Het college stelt in rnr. 1688 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL:

‘als alle aanbiedingen in Nederland bij elkaar worden opgeteld ontstaat daarmee een nationale aanbodstructuur waarbij de tariefverschillen tussen verschillende gebieden beperkt is.’

KPN deelt deze conclusie van het college niet. In onderstaand overzicht heeft KPN een vergelijking gemaakt van het aanbod van verschillende aanbieders. In dit overzicht valt op dat de tarieven per aanbieders verschillen en dat regionale aanbieders, zoals lokale aanbieders en de kabelaanbieders, afwijkende tarieven hanteren. Deze aanbieders bieden hun aanbod niet landelijk aan en zullen hun tarieven op de lokale/regionale situatie aanpassen. Het is dan ook moeilijk voor KPN te begrijpen hoe het college tot de conclusie komt dat de tariefverschillen tussen verschillende aanbieders beperkt zijn.

Glasvezel portfolio				
	KPN v.w. € 187,50	V.S. v.w. ± € 150,-	lokale aanbieders v.w. € 116,-	Kabelbaars v.w. € 139
	Business Parks Zakelijk Glas FTTO fiber	Eurofiber / Vodafone	Locale aanbieders	Kabelaars
Voice	traditional	Traditional and/or VoIP	Traditional and/or VoIP	2-20 VoIP lines, multiple numbers Unlimited Business telephony Business
Bandwidth and pricing	10-10 Mb € 187,50 20-20 Mb € 221,20 20-20 Mb € 221,20 20-20 Mb € 221,20 Eenmalig: € 875,-	VodafoneGrosfibre 10 Mb ± € 150 (eenmalig) 20 Mb € 275, eenmalig 1200 (offerte) Tarieven afhankelijk van plaats	Nuolen: 100 Mb internet: € 116 Veghel: 20 Mb internet ± € 116	Ziggo: 10 Mbps: € 150 eenmalig € 200 Kabelhoofd: 2-2 Mbps: € 199, 10-10 Mbps: € 199 20-20 Mbps: € 219
Value added services	RM-DSLAM VSDM Hoge SLA Max overboeking 1:10	RM-DSLAM Hoge SLA Overboeking 1:10	Hoge SLA Overboeking 1:10	RM No DSLAM No VSDM
Coverage	400 business parks Overloopt met andere aanbieders	200 Business Parks Overloopt met andere aanbieders	200 Business Parks Overloopt met andere aanbieders	200 Business Parks Overloopt met andere aanbieders
Doelgroep	MSG - LE	MSG - LE	MSG - LE	SOHO-MSG
verkoopkanaal	Business Partners	Business Partner & Direct Sales	Directsales	DirectSales

Prijstranges glas kabel en dsl 2012

Voor intern gebruik



(ii) Geografische verschillen in marktaandeelen

Vervolgens concludeert het college dat er geen grote gebieden zijn aan te wijzen waarin het marktaandeel van KPN sterk afwijkt van het landelijk gemiddelde.

Het college komt tot deze conclusie op basis van een onderzoek naar de correlatie tussen het aantal glasvezelnetwerken in een postcodegebied en het aandeel van KPN in het aantal gerealiseerde glasvezelaansluitingen in het betreffende postcodegebied. Het college stelt dat KPN gemiddeld een marktaandeel heeft van 50 tot 60 procent bij de aanwezigheid van één of twee partijen en bij de aanwezigheid van drie tot vijf partijen gemiddeld een marktaandeel van 40 tot 50 procent. Het college noemt deze verschillen beperkt en gaat er derhalve vanuit dat er alsnog sprake is van een landelijke markt.

KPN acht deze redenering van het college niet voldoende onderbouwd en begrijpt niet waarom de in de ogen van het college, geringe verschillen in gemiddelde marktaandelen van KPN per gebied duiden op een landelijke markt, waarbij gemiddelde marktaandelen overigens niet uitsluiten dat er grote verschillen tussen diverse gebieden kunnen bestaan.

Bovendien hanteert het college precies hetzelfde onderzoek naar het aantal glasvezelnetwerken in een postcodegebied voor de ODF-access (FttO) markt als voor de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten (zie rnr. 1689 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL). KPN begrijpt niet hoe dezelfde geografische analyse voor de retailmarkt van zakelijke netwerkdiensten ook voor de markt voor ODF-access (FttO) kan gelden.

Het is voor KPN daarnaast onduidelijk hoe deze correlatie uitgerekend is en op basis van welke gegevens. Zo is onder andere niet duidelijk welke glasvezels zijn meegenomen en ook welke aanbieders. KPN verwijst in dat kader naar bijvoorbeeld **[KPN vertrouwelijk –**

(bijlage IV)] en het geactualiseerde pa-

per van KPN over de rol en betekenis van lokale glasinitiatieven (bijlage III). Uit deze twee documenten is duidelijk op te maken dat er aanzienlijke regionale verschillen zijn in het aantal aanbieders. Bovendien wordt de aanwezigheid van de kabelaanbieders/coax buiten

beschouwing gelaten terwijl deze volgens het college met hun aanbod wel onderdeel zijn van de productmarkt voor zakelijke netwerkdiensten.

KPN verzoekt het college duidelijkheid te verschaffen naar de manier waarop ze de correlatie tussen het aantal glasvezelnetwerken in een postcodegebied heeft berekend als ook nader in te gaan op de geografische verschillen die KPN hierboven heeft geconstateerd.

2.3 Dominantieanalyse van de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten

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

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

2.3.1 Marktaandeel(bepaling)

Het college stelt vast dat KPN op de markt voor zakelijke netwerkdiensten een marktaandeel van 70-80 procent heeft in afwezigheid van regulering. In aanwezigheid van regulering heeft KPN volgens het college in het tweede kwartaal van 2011 een marktaandeel op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten van **[KPN vertrouwelijk –]** procent. KPN merkt op dat haar aandeel, in aanwezigheid van ULL regulering over koper gedurende de gehele reguleringsperiode vanaf Q4 2008, van HK-WBT/HL voor een deel van de reguleringsperiode en in afwezigheid van FttO regulering, sinds het begin van de vorige reguleringsperiode zelfs met **[KPN vertrouwelijk –]**% is gedaald.⁹

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

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

⁹ Zie tabel 44 in rnr. 1700 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL.

aanbieders zoals Surfnets en Glasvezel Uden, die hierin genoemd worden, heeft het college niet verzocht om informatie.

Voorts geeft de gevoeligheidsanalyse van het college evenwel aan dat marktaandelen van KPN op basis van omzet significant (5 tot 10 procentpunten) lager kunnen zijn dan die op aantallen. Verder stelt het college dat hij rekent met een weegfactor van 5 voor hoogcapacitaire huurlijnen in de marktaandeelbepaling, maar rekent in de analyse desondanks met marktaandelen op basis van aantallen. **[KPN vertrouwelijk –**

]. Het college doet hier echter verder in de analyse niets mee, terwijl het college in rnr. 1648 van het ontwerpbesluit ODF-access (FttO) aangeeft dat een marktaandeel op basis van waarde beter is.

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

Het college kent in zijn analyse onterecht geen tot weinig gewicht toe aan bovenstaande effecten. Naar het oordeel van KPN dient het college in zijn analyse de effecten op een transparante wijze te onderbouwen. Ook neemt het college – als gevolg van zijn keuze in de marktafbakening – internet-VPNs niet mee in de bepaling van het marktaandeel. Dialogic schat het marktpotentieel van internet-VPNs in op 25.000 als alleen gekeken wordt naar bedrijven in het SoHo/KB segment met 2 tot 5 vestigingen. Voorts stelt Dialogic dat als breder gekeken wordt het marktpotentieel dan kan oplopen tot 135.000 lijnen. Bijna een verdubbeling van de marktomvang dus. Aangezien KPN nauwelijks internet-VPNs levert, zal het meenemen van internet-VPNs leiden tot een significant lager marktaandeel.

KPN concludeert derhalve dat er veel valt af te dingen op de marktaandeelbepaling van het college. Gezien de vraagtekens die gezet kunnen worden bij de marktaandeelbepaling is het nog maar de vraag of uit de analyse van het college vergaande conclusies getrokken kunnen worden ten aanzien van mogelijke dominantie van KPN.

2.3.2 Marktaandelen in afwezigheid van regulering

In zijn analyse gaat het college in op de verwachte marktaandeelontwikkelingen in afwezigheid van regulering. In rnr. 1727 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL concludeert het college dat hij verwacht dat het marktaandeel van KPN eind 2014 in afwezigheid van regulering 70-80 procent. Dit hoge marktaandeel draagt bij aan het risico op AMM van KPN op de markt voor zakelijke netwerkdiensten.

Om een goed beeld te krijgen van de uitkomsten van de verwachte marktaandeelontwikkelingen dient het college in zijn analyse duidelijker onderscheid te maken tussen de situaties:

- 1) verwachte marktaandeelontwikkelingen in aanwezigheid van de huidige ULL-regulering (MDF/SDF/FttH);
- 2) verwachte marktaandeelontwikkelingen in aanwezigheid van de huidige ULL-regulering en de FttO-access (FttO) regulering;

- 3) verwachte marktaandeelontwikkelingen in aanwezigheid van de huidige ULL-regulering, regulering van ontbundelde toegang OFD-access (FttO) en HK-WBT/HL.

Het college volgt deze aanpak ten onrechte niet in zijn analyse.

Wat betreft de eerste situatie stelt KPN vast dat het college erkent dat door ULL-regulering de voordelen van moeilijk te repliceren koperinfrastructuur voor een groot deel weggenomen worden op de markt voor internettoegang. Aangezien ULL-regulering ook een belangrijke bouwsteen vormt voor de markt voor zakelijke netwerkdiensten, zou de conclusie voor zakelijke netwerkdiensten niet anders mogen luiden. Echter, het college meent dat uitsluitend ULL-regulering niet zal leiden tot de voorspelde daling van KPN's marktaandeel naar 48% in 2015. In afwezigheid van HK-WBT/HL-regulering heeft KPN volgens het college de mogelijkheid om de levering van HK-WBT/HL diensten te weigeren hetgeen grote indirecte effecten heeft als gevolg van het multi-site karakter van de vraag. Volgens schatting van het college zal het prospectieve marktaandeel van KPN in aanwezigheid van ULL- en OFD-access (FttO)-regulering en zonder HK-WBT/HL-regulering eind 2015 ten minste tussen de 60-75 procent bedragen, en mogelijk hoger.

KPN stelt vast dat de onderbouwing van het college inconsistent is met het marktanalysebesluit ontbundelde toegang MDF-, SDF- en OFD-access (FttH) van 29 december 2011. In dit besluit koos het college met het opleggen van de toegangsverplichtingen aan KPN en Reg-gefiber bewust voor volledige ontbundeling van koper- en glas (FttH) aansluitingen als basis voor zijn reguleringsbouwwerk. Afnemers van die vorm van toegang worden dan volgens het college meer dan voorheen in de gelegenheid gebracht om (met KPN en indirect met kabelaanbieders) concurrerende actieve wholesale diensten aan te bieden. In rnr. 456 van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang MDF-, SDF- en OFD-access (FttH) merkt het college het volgende op:

'Ten aanzien van de doelstelling inzake het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit, merkt het college op dat het ingrijpen op de relevante markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk zich eveneens richt op de belangen van eindgebruikers. De met betrekking tot ontbundelde toegang op te leggen verplichtingen zorgen er immers voor dat concurrenten van KPN die niet beschikken over een eigen aansluitnetwerk, met KPN kunnen concurreren op de onderliggende wholesale- en retailmarkten. Dit adresseert de mogelijkheid dat KPN zijn AMM-positie op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk kan overhevelen naar downstreammarkten. Dit draagt bij aan lagere toetredingsdrempels en meer concurrentie op deze downstreammarkten en is in het voordeel van de eindgebruiker, wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.'

Het college heeft in onderhavige analyse nagelaten met feiten aannemelijk te maken dat de op te leggen verplichtingen voor ontbundelde toegang MDF-, SDF- en OFD-access (FttH) er niet voor zorgen dat concurrenten van KPN, die ULL toegang afnemen, met KPN kunnen concurreren op de onderliggende wholesale- en retailmarkten. KPN verzoekt het college dit nader te onderbouwen.

De tweede situatie laat het college volledig buiten beschouwing. KPN meent dat wanneer het college deze stappen in zijn analyse had doorlopen, niet tot het voorgenomen pakket aan verplichtingen op de markt voor HK-WBT/HL aan KPN had kunnen komen.

Immers, de verplichtingen met betrekking tot ontbundelde toegang MDF-, SDF- en OFD-access (FttH) én OFD-access (FttO) zouden er – nog effectiever dan in eerste situatie – voor zorgen dat concurrenten van KPN die niet beschikken over een eigen aansluitnetwerk, met KPN kunnen concurreren op de onderliggende wholesale- en retailmarkten.

KPN ziet niet in hoe het college tot de conclusie heeft kunnen komen dat regulering van passieve wholesale diensten niet toereikend is om potentiële mededingingsproblemen weg

te nemen HK-WBT/HL en wel op de markt voor LK-WBT en dus tot het opleggen van verschillende verplichtingen, ervan uitgaande dat concurrenten een vergelijkbare footprint (kunnen) hebben op basis van ontbundelde toegang op beide markten.

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

In rnr. 1715 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL geeft het college aan dat hij het aannemelijk acht dat in afwezigheid van ontbundelde toegang regulering het huidige marktaandeel van glasaanbieders lager zou zijn geweest dan wat het nu is. Glasaanbieders hebben volgens het college deels kunnen groeien door een combinatie van gebruik van eigen infrastructuur en inkoop op basis van regulering. Voorts schat het college in rnr. 1715 in dat KPN in afwezigheid van regulering prospectief over een marktaandeel van 75 tot 80 procent beschikt. Dit is even hoog als de inschatting van het huidige marktaandeel van KPN in afwezigheid van regulering. Het college acht het in een situatie in afwezigheid van regulering niet aannemelijk dat de door Roland Berger voorspelde daling van KPN's marktaandeel zal plaatsvinden aangezien een groot deel van de daling van het marktaandeel van KPN toekomt aan partijen die afhankelijk zijn van regulering.

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

Roland Berger 'Prospectief onderzoek naar de marktontwikkelingen op het gebied van elektronische communicatie in de Nederlandse zakelijke markt', blz. 10:

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

Ook betwist KPN de conclusie van het college in rnr. 1711 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL dat hij het aannemelijk acht dat KPN in afwezigheid van regulering aan afnemers – zoals thans Tele2 – geen (vrijwillige) ontbundelde toegang tot haar netwerk (ULL) zal aanbieden, althans niet tegen voorwaarden waarop een duurzame business case kan worden gebaseerd.

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

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

op te hebben en om anderzijds investeringen in glasnetwerken door een grotere vulling rendabel te laten zijn en sneller terug te verdienen.

- Een derde opmerking is dat KPN al haar bedrijfsprocessen en infrastructures reeds lange tijd heeft ingericht op het verlenen van toegang. Het verdwijnen van regulering betekent volgens KPN dan ook niet dat zij direct geen toegang meer zal verlenen.¹⁰
- Tot slot merkt KPN op dat het vervallen van ODF-access (FttO), HK-WBT en WHL regulering als gevolg van de CBb uitspraken niet heeft geleid tot het hanteren van andere voorwaarden door KPN. Het college schenkt hier echter geen aandacht aan in zijn analyse. Maar in de twee jaar dat er nu geen sprake is van regulering zijn de dalende trends van KPN's retailmarktaandeel nog steeds gaande, heeft KPN nog steeds een open wholesale beleid, zijn de wholesale tarieven niet verhoogd en haar portfolio uitgebreid. De stelling dat KPN dus prikkels heeft om toegang te weigeren dan wel aanvullende voorwaarden te stellen, blijken dus niet in de praktijk. Dat dit voor zakelijk glas onder dreiging van mogelijke regulering is gebeurd is evenmin een valide argument, want het college had immers tot voor kort geen plannen zakelijk glas te reguleren.

2.3.3 Prognose: ontwikkelingen in marktaandelen 2012-2014

In rnr. 1716 en volgende van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL gaat het college in op de ontwikkeling in marktaandelen op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten. Hoewel de prognose omtrent de ontwikkeling in marktaandelen van het college vormt een belangrijk element in de marktanalyse, heeft het college dit onderdeel niet geactualiseerd.¹¹

Allereerst merkt KPN op dat hoewel het ontwerpbesluit ziet op de reguleringsperiode 2013-2015, het college de ontwikkeling in marktaandelen 2012-2014 analyseert. Voorts analyseert het college de ontwikkeling in marktaandelen voornamelijk in afwezigheid van regulering, terwijl de regulering op grond van het marktanalyse ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) reeds sinds 1 januari 2012 van kracht is.

Tot slot merkt KPN, evenals in haar reactie op het vorige ontwerpbesluit, op dat het college zijn constatering dat in de groei van circa **[KPN vertrouwelijk –**

] procent is – hetgeen een duidelijke indicatie is van concurrentie -, onvoldoende meeneemt in zijn analyse.

2.3.4 Ontwikkelingen dienstenaanbod en tarieven

(i) Dynamiek op VPN

In rnr. 1740 en volgende van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL concludeert het college dat het grootste segment van de markt voor zakelijke netwerkdiensten inmiddels wordt gevormd

¹⁰ Zie ook het CIF-model dat uitgaat van vrijwillige toegang tot glas.

¹¹ Zie overweging 20 van de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van AMM, 2002/C 165/03: 'Wanneer een NRI krachtens artikel 16 van de kaderrichtlijn een marktanalyse uitvoert, dient zij een prospectieve, structurele beoordeling van de relevante markt te maken op basis van de bestaande marktvoorwaarden. De NRI moet onderzoeken of de markt in de toekomst concurrerend zal zijn en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend (10) is, gelet op de op redelijke termijn te verwachten of te voorspellen marktontwikkelingen. Bij de vaststelling van de termijn dient te worden gelet op de specifieke kenmerken van de markt en het vermoedelijke tijdstip van de volgende analyse van de betrokken markt door de NRI. De NRI's dienen bij hun analyse rekening te houden met gegevens uit het verleden, wanneer dergelijke gegevens relevant zijn voor de ontwikkelingen op die markt in de nabije toekomst.'

door VPNs. Naast KPN zijn er ook andere partijen die deze diensten op grote schaal aanbieden. Deze VPN-diensten zorgen voor concurrentiedruk op het aanbod van klassieke huurlijnen door KPN. Van oudsher heeft KPN een hoog marktaandeel op klassieke huurlijnen. De afgelopen jaren zijn afnemers in grote getale gemigreerd van deze klassieke huurlijnen naar VPN-oplossingen. De migratie van klassieke huurlijnen naar VPNs heeft er mede toe geleid dat KPN heeft besloten om de analoge huurlijnen en digitale huurlijnen <2 Mbit/s per 31 december 2014 uit te faseren.

Deze conclusie was in het ontwerpbesluit van februari 2012 niet anders en heeft het college toen doen besluiten om een lichtere set van verplichtingen op de markt voor HK-WBT/HL aan KPN op te leggen.

(ii) Daling van tarieven

In rnr. 1741 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL concludeert het college dat de daling van de tarieven voor klassieke huurlijnen >2 Mbit/s en datacommunicatiediensten een sterke indicatie is van een concurrerende markt voor zakelijke netwerkdiensten in aanwezigheid van regulering.

Allereerst merkt KPN op in de analyse ontbreekt welke regulering er mede toe heeft bijgedragen dat de tarieven zijn gedaald. Voor zover het college doelt op de regulering op de markt van wholesale huurlijnen, merkt KPN op dat dit een onjuiste aanname is van het college. Deze regulering geldt sinds de vernietiging op 13 april 2010 door het CBB van het besluit Marktanalyse huurlijnen van 19 december 2008 niet meer. De markt voor wholesale huurlijnen is thans 2,5 jaar (van de reguleringsperiode van drie jaar) niet meer gereguleerd en op het moment dat het onderhavige ontwerpbesluit in werking treedt, zal deze markt bijna 3 jaar niet meer gereguleerd zijn. Bovengenoemde tarieven zijn in aanwezigheid van regulering voor ontbundelde toegang MDF/SDF-access en in afwezigheid van regulering van wholesale huurlijnen gedaald.

De tariefdalings zijn dus zonder regulering van wholesale huurlijnen tot stand gekomen. Dit is wat KPN betreft niet een indicatie maar een bewijs van een concurrerende wholesale markt zoals KPN al eerder in haar reactie op de tariefontwikkeling heeft weergegeven. Deze conclusie, die in het ontwerpbesluit van februari 2012 niet anders was en heeft het college toen doen besluiten om een lichtere set van verplichtingen op de markt voor HK-WBT/HL aan KPN op te leggen, zou er echter in geen enkel geval toe mogen leiden dat aan KPN thans een zwaarder pakket van verplichtingen wordt opgelegd.

(iii) Introductie nieuwe diensten

In rnr. 1750 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL geeft het college aan dat een aantal nieuwe producten dat is geïntroduceerd, zou kunnen duiden op een concurrerende markt, maar het merendeel hiervan is mogelijk gemaakt op grond van gereguleerde wholesale bouwstenen. In afwezigheid van regulering gaat het college ervan uit dat KPN ontbundelde toegang niet op vrijwillige basis zou leveren. Dit betekent dat in een situatie in afwezigheid van regulering een groot deel van de productintroducties, geïnitieerd door alternatieve aanbieders, niet zouden plaatsvinden.

KPN merkt op dat het sinds 1 januari 2012 een feit is dat de markt voor ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) gereguleerd is en dat KPN een scala van verplichtingen dient te voldoen. Voorts constateert KPN dat van de negen in tabel 51 bij rnr. 1742 genoemde diensten er zes over koper worden geleverd. Twee andere diensten over glas zijn

geïntroduceerd door Eurofiber en een dienst wordt over coax geboden en is geïntroduceerd door de kabelaanbieders. KPN constateert dat vier van de zes diensten over koper door de grootste afnemer van gereguleerde MDF/SDF-toegang over koper, Tele2, zijn geïntroduceerd.

KPN kan de conclusie van het college volgen dat zonder regulering op de markt voor ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) de introductie van nieuwe producten mogelijk niet zou hebben plaatsgevonden. Echter, deze conclusie is in onderhavige analyse niet steekhoudend aangezien de regulering op de markt voor ontbundelde toegang MDF-, SDF- en ODF-access (FttH) sinds 1 januari 2011 in werking is getreden. Sterker nog, het college bevestigt hiermee in feite dat deze regulering toereikend is en dat de voorgenomen regulering van de markt voor HK-WBT/HL niet passend is.

(iv) Concurrentiedruk van dark fiber, lichtpaden, housing/hosting en zakelijke netwerkdiensten via coax

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

KPN meent dat het college onterecht heeft nagelaten zijn conclusies dat dark fiber, lichtpaden en zakelijke netwerkdiensten over coax geen invloed hebben op de uitkomst van de concurrentieanalyse en derhalve op de vaststelling dat KPN een aanmerkelijke marktmacht heeft op de markt voor zakelijke netwerkdiensten te onderbouwen met een prospectieve marktanalyse.¹²

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

Ook is de vaststelling dat er sprake is van een machtspositie afhankelijk van een beoordeling van de vraag hoe gemakkelijk de markt kan worden betreden (toetredingsdrempels). Uit het geactualiseerde paper van KPN over 'Rol en betekenis van lokale (zakelijke) glasinitiatieven' van 18 februari 2011 kan opgemaakt worden dat het relatief gemakkelijk is de markt te betreden. Ook Roland Berger bevestigt dit in haar rapport.¹³

¹² Op grond van de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (2002/C 165/03) dient het college het bestaan van een machtspositie aan te tonen aan de hand van een aantal criteria en dient de beoordeling hiervan gebaseerd te zijn op een prospectieve marktanalyse uitgaande van de geldende marktvoorwaarden.

¹³ Roland Berger, blz 35 "Het aanbieden van retail dark fiber is echter relatief eenvoudig, niet slechts voor gevestigde infrastructuurpartijen (KPN, Reggefiber, Eurofiber, etc.) maar ook voor bijvoorbeeld hun aannemers."

(v) Dark fibers

De conclusies van het college met betrekking tot dark fiber en lichtpaden in het ontwerpbesluit zijn gestoeld op de gedateerde marktsituatie, nl. dat slechts 3,5 procent van alle zakelijke netwerkaansluitingen dark fiber aansluitingen zijn en slechts enkele honderden lichtpaden zijn afgenomen. In het ontwerpbesluit gaat het college in de concurrentieanalyse niet in op het effect van 'de sterke stijging van het aantal retail geleverde dark fiber verbindingen in de afgelopen jaren', het argument om dark fiber thans wel tot de relevante markt te rekenen, prospectief te analyseren.

Wellicht is de sterke groei van dark fiber licht afgezwakt sinds 2009, er is nog steeds sprake van een groei, zo blijkt uit de Q4 cijfers van 2011, en daarnaast zijn er diverse argumenten in het onderzoek van Dialogic en Roland Berger die er juist op wijzen dat deze groei zich doorzet. Uit de analyse van het college blijkt dat de grootste aanbieder van dark fiber Eurofiber is; andere aanbieders zijn onder meer BT, Tele2 en KPN en daarnaast is er nog een aantal lokale aanbieders van dark fiber. Tevens weegt het college in zijn analyse de bevindingen uit het onderzoek van Roland Berger niet mee dat het aanbieden van retail dark fiber relatief eenvoudig is, niet slechts voor gevestigde infrastructuurpartijen (KPN, Reggefiber, Eurofiber, etc.) maar ook voor bijvoorbeeld hun aannemers. Deze laatste categorie laat het college in zijn analyse volledig buiten beschouwing, KPN meent onterecht. KPN's beeld is dat er door aannemers veel glas is aangelegd dat ook tot de relevante markt zou moeten worden behoren en verzoekt het college dit dan ook nader te onderzoeken.

KPN heeft een web-search uitgevoerd naar partijen die dark fibers aanleggen. Hieruit komen diverse aanbieders als aannemers en lokale glasinitiatiefnemers naar voren, die het college in zijn analyse niet lijkt te betrekken. Aannemers die dark fibers aanleggen, zijn bijvoorbeeld:

<http://www.darkfiber.nl/>
http://www.trentglasvezel.nl/klanten_partners/
<http://www.bit.nl/home/referenties/>
<http://www.advo.nl/connect/over-advo-connect/>

Een belangrijke business partner van KPN, die zelf korte dark fibers aanlegt en langere afstanden bij andere aanbieders inkoopt, is

http://www.ipvisie.com/index.php?option=com_content&view=article&id=91&Itemid=124&lang=nl

Lokale initiatiefnemers, die ook dark fibers bieden, zijn

<http://www.e-quest.nl/zoo>
<http://www.telemann.nl/>

Daarnaast blijkt in het eindgebruikersonderzoek van Dialogic van mei 2011, waarin 25-28 procent van de afnemers van zakelijke netwerkdiensten aangaf de afgelopen twee jaar te zijn overgestapt of de komende twee jaar van plan is over te stappen van voornamelijk klassieke huurlijnen (zowel analoog als digitaal) naar een ander product, dat afnemers van digitale huurlijnen in een kwart van de gevallen overstappen naar datacommunicatiediensten en in ongeveer de helft van de gevallen naar dark fiber. KPN meent dat het college met in achtneming van deze aspecten alsnog een prospectieve analyse dient uit te voeren.

(vi) Combinatie van dark fiber, hosting en housing

Een belangrijke trend waar het college naar de mening van KPN te weinig aandacht aan schenkt is de trend dat steeds meer organisatie hun ICT infrastructuur onderbrengen in datacenters. Deze datacenters (of cybercenters) worden altijd ontsloten door glasnetwerken van meerdere partijen. Een nieuw datacenter zal zich namelijk altijd vestigen in de buurt van meerdere glasnetwerken. Dit is nu eenmaal van levensbelang voor een datacenter. Aan de andere kant zal een reeds aanwezig (en succesvol) datacenter nieuwe glasaanbieders aantrekken omdat vraag naar datatransport nu eenmaal aanbod aantrekt.

Deze trend leidt tot de volgende effecten:

- Bedrijfsnetwerken zullen steeds vaker stervormige netwerken zijn met het datacenter als centraal punt. Omdat het datacenter door meerdere partijen ontsloten wordt, kunnen eindklanten gemakkelijker een multi-vendor beleid hanteren. Het netwerk wordt niet meer dan een verzameling punt-punt verbindingen van eindgebruikerslocatie naar datacenter.
- In datacenters zijn vaak dienstenaanbieders aanwezig. Eindgebruikers die hun ICT infrastructuur in een datacenter hebben ondergebracht kunnen eenvoudig en laagdrempelig deze diensten afnemen. Datacenters hebben vaak de functie van “marktplaats”.
- Vaak zijn meerdere bedrijven aanwezig in hetzelfde datacenter. Verbindingen tussen die bedrijven kunnen binnen het datacenter goedkoop en laagdrempelig worden gemaakt.
- Datacenters zijn doorgaans onderling verbonden. Verbindingen tussen bedrijfsvestigingen die op verschillende datacenters aanwezig zijn, kunnen daardoor eenvoudig en goedkoop gemaakt worden.
- Bedrijfsvestigingen die in de buurt van een datacenter zijn vaak goedkoper af met een dark fiber tussen bedrijfsvestiging en datacenter dan met een andere zakelijke netwerkdienst.

In de dominantieanalyse voor zowel ODF-access (FttO) als HK-WBT/HL zal bijzondere aandacht moeten komen voor deze datacenters. Een glasaansluiting op een datacenter moet niet noodzakelijkerwijs worden gezien als een FttO aansluiting. Het is logischer om verbindingen van Telco-Pop naar datacenters alsmede verbindingen tussen datacenters onderling als onderdeel van de trunk markt te zien. Als er al reden zou zijn om glasaansluitingen op datacenters te zien als FttO aansluitingen dan is het gezien de specifieke concurrentiesituatie niet logisch om voor die aansluitingen verplichtingen op te leggen. KPN verzoekt het college om de specifieke situatie van datacenters nader te onderzoeken.

(vii)Coax

Ook heeft het college geen prospectieve analyse uitgevoerd bij de bepaling van de concurrentiedruk van zakelijke netwerkdiensten via coax. Het college meent dat het tot dezelfde relevante markt rekenen van coax geen invloed op de uitkomst van de concurrentieanalyse heeft, aangezien coax onder meer vanwege het gebrek aan capaciteitsgaranties en het niet kunnen afgeven van dezelfde SLA's als die op koper of glas worden afgegeven wordt gezien als een inferieur product en het aantal afgenomen zakelijke netwerkdiensten op basis van coax heel beperkt is.

Dit beeld is achterhaald door de werkelijkheid. KPN merkt op dat zakelijke diensten over coax tot vorig jaar niet werden geleverd. In een klein jaar tijd slaagt Ziggo er wel in om ca. 10.000 zakelijke klanten aan te sluiten. Zie onder andere recente berichtgeving in Telecom-Paper over de Q3 cijfers van Ziggo:

TelecomPaper 19 oktober 2012: 'Op de zakelijke markt steeg het aantal TV-kanten met 4.000 gedurende het kwartaal tot 110.000 en het aantal breedbandkanten met 3.000 tot 33.000. Ook telefonie groeide met 3.000, naar 25.000. Het totaal aantal RGU's komt daarmee op 180.000 (+11.000).

De omzetgroei was, zoals gezegd, 1,2 procent maar exclusief 'overige' +4,4%. Op de consumentenmarkt was de groei -0,2 procent en exclusief overige +3,2 procent. Op de zakelijke markt was de groei van +24 procent deels te danken aan de overname van Breezz en autonoom was de groei +16,5 procent.'

Niet alleen de potentie is er, dit betekent dat er sprake is van een forse groei van de kabelaanbieders waarvan de effecten zeker prospectief onderzocht dienen te worden. Overigens wordt dit door grootzakelijke afnemers in het Eindgebruikersonderzoek van Dialogic van mei 2011 bevestigd. Zij vinden juist positief dat kabelaanbieders verrassend goed in staat zijn om bepaalde SLA's te halen. Zie ook het aanbod van Ziggo inzake IP-VPN, op basis van welke het duidelijk is dat een kabelaanbieder de markt voor zakelijke netwerkdiensten goed kan bedienen (bijlage V).

Dat de kabelaanbieders reeds nu al een belangrijke rol spelen in de markt voor zakelijke netwerkdiensten wordt ook bevestigd door bijvoorbeeld onderstaande publicaties:

Zeelandnet, op haar website www.zeelandnet.nl/zakelijk:

'ZeelandNet is een Full-Service Internetprovider die haar activiteiten met name richt op de regio Zeeland en de aangrenzende gebieden, maar ook nationaal verschillende klanten heeft. ZeelandNet is gevestigd in het Zeeuwse Kamperland op een rustig gelegen locatie die makkelijk bereikbaar is. ZeelandNet is een dochterbedrijf van DELTA NV en behalve leverancier van nutsvoorzieningen is DELTA NV ook de eigenaresse van het glasvezelnet in Zeeland.

Het aanbieden van "Internet via de Kabel" is dan ook een van de speerpunten in het beleid van ZeelandNet. Met reeds 80.000 kabelabonnees is ZeelandNet daardoor een belangrijke partner geworden in de ontwikkeling van de Nieuwe Economie in Zeeland. Voor Internet heeft ZeelandNet het hoogste marktaandeel in Zeeland en behoort zij tot de top 10 Internetproviders in Nederland.

ZeelandNet Zakelijk heeft een veelzijdig producten- en diensten aanbod op het gebied van Interne verbindingen, telefonie, datacommunicatie, automatisering, opleidingen, hard- en software voor de zakelijke markt. Daarbij staat kennis en ervaring alsmede service en een scherp oog voor detail hoog in het vaandel. Tevens is er uiteraard een grote rol weggelegd voor de wensen en eisen van de klant. Deze elementen vormen een stevige basis voor het vertrouwen van bedrijven en organisaties in Zeeland en ver daarbuiten.

ZeelandNet exploiteert in de provincie Zeeland een eigen glasvezel en kabel infrastructuur. Deze netwerken worden gebruikt als betrouwbaar transport van onze dienstverlening naar onze klanten.

Het kabelnetwerk beschikt over meer dan 175.000 aansluitingen in de provincie en ons glasvezelnetwerk bestaat meer dan 3000 km aan glasvezel. Het glasvezel netwerk bestaat uit meerdere backbone-ringen en een groot aantal lokale glasvezelringen. De ringstructuur en de redundantie van het glasvezelnetwerk zorgt voor een hoge beschikbaarheid en ondersteunt meerdere transmissietechnieken zoals Ethernet, SDH, MPLS, etc.

Het netwerk van ZeelandNet beschikt over belangrijke koppelingen naar de netwerken van nationale en internationale aanbieders zodat ook zakelijke klanten buiten de provincie goed bediend kunnen worden.'

Ook Ziggo heeft groeiambities in de zakelijke markt. KPN verwijst naar onderstaande passages uit het jaarverslag 2011 van Ziggo:

'In addition to the consumer segment, we aim to further grow our business segment. After the repositioning of our B2B operations in 2010 to focus on the home offices and small enterprises, this division has gained substantial momentum. Over our EuroDocsis 3.0 enabled HFC network, we can cost-effectively provide high-speed broadband Internet and fixed-line telephony services without significant capital investment and at prices that are competitive in the market. Since the introduction of the 'Office Basis' and 'Internet Plus' business bundles, supported by extensive commercial campaigns, the B2B division has been very successful, more than doubling its installed base of business bundles in 2011. By acquiring Breezz in October 2011 we expanded our addressable market, given that we can now service medium sized companies more competitively.

The acquisition enabled us to extend our product portfolio by adding multiline hosted VoIP telephony services, a combination which is very attractive for medium-sized companies (10-30 employees).

In the B2B market, we announced, together with UPC Nederland, a partnership with the Dutch umbrella association for small and medium-sized enterprises (MKB-Nederland). One of its main objectives is to raise awareness of the added value of broadband Internet connections for businesses. The three parties will jointly support small and medium-sized companies in the Netherlands by showing the attractive opportunities of services such as VoIP, cloud services, online payment possibilities for the retail sector and videoconferencing.

Our business services activities realised revenues of €87.7 million in 2011, up 13.3% from the previous year's figure of €77.4 million. This includes a €1.5 million revenue contribution from Breezz, a company offering hosted multiline VoIP telephony services which was acquired in October 2011 and consolidated as of 1 October. Excluding the revenue contribution from Breezz, revenue from business services grew by 11.4% compared to 2010. During the year, Ziggo doubled the number of subscribers to the B2B bundle products 'Internet Plus' and 'Office Basis' by adding over 12,000 new subscribers, to reach a total of 23,500 by 31 December 2011. This increase further validates our decision in 2010 to refocus our business services strategy around a product portfolio aimed at the small and medium-sized companies segment, leveraging the strength of our infrastructure. The roll-out of EuroDocs 3.0 across our entire network, which was completed in 2009, enables us to offer this market highly attractive high-speed Internet and high-quality telephony services.'

Hier verwijst KPN naar onderstaande externe publicaties van Ziggo.

Perspresentatie van Ziggo betreffende Q3 2012. Hieruit blijkt de sterke b2b-groei van ca. 3000 nieuwe abonnementen voor Office Basis, Office Plus en Internet Plus alsmede een toename van 23,5% voor B2B-revenu. Zie: <https://www.ziggo.com/nl/investors/financiele-publicaties/67,55/3e-kwartaalcijfers-2012/>)

Ziggo VPN aanbod zie : https://www.ziggozakelijk.nl/internet/extra_diensten/vpn; Grootzakelijk aanbod zie: <https://www.ziggozakelijk.nl/grootzakelijk>

Persbericht Ziggo "Ondernemers niet meer Afhankelijk van één partij voor ISDN": <https://www.ziggo.com/nl/pers/persberichten/60,2064/ondernemers-niet-meer-afhankelijk-van-een-partij-voor-isdn/> (onderzoek Heliview)

Persbericht Ziggo "Traag internet dagelijkse bron van ergernis bij ondernemers": <https://www.ziggo.com/nl/pers/persberichten/60,1815/traag-internet-dagelijkse-bron-van-ergernis-bij-ondernemers/> (onderzoek NoTies)

Persbericht Ziggo: "Ziggo wint aanbesteding schoolnet Brabant" <https://www.ziggo.com/nl/pers/persberichten/60,1001/ziggo-wint-aanbesteding-schoolnet-brabant/>

Persbericht Ziggo: "Basisscholen in Brabant: Breedbandverbinding steeds belangrijker: <https://www.ziggo.com/nl/pers/persberichten/60,2670/basisscholen-in-brabant-breedband-verbinding-steeds-belangrijker/>

Persbericht Ziggo: "Ziggo breidt Zakelijke dienstverlening uit met Overname Breez: <https://www.ziggo.com/nl/pers/persberichten/60,878/ziggo-breidt-zakelijke-dienstverlening-uit-met-overname-breez/>

Persbericht Ziggo: "Nieuwe Scan laat MKB ondernemen op topsnelheid: <https://www.ziggo.com/nl/pers/persberichten/60,824/nieuwe-scan-laet-mkb-ondernemen-op-topsnelheid/>

UPC, zie Jaarverslag Liberty Global:

"The increase in the Netherlands' non-subscription revenue is largely attributable to increases in (i) B2B revenue, due primarily to growth in business broadband internet and telephony services, (ii) installation revenue and (iii) interconnect revenue".

UPC: Speciale SIP-trunk brochure; <http://grootzakelijk.upc.nl/pdf/upc-business-service-priority-voip-sip-trunk-sheet.pdf>

UPC: VoIP SIP Gateway sheet: <http://grootzakelijk.upc.nl/pdf/upc-business-service-priority-voip-sip-gateway-sheet.pdf>

*Andere Grootzakelijke services van UPC: <http://grootzakelijk.upc.nl/services/telefonie/>;
<http://grootzakelijk.upc.nl/services/internet-en-hosting/>*

Persbericht UPC: UPC Business leverancier 14+netnummer voor alle 415 gemeenten:
<http://overupc.upc.nl/nieuws/persberichten/2012/upc-business-leverancier-14+netnummer-voor-alle-415-gemeenten/>

Onderstaande tabel geeft een vergelijking van de tarieven en het aanbod van een aantal kabelaanbieders (UPC, Ziggo en Kabelnoord) op basis van coax en glas. Ook op basis hiervan valt op dat kabelaanbieders reeds nu al in staat zijn om de zakelijke markt te bedienen. KPN is van mening dat de (potentiele) concurrentiedruk van de kabelaanbieders zwaar onderschat wordt door het college.

Kabel portfolio (UPC/Ziggo/Kabelnoord)		
	V.M. € 50 Coax	V.M. € 139 Glas
	Kabelaanbieders	Kabelaanbieders
Voice	2 VOP lines, multiple numbers Unlimited Business telephony Business	2-20 VOP lines, multiple numbers Unlimited Business telephony Business
Bandwidth and pricing	10-2 Mb: € 42 60-8 Mb: € 51 120-10 Mb: € 66 (Inclusief aansluitkosten en TV)	Ziggo: 10 Mbps: € 150 eenmalig € 200 Kabelnoord: 2-5 Mbps: € 199, 10-10 Mbps: € 199, 20-20 Mbps: € 219
Value added services	RN No SLARM No VSMO	RN No SLARM No VSMO
Coverage	~ 2014	200 Business Poles Overlappend met andere aanbieders
Doelgroep	2040-MRG	2040-MRG
Verkoopkanaal	Alle kanalen	DirectSales

Prijsranges glas kabel en dsl 2012

Voor intern gebruik



(viii) Internet-VPNs

Het college heeft weliswaar door Dialogic een (summier) onderzoek laten doen naar internet-VPNs, dit onderzoek bevat echter geen prospectieve analyse. KPN verwacht dat internet en internet-VPNs in toenemende mate een belangrijke rol gaan spelen en wel om de volgende redenen:

- Steeds meer toepassingen die voorheen een besloten omgeving vereisten worden nu over het openbare internet mogelijk gemaakt. Het bekendste voorbeeld is pinnen.
- Nieuwe toepassingen zoals Microsoft Lync worden opgezet om via het openbare internet veilige communicatie mogelijk te maken. In dergelijke applicaties wordt een internet-VPN als het ware ingebouwd.
- De toenemende populariteit van Telewerken zorgt voor een stijging van de verkoop van internet-VPN hard- en software. Als spin-off zullen deze ontwikkelingen ook in toenemende mate gebruikt gaan worden in meer traditionele bedrijfsnetwerken.

- Het nieuwe werken vereist een grotere mate van flexibiliteit in het bedrijfsnetwerk. Internet-VPNs zijn flexibeler dan traditionele VPNs zodat er sneller een nieuwe locatie in het netwerk kan worden opgenomen.
- Omdat internet-VPNs steeds vaker als alternatief voor traditionele bedrijfsnetwerken gekozen worden zal prijsdruk ontstaan bij traditionele bedrijfsnetwerken. Het prijsverschil tussen internet-VPNs en traditionele bedrijfsnetwerken zal daardoor kleiner worden.
- De betrouwbaarheid en kwaliteit van internettoegang wordt steeds hoger. Hierdoor is er minder noodzaak om een traditioneel bedrijfsnetwerk aan te schaffen.

KPN voorziet derhalve een toename van populariteit van internet-VPNs ten kosten van traditionele bedrijfsnetwerken. KPN verzoekt het college dan ook om bovenstaande ontwikkelingen in haar prospectieve analyse mee te nemen en haar conclusie inzake de mate van concurrentiedruk van internet-VPNs op VPNs te heroverwegen.

(ix) Lokale glasinitiatieven

KPN heeft herhaaldelijk gewezen op het belang om lokale glasaanbieders te betrekken in de analyse. Het college heeft dit nagelaten. Hierdoor heeft het college geen analyse, laat staan een prospectieve analyse uitgevoerd naar de mate waarin lokale glasaanbieders van zakelijke netwerkdiensten concurrentiedruk uitoefenen op de markt voor zakelijke netwerkdiensten. KPN verwacht dat het aanbod van lokale aanbieders, voor zover het nu nog niet speelt volgens het college, in toenemende mate een belangrijke rol gaat spelen. Dit blijkt onder meer uit **[KPN vertrouwelijk -**

(bijlage IV)] en het geactualiseerde paper van KPN over de rol en betekenis van lokale glasinitiatieven (bijlage III). Uit de geactualiseerde paper van KPN over lokale glasinitiatieven valt op dat vooral de publieke sector de nodige voorkeur heeft voor lokale initiatieven. KPN verwijst in dat kader naar bijvoorbeeld lokale aanbieders zoals Surfnet en Breedband Drechtsteden. Lokale/regionale aanbieders lijken een bepaalde voorkeur te krijgen wat betreft branding.

Concluderend uit bovenstaande is KPN derhalve van mening dat het college de concurrentiedruk van coax-netwerken en daarmee de kabelaanbieders, dark fiber aanbieders maar ook aanbieders van internet-VPNs en lokale glasaanbieders duidelijk onderschat. KPN vindt dan ook dat het college tot de conclusie dient te komen dat zakelijke netwerkdiensten geleverd over voornoemde infra concurrentiedruk uitoefenen op het aanbod van KPN op de markt voor zakelijke netwerkdiensten en dat dat de mogelijkheid voor KPN om zich onafhankelijk te gedragen op de markt wegneemt. Hieronder wordt in een overzicht de verschillende aanbiedingen in de markt weergegeven.

2.3.5 Positie van KPN versus concurrenten

KPN is derhalve van mening dat het college de concurrentiedruk van coax netwerken en daarmee de kabelaanbieders, dark fiber aanbieders maar ook aanbieders van internet-VPNs en lokale glasaanbieders duidelijk onderschat. KPN vindt dan ook dat het college tot de conclusie dient te komen dat zakelijke netwerkdiensten geleverd over coaxnetwerken, dark fibers en internet-VPNs concurrentiedruk uitoefenen op het aanbod van KPN in zakelijke netwerkdiensten en dat dat de mogelijkheid voor KPN om zich onafhankelijk te gedragen op de markt wegneemt.

2.3.6 Positie van KPN versus concurrenten

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

(i) Lage toetredingsdrempels en dynamische markt niet onderzocht

Zoals KPN in diverse reacties heeft aangegeven is kenmerkend voor de zakelijke markt de grote en alsmaar toenemende dynamiek in verschillende segmenten. Niet alleen zijn er reeds lang veel bekende partijen (zoals Colt, Verizon, BT, Orange Business Services, Tele2, Easynet, AT&T) actief, ook zijn er diverse partijen, zoals Eurofiber, UPC, Ziggo, IBM, Microsoft, Google en HP in de afgelopen 3 jaar succesvol toegetreden tot segmenten van de zakelijke retailmarkt en er heeft geen uittreding plaatsgevonden. Concurrentie vanuit de kabel is niet alleen fors toegenomen op de onderkant van de markt (MKB/SoHo). De kabelaanbieders zijn inmiddels ook gestart met het bieden van scherp geprijsde Multi Site diensten. Verder worden steeds meer partijen zonder eigen netwerk actief op zakelijke diensten zoals MVNO's, mobiele resellers (zoals Dekatel, Galaxy, Intercity Telecom, EspritXB etc.), RoutIT, Zoranet, Infopact en XRC en systems integrators actief.

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

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

2.3.7 Controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur

Het college stelt in de marktanalyse van de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten in rnr. 1766 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL dat KPN als enige partij beschikt over een landelijk dekkend kopernetwerk en over het grootste glasvezelaansluitnetwerk met een glasve-

zelnetwerkdekking van [KPN vertrouwelijk –] procent op 250 meter. Het college lijkt volledige replicatie van elk deze netwerken als noodzakelijke, maar onmogelijke concurrentievoorwaarde te stellen. Immers, in rnr. 1757 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL stelt het college het volgende:

‘Bij het criterium replaceerbaarheid beoordeelt het college of de relevante infrastructuur (het relevante netwerk) binnen de termijn van de herziening van het onderhavige besluit economisch rendabel kan worden gerepliceerd door een netwerk met een vergelijkbare functionaliteit. Specifiek onderzoekt het college in welke mate de geografische reikwijdte van het netwerk (netwerkdekking) wordt (of kan worden) gerepliceerd. Een aanbieder met een grote netwerkdekking is in het voordeel ten opzichte van een aanbieder met een kleinere netwerkdekking, zeker indien de klantvraag niet lokaal is geconcentreerd maar meerdere – geografisch gespreide – locaties omvat.’

Wat betreft de replaceerbaarheid van KPN's kopernetwerk staat vast dat Tele2, als de grootste afnemer van ontbundelde toegang op koper, 75-80 procent van de bedrijvenlocaties in Nederland wel kan aansluiten. Slechts 20 procent van de bedrijvenlocaties in Nederland kan niet via replicatie van KPN's actieve kopernetwerk op basis van MDF/SDF-toegang worden aangesloten omdat investeringen in ontbundelde toegang onvoldoende rendabel is. Het betreft volgens het college bedrijvenlocaties, die zijn aangesloten op kleine MDF-centrales waar het aantal potentiële klanten gering is. Overigens stelt het college in rnr. 146 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL dat 11 procent van de bedrijvenlocaties waar MDF-afnemers geen dekking op koper hebben, wel een glasalternatief beschikbaar is. Dit betekent derhalve dat slechts 9 procent van de bedrijvenlocaties in Nederland op koper niet via replicatie van KPN's netwerken op basis van MDF/SDF- of ODF-toegang kan worden aangesloten.

In de analyse van de retailmarkt stelt het college vast dat de netwerkdekking als percentage van aansluitbare bedrijven in geheel Nederland op basis van eigen infrastructuur van KPN voor on-net en near-net klanten <150 meter en voor near-net klanten <250 meter in 2011 respectievelijk [55-60] procent en [70-75] procent bedraagt en van de gezamenlijke zakelijke aanbieders Eurofiber, Ziggo, Colt, Tele2, Verizon, UPC-Business, Delta en BT respectievelijk [55-60] procent en [75-80] procent. Ondanks de grotere netwerkdekking van alternatieve glasaanbieders gezamenlijk, waarbij de glasdekking van lokale aanbieders niet eens is betrokken, stelt het college dat de glasnetwerk van KPN volledig replaceerbaar dient te zijn. Op dit moment zijn er geen afnemers van ontbundelde toegang op het glasvezelnetwerk van KPN. Het glasnetwerk van KPN is op dit moment dus niet gerepliceerd en lijkt daarmee dus niet te voldoen aan de door het college gestelde noodzakelijke concurrentievoorwaarde. Volgens het college is Tele2 een potentiële partij om de komende reguleringsperiode een deel van het glasnetwerk van KPN, maximaal 54 procent van de netwerkdekking van KPN, op basis van ODF-access (FttO) te repliceren. De redenen voor Tele2 om niet naar het resterende deel van de MDF-locaties uit te rollen, gelden volgens het college ook voor de (potentiële) uitrol naar de 46 procent van de ODF-access (FttO) locaties.

Afnemers van MDF/SDF-access en de eigenaren van glasvezelnetwerken bieden ook toegang aan andere aanbieders in de vorm van WHL en WBT. Dat wil zeggen dat ook andere aanbieders op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten actief kunnen zijn zonder zelf over een netwerk te beschikken en zonder zelf MDF/SDF-access af te nemen van KPN. Concluderend stelt het college dat in principe voor circa 90 procent van de bedrijvenlocaties op basis van ontbundelde toegang op koper en via glas een aanbod van andere partijen dan KPN beschikbaar is. Afgezien van het feit dat KPN betwist dat de voorwaarde van volledige replaceerbaarheid voortvloeit uit het Europese en nationaal regelgevend kader, meent KPN dat het college op geen enkele wijze heeft aangetoond dat het niet kunnen aansluiten van de resterende 10 procent van de bedrijvenlocaties in Nederland op basis van ontbundelde toe-

gang op koper en via glas dusdanige potentiële mededingingsproblemen veroorzaakt dat dat HK-WBT/HL-regulering rechtvaardigt.

KPN hanteert bovendien, gedreven vanuit de concurrentie op de internetmarkt, een open wholesale beleid. Partijen kunnen dus altijd de resterende 10 procent dekking inkopen bij KPN. Deze resterende 10 procent dekking zou ook met internet-VPNs kunnen worden ingevuld.

De voorgaande conclusie van het college verhoudt zich naar de mening van KPN slecht met een andere constatering van het college dat afnemers van MDF/SDF-access vaak complementair HK-WBT/HL-dekking kopen in gebieden waar zij geen MDF/SDF-access afnemen. Het college stelt dat voor een deel van deze complementair ingekochte HK-WBT/HL-diensten er geen alternatief van andere aanbieders beschikbaar is. Het gevolg is volgens het college dat retailaanbieders die een enkele locatie niet kunnen ontsluiten, een heel contract met verschillende aansluitingen mislopen. In dat geval zal een groot deel van deze contracten toevallen aan KPN die als enige partij een landelijk dekkend netwerk heeft.

2.3.8 Netwerkvoordelen

(i) Het koperen netwerk

Het college stelt in rnr. 319 van het ontwerpbesluit ODF-access (FttO) dat KPN de enige aanbieder in Nederland is met een landelijk koperen aansluitnetwerk en dat:

‘De zakelijke afnemers die de komende periode zullen overstappen op glas, komen grotendeels van koper. Omdat KPN de sterkste positie op koper heeft, zullen de meeste overstappers komen van koperdiensten van KPN.’

Het college geeft vervolgens aan dat het voornamelijk door de bestaande relatie die KPN heeft met een koperafnemer dat KPN makkelijker klanten kan overzetten naar glas. KPN merkt allereerst op dat het college alleen naar KPN verwijst en het mogelijk voordeel met het kopernetwerk. KPN herkent niet dat het makkelijker en sneller haar (koper) klanten kan aansluiten op glas. Voor elke glasklant geldt hetzelfde proces van aansluiten (of hij reeds al een (koper) klant van KPN is of niet maakt niet uit). Voor niet infra-gebonden klanten geldt sowieso dat zij kunnen inkopen bij alle partijen en zodoende kunnen cherry-picken op de lijnen die ze willen hebben.

Ten tweede betwijfelt KPN de stelling van het college dat alleen KPN een voordeel (voor zover er sprake is van een voordeel) heeft met het kopernetwerk om sneller of makkelijker klanten op glas aan te sluiten. Immers een Tele2 die een landelijk dekkend netwerk heeft op koper kan evengoed haar zakelijke afnemers op koper actief migreren naar glas. Ook andere afnemers van passieve en actieve diensten van KPN hebben die mogelijkheid. KPN ziet niet in hoe het een specifiek voordeel heeft ten opzichte van andere partijen die eveneens actief zijn op het kopernetwerk.

Tenslotte stelt KPN vast dat lokale/regionale aanbieders ondanks het feit dat ze niet actief zijn op een kopernetwerk heel goed in staat zijn om afnemers aan zich te binden. KPN verwijst in dat kader nogmaals naar haar paper inzake lokale glasinitiatieven.

KPN heeft grote bedenkingen inzake de zogenaamde voordelen die KPN zou hebben met haar koperen netwerk en verzoekt het college zijn conclusies nader te onderbouwen dan wel te heroverwegen.

(ii) Voordelen glas

Volgens het college heeft KPN voordelen als gevolg van haar glas netwerkdekking. Als gevolg hiervan zou KPN controle hebben over moeilijk te repliceren infrastructuur. Als gevolg daarvan zou KPN zelfs in aanwezigheid van ULL regulering op koper en ODF regulering op FttO nog steeds een te groot voordeel hebben.

Naar de mening van KPN wordt het voordeel van KPN op de markt van zakelijke netwerkdiensten door het college overdreven. Uit de praktijk blijkt dat KPN regelmatig deals verliest aan concurrenten. Daar zitten ook grote deals met meer dan honderd aansluitingen (waarvan veel glas) tussen. KPN heeft veel van deze deals verloren in de jaren dat zij niet gereguleerd was.

Ten aanzien van de glasdekking wijst KPN er op dat de glasdekking van de gezamenlijke concurrentie even groot is als die van KPN. Het zou KPN overigens niet verbazen als de glasdekking van de drie grootste concurrenten (Eurofiber, Tele2 en BT) van KPN de glasdekking van KPN nagenoeg evenaren.

Concurrenten kunnen bij elkaar inkopen om de noodzakelijke dekking te krijgen. Het college stelt dat hierdoor een dusdanig nadeel ontstaat dat niet meer met KPN geconcentreerd zou kunnen worden. Het college trekt die conclusie na enkele interviews met enkele partijen die bij KPN inkopen. Dit is echter volstrekt onvoldoende. Het college had de beweringen van genoemde partijen moeten controleren aan de hand van feitelijke gegevens en bijvoorbeeld een kostenberekening. Alleen dan kan objectief vastgesteld worden dat de kosten van inkopen bij meerdere partijen een belangrijk concurrentienadeel oplevert.

Inkopen vormt bij meerdere partijen geen onoverkomelijke drempel, het multi-vendor beleid van verschillende aanbieders is hier het bewijs van (zie paragraaf 2.3.13). Als dat wel het geval zou zijn dan zouden partijen wel alle verbindingen bij KPN inkopen. Kennelijk weegt het voordeel van cherry-picking bij meer partijen ruimschoots op tegen het vermeende nadeel van inkopen bij meerdere partijen. Het voordeel dat KPN zou hebben van de huidige netwerkdekking is dus veel minder groot dan het college doet voorkomen.

(iii) Belang van coaxdekking

Zoals al aangetoond is KPN van mening dat de kabelaanbieders met hun coax netwerk reeds al de nodige concurrentiedruk uitoefenen op de markt voor zakelijke netwerkdiensten. Het feit dat het coax netwerk 70 procent van de bedrijvenlocaties dekt draagt hier aanzienlijk aan bij. Daarnaast stelt het college dat:

‘Ondanks deze fijnmazige [glasvezelnetwerken] kabelnetwerken beschikken de kabelaanbieders over een zeer beperkt marktaandeel op het segment zakelijk glasvezel. De glasvezelnetwerken van de kabelaanbieders worden thans voornamelijk ingezet als core netwerk ten behoeve van het coxaansluitingen en niet als aansluitnetwerk voor de zakelijke markt’

Ondanks het feit dat een groot gedeelte van deze passage vertrouwelijk is gemaakt heeft KPN grote moeite om deze conclusie van het college te rijmen met het standpunt van Ziggo over haar glasvezelnetwerk op haar website:

‘Ons netwerk bestaat voor 98% uit glasvezel, tot op gemiddeld 300 meter van de voordeur van onze klanten. Daarmee heeft Ziggo het grootste glasvezelnetwerk van Nederland.’

Dit Hybrid Fibre Coax-netwerk (HFC) met een dagelijkse capaciteit per aansluiting van 3-4 Gbps vormt 98% van ons totale netwerk en biedt onze klanten uiteenlopende producten en diensten, zoals High Definition-televisie, interactieve televisie (On Demand), analoge televisie, (digitale) radio, hoge snelheid breedbandinternet (nu tot 120Mbit/s en in de toekomst tot 400Mbit/s) en telefonie.

Zakelijke klanten kunnen kiezen voor producten over coax met verhoogde dienstverlening (SLA) of glasvezeldiensten voor datacommunicatie en grootzakelijke telefonie.

De grootste gemeentes in het Ziggo verzorgingsgebied zijn Den Haag, Utrecht, Tilburg, Groningen, Breda, Enschede, Amersfoort, Haarlemmermeer, Den Bosch, Zoetermeer, Maastricht, Leiden, Zwolle, Ede, Deventer, Sittard-Geleen en Delft.'

KPN verzoekt het college gelet op bovenstaande zijn conclusie ten aanzien van netwerkdekking en de voordelen die KPN daaraan zou verlenen te heroverwegen.

2.3.9 Verticale integratie

Het college stelt dat KPN in een situatie zonder regulering voordelen heeft uit de verticale integratie. KPN stelt vast dat er op dit moment juist sprake is van een situatie van regulering van MDF/SDF-en ODF-access (FttH) en geen regulering van ODF-access (FttO) op de markt voor zakelijke netwerkdiensten. Het college had de zogenaamde voordelen van verticale integratie moeten onderzoeken ervan uitgaande dat er MDF/SDF-en ODF-access (FttH) regulering is dit is immers een gegeven. Op basis van deze regulering zijn de voordelen die KPN heeft met verticale integratie veel minder aannemelijk volgens KPN. KPN doet een verzoek aan het college om zijn stelling inzake voordelen van verticale integratie nader te onderbouwen dan wel te herzien gelet op het feit dat er sprake is van MDF/SDF-en ODF-access (FttH) regulering.

2.3.10 Schaal en breedtevoordelen

Net als voor de netwerkvoordelen stelt het college dat KPN in afwezigheid van regulering de markt voor zakelijke netwerkdiensten wordt gekenmerkt door schaal- en breedtevoordelen waardoor KPN de grootste aanbieder makkelijker klanten kan aansluiten op glas. KPN heeft moeite om deze conclusie van het college te volgen omdat er MDF-ODF (FttH) regulering een gegeven is in de markt voor zakelijke netwerkdiensten. KPN doet dan ook een verzoek aan het college om zijn stelling inzake voordelen voor KPN van schaal- en breedtevoordelen nader te onderbouwen dan wel te herzien gelet op het feit dat er sprake is van MDF-ODF (FttH) regulering.

2.3.11 Effect van bundeling

Het college stelt vast dat in afwezigheid van ULL-regulering de belangrijkste concurrenten van KPN niet in staat zijn om dezelfde bundel van diensten aan te bieden. Ook hier stelt KPN vast dat het college abstraheert van de huidige MDF/SDF-en ODF-access (FttH) regulering die bestaat. KPN doet dan ook een verzoek aan het college om zijn stelling inzake bundelen nader te onderbouwen dan wel te herzien gelet op het feit dat er sprake is van MDF/SDF-en ODF-access (FttH) regulering.

Bovendien stelt het college zonder onderbouwing dat triple-play inclusief televisiediensten geen doorslaggevende trend in de zakelijke markt is. KPN wenst te benadrukken dat de kabelaanbieders televisiediensten standaard aanbieden in hun zakelijk pakket

<https://www.ziggozakelijk.nl/televisie>

<http://business.upc.nl/producten/alles-in-1-zakelijk/>

Voor zover het college van mening is dat de kabelaanbieders geen voordeel hebben met bundelen van televisiediensten, kunnen kabelaanbieders op zijn minst breedtevoordelen hieraan verbinden. KPN verzoekt het college hier nader onderzoek naar te doen.

2.3.12 Ontbreken van kopersmacht

Ook inzake het ontbreken van kopersmacht stelt KPN vast dat het college abstraheert van de huidige MDF/SDF-en ODF-access (FttH) regulering die van toepassing is. KPN verzoekt het college zijn conclusie ten opzichte van het ontbreken van kopersmacht te heroverwegen en rekening te houden met de invloed van MDF/SDF-en ODF-access (FttH) regulering.

2.3.13 Belang van multi-site

Het college stelt in rnr. 1764 van het ontwerpbesluit HK-WBT/HL dat de markt voor zakelijke netwerkdiensten wordt gekenmerkt door afnemers met een multi-site vraag. Dat wil zeggen dat bedrijven meerdere locaties willen ontsluiten. Het gaat in deze markt om het koppelen van meerdere vestigingen en/of datacenters via een datacommunicatieverbinding of een huurlijn. Een gemiddeld datacommunicatiecontract in Nederland bestaat op dit moment uit ongeveer acht aansluitingen.

Uit onderzoek van Dialogic komt naar voren dat een aanzienlijk aantal multi-site afnemers een voorkeur heeft om alle lijnen bij één afnemer in te kopen. Daarnaast is het volgens het college belangrijk dat aanbieders aan multi-site afnemers een gecombineerd aanbod van koper en glasvezel kunnen doen. Hoe groter het aantal bedrijvenlocaties, des te groter de kans dat één van deze locaties alleen door KPN ontsloten kan worden. Deze kans neemt nog verder toe nu multi-site contracten **[KPN vertrouwelijk –**

]. Volgens het college is het daarbij een voordeel, maar geen noodzaak dat een retailaanbieder alle aansluitingen op basis van zijn eigen netwerk kan leveren of dat hij alle aansluitingen (in aanvulling op zijn eigen netwerk) bij dezelfde wholesale aanbieder kan inkopen.

Het college stelt dat KPN een voordeel heeft ten opzichte van andere aanbieders voor het bedienen van de multi-site vraag mede gelet op haar netwerkdekking die zo kenmerkend is voor de zakelijke netwerkdiensten markt, aldus het college.

KPN wenst hierop de volgende aspecten te benadrukken inzake het bedienen van de multi-site vraag.

(i) Veelheid aan wholesale aanbod

Zoals ook het college erkent is er in Nederland een veelheid van glasaanbieders die wholesale toegangsdiensten. Aanbieders op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten kunnen dus glasaansluitingen inkopen. En daarnaast blijken aanbieders dit ook te doen, zoals KPN hierna zal toelichten.

(ii) Betere voorwaarden door multi-vendor beleid voor alternatieve afnemers

KPN is van mening dat concurrenten/alternatieve partijen juist een voordeel hebben door bij verschillende partijen te kunnen inkopen. De aanzienlijke tijd en inspanning, zoals het college suggereert, die het alternatieve aanbieders zou kosten om met elkaar voorwaarden overeen te komen om aan de multi-site vraag te kunnen voldoen, is volgens KPN ver overtrokken en niet op basis van feiten onderbouwd. In elk geval staat deze gesuggereerde drempel niet in de weg dat het op grote schaal plaatsvindt.

KPN is van mening, aangezien zoals het college zelf stelt, het netwerk van KPN gedupliceerd is dat concurrenten/alternatieve partijen bij verschillende aanbieders glas inkopen tegen de

meest gunstige voorwaarden om zo aan multi-site vraag te voldoen. Bij KPN Wholesale is bekend is dat [KPN vertrouwelijk -

1.

Het multi-vendor beleid van afnemers is ook daadwerkelijk waarneembaar, zoals blijkt uit de hieronder genoemde multi-site bids: [KPN Vertrouwelijk -

1.

(iii) Regionale aanbieders in staat landelijk aanbod te doen

CBizz bevestigt overigens op haar website dat het makkelijk als regionale aanbieder een landelijk aanbod kan maken¹⁴

'In heel Nederland kan CBizz hoogwaardige verbindingen leveren. Als u de hoge eisen aan uw internetverbinding of een verbinding tussen twee locaties stelt, dan is de keuze eenvoudig: glasvezel. Een glasvezelverbinding biedt maximale betrouwbaarheid. Bovendien is de snelheid bijna onbeperkt: tot 1 Gbit/s!

Uw bedrijf wordt aangesloten met een eigen vezelpaar. De snelheid is ongedeeld en symmetrisch. Door strategische samenwerking met diverse glasvezelleveranciers kan CBizz dat landelijk. CBizz heeft ook alternatieven, zoals SDSL of straalverbindingen, vooral interessant als de afstand tot de glasvezelinfra groot is.'

KPN is van mening dat dit ook geldt voor andere meer lokale/regionale aanbieders (zie ook bijlage III).

In de zienswijze op het ontwerphuurlijnenbesluit van juli 2008 had KPN overigens ook al aangegeven dat marktpartijen glasverbindingen bij meerdere partijen inkopen. KPN was één

¹⁴ <http://www.cbizz.nl/internet/glasvezel/>

van die partijen. Deze praktijk is niet veranderd, alleen de positie van leveranciers op het voorkeurslijstje van de inkoopende partijen is gewijzigd. Bovendien als de inkoopkosten zo doorslaggevend zijn dan vraagt KPN zich af waarom partijen er niet massaal voor kiezen om alles bij KPN in te kopen. Het meest waarschijnlijke antwoord is dat de lagere inkoopkosten door het inkopen bij meerdere partijen ruimschoots opweegt tegen de vermeende inkoopkosten.

(iv) KPN verliest multi-site bids

KPN heeft een aantal multi-site bids waar KPN Zakelijke Markt een offerte voor heeft uitgebracht nader geanalyseerd. Het gaat om de volgende multi-site bids: **[KPN vertrouwelijk –**

]. Op basis hiervan valt op dat het mogelijk is om voor een afnemer om aan een bid te voldoen zonder afhankelijk te zijn van het netwerk van KPN.

KPN Wholesale merkt ten overvloede op dat partijen/klanten soms een offerte aanvragen bij KPN Wholesale om maar aan een gedeelte van een multi-site bid te voldoen. Dit heeft er zeer waarschijnlijk alles mee te maken dat ze of 1) zelf voor een gedeelte in de bid kunnen voorzien of 2) bij andere spelers kunnen inkopen of 3) een mix samenstellen die het voordeligst uitkomt om aan de multi-site vraag te voldoen.

KPN verzoekt het college bovenstaande gegevens in acht te nemen alvorens te concluderen dat KPN een voordeel heeft met het bedienen van de multi-site vraag.

2.3.15 Belang van HK-WBT voor multi-site vraag

KPN heeft In een reactie¹⁵ op vragen van het college over welk percentage van de VPN contracten bestaat uit a) 100 procent aansluitingen zonder gegarandeerde minimumcapaciteit, b) 100% aansluitingen met een minimaal gegarandeerde capaciteit en c) een mix van aansluitingen zonder en met een minimaal gegarandeerde capaciteit, het volgende aangegeven: **[KPN vertrouwelijk –**

].

Uit onderstaande tabel blijkt dat veel van de netwerken migreren naar LK-WBT, waarbij alleen nog op één of enkele locaties nog een HK-WBT overblijft. Vaak kost het enige tijd om een netwerk te migreren, dus kan zijn dat op een later moment in de tijd het aantal LK-WBT's in een netwerk nog verder is toegenomen. **[KPN vertrouwelijk –**

].

¹⁵ In een reactie van 27 mei 2011, kenmerk: R/11/U/055, op aanvullende vragen van het college in het kader van de marktanalyse WBT/Huurlijnen van 19 mei 2011, kenmerk OPTA/AM/2011/201182

Bovenstaande tabel geeft de verschuiving van mix DSL van hoge naar lage kwaliteit van 2008 naar nu weer. In onderstaand overzicht bevat een lijst met klantnamen die deze mix verschuiving laten zien. In dit overzicht staan de klanten die de hoogste percentage verschuiving van hoge kwaliteit koper (HK) naar lage kwaliteit (LK) laten zien vanaf 2010. De verschuiving naar lage kwaliteit wordt met name veroorzaakt door retailklanten **[KPN vertrouwelijk -]**.

Onderstaande tabel geeft als voorbeeld een aantal klanten waarbij HK lijnen gemigreerd zijn naar LK lijnen. Migraties andersom komen ook voor maar per saldo neemt het aantal LK lijnen toe. **[KPN vertrouwelijk -]**

J. Het is dus duidelijk dat de trend naar meer LK-WBT gebaseerde zakelijke netwerkdiensten zich zal doorzetten. Ook door deze ontwikkeling bewegen de markten voor internettoegang en zakelijke netwerkdiensten naar elkaar toe en is ketensubstitutie aannemelijk.

2.3.9 Verdeling aansluitingen in A en B koper-gebieden

Het college besteedt in zijn analyse veel aandacht aan de zogenaamde A- en B-gebieden, waarbij de B-gebieden de gebieden zijn waar MDF afnemers niet naar uitgerold zijn. Het lijkt erop dat het college deze A- en B-gebieden een belangrijke onderbouwing voor de vermeende dominantie van KPN vormen.

Naar de mening van KPN is de aandacht van het college voor de A- en B-gebieden overdreven. Ten eerste hebben afnemers van ULL nog steeds de mogelijkheid om in de B-gebieden uit te rollen. In het onwaarschijnlijke geval dat KPN zou stoppen met leveren in de B-gebieden zal die optie voor een partij als Tele2 zeker interessant zijn. Tele2 heeft nu al een sterke positie in de externe wholesale markt voor HK-WBT en WHL hetgeen blijkt uit de marktaandeelen uit tabel 10 bij rnr. 398. Het marktaandeel van Tele2 binnen haar eigen footprint is nog groter als gekeken wordt welk deel van de KPN leveringen plaats vindt binnen

de footprint van MDF partijen. Dit deel is [KPN vertrouwelijk -

].

De relatief zwakke positie van KPN op de externe wholesale markt geeft KPN sowieso een prikkel om met een goede wholesale propositie te komen. Leveringsweigering heeft binnen de footprint van MDF partijen in ieder geval geen zin; het resterende plakje marktaandeel van [KPN vertrouwelijk -] kunnen partijen als Tele2 er gemakkelijk bij nemen. KPN kan in deze gebieden dus alleen maar winnen door wel een WBT/WHL aanbod te doen. Afnemers stellen dan vaak de eis dat KPN het aanbod ook openstelt in de B-gebieden. KPN doet dat dan ook.

Daarnaast heeft KPN ook een prikkel via de internetmarkt om WBT/WHL te leveren. De internetmarkt is door het college concurrerend bevonden in aanwezigheid van ULL regulering. Internettoegang wordt ook in significante mate geleverd op basis van een HK-WBT/HL¹⁶. De concurrentie van de kabelaanbieders is overal, dus ook in gebieden waar MDF partijen niet uitgerold zijn. KPN heeft dus overal de prikkel om HK-WBT te leveren.

In de praktijk blijkt ook dat KPN overal WBT en WHL levert. De portfolio's ILL smalband, WBA CM ATM, WBA CM Ethernet en WBA ZM ethernet worden landelijk tegen een uniform tarief aangeboden. Het binnenkort uit te faseren WBA ZM ATM kent van oudsher een tariefonderscheid in A en B tarieven op basis van kostenverschillen. Het WEAS over koper portfolio is nog niet landelijk uitgerold. Waar uitrol heeft plaatsgevonden wordt een landelijk uniform tarief gehanteerd. Voor WEAS over glas geldt een geografisch gedifferentieerd tarief op basis van kostenverschillen van de glasaansluiting.

Verder zijn partijen geenszins afhankelijk van KPN als het gaat om het leveren van actieve diensten in gebieden waar MDF partijen niet actief zijn. Zo kan met glas al de helft van de naar schatting [KPN vertrouwelijk -]% dekking worden ingevuld. Er blijft dus een gat over van ca. [KPN vertrouwelijk -]% die kan worden ingevuld met nieuw aan te leggen glas of met bijvoorbeeld straalverbindingen. Daarnaast is een internet VPN ook vaak een optie, vooral als het om een relatief kleine vestiging gaat.

Het onderscheid in A- en B-gebieden kan dus niet als rechtvaardiging worden gebruikt om alle HK-WBT/HL diensten in heel Nederland te reguleren met de zwaarst mogelijke invulling. Als regulering al op zijn plaats zou zijn dan kan die beperkt blijven tot de gebieden waar MDF uitrol nog niet heeft plaatsgevonden.

2.4 Conclusie

KPN acht in onderhavig ontwerpbesluit de marktafbakening en de dominantieanalyse niet heeft geactualiseerd en voldoende onderbouwd. Vooral de conclusie dat internettoegang niet tot de relevante markt behoort. Voor heeft het college in de concurrentieanalyse van de markt voor zakelijke netwerkdiensten de netwerkdekking van KPN ten opzichte van anderen waar het gaat om het kunnen vervullen van de multi-site vraag ten onrechte veel positiever gewaardeerd. Voorts heeft het college ten onrechte een aantal cruciale aspecten zoals de dynamiek in de markt, de rol van kabelaanbieders, lage toetredingsdrempels onvoldoende heeft onderzocht dan wel er onvoldoende gewicht aan heeft gegeven in de analyse.

¹⁶ [KPN vertrouwelijk - gang.

] van de intern geleverd HK-WBT lijnen is voor internettoe-

3 De markt voor wholesale breedbandtoegang en -huurlijnen

3.1 Inleiding

KPN zal hierna nader ingaan op de marktafbakening en dominantieanalyse van de markt voor HK-WBT/HL.

3.2 Marktafbakening

3.2.1 De grens tussen HK-WBT en LK-WBT vervaagt

KPN merkt op dat in het ontwerpbesluit een aantal ontwikkelingen dat het college in de HK-WBT/HL constateert tijdens de Industry Group van 14 april 2011 niet meer dan wel in beperkte mate aan de orde komt in het ontwerpbesluit HK-WBT/HL.

Zo stelde het college op 14 april 2011 dat hij ontwikkelingen constateerde die wezen op één markt voor WBT en huurlijnen en dat er in de keten geen duidelijke knip was vast te stellen. Bovendien stelde het college dat er sprake was van concurrentiedruk van onafhankelijke infrastructuren, kabel en eigen glas, en dat er sprake van concurrentie was op basis van ontbundelde toegang.

In het ontwerpbesluit HK-WBT/HL stelt het college echter dat de ontwikkelingen op dit moment nog onvoldoende zijn om te kunnen stellen dat LK-WBT in voldoende mate een substitoot is voor HK-WBT en dat er in de keten van diensten een knip vastgesteld kan worden op basis van een overboekingsfactor. Bovendien stelt het college in tegenstelling tot wat hij op 14 april 2011 veronderstelde dat de concurrentiedruk van onafhankelijke infrastructuren, kabel en eigen glas, niet voldoende is op de markt voor HK-WBT/HL en dat effectieve regulering op het gebied van ontbundelde toegang niet voor voldoende concurrentie zorgt op de HK-WBT/HL markt.

KPN begrijpt dat het college tot andere inzichten heeft kunnen komen na 14 april indien andere feiten naar voren zouden zijn gekomen dan toen bekend. Het is echter onduidelijk voor KPN op welke feiten deze veranderde inzichten zijn gebaseerd. KPN verzoekt het college dan ook om de gronden voor zijn gewijzigde inzichten ten opzichte van 14 april te verduidelijken.

In de marktafbakening die het college voorstelt, wordt ten onrechte geen aandacht besteed aan een belangrijke ontwikkeling. Het gaat om de ontwikkeling waarbij de grens tussen HK-WBT en LK-WBT vervaagt als gevolg van *consumerization*.

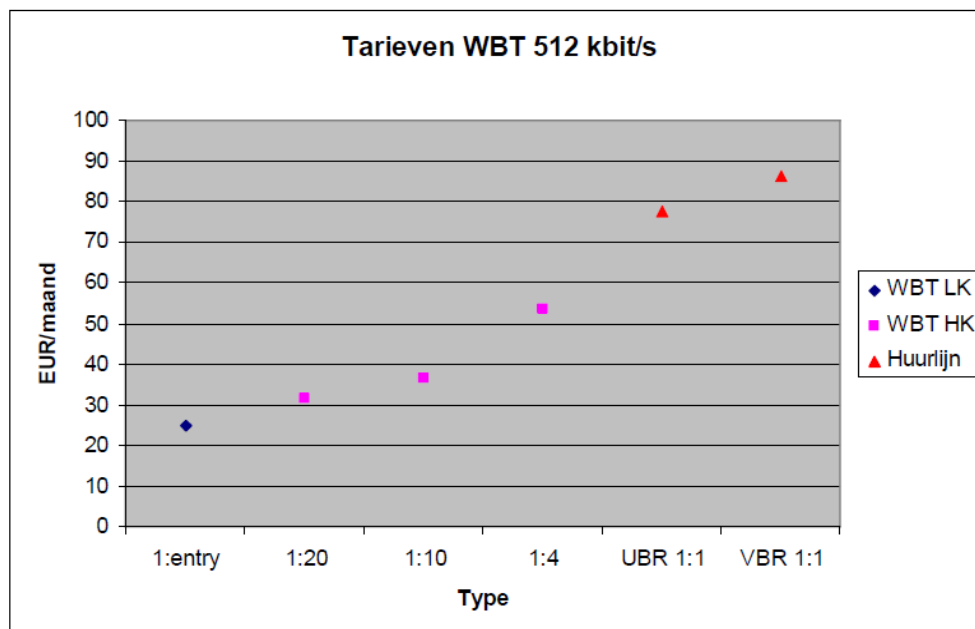
In rnr. 216 stelt het college dat de kenmerken van wholesale diensten de kenmerken van retaildiensten volgen. Dat wil zeggen om een retaildienst met een bepaalde capaciteit, kwaliteit en op een bepaalde infrastructuur te leveren moet er een wholesale dienst met dezelfde kenmerken worden gebruikt. In onder andere rnr. 239, 245 en 277 stelt het college dat HK-WBT voornamelijk wordt gebruikt voor zakelijke netwerkdiensten en LK-WBT diensten worden voornamelijk gebruikt voor (consumenten) internettoegang.

Het college signaleert wel in rnr. 280 dat LK-WBT in toenemende mate wordt gebruikt voor zakelijke netwerkdiensten maar vindt deze ontwikkeling 'onvoldoende geconcretiseerd'. Volgens KPN worden de breedbandaanbiedingen van KPN aan haar zakelijke klanten in grote mate beïnvloed door de wholesale diensten (bouwstenen) onder de breedbandaanbiedingen in de consumentenmarkt. Dat blijkt onder andere uit het hoge aandeel van LK-WBT bouwstenen in de zakelijke netwerkdiensten die door KPN worden geleverd. De prijzen van zakelijke breedbanddiensten worden dan ook bepaald door de prijs van de wholesale dien-

sten (bouwstenen) onder de consumenten breedband aanbiedingen. Ook heeft KPN gemerkt dat het onderscheid tussen data/huurlijnen en breedband vervaagt. Evenals het feit dat de van oorsprong op de consumentenmarkt gerichte kabelaanbieders toetreden in de zakelijke markt.

Tijdens de Industry Group bijeenkomst op 14 april 2011 leek het college deze ontwikkelingen nog te herkennen en één markt te willen afbakenen voor HL, HK-WBT en LK-WBT. KPN constateert echter dat het college in het ontwerpbesluit is teruggekomen op deze aanname en de ontwikkeling dat de grens tussen HK-WBT en LK-WBT vervaagt niet meer erkent.

Als voorbeeld van de 'vervaging' tussen HK-WBT en LK-WBT heeft KPN de prijzen van diverse WBT producten in 1 grafiek gezet. Het college laat in onderstaande grafiek wel het onderscheid tussen huurlijnen en WBT-HK vervallen maar niet het onderscheid tussen LK-WBT en HK-WBT. Dat terwijl de tariefverschillen tussen de 'huurlijnen' en HK-WBT veel groter zijn dan het tariefverschil tussen HK-WBT en LK-WBT.



Figuur 1: Tarieven WBA ZM ATM

Daarnaast zijn er een aantal ontwikkelingen die het college mee had moeten wegen bij de marktafbakening. Niet alleen wordt de behoefte van zakelijke klanten aan capaciteitsgaranties minder, zoals het college in rnr. 280 lijkt te onderkennen, ook de behoefte aan hogere kwaliteit en capaciteitsgaranties bij consumenten wordt juist groter. Nu al wordt in het WBA-CM portfolio de optie geboden om een tweede VLAN/PVC af te nemen met capaciteitsgaranties. Deze tweede PVC wordt veel gebruikt voor Voice over Breedband (VoB). Daarnaast stelt het transport van video en televisiesignalen steeds hogere eisen aan de kwaliteit van het datatransport. Nu al vereist een unicast video¹⁷ signaal een vergelijkbare capaciteitsgarantie als een non-overboekte premium VLAN in het zakelijke portfolio. De enige reden waarom deze VLAN nog niet als non-overboekt hoeft te worden beschouwd is het feit dat het aantal gelijktijdige unicast video signalen in het TV platform nu begrensd is op **[KPN vertrouwelijk -]**. Door de toenemende populariteit van VoD zal het aantal gelijktijdige

¹⁷ Video signaal voor 1 specifieke klant, in tegenstelling tot broadcast. Voorbeelden van Unicast zijn Delay-TV, Video on Demand, netwerk PVR.

unicast video signalen toenemen waardoor de WBT variant in de HK categorie terecht gaat komen.

KPN concludeert dus dat de toepassingen van WBT-LK en WBT-HK naar elkaar toe bewegen waarbij consumentenproducten (triple play) steeds hogere eisen aan WBT-LK gaan stellen terwijl de eisen die vanuit zakelijk netwerkdiensten gesteld worden aan capaciteitsgaranties juist minder worden.

3.2.2 De marktafbakening methodiek

In algemene zin merkt KPN op dat het college de marktafbakening op een zeer kwalitatieve wijze onderbouwt. In ieder geval zijn er door KPN voldoende cijfermatig gegevens aangeleverd om een meer kwantitatieve benadering te kunnen volgen. Voor zover er wel cijfers worden gebruikt kan er vaak de vraag gesteld worden in hoeverre de genoemde cijfers relevant zijn. Zo staat er in rnr. 262 dat internet in minder dan 1 procent van de gevallen geleverd wordt met capaciteitsgaranties. De enige waarde die aan dat cijfer gehecht kan worden is dat de veronderstelling dat consumenten geen behoefte hebben aan capaciteitsgaranties klopt. Consumenten nemen ruim 97 procent van de internetaansluitingen af. Slechts 3 procent van de internetaansluitingen wordt geleverd aan zakelijke klanten.

Een veel relevanter cijfer dat het college had moeten gebruiken is het percentage HK-WBT/HL aansluitingen die gebruikt worden voor internettoegang. Het college gaat er nu min of meer vanuit dat HK-WBT/HL vrijwel alleen gebruikt wordt voor zakelijke netwerkdiensten. Dit had het college kwantitatief kunnen onderbouwen. Op grond van eigen gegevens wordt ongeveer [KPN betrouwbaar -] van de HK-WBT/HL lijnen, die door KPN intern geleverd worden, gebruikt voor internettoegang. Dit is een significant deel.

3.2.3 Coax

In rnr. 283 stelt het college dat de rol van coax op zakelijke netwerkdiensten minimaal is, dat er over Coax geen capaciteitsgaranties worden gegeven en dat er lage SLA's worden afgegeven. Om die reden houdt het College de aanbiedingen van de kabelaanbieders op Coax buiten de relevante markt. Het is de vraag of dat correct is. Feit is dat Ziggo zakelijke netwerkdiensten over coax levert¹⁸. Ook een vaststaand feit is dat Ziggo SLA's aanbiedt¹⁹. Deze SLA is kennelijk voor vele duizenden zakelijke klanten geen belemmering geweest om zakelijke dienstverlening op coax af te nemen.

Dat er geen capaciteitsgaranties kunnen worden gegeven in een coax netwerk is ook onjuist want de DOCSIS3.0 standaarden faciliteren capaciteitsgaranties wel. Het is ook aannemelijk dat de betreffende faciliteiten in DOCSIS3.0 gebruikt worden door de kabelaanbieders om VoB te bieden zonder het risico te lopen dat de spraakverbinding wordt gestoord door het internetgebruik van de burelen. Ziggo biedt spraakdiensten tot 4 gelijktijdige gesprekken over coax dus een capaciteitsgarantie tot 400 kbit/s is kennelijk haalbaar²⁰ over coax. Dat dit bij een peakrate van 120 Mbit/s een overboeking van 1:300 inhoudt is irrelevant voor een zakelijke klant die 400 kbit/s gegarandeerde capaciteit wil afnemen. Overigens is het nog maar de vraag of zakelijke klanten zich zorgen maken over bandbreedtegaranties van enkele honderden kbit/s wanneer ze een aanbod krijgen met snelheden tot 120 Mbit/s.

KPN wijst er op dat de reden dat WBA over coax weinig wordt afgenomen mede veroorzaakt wordt doordat de grootste kabelaanbieders hun netwerk gesloten houden. Het feit

¹⁸ https://www.ziggozakelijk.nl/documents/Brochures/PS_IP%20VPN.PDF

¹⁹ https://www.ziggozakelijk.nl/documents/Brochures/SLA_Cable_Access.pdf

²⁰ 100 kbit per spraakkanaal.

dat een product niet aangeboden wordt, is echter geen reden om dat product niet als substituuat te beschouwen.

3.2.4 Onderscheid overboekingsfactor 1:20 tussen LK-WBT en HK-WBT

Het college onderscheidt LK-WBT en HK-WBT langs de lijn van de overboekingsfactor van 1:20. Deze grens werd ook in het vorige marktanalysebesluit gehanteerd en het college kiest er voor om dat in de komende reguleringsperiode te continueren.

KPN heeft in eerdere zienswijzen gewezen op de mogelijkheid dat er ketensubstitutie kan bestaan waardoor een LK-WBT verbinding zonder capaciteitsgaranties concurrentiedruk uitoefent op HK-WBT lijnen met hoge (1:20) overboeking. Op die manier zou een keten van substitutie kunnen ontstaan tussen LK-WBT, HK-WBT en wholesale huurlijnen. Het tariefverloop bij WBA ZM ATM (figuur 1) wekt tenminste de suggestie dat er ketensubstitutie zou kunnen bestaan. Er is in ieder geval geen duidelijk tariefverschil zichtbaar tussen de LK-WBT variant en de 1:20 HK-WBT variant. Ook de figuren 8 en 9 uit het ontwerpbesluit laten een duidelijke overlap zien tussen de hoogste LK-WBT tarieven en de laagste HK-WBT tarieven. Deze overlap wordt het duidelijkst zichtbaar bij lage snelheden (tot 2 Mbit/s).

Het college komt in het ontwerpbesluit met het ietwat merkwaardige verweer dat de grens bij 1:20 gerechtvaardigd is omdat er nauwelijks LK-WBT verbindingen worden aangeboden met een capaciteitsgarantie (van minder dan 1:20). KPN vraagt zich af of dit gegeven überhaupt wel relevant is om de volgende redenen:

- Er is al nauwelijks prijsverschil tussen een LK-WBT verbinding en een HK-WBT verbinding met 1:20 overboeking, zie figuur 1. De voordelen van een HK-WBT verbinding met overboeking 1:20 ten opzichte van een LK-WBT verbinding zonder capaciteitsgaranties is gewoonweg te klein hetgeen zich uit in een relatief gering prijsverschil.
- Er worden al significante aantallen LK-WBT verbindingen gebruikt ten behoeve van zakelijke netwerkdiensten, zoals ook blijkt uit figuur 7 van het ontwerpbesluit. **[KPN vertrouwelijk -]**.

Verder constateert het college in rnr. 297 dat er een sterke correlatie is tussen de overboeking en SLA's die aangeboden worden. KPN betwist niet dat de gemiddelde LK-WBT verbinding een lagere SLA heeft dan de gemiddelde HK-WBT verbinding. Het is alleen een irrelevant gegeven in een analyse van ketensubstitutie. Bij ketensubstitutie zouden geen gemiddelden met elkaar vergeleken dienen te worden, maar dient juist gezocht te worden naar producten in twee markten die grote gelijkenis met elkaar vertonen in productkenmerken en prijs. Wat het college dus had moeten onderzoeken is of de SLA's die (optioneel) aan de bovenkant van de LK-WBT markt worden aangeboden enige gelijkenis vertonen met SLA's die aan de onderkant van het HK-WBT markt worden aangeboden. Als het college die analyse gedaan had dan was hij tot de conclusie gekomen dat er inderdaad overlap bestaat tussen de hoogste SLA's die binnen LK-WBT kunnen worden afgenomen en de laagste SLA's die binnen HK-WBT worden aangeboden. Met andere woorden: de constatering van het college in rnr. 297 geeft geen enkele informatie die tot enige conclusie kan leiden ten aanzien van een mogelijke ketensubstitutie.

3.2.5 Overstap tussen HK-WBT en LK-WBT

In rnr. 282 stelt het college dat er nauwelijks overstap plaats vindt tussen HK-WBT en LK-WBT. Dat is merkwaardig omdat het college in rnr. 262 constateert dat het aandeel LK-WBT in zakelijke netwerkdiensten toeneemt. In rnr. 136 voorspelt het college dat het aantal zakelijke netwerkdiensten afneemt. KPN vraagt zich af hoe het aandeel LK-WBT in een krimpende markt voor zakelijke netwerkdiensten kan stijgen zonder dat er overstap van HK-WBT naar LK-WBT plaats vindt.

3.2.6 Aanbodsubstitutie

In rnr. 289 stelt het college dat alle partijen die actief zijn op de markt voor HK-WBT ook actief zijn op de LK-WBT markt. Volgens KPN is dit juist een aanwijzing dat HK-WBT en LK-WBT aanbodsubstituten van elkaar zijn en niet het tegenovergestelde zoals het college lijkt te suggereren.

Bovendien stelt het college zelf in rnr. 289 dat de actieve apparatuur van LK-WBT eveneens gebruikt kan worden voor HK-WBT ten behoeve van zakelijke netwerkdiensten. Dat gebeurt in de praktijk dan ook. Er is daarom geen sprake van aanzienlijke investeringen die benodigd zijn om LK-WBT aan te bieden.

Op basis van de argumenten die het college aandraagt, is eerder de conclusie gerechtvaardigd dat er sprake is van aanbodsubstitutie tussen HK-WBT en LK-WBT. KPN verzoekt het college derhalve om nader te onderbouwen dat er ondanks hier genoemde feiten er toch geen aanbodsubstitutie bestaat tussen LK-WBT en HK-WBT.

3.3 Dominantieanalyse markt voor HK-WBT/HL

3.3.1 Marktaandelen

In rnr. 341 noemt het college een aantal van 7.800 retail dark fiber aantallen. Dit zijn alleen de aantallen die via de SMM uitgevraagd worden. Er worden ook aanzienlijke aantallen dark fiber verbindingen door aannemers rechtstreeks aan eindgebruikers geleverd. Vooral op korte afstanden is dit een aantrekkelijke optie. Ook zijn er glasnetwerken die zich richten op besloten gebruikersgroepen zoals de non-profit sector. Een bekend voorbeeld is Surfnat. Ook andere netwerken zoals Telemann²¹ in Nijmegen en omstreken vormen voor veel afnemers een aantrekkelijk alternatief voor commerciële zakelijke netwerkdiensten. Om die reden is de markt waarschijnlijk veel groter dan het college in het besluit schetst.

Als vervolgens gekeken wordt naar de externe wholesale markt dan valt op dat het marktaandeel van Tele2 veel groter is dan dat van KPN. Als vervolgens in ogenschouw wordt genomen dat de extern geleverde aantallen van KPN zich voor **[KPN vertrouwelijk -**

]. Binnen het dekkingsgebied van Tele2 is het marktaandeel van KPN dus **[KPN vertrouwelijk -** **]**%. Bij een dergelijk laag marktaandeel op de externe wholesale markt is het dus redelijk ongeloofwaardig dat KPN zich onafhankelijk zou kunnen gedragen van concurrenten en afnemers.

3.3.2 Marktontwikkelingen

In rnr. 418-424 erkent het college dat er verschillende nieuwe wholesale producten zijn geïntroduceerd en dat de tarieven in die periode onder sterke druk stonden. Het college erkent dat de prijsdalingen van enkele wholesale producten bij de producten SDH ILL,

²¹ <http://www.telemann.nl/>

DWDM ILL en ILL smalband mogelijk een indicatie zijn van concurrentie op de wholesale markt voor HKWBT/HL. Daartegenover stelt het college dat de 25% opslag van KPN op WBA ZM ATM in B-gebieden een indicator is dat KPN weinig concurrentie ondervindt. Het college stelt derhalve dat WBT en WHL-regulering (vooral ND-5) een rol heeft gespeeld bij tariefdalingen en productintroductions voornamelijk wat betreft WBT ZM en WEAS diensten.

Volgens KPN is de prijsdaling voor de wholesale producten SDH ILL, DWDM ILL en ILL smalband *niet mogelijk* een indicatie zijn van concurrentie, maar daadwerkelijk *het gevolg* van concurrentie. KPN verwijst in dat kader weer naar haar antwoorden op de vragen van het college over de tarieven en tariefverloop van 8 december 2010.

Wat betreft WBA ZM en WEAS herkent KPN niet het beeld dat de prijsdalingen het gevolg zijn van regulering. Ook deze prijsdalingen zijn het gevolg van concurrentie. Zo heeft KPN expliciet in haar reactie²² op de tarieven en tariefverloop van 8 december 2010 gesteld:

[KPN vertrouwelijk -

²² Reactie van KPN van 14 januari 2011, kenmerk: R/11/U/005.

J.'

KPN herkent dan ook niet de stelling van het college dat WBT en WHL-regulering een rol heeft gespeeld bij de tariefdalings en productintroducties voor WBA ZM en WEAS diensten.

De opmerking van het college dat de 25% opslag op WBA ZM ATM in B-gebieden een indicator is dat KPN in die gebieden weinig concurrentie ondervindt, is een miskenning van de feitelijke situatie. Op zich is het juist dat er in die gebieden niet of nauwelijks sprake is van een alternatief aanbod op basis van MDF access. Dat heeft te maken dat de desbetreffende centrale gebieden een aanzienlijk geringere dekking hebben dan de centrales in de A-gebieden. De investeringen om in B-gebieden een WBT aanbod te kunnen doen moeten

dus over minder afnemers worden terugverdiend. Aan de tariefdifferentiatie tussen A- en B-gebieden ligt dus wel degelijk een kostenonderbouwing ten grondslag.

Waar KPN zich aan stoort is de bewering van het college aangaande een zogenaamde 25% verhoging. Hier wordt namelijk de geschiedenis bewust of onbewust verkeerd weergegeven. De beweerde “verhoging met 25%” vond plaats na de vernietiging van het marktbesluit voor de HK-WBT markt (het marktbesluit bevatte een verbod op de B-toeslag) en was in feite niets anders dan het ongedaan maken van een regulatorisch gemotiveerde verlaging (zijnde het afschaffen van de B-toeslag) die noodzakelijk was in verband met het WPC-2b besluit van het college. Met de vernietiging van het marktbesluit HK-WBT kwam de grondslag aan het WPC-2b besluit te ontvallen, en stond het KPN vrij de oorspronkelijke tarieven te doen herleven. De bewering aangaande een vanuit KPN gemotiveerde verhoging van 25% is dus op z’n minst een onvolledige weergave van de feiten en daarmee dus onjuist.

Het lijkt erop dat college hier aan “cherry picking” doet en laat onvermeld dat het ILL portfolio, het WBA CM ATM portfolio, het WBA CM Ethernet portfolio en het WBA ZM ethernet portfolio geen geografisch gedifferentieerde tarieven kennen.

Verder wijst KPN erop dat KPN na de vernietiging op 13 april 2010 van het marktanalysebesluit huurlijnen de ILL tarieven, vastgesteld in WPC-2a, inclusief terugwerkende kracht tot 1 januari 2009, in stand heeft gelaten. KPN was hiertoe niet verplicht, ook niet als gevolg van een herstel van de ILL regulering in een herstelbesluit. Een herstelbesluit had de WPC-2a tarieven namelijk pas op kunnen leggen na inwerkingtreding van dat besluit. De enige rationele verklaring voor het in stand houden van de ILL WPC-2a tarieven vanaf 1 januari 2009 is dan ook een prikkel vanuit de markt.

3.4 Toetredingsdrempels

Zowel in de markt voor HK-WBT/HL als in de markt voor HL onderzoekt het college op geen enkele wijze wat de toetredingsdrempels zijn en/of er sprake is van (potentiële) concurrentie. Volgens KPN is dit echter wel een parameter die meegenomen dient te worden in de dominantieanalyse. KPN verwijst in dit kader naar haar paper over de rol en betekenis van lokale glasvezelinitiatieven die zij op 18 februari 2011 bij het college heeft ingediend. Ook een partij als CIF en de plannen die het heeft aangekondigd geven aan dat toetreding wel degelijk mogelijk is. KPN ervaart dan ook concurrentiedruk van dit soort initiatieven.

4 Potentiële mededingingsproblemen

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 6 gaat het college in op een aantal potentiële mededingingsproblemen die zich zouden kunnen voordoen in afwezigheid van regulering. In dit verband wijst KPN op de navolgende passage uit rechtsoverweging 10.8.1 van de uitspraak van het CBb van 3 mei 2011 (LJN BQ3146) in de zaak van de beroepen tegen het Besluit marktanalyse wholesale breedbandtoegang van 19 december 2008:

‘Het College [van Beroep voor het bedrijfsleven] stelt voorop dat van OPTA verwacht mag worden, dat zij aantoont dat een houder van AMM de mogelijkheid en de prikkel heeft om een bepaald, de mededinging schadelijk, gedrag te vertonen. Van haar wordt niet vereist te bewijzen dat deze mededingingsbeperkende gedraging zich daadwerkelijk voordoet, dan wel het in hoge mate aannemelijk is dat die gedraging zich zal voordoen.’

KPN meent dat de analyse van het college in het ontwerpbesluit onvoldoende is om aannemelijk te maken dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om zich op een bepaalde mededingingsbeperkende manier te gedragen. De voorbeelden die worden aangedragen zijn of zeer verouderd (bijvoorbeeld collocatie, rnr. 528), of volstrekt hypothetisch (bijvoorbeeld koppelverkoop, rnr. 532), of hebben geen betrekking hebben op het potentiële mededingingsprobleem (bijvoorbeeld voorbeeld bij koppelverkoop, rnr. 533). Ook de voorbeelden die het college aandraagt in het kader van de analyse van het potentiële mededingingsprobleem marge-uitholling voldoen niet aan de door het CBb voorgeschreven norm.

4.2 Aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen

Wat betreft de aan toegang gerelateerde potentiële mededingingsproblemen stelt KPN vast dat het college bijna vanzelfsprekend ervan uitgaat dat KPN in afwezigheid van regulering een prikkel heeft om vrijwillige toegang tot haar netwerk te weigeren dan wel andere gedragingen zoals discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie, vertragingstechnieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, strategisch productontwerp en koppelverkoop toe te passen.

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

- 1) nu al in afwezigheid van regulering toegang verleent tot WMP, WBA over FttH en VISP diensten;
- 2) al haar processen en bedrijfsvoering al jaren lang heeft ingericht om wholesale toegang te verlenen;
- 3) een daadwerkelijke prikkel heeft om toegang te verlenen tot haar netwerk, teneinde de beschikbare capaciteit zo goed mogelijk te benutten, om de concurrentiestrijd met de kabel en andere alternatieve infrastructuraanbieders aan te gaan. De prikkel is daarmee niet alleen om toegang te verlenen maar ook om deze toegang te verlenen tegen voorwaarden die het juist mogelijk maken voor deze partijen om te concurreren op de retailmarkt. Zo heeft KPN in 2004, nota bene 4 jaar voordat het college haar daartoe verplichtingen oplegde, een aanbod voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang (destijds Wholesale ADSL genaamd) in de markt gezet en niet lang daarna, op verzoek en onder druk van de afnemers, in het aanbod non discriminatiebepalingen opgenomen;

- 4) het vervallen van de regulering voor zakelijk glas, huurlijnen en hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang als gevolg van CBb uitspraken heeft er niet toe geleid dat KPN geen toegang meer heeft verleend dan wel haar voorwaarden heeft gewijzigd;
- 5) als illustratie van haar bewuste wholesale beleid wijst KPN ook op de situatie in de mobiele markt waarin KPN zowel in Nederland, als in Duitsland en België al jarenlang (zonder enige regulering) toegang aan service providers en MVNO's biedt (al sinds 1993).

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

In zijn nota van bevindingen op het eerste ontwerpbesluit onderschrijft het college in rnr. 2291 dat KPN na het vervallen van de verplichtingen voor HK-WBT en wholesale huurlijnen als gevolg van de vernietiging door het CBb, haar referentie-aanbod niet heeft ingetrokken. Daarna komt het college weer met het punt dat KPN wel de prikkel heeft. Het college constateert zelf eerst dat er in een ongereguleerde situatie geen aan toegang gerelateerde mededingingsproblemen waren, om ze vervolgens toch wel weer op te leggen.

Echter, dit neemt niet weg dat KPN een prikkel heeft om deze toegang te weigeren, dan wel zodanig in te richten dat een concurrent gemarginaliseerd wordt in de concurrentie met KPN op de onderliggende retailmarkten. KPN kan dit bijvoorbeeld doen door deze wholesale diensten zodanig in te richten dat concurrenten alleen dezelfde retailediensten als KPN kunnen bieden, of door deze tegen slechte kwaliteits- en serviceniveaus te bieden. Daarbij is er een verschil tussen enerzijds de markt voor HK-WBT/HL en anderzijds de markt voor LK-WBT en de mobiele markt. Op de twee laatstgenoemde markten heeft het college niet vastgesteld dat KPN over AMM beschikt. Leveringen door KPN op deze markt komen dan ook tot stand door concurrentie. Op de markt voor HK-WBT/HL is geen sprake van voldoende concurrentie en daarvoor geldt dit mogelijk niet.

Het college haalt het voorbeeld van collocatie aan om een aan toegang gerelateerd probleem te illustreren (zie rnr. 528). KPN is echter van mening dat collocatie niet als een voorbeeld aangehaald mag worden om een toegang gerelateerd mededingingsprobleem te illustreren. De vormgeving van het collocatieaanbod van KPN is tot stand gekomen in een geheel ander tijdsgewricht dan het huidige. KPN staat inmiddels in de toekomstvast gebouwen, de zogenaamde Metro Core (hierna: MC) locaties, wel toe dat collocatievoorzieningen voor meerdere toegangsdiensten gebruikt kunnen worden. Met strategisch productontwerp heeft dit alles niets te maken.

Het voorbeeld dat het college in rnr. 533 geeft om te onderbouwen dat KPN de prikkel heeft om bundeling/koppelverkoop toe te passen is onjuist:

‘Een ander voorbeeld is de levering van HKWBT/HL-diensten op hogere netwerkniveaus (nationaal niveau) en niet op lagere netwerkniveaus (metroniveau). Hierdoor moeten afnemers meer bouwstenen die benodigd zijn voor het leveren van een retailedienst bij KPN inkopen. Daarmee behoudt KPN een groter deel van de totale omzet op een dienst en wordt concurrentie op netwerkniveau beperkt.’

Van koppelverkoop is hier echter helemaal geen sprake. Een afnemer van HK-WBT/HL heeft immers de mogelijkheid om de diensten op metroniveau van KPN af te nemen. Afnemers kiezen vaak voor nationaal niveau omdat ze dan zelf minder hoeven te investeren. Ook KPN zelf moet vaak aanzienlijke investeringen doen om diensten op lagere netwerkniveau's te ontbundelen. Als de afnemer ervoor kiest nationale verbindingen af te nemen, dan is hij op

geen enkele wijze verplicht om trunkverbindingen van KPN af te nemen. Er zijn namelijk ook andere aanbieders van trunkverbindingen op de markt.

4.3 Prijsgerelateerde potentiële mededingingsproblemen

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

4.3.1 Prijsdiscriminatie

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

4.3.2 Buitensporige hoge tarieven

Wat betreft buitensporig hoge tarieven merkt KPN op dat dit een hypothetische exercitie is. Het college noemt alleen als voorbeeld dat het risico in het bijzonder aanwezig is in gebieden waar afnemers geen of onvoldoende alternatieven hebben.

In een markt waar meer andere aanbieders zijn (met Tele2 als grootste) is de kans op buitensporige tarieven niet aannemelijk. Dit blijkt ook uit het feit dat het marktaandeel van Tele2 op de externe wholesale markt groter is dan dat van KPN.

4.3.3 Marge-uitholling

In rnr. 558 suggereert het college dat KPN een veel groter aandeel heeft in minder prijsgevoelige klanten dan de afzonderlijke andere partijen zonder aan te geven op welk onderzoek dit gebaseerd is. Het college geeft een tweetal voorbeelden van gedrag dat tot marge-uitholling zal leiden die niet correct zijn. Zo stelt het college in rnr. 557:

'KPN past tariefdifferentiatie tussen gebieden toe. Na de vernietiging van het besluit MA WBT 2008 heeft KPN de tarieven in zogenaamde B-gebieden met 25 procent verhoogd. Een variant op tariefdifferentiatie in gebieden is de differentiatie van tarieven tussen alternatieve DSL-aanbieders, zoals Tele2 (die hogere tarieven wordt berekend), en service providers op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten (die lagere tarieven worden berekend). Ook dat leidt tot marge-uitholling voor alternatieve DSL-aanbieders, zoals Tele2.'

De verhoging in B-gebieden met 25% na de vernietiging van het marktbesluit voor de HK WBT markt was in feite niets anders dan het ongedaan maken van een verlaging die noodzakelijk was in verband met het WPC-2b besluit van het college. Met de vernietiging van het marktbesluit HK WBT kwam de grondslag aan het WPC-2b besluit te ontvallen, en stond het KPN vrij de oorspronkelijke tarieven te doen herleven.

Ook het voorbeeld dat het college in rnr. 559 geeft is onjuist. Het college stelt daar:

'Een voorbeeld van dit gedrag is de prijsstelling van nationale en regionale huurlijnen (ILL). KPN rekent zeer lage tarieven voor trunkverbindingen (zogenaamde Vtrunk), zodat de nationale huurlijnen nauwelijks hoger geprijsd zijn dan de regionale huurlijnen.'

Het college suggereert hier marge squeeze zonder ook maar enige onderzoek. Dat terwijl KPN in de ND-5 toetsen deze Vtrunk varianten heeft geanalyseerd waarbij geen squeeze is geconstateerd. KPN heeft deze bevindingen met het college gedeeld zodat het College wist

dat deze varianten geen marge squeeze vertonen. Het prijsbouwwerk van KPN is zodanig dat de lokale toegangsdienst altijd voordeliger is dan de regionale toegangsdienst en die op haar beurt weer altijd voordeliger dan de nationale toegangsdienst. Ook bij kortingsacties geldt dit uitgangspunt: tarief lokaal < regionaal < nationaal.

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

5 Verplichtingen HK-WBT/HL

5.1 Inleiding

Alvorens in te gaan op de specifieke punten, zal KPN eerst een aantal fundamentele bezwaren tegen de aanpak en conclusies van het college hieronder weergeven.

Ten opzichte van het genotificeerde ontwerpbesluit Marktanalyse wholesale breedbandtoegang en –huurlijnen van 30 maart 2011²³ zijn een aantal verplichtingen zwaarder geworden zonder dat er in de markt een aanleiding is voor die verzwarende. Dit wordt bevestigd doordat de motivering hiervan ontbreekt in het nieuwe ontwerpbesluit. Er is een toegangsverplichting op glasvezel gekomen, een near-net verplichting in geval van HK-WBT/HL-toegang op basis van ODF-access (FttO) en tariefregulering. Al deze verplichtingen zijn extra, terwijl de marktomstandigheden niet verandert zijn.

KPN heeft al eerder in haar *position paper remedies*²⁴ aangegeven dat een motivering inhoudende dat een verplichting ‘niet schadelijk’ is voor de innovatie en platformconcurrentie onvoldoende is. Er moet – zo nodig door welvaartsanalyses – worden beoordeeld of de voordelen van die (extra) verplichting opwegen tegen de mogelijke nadelen.²⁵ KPN constateert dat deze welvaartsanalyses ook in dit ontwerpbesluit niet (zichtbaar) hebben plaatsgevonden. Het college heeft een welvaartsanalyse gedaan op het niveau van alle verplichtingen tezamen maar niet op individueel niveau van een enkele verplichting. Op grond van de welvaartsanalyse in het eerste ontwerpbesluit (zonder de extra verplichtingen) trok het college de conclusie dat de voordelen van die set van verplichtingen groter zijn dan de nadelen en daarmee proportioneel en gerechtvaardigd zouden zijn. Een verzwarende ten opzichte van die situatie is daarom per definitie niet meer proportioneel en gerechtvaardigd.

Het college heeft zijn gewijzigde inzicht gedaan op basis van het fase 2 onderzoek van de Europese Commissie²⁶. In dit onderzoek heeft de commissie wat betreft verplichtingen alleen haar twijfels geuit omtrent de beperking van de toegangsverplichting tot alleen het kopernetwerk. De near-net verplichting en tariefregulering lijken dan ook uit de lucht te komen vallen.

KPN heeft reeds bij de totstandkoming van het marktanalysebesluit ULL (MDF/SDF/FtTH) aangegeven het fundamenteel oneens te zijn met de keuze van het college om bij de invulling van de ND-5 verplichting de kostengrondslag van LRIC naar EDC-minus te wijzigen. Volgens KPN was dit een niet te rechtvaardigen verzwarende ten opzichte van de huidige regulering. Voor KPN is deze ‘verzwarende’ niet te rijmen met het hogere belang van concurrentie tussen verschillende infrastructuren en met het belang van afnemers van actieve wholesale diensten die door deze verzwarende slechter af zijn omdat de prijsbodems door een combina-

²³ Zaaknummer 10.0249.23

²⁴ Position paper remedies KPN, R/11/4/037 van 30 maart 2011.

²⁵ Bij het opleggen van een toegangsverplichting om (diensten)concurrentie te bevorderen kan het college ook op een negatieve manier de investeringsoverwegingen van marktpartijen beïnvloeden en zodoende niet-bedoelde ongewenste effecten veroorzaken. In een investeringsfase kan een toegangsverplichting er bijvoorbeeld toe leiden dat “kleine” partijen hun beoogde investeringsplannen laten varen en de voorkeur geven aan toegang afnemen van de “grotere” partijen. De “grotere” partijen kunnen op hun beurt als gevolg van een dergelijke verplichting overwegen om minder te investeren door bijvoorbeeld alleen selectief uit te rollen (‘cherry picking’) aangezien ze een beperkter concurrentievoordeel hebben. Het is dus van belang dat toegangsverplichtingen dan wel verplichtingen in het algemeen ertoe leiden dat zoveel mogelijk partijen in het netwerk deelnemen aan vulling van het netwerk en daarmee bijdrage aan het terugverdienen van de investeringen in het netwerk.

²⁶ Besluit van de Commissie betreffende zaak NL/2012/1299: wholesalebreedbandtoegang (markt 5) en afgevend segmenten van huurlijnen op wholesaleniveau (markt 6) in Nederland van 21 maart 2012.

tie van de aangescherpte non-discriminatieverplichting en de gewijzigde ND-5 hoger worden. Hun concurrentiepositie verslechtert niet alleen ten opzichte van afnemers van ULL maar vooral ten opzichte van andere aanbieders met eigen infrastructuur.

KPN heeft grote bezwaren tegen de keuze van het college om een dubbele ND-5 toets op basis van EDC-minus te hanteren; een toets tussen passief ODF-access (FttO) en actieve HK-WBT/HL diensten en een toets tussen actieve wholesale diensten en zakelijke retailediensten.

KPN heeft – zoals gezegd - grote kritiek op de keuze van het college om voor de regulering van zakelijk glas EDC-minus als kostengrondslag bij de invulling van de ND-5 verplichting te hanteren. Deze invulling leidt tot forse squeeze situaties bij de tarieven van actieve wholesalediensten en retailediensten voor on-net en near-net glasaansluitingen. Dit zal volgens KPN leiden tot een prijsverhoging van zakelijk glas diensten. **[KPN vertrouwelijk -**

1.

KPN heeft verder grote bezwaren tegen de voorgenen bovengrensregulering voor HK-WBT/HL over koper en glas. KPN kan op de eerste plaats niet volgen hoe het college tot de conclusie komt dat er in dezelfde markt een risico is voor de lage en te hoge prijzen. Het college maakt dit ook niet aannemelijk op basis van feiten. **[KPN vertrouwelijk -**

]. Verder ook leidt de keuze van het college voor hetzelfde kostensysteem van EDC en EDC-minus voor respectievelijk boven- en ondergrensregulering en de inconsistentie ten aanzien van ontmiddeling tussen boven- en ondergrensregulering ertoe dat elke tariefflexibiliteit voor KPN aan onderkant van de markt wordt weggenomen. Het oplossen van squeezeproblemen aan de onderkant leidt verder tot lagere plafonds aan de bovenkant van het portfolio. Hierdoor wordt onnodig waarde uit de markt gehaald, waardoor de business case voor glas slechter wordt, ook voor toetreders en concurrenten op eigen infrastructuur.

Tevens heeft KPN bezwaren met het voornemen van het college om KPN een aanlegplicht op te leggen voor nieuwe glasaansluitingen naar zakelijke klanten van andere Telco's die binnen 250 meter van het KPN aansluitglas liggen. Allereerst meent KPN dat het college een dergelijke verplichting op grond van de Tw niet kan opleggen omdat er helemaal geen sprake is van een aansluitlijn waartoe KPN toegang kan bieden. Verder meent KPN dat deze verplichting niet passend en proportioneel is wanneer zij wordt gedwongen te investeren in mogelijk onrendabele aansluitingen waarbij KPN het risico loopt dat de investeringen niet (of binnen een redelijke termijn) worden terugverdiend. Ook het risico van onvoorspelbare investeringen door lokale omstandigheden komt volledig bij KPN te liggen.

Tenslotte, KPN verwijst hiervoor ook naar haar reactie op het ontwerpbesluit ODF-access (FttO), heeft KPN grote zorgen bij het verbod op tariefdifferentiatie. Ook dit kan tot grote impact en problemen in de markt leiden, bijvoorbeeld bij op glas gebaseerde diensten waar KPN momenteel een O/ABC indeling hanteert. Ook de verplichting voor het verbod op tariefdifferentiatie acht KPN niet in lijn met de NGA doelstellingen van de EC die juist inziet dat dergelijke flexibiliteit nodig is.

Naast deze fundamentele bezwaren heeft KPN een aantal inhoudelijke bezwaren die ook al tijdens andere consultaties naar voren zijn gekomen. Te denken valt hierbij aan het vastleggen van expliciete termijnen in plaats van het hanteren van redelijke termijnen (denk aan de aankondigings- en uitfaseringstermijn), de verplichting tot het opleveren van kwaliteitsrapportages en het verbod op tariefdifferentiatie. KPN zal hieronder per voorgestelde verplichting haar standpunt weergeven.

5.2 Toegang

5.2.1 Toegang op basis van glasvezel

In het eerste ontwerpbesluit had het college de onderstaande redenering voor het niet opleggen van een toegangsverplichting voor glas (rnr. 742-745)

‘Ondanks dat glasvezel steeds belangrijker wordt is voor een groot deel van de markt het op koper gebaseerde dienstenaanbod nog steeds een alternatief is’.

‘Daarbij beschikt KPN op zakelijk glas over veel beperktere netwerkdekkingsvoordelen dan op koper, omdat concurrenten gezamenlijk een vergelijkbare netwerkdekking op glas hebben als KPN.’

‘In de huidige situatie waarin KPN door (de dreiging van) een concurrerend aanbod,....., de prikkel heeft om wholesale glastoegang te (blijven) leveren, is er geen sprake meer van een mededingingsprobleem.’

‘Echter, ook in een situatie waarin KPN geen HKWBT/HL over glas meer zou leveren, of onder minder gunstige voorwaarden zou leveren, acht het college het niet evident dat er nog mededingingsproblemen resteren. Een minder gunstig wholesaleaanbod op glas betekent niet direct dat partijen niet meer kunnen concurreren op de onderliggende retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten, omdat een belangrijk deel van de voordelen van KPN door koperregulering reeds wordt weggenomen en partijen terug kunnen vallen op het glasaanbod van concurrenten van KPN. Daarbij is ook het totaal aantal externe leveringen op glasvezel op de markt voor zakelijke netwerkdiensten relatief beperkt (ongeveer 5 procent, waarvan ongeveer de helft geleverd wordt door KPN) waardoor eventuele kostennadelen door wholesale inkoop relatief beperkt doorwerken in de retailtarieven.’

waar het college nu redeneert in rnr. 592:

‘Het college komt in dit besluit tot de conclusie dat de verplichtingen uitgebreid dienen te worden met toegang tot diensten geleverd over glasvezelnetwerken. KPN ontleent aan de netwerkdekking van haar glasvezelnetwerk een belangrijk voordeel ten opzichte van haar concurrenten. De verplichtingen op alleen koper nemen dit voordeel niet weg. Koper is voor eindgebruikers die inmiddels zijn overgestapt op glasvezel vaak geen alternatief meer.... KPN heeft de prikkel en mogelijkheid om deze toegang te weigeren.’

Dezelfde marktomstandigheden geven nu een volledige andere conclusie. Het college heeft geen nieuwe feiten geconstateerd en geeft geen redenen waarom het tot andere inzichten is gekomen anders dan de ernstige twijfels van de Commissie. Deze verplichting lijkt dan ook volledig te zijn ingegeven door de twijfels van de Commissie.

Daarbij staat deze verplichting haaks op de visie van het college om infrastructuur concurrentie te stimuleren. Waar het college als duurzame concurrentie de concurrentie van passieve netwerken ziet, stimuleert toegang tot HKWBT/HL over glasvezel naar eigen zeggen de uitrol van FttO en afname van FttH niet. Zie hiervoor rnr. 747 in het vorige conceptbesluit:

‘daarbij stimuleert het niet opleggen van toegang tot HKWBT/HL over glasvezel, ook de verdere uitrol van FttO-netwerken en de afname van ODF-access (FttH) door alternatieve aanbieders.’

Het college geeft bovendien zelf ook aan dat bij nieuwe technologie overwogen dient te worden of met mildere regulering kan worden volstaan. Zie annex a rnr. 860:

‘Hoewel het gebruik van andere, nieuwere technologie op zichzelf geen reden vormt om andere verplichtingen te hanteren dan ten aanzien van diensten die op basis van meer traditionele technologie worden voortgebracht, kan het in specifieke gevallen gerechtvaardigd zijn om te

differentiëren in verplichtingen op basis van de onderliggende technologie. Wanneer de verplichtingen die ten aanzien van de traditionele technologie zijn opgelegd voldoende zijn om mededingingsproblemen ten aanzien van de nieuwere technologie te voorkomen, kan worden afgezien van regulering van de diensten op basis van de nieuwere, meer innovatieve technologie. Wanneer ook ten aanzien van de nieuwere technologie mededingingsproblemen zullen blijven bestaan, zij het in mindere mate dan ten aanzien van traditionele technologie, dient te worden overwogen of met mildere regulering kan worden volstaan. Aldus wordt de totstandkoming van innovatieve technologieën bevorderd.'

Het college lijkt met deze maatregel dus tegen zijn eigen beleid in te gaan.

KPN wil in dit kader ook opmerken dat glasvezel veel meer een maatwerkproduct is dan koper en als zodanig ook behandelt dient te worden. Het zakelijk glasnetwerk moet nog voor een groot gedeelte uitgerold worden. Een toegangsverplichting op koper kan daarom niet één op één worden overgenomen voor glastoegang.

5.2.1 Near-net toegang

Het college beschouwt toegang ten behoeve van near-net aansluitingen op basis van ODF-access FttO ten onrechte als een bijbehorende faciliteit. Onder (d) van onderdeel VI van het dictum van het ontwerpbesluit heeft het college near-net toegang op basis van ODF-access (FttO) aangemerkt als bijbehorende faciliteit. Uit rnr. 651 kan worden opgemaakt dat het college daaronder in ieder geval locaties verstaat die binnen 250 meter van het FttO netwerk van KPN liggen (het college sluit op voorhand evenwel niet uit dat ook andere verzoeken om near-net toegang redelijk zijn en door KPN moeten worden gehonoreerd). Near-net aansluitingen zijn nog niet aangesloten locaties. De verplichting om toegang ten behoeve van near-net aansluitingen te bieden houdt in dat KPN wordt verplicht om op verzoek van een wholesale afnemer een nieuwe nog niet aangesloten locatie op haar FttO aansluitnetwerk aan te sluiten.

Artikel 1.1 sub j Tw definieert bijbehorende faciliteiten als

'bij een elektronisch communicatienetwerk of een elektronische communicatiedienst behorende faciliteiten die het aanbieden van diensten via dat netwerk of die dienst mogelijk maken of ondersteunen (...).'

Kenmerkend aan ODF-access (FttO) is dat KPN toegang verleent tot de optische verdeler zodat een alternatieve aanbieder toegang krijgt tot een bepaalde eindgebruiker. De kern-dienst is dus het verlenen van toegang tot de eindgebruiker door middel van het toegang bieden tot de (reeds aanwezige) glazen aansluitlijn. Een bijbehorende faciliteit is een dienst die dit daadwerkelijk mogelijk maakt, zoals bijvoorbeeld collocatie of toegang tot bepaalde informatiesystemen.

Bij near-net locaties ligt dit geheel anders. Bij near-net locaties is er namelijk nog helemaal geen sprake van een eindgebruiker die is aangesloten met een glazen aansluitlijn waartoe KPN toegang kan bieden. Als de glazen aansluitlijn naar de eindgebruiker toe niet aanwezig is, dan kan ook geen sprake zijn van een faciliteit die daarbij behoort.

Zie in dit verband Van Aarnhem 2009, (T&C Telecommunicatierecht), art. 1.1 aant. 10:

'Het element "bijbehorend" duidt erop dat het faciliteiten betreft die behoren bij een elektronisch communicatienetwerk of bij een elektronische communicatiedienst en dus niet op zichzelf staan. Anders gezegd: een bijbehorende faciliteit heeft dus geen betekenis voor de elektronische communicatie zonder een netwerk of dienst.'

Wat het college met de near-net verplichting wil realiseren, is dat KPN verplicht wordt om aansluitlijnen aan te leggen. Een dergelijke verplichting heeft echter niets van doen met de voorgenomen verplichting van KPN om ontbundelde toegang te verlenen tot haar eigen aansluitnetwerk en kwalificeert derhalve niet als een bijbehorende faciliteit zoals bedoeld in

artikel 1.1 sub j Tw. Onderdeel (d) van onderdeel VI van het dictum van het ontwerpbesluit is dan ook in strijd met de Tw en kan om die reden niet worden gehandhaafd.

Het college heeft dit in zijn verweerschrift (rnr. 6.4.4) in het kader van de beroepsprocedure tegen het marktanalysebesluit ULL van 19 december 2008 ook erkend. In dat kader stelde het college echter ook dat KPN uit de tekst van het besluit had kunnen afleiden dat het college de near-net aansluiting niet als een bijbehorende faciliteit maar onder de algemene toegangsverplichting had willen rekenen. Ongeacht of het college in het nieuw te nemen marktanalysebesluit near-net toegang kwalificeert als onderdeel van de algemene toegangsverplichting of als bijbehorende faciliteit bij HK-WBT/HL, het opleggen van een toegangsverplichting aan KPN voor wat betreft aansluitingen waar geen verbinding bestaat tussen de locatie van de eindgebruiker en het KPN netwerk – met andere woorden een verplichting om toegang te bieden op locaties waar KPN zelf geen netwerk heeft liggen – is niet proportioneel en in elk geval niet passend. Het college heeft dit uitgangspunt tot twee maal toe onderschreven, namelijk zowel in rnr. 648 van het marktanalysebesluit ULL van 19 december 2008 als in rnr. 859 van het marktanalysebesluit ULL van 27 april 2010. Daarin overweegt het college het volgende:

‘De toegangsverplichting kan zich in principe alleen uitstrekken tot bestaande aansluitingen. Het lijkt namelijk niet proportioneel om KPN een verbinding te laten aanleggen op verzoek van een derde.’

Gelet op het belang van de netwerkdekking van KPN en de voordelen die KPN daaraan ontleent ten opzichte van alternatieve glasaanbieders, acht het college het echter (rnr. 646)

‘onvoldoende om KPN slechts een on-net toegangsverplichting op te leggen. Bij een dergelijke beperkte toegangsverplichting zou KPN de komende jaren namelijk nog steeds kunnen beschikken over een flinke voorsprong in de concurrentiestrijd om de gunst van nieuwe klanten op zakelijk glas.’

Van een dergelijke voorsprong is in het geheel geen sprake. Het netwerk van KPN is namelijk gedupliceerd en in elk gebied met significante vraag ligt het netwerk van minstens één concurrerende aanbieder op ongeveer dezelfde afstand van de eindgebruiker als het netwerk van KPN.

KPNs standpunt dat een toegangsverplichting ten aanzien van near-netlocaties geen passende en proportionele verplichting is, vindt steun in de door het college verrichte analyse van de mededingingsproblemen die het college met de toegangsverplichting probeert te voorkomen. In rnr. 507 van het ontwerpbesluit stelt het college namelijk dat de toegangsverplichting beoogt te voorkomen dat KPN zich schuldig maakt aan leveringsweigeringen. Nog ervan afgezien dat, als gezegd, er geen sprake is van een moeilijk te dupliceren netwerk en er geen afhankelijkheid van KPN bestaat, kan het niet leveren van near-net aansluitingen niet als – een in mededingingsrechtelijke zin relevante vorm van – "leveringsweigerings" worden gezien. Waar het concept leveringsweigerings in de zin van het mededingingsrecht namelijk op ziet, is dat een dominante partij door zijn weigering concurrenten een essentiële input voor hun dienstverlening onthoudt, met als doel om de eigen retail-positie van de dominantie partij te versterken. Bij near-net locaties doet zich dit eenvoudigweg niet voor: waar het netwerk van KPN zich niet bevindt, kan zij haar eigen positie op de retailmarkt niet beschermen. Zij onthoudt haar concurrenten in zo'n geval dan ook niet een essentiële input, aangezien zij zelf niet beschikt over deze input. Om die reden kan een toegangsverplichting niet als passend worden beschouwd.

Het college lijkt zich te realiseren dat de Tw niet de grondslag bevat die noodzakelijk is voor het opleggen van een near-net toegangsverplichting in het kader van de algemene toe-

gangsverplichting of als bijbehorende faciliteit bij HK-WBT/HL. In rnr. 650 van het ontwerpbesluit voert het college de non-discrimatieverplichting als additionele grondslag op:

‘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 disproportionele invulling van de toegangsverplichting.’

Voor zover het college het opleggen van een near-net toegangsverplichting inderdaad wenst te baseren op de grondslag van non-discriminatie, merkt KPN op dat een dergelijke benadering in strijd is met de Tw. Op grond van artikel 6a.8 van de Tw kan het college non-discriminatie alleen als verplichting opleggen ten aanzien van door het college op grond van artikel 6a.2, eerste lid, bepaalde vormen van toegang. Nu, zoals hierboven aangegeven, het opleggen van de near-net toegangsverplichting in strijd is met de Tw, kan de non-discriminatieverplichting niet als zelfstandige grondslag gelden voor het opleggen van een near-net toegangsverplichting.

Tevens is het etiket ‘virtual on-net’ en de toevoeging van “deze investeringsbeslissing dus in feite al heeft gemaakt een evident-opportunistische benadering. Het is zonder meer onjuist om te stellen dat de investeringsbeslissing al is gedaan. Er vindt sowieso van tevoren een berekening plaats van de CAPEX voor de klantofferte. Alleen indien de CAPEX aan bepaalde criteria voldoet is er sprake van een standaardtarief voor de vergoeding voor eens (VVE), dit geldt zowel bij een potentiële wholesale klant als bij retail. Tevens analyseert KPN de (gemiddelde) terugverdientijd (hierna: TVT) van glasorders en dit kan betekenen dat de hoogte van de VVE wordt aangepast. Daarnaast geldt dat de TVT een directe functie is van de ARPU. Dit leidt er toe dat de TVT op retailniveau minder risico’s met zich meebrengt dan de TVT op wholesale niveau (bijvoorbeeld bij WEAS). De TVT op ODF niveau kent evident de meeste risico’s. Met andere woorden: de TVT en het risico van een extern te leveren near-net ODF is ongelijk aan de TVT en het risico van een intern te leveren near-net. Het zijn qua TVT en risico dus ongelijke gevallen, en iedere overweging van non-discriminatie tussen extern en intern geleverde near-net lijnen is een onterecht vertrekpunt voor het opleggen van een externe near-net plicht. Een aanlegplicht voor near-net naar locaties van gebruikers uit ZND markt – locatie die niet zijn aangesloten op het (aansluit)netwerk van KPN – reduceert de rol van KPN tot in wezen slechts de bouwer van een stuk glaslijn, in feite een aannemer-rol. Bovendien wenst een aannemer in een keer af te rekenen.

KPN wil in dit kader ook nog verwijzen naar het oordeel van het college inzake de levering van nieuwe aansluitlijnen²⁷. Daarin heeft het college aangegeven dat:

‘KPN redelijkerwijs niet verplicht is nieuwe aansluitlijnen te leveren wanneer zij daarvoor een nieuwe voedingskabel en/of aftakkabel dient aan te leggen teneinde meerdere adressen van eindgebruikers initieel te koppelen aan de bestaande lokale netwerkinfrastructuur.’

Met deze definitie wordt naar het oordeel van het college

‘een juiste grens getrokken tussen verplicht te leveren nieuwe aansluitlijnen en niet verplicht te leveren nieuwe aansluitlijnen teneinde het bevorderen van zowel de concurrentie als de investeringen in het opzetten van eigen infrastructuur, te bereiken.’

²⁷ 26 juni 2002, OPTA/IBT/2002/201508.

Met het opleggen van een near-net verplichting wijkt het college af van zijn eerder oordeel.

Naast deze juridische punten, gaat het college met het opleggen van deze verplichting ook nog op de stoel van de investeerder zitten en bepaalt hiermee waar en wanneer KPN dient te investeren in haar netwerk. Daarbij bepalend is mede de combinatie met de verplichtingen die KPN opgelegd heeft gekregen in het ontwerpbesluit Marktanalyse ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken (ODF-access (FttO))²⁸. Daarin geeft het college in rnr. 655 aan dat

‘in beginsel investeringen dienen te worden toegerekend aan periodieke tarieven waarbij de kosten over de hele verwachte levensduur van de investeringen worden verdeeld. Ook investeringen die KPN specifiek moet doen voor het leveren van toegang aan externe partijen – zoals het leveren van near-net aansluitingen – dienen te toegerekend aan periodieke tarieven.’

Dat zou dus kunnen betekenen dat KPN gedwongen wordt een investering te doen op een locatie, waar zij zelf niet van plan was om glas neer te leggen, om een externe partij aan te sluiten en dat KPN deze kosten niet (of binnen een redelijke termijn) zou kunnen terugverdienen indien de desbetreffende externe partij een kortlopend contract afsluit. Het college zet hiermee een streep door het belang dat hij eerder in rnr. 628 heeft aangegeven van een gunstig investeringsklimaat.

Indien het college desalniettemin van mening blijft dat een near-net verplichting gerechtvaardigd is, dan wil KPN het college erop attent maken dat de huidige definitie van near-net een te ruime definitie is.

Het college refereert in rnr. 650 aan het feit 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.

Verder wil KPN opmerken dat de klantlocaties die nu op de near-net lijst staan zich niet op 250 meter hemelsbreed maar op 250 meter graafafstand bevinden. KPN benadert een maximale graafafstand van 250 meter op basis van indicatieve hemelsbrede afstand van 178 meter. Het college vergeet bovendien dat KPN deze aanbieding doet onder een aantal voorbehouden. Indien het college de voorgenomen near-net verplichting handhaaft, hetgeen zoals KPN hierboven heeft aangegeven, in strijd is met de Tw, en niet acceptabel voor KPN, dient tenminste in het definitieve besluit een scherpere definitie van near-net te worden opgenomen, bijvoorbeeld:

- een klantlocatie die zich bevindt binnen 250 meter graafafstand van een glasinkoppelpunt van KPN, tenzij:
 - er een kunstwerk nodig is voor het aansluiten van deze klantlocatie (bv. als gevolg van kruising van een spoor, water, vliegveld, leidingstraten of wegen die uit overheidsbeleid niet opengebroken mogen worden)
 - er sprake is van vervuilde grond tussen de klantlocatie en glasinkoppelpunt
 - KPN onvoldoende glasvoorraad heeft in PAN en/en SAN voor het aansluiten van deze klantlocatie
 - er is sprake van privé- grond waarbij de grondeigenaar hoge kosten in rekening brengt of als KPN een afspraak heeft met een andere partij dat deze andere partij de klant zal aansluiten. Voorbeeld is het Schiphol-terrein waar Schiphol Telematics aansluit ondanks dat klantlocatie zich bevindt binnen 250 m van glas

²⁸ 14 september 2012, OPTA/AM/2012/202344, Zaaknummer 12.0123.23

- het een gebied betreft waar Reggefiber FttH glasaansluitingen levert.
- een glasinkoppelpunt is een punt in het glasvezelnetwerk waarop KPN een klantlocatie kan aansluiten. Voorbeelden zijn MA-locaties en Central Offices. Er vindt geen inkoppeling plaats op PAN-ringen of backbone glas.

5.2.2 Voorschriften aan toegangsverplichting

(i) Kwaliteitsrapportage

Het college is voornemens aan KPN de verplichting op te leggen om aan wholesale afnemers ten minste eens per kwartaal een kwaliteitsrapportage te verstrekken over de realisatie van service levels voor HK-WBT/HL. De rapportage dient aan te sluiten op de wijze waarop de KPIs en boetes zijn gedefinieerd, en dient per productgroep ten minste de totale hoeveelheid opgeleverde producten en de opgeleverde producten per marktpartij te bevatten (dictumonderdeel VII sub i). Als een partij informatie ontvangt over alleen de eigen afname zou een partij niet goed in staat zijn, aldus het college, een juiste schatting te maken voor de aan eindgebruikers te garanderen service levels.

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

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

De afnemers van HK-WBT/HL kunnen aan de hand van hun eigen KPI rapportage nagaan of de resultaten achterblijven bij de norm. Naar aanleiding daarvan kan desgewenst in overleg met KPN naar de oorzaken worden gezocht, en naar verbeteringen in de processen teneinde in de toekomst betere resultaten te verkrijgen. Daarnaast kan KPN aan het college een totaalrapportage, zijnde een bundeling van de individuele rapportages, verstrekken zodat het college op basis daarvan kan beoordelen of er aanleiding is een nader onderzoek in te stellen naar een eventuele ongelijke behandeling tussen marktpartijen respectievelijk tussen KPN en marktpartijen. Zoals KPN al vaker naar voren heeft gebracht hoeft daar geenszins sprake van te zijn omdat de scores op de KPI's in zeer grote mate beïnvloed worden door de kwaliteit van de processen aan de zijde van de wholesale afnemer.

KPN verwijst hier naar de zienswijzen en overige processtukken die zij in het kader van de voorbereiding van en het beroep tegen het aanwijzingsbesluit RA WBA van 3 maart 2010 en het aanwijzingsbesluit RA ULL/SLU van 23 april 2010 heeft ingediend, en verzoekt het college deze hier als herhaald en ingelast te beschouwen. KPN gaat ervan uit dat indien haar

beroep op dit onderdeel gegrond wordt verklaard, het college het definitieve HK-WBT/HL besluit dienovereenkomstig zal aanpassen.

In de nota van bevindingen van het vorige ontwerpbesluit (nr. 2333) geeft het college aan dat hij bevoegd is tot het opleggen van dergelijke verplichting en dat de informatie inzicht geeft in de generieke leverperformance van KPN. KPN blijft bij het standpunt dat dit geen doelstelling van de non-discrimatieverplichting ten aanzien van kwaliteit is.

(ii) Strategisch productontwerp

In het kader van de toegangsverplichtingen schrijft het college voor (dictumonderdeel VII sub k) dat KPN toegangsdiensten niet strategisch mag ontwerpen. Op zichzelf genomen is dat voorschrift niet bezwaarlijk. Door bij de aanleg van nieuwe netwerkdelen voor zichzelf bewust geen rekening te houden met de toegangsmogelijkheden voor derden zou KPN de kosten om later toegang te realiseren aanmerkelijk verhogen, aldus het college in paragraaf 6.4.7 van het ontwerpbesluit. Het college gaat er daarmee ten onrechte aan voorbij dat in de praktijk is gebleken dat het wel rekening houden met de toegangsmogelijkheden voor derden kan leiden tot aanzienlijke extra kosten die niet kunnen worden terugverdiend indien blijkt dat van dat van de aldus gecreëerde toegangsmogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt. KPN wijst in dit verband op de kosten die zijn gemaakt voor het mogelijk maken van bijvoorbeeld lokale toegang ten behoeve van vaste gespreksopbouw en afgifte, SDF-access en ODF-access (FttO). Die investeringen zijn later inefficiënt gebleken. Daarmee wordt KPN op kosten gejaagd, wat evenzeer een belemmering kan vormen van effectieve concurrentie en wellicht zelfs van innovatie. Met de opmerking van het college in de nota van bevindingen in het vorige marktbesluit (nr. 2337) dat de voorbeelden niet relevant zijn voor de HK-WBT/HL-markt is KPN het niet eens. Dergelijk voorbeelden zouden zich ook in de HK-WBT/HL-markt kunnen voordoen.

(iii) Uitsluiting

Het college is voornemens KPN te verbieden om reeds verleende toegang in te trekken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd en het college heeft ingestemd met een daartoe strekkend verzoek van KPN. KPN is van mening dat een dergelijke eis nooit kan worden gesteld aan voor diensten die afgelopen periode, waarin geen regulering van toepassing was, reeds door KPN zijn aangekondigd te zullen worden uitgefaseerd. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan WBA ZM op basis van ATM.

Een van de randvoorwaarden die het college bij de beoordeling van uitsluitingsverzoeken zal hanteren is de termijn waarop KPN tot uitsluiting zal overgaan. Die termijn moet redelijk zijn. Daar kan KPN zich volledig in vinden. KPN kan zich echter niet vinden in de invulling die het college (in nr. 771) op voorhand geeft aan de redelijkheid van de uitsluitingstermijn. Het college vindt de uitsluitingstermijn van drie jaar die wordt gehanteerd voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk in beginsel ook redelijk voor HKWBT/HL koperdiensten. Het college gaat daarmee echter volledig voorbij aan de verschillen die tussen ULL en HKWBT/HL bestaan. Bij ULL zijn de investeringen die de afnemers zelf hebben gedaan aanzienlijk groter, en dient er rekening te worden gehouden met de vraag in hoeverre zij die investeringen hebben gedaan in de gerechtvaardigde verwachting dat zij die investeringen zouden kunnen terugverdienen. Daarbij past een langere termijn van uitsluiting. Bij HKWBT/HL is er sprake van relatief beperktere investeringen, en kan rekening worden gehouden met een kortere terugverdientijd. Aangezien de verplichtingen die door het college worden opgelegd, moeten worden gebaseerd op de aard van de geconstateerde problemen

en in het licht van de beleidsdoelstellingen proportioneel moeten zijn, is de lengte van de termijn die de aangewezen partij in acht moet nemen bij het uitfasen van bestaande diensten bij uitstek een verplichting die het beste per geval kan worden bepaald. Alleen dan is het immers mogelijk om te beoordelen wat in een bepaalde situatie een passende termijn is. Om die reden acht KPN het wenselijk dat het college in het definitieve besluit volstaat met de randvoorwaarde dat de uitfaseringstermijn redelijk moet zijn, en afziet van de toevoeging dat een termijn van drie jaar in beginsel redelijk is. De randvoorwaarden die het college in rnr. 668 van het ontwerpbesluit heeft geformuleerd bieden naar het oordeel van KPN meer dan noodzakelijke waarborgen ter bescherming van afnemers van HK-WBT/HL.

Een andere randvoorwaarde is dat KPN een gereguleerd alternatief moet bieden. Dat is een niet proportionele maatregel. Op voorhand, zonder kennis van de omstandigheden van het geval, kan immers niet worden bepaald wat een geschikt alternatief zou kunnen zijn en of dat alternatief gereguleerd is of niet. Waar bijvoorbeeld WBA op basis van ODF-access (FttH) een geschikt alternatief zou kunnen zijn voor WBA VDSL2 Ethernet op basis van MDF of SDF access, zou KPN toch een ander alternatief moeten aanbieden omdat dat alternatief niet gereguleerd is.

(iv) Beperking toegangsverplichting op dark fiber

Allereerst wil KPN benadrukken dat zij een toegangsverplichting op Dark Fiber niet proportioneel vindt. In een markt waar KPN slecht een beperkt deel van de verbindingen levert is een dergelijke verplichting niet noodzakelijk (zie hiervoor de analyse die in hoofdstuk 2 is gedaan).

KPN levert op dit moment alleen dark fibers als er voldoende capaciteit is. Alleen als er voldoende vezelparen aanwezig zijn wordt een Dark Fiber geleverd. Ook wordt een dark fiber niet geleverd op een afstand > 70 km (dit in verband met de inzet van het type lasers) en alleen als het binnen de doelarchitectuur van KPN (toekomstvast) valt.

5.3 Non-discriminatie

5.3.1 Verbod op marge-utholling: ND-5

Alvorens hieronder de inhoudelijke zienswijze op de verschillende onderdelen van de ND-5 verplichting te geven wijst KPN op de zeer uitvoerige toelichting die zij op haar grieven tegen deze verplichting heeft gegeven in de processtukken die zij in het kader van de beroepen tegen de verschillende marktbesluiten uit de reguleringsronde 2009-2011 heeft ingediend. Weliswaar heeft het CBb deze in zijn uitspraak van 3 mei 2011²⁹ ten aanzien van LK-WBT gedeeltelijk ongegrond verklaard, maar daarbij wordt (in rechtsoverweging 10.17.4) uitdrukkelijk overwogen dat de uitspraak ten aanzien van andere productmarkten anders kan uitvallen omdat de toelaatbaarheid van een opgelegde remedie niet kan worden beoordeeld zonder daarbij de ernst van het daarmee te remediëren mededingingsprobleem in acht te nemen. KPN verzoekt het college vorenbedoelde grieven van KPN hier als herhaald en ingelast te beschouwen.

(i) Niveau van toetsing

In rnr. 690 en 691 geeft het college aan dat er op gedetailleerd dienstniveau (aanbod op individueel klantniveau) moet worden getoetst. KPN heeft in het kader van de gevoerde

²⁹ LJN BQ3146.

beroepsprocedures gemotiveerd dat het toepassen van een toets op dit zeer lage niveau niet noodzakelijk is om het geconstateerde (potentiële) mededingingsprobleem op te lossen en evenmin het minst beperkende alternatief. Vanuit het oogpunt van consistentie is het belangrijk dat het niveau van toetsing bepalend is voor het niveau waarvan de kosten worden meegenomen. Stel dat op marktniveau wordt getoetst en er worden slechts de incrementele kosten van het aanbod voor één klant meegenomen dan is hier sprake van een mismatch waardoor de ND-5 marge ten onrechte te hoog zou zijn. In de hier beschreven situatie wordt op dienstniveau (aanbod op individueel klantniveau) getoetst, dan zou het niet juist zijn om kosten op marktniveau mee te nemen. De ND-5 marge zou dan ten onrechte te laag uitkomen. In rnr. 695 tweede onderdeel is beschreven dat moet worden uitgegaan van EDC-minus kosten. In de EDC-minus kosten zitten ook de kosten van de dienst op marktniveau. De toepassing van EDC-minus kosten ten behoeve van de ND-5 toetsing is hiermee niet een passende verplichting.

Dit is reeds eerder in het rapport van Charles River Associates (hierna: CRA) van september 2009 aangegeven. CRA heeft op verzoek van KPN geadviseerd over ND-5 en in het bijzonder over de combinatie van

- (i) de eis dat de toets wordt toegepast op het niveau van (zeer fijnmazig gedefinieerde) afzonderlijke (downstream)diensten,
- (ii) de wijze waarop KPN volgens ND-5 de incrementele kosten van de benodigde onge-reguleerde wholesale diensten moet berekenen, tegen de achtergrond van
- (iii) het feit dat ND-5 is gebaseerd op de positie van een Equally Efficient Operator (EEO) in plaats van een Reasonably Efficient Operator (REO). Het CRA-rapport wordt hierbij in het geding gebracht als bijlage VI.

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

(i) Een tekortkoming die CRA constateert, is dat het vermoedelijk te hoge niveau van de kosten leidt tot welvaartsverlies, nu ND-5 KPN niet toestaat om de kosten van netwerkelementen die voor verschillende diensten worden gebruikt, op de meest economisch efficiënte wijze terug te verdienen.

(ii) Ten tweede meent CRA dat het zeer lage toetsingsniveau van ND-5 niet consistent is met het uitgangspunt van de Equally Efficient Operator.

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

In rnr. 2468 van het ULL besluit (nota van bevindingen) staat:

‘...Voor het overige verwijst het college naar zijn reactie op het rapport van CRA zoals opgenomen in zijn pleitnota van 16 september 2009 inzake de bodemprocedure bij het CBB tegen het ULL-besluit.’

De uitgangspunten bij de pleitnota van het college waren destijds de volgende zaken:

- De gereguleerde wholesale tarieven vormen het belangrijkste deel en de meest bepalende factor ND-5 (4.19).
- CRA geeft aan dat als wordt uitgegaan van de directe en indirecte kosten uit EDC de incrementele kosten mogelijk te hoog zouden zijn, omdat de gemeenschappelijke kos-

ten van shared platforms te hoog zouden kunnen worden ingeschat. Volgens OPTA is dat nog maar de vraag, omdat een deel van deze kosten wel deel zullen uitmaken van direct en indirect EDC-kosten, maar andere mogelijk incrementele kosten uit de mee te nemen kosten zijn gelaten (4.20).

- Indien KPN het gebruik van EDC bezwaarlijk vindt, dan staat het haar vrij voor een ander geschikte methode om de lange termijn incrementele kosten te bepalen te kiezen (4.21).

Al deze zaken zijn nu gewijzigd:

- Wholesale tarieven zijn niet de meest bepalende factor. EDC-minus kosten zijn soms fors hoger dan het gereguleerde ODF tarief [KPN vertrouwelijk -

].

- EDC-minus kosten zijn fors hoger dan de LRIC kosten [KPN vertrouwelijk -

].

- KPN heeft geen keuze meer en wordt verplicht om EDC-minus kosten te hanteren in de ND-5 toetsen.

(ii) KPN voortbrengingswijze

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

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

(iii) EDC-minus kosten

Het college kiest in rnr. 695 voor een andere kostenstandaard dan de huidige reguleringsperiode. In de tweede regel geeft het college aan

‘B. de volledig gealloceerde kosten op basis van EDC-minus van de ongereguleerde wholesalebouwstenen behorend tot het vaste netwerk van KPN’

Het college geeft niet duidelijk aan waarom wordt overgegaan van LRIC kosten (kostengrondslag uit de vorige reguleringsperiode) naar EDC-minus. Voor KPN is de keuze voor EDC-minus kosten dan ook onbegrijpelijk. De motivering voor deze keuze ontbreekt in het ontwerpbesluit.

Het eerste bezwaar tegen de toepassing van EDC-minus kosten is dat de EDC-minus kosten op integraal niveau zijn vastgesteld, terwijl toetsing op gedetailleerd dienstniveau (aanbod

op individueel klantniveau) wordt uitgevoerd. Hier is sprake van een mismatch, zie ook de eerder reactie op het niveau van toetsing. CRA constateert hierover:

'Our key concerns with OPTA's approach are the following:

- 1. The choice of a highly disaggregated level for the testing (potentially at the level of the individual customer) requires a cost model that can accurately estimate incremental costs at that level, however such a cost model is, we understand, neither available nor envisaged;*
- 2. The more disaggregated the level at which the testing is performed, the greater the practical difficulties in properly estimating true incremental costs at that level;*
- 3. The available accounting system (essentially based on EDC minus common costs) does not provide a good proxy for incremental costs at a highly disaggregated level;*
- 4. The risk, in particular, is that the EDC model will overestimate incremental costs at a granular level, which will restrict KPN's freedom to price efficiently and may lead to adverse effects on consumer welfare.*

.... First, EDC is not and was never designed to be a methodology for estimating incremental costs. There is therefore no guarantee that the proxies generated by the EDC model would bear any resemblance to true incremental costs.'

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

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

Uit onderstaand artikel uit de Mededeling van de Europese Commissie³⁰ blijkt dat ook bij het algemene mededingingsrecht wordt uitgegaan van incrementele/vermijdbare kosten en niet van een integrale kostprijs. Het geeft aan welke kosten relevant zijn om machtsmisbruik door prijsuitsluiting te kunnen detecteren. Marge-uitholling is een vorm van prijsuitsluiting en in zoverre zouden deze kosten dus ook bij een marge-uithollingstoets relevant zijn. EDC-minus benadering leidt dus in het algemeen tot te hoge kosten.

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

³⁰ Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag (tegenwoordig artikel 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie.

den. Wanneer de LRAIC niet gedekt worden, is dat een aanwijzing dat de onderneming met een machtspositie niet alle (toerekenbare) vaste kosten van de productie van het betrokken goed of de betrokken dienst terugverdient en dat een even efficiënte concurrent zich van de markt afgeschermd kan zien.'

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

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

In rnr. 2400 van de nota van bevindingen inzake het ULL besluit staat het volgende:

'...Daarbij deelt het college niet de mening van KPN dat EDC-minus tot te hoge kosten zou leiden. Het EDC-systeem wordt immers al geruime tijd gebruikt voor het bepalen van kostengeoriënteerde tarieven. KPN wordt daarbij door het college beschouwd als efficiënte partij, waarvoor toepassing van een generieke efficiëntiekorting (CEA) niet passend is.'

KPN is niet van mening dat de EDC-minus kosten te hoog zouden zijn omdat KPN geen efficiënte partij zou zijn. KPN betoogt dat de EDC-minus niet de juiste kostengrondslag heeft voor de toepassing in een marge-uthollingstoets, omdat EDC-minus gebaseerd is op een integrale kostprijsbenadering i.p.v. een incrementele benadering.

De EDC kosten worden inderdaad al geruime tijd toegepast voor de bovengrensregulering. Tariefplafonds worden vastgesteld op basis van kostenoriëntatie met als uitgangspunt het EDC systeem. Nu is er echter sprake van ondergrensregulering en het ligt zeker niet voor de hand om dezelfde kostengrondslag voor bovengrensregulering toe te passen bij ondergrensregulering, weliswaar met de gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten in mindering gebracht (de "minus"). Sterker nog, KPN is van mening dat dit fundamenteel onjuist is, zie de uitleg hierboven.

De EDC-minus kosten worden zoveel mogelijk op basis van kostencausaliteit gealloceerd. Het is echter ondoenlijk om kosten op basis van zuiver causale gronden te alloceren naar het voorgestelde gedetailleerde dienstniveau. Het college heeft dit onderkend bij de kostenoriëntatie t.b.v. tariefplafonds en heeft hier terecht een ontmiddeling op basis van benefits received aangegeven als methode (rnr. 723). Vanuit het oogpunt van consistentie is het voor de ND-5 ondergrens dan ook logisch om de kosten op dezelfde wijze te alloceren. Maar dan geldt nog steeds dat EDC-minus een onjuiste grondslag is omdat er dan automatisch veel te weinig verschil is tussen de uitkomst van de ondergrens en de uitkomst van de bovengrens. Hiermee wordt voorkomen dat de situatie zich voordoet dat de ondergrens hoger wordt dan de bovengrens. In onderstaand figuur heeft het college tijdens de IG over de bedrijventerreintoets schematisch aangegeven dat dit niet ene theoretische situatie is, maar zeker in de praktijk zal voorkomen.

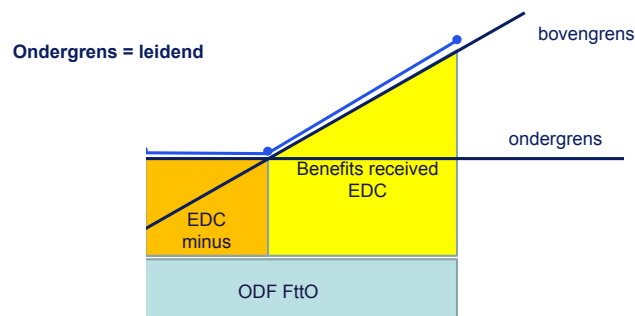
Als gevolg van de toepassing van EDC-minus kosten in de ND-5 toets van de ODF FTTO gebaseerde diensten m.n. WEAS dienst, zal dit mogelijk leiden tot fors hogere tarieven voor

WEAS. Volgens het ontwerpbesluit HKWBT/HL zou er ook voor WEAS een ND-5 verplichting van toepassing zijn. Dit betekent dat de op WEAS gebaseerde retaildiensten zoals zakelijk glas en EVPN, ook moeten voldoen aan de ND-5 toetsing ten opzichte van de WEAS tarieven. Aangezien de WEAS tarieven [KPN vertrouwelijk -], vertaalt dit zich door naar een hogere ND-5 bodem voor de WEAS gebaseerde retaildiensten, zie bijlage VII - Effecten regulering zakelijk glas.

[KPN vertrouwelijk -

].

Mogelijke consequentie FttO stedelijke gebieden*: ondergrens > bovengrens



In deze situatie kan KPN eigenlijk geen aanbod doen. Het college heeft dit met een lapmiddel ondervangen door te stellen dat in het geval dat de ondergrens hoger is dan de bovengrens, de ondergrens van toepassing is (rnr. 725).

Oplossen squeeze op [KPN vertrouwelijk -] heeft tot gevolg dat portfolio [KPN vertrouwelijk -] op slot zit; ondergrens is bovengrens, zie bijlage VIII - Vervolgsessie OPTA-KPN. KPN heeft daardoor niet de mogelijkheid om de prijzen te differentiëren voor de onderkant van het portfolio waar het grootste deel van de aantallen/omzet op wordt gehaald. Hiermee wordt als het ware de prijs door het college gedicteerd en is geen sprake van enige prijsflexibiliteit, dit lijkt in strijd met de NGA aanbeveling van de Europese Commissie.

Oplossen van squeeze aan de onderkant leidt tot lagere plafonds aan de bovenkant van het portfolio. Hierdoor wordt onnodig waarde uit de markt gehaald, [KPN vertrouwelijk -]. De business case voor glas wordt daardoor slechter, ook voor toetreders en concurrenten op eigen infrastructuur.

(iv) Extern tarief gereguleerde bouwsteen zonder ND-verplichting

In rnr. 696 staat voorgeschreven dat KPN het externe tarief van een gereguleerde wholesale bouwsteen waarop geen non-discriminatieverplichting rust mee dient te nemen in de ND-5 toets. Als op zo een gereguleerde wholesale bouwsteen een ND-5 verplichting rust dan is KPN het eens met bovenstaande redenering. Als echter op de gereguleerde bouwsteen geen ND-5 verplichting rust, dan komt het op KPN niet logisch over dat de tarieven in plaats van LRIC kosten mee worden genomen. De bouwsteen is dan namelijk vanuit ND-5 gezien onge-reguleerd en valt in de derde categorie (rnr. 695).

(v) Bundels

In rnr. 585 van het ontwerpbesluit geeft het college de volgende definitie weer van het begrip ‘bundel’:

‘Een gecombineerd aanbod van diensten of een gecombineerde afname van diensten. Niet iedere dienst is een bundel, maar elke bundel is wel een dienst.’

KPN interpreteert deze definitie van bundel als een gecombineerde aanbieding of gecombineerde afname van twee of meer diensten, waarbij op enigerlei wijze in contractuele en/of financiële zin een koppeling is aangebracht tussen de betrokken diensten. Na de inwerking-treding van de marktanalysebesluiten ULL van 29 december 2011 en vaste telefonie van 1 mei 2012 is uit correspondentie die KPN ter zake met het college heeft gevoerd echter ge-bleken dat het college een ruimere interpretatie van het begrip ‘bundel’ hanteert. Volgens het college is er sprake van een bundel indien: (i) alle diensten over één en dezelfde toe-gangsverbinding van KPN worden geleverd, ongeacht of daarbij sprake is van een contrac-tuele of financiële koppeling, of (ii) diensten niet over één en dezelfde toegangsverbinding van KPN worden geleverd, maar wel gekoppeld zijn in contractuele of financiële zin. KPN meent dat de uitleg die het college thans geeft onder (i) niet strookt met de definitie van “bundel” zoals neergelegd in de voornoemde marktanalysebesluiten en ook in de thans voorliggende ontwerpbesluiten. Bovendien wijkt het college met deze interpretatie ook af van de eerdere uitleg die onder vorige marktanalysebesluiten aan het begrip ‘bundel’ werd gegeven.

KPN is van mening dat de aldus geïnterpreteerde definitie teveel ruimte laat voor willekeur, hetgeen in strijd is met de rechtszekerheid. Bovendien heeft deze ruime interpretatie tot gevolg dat een bijna oneindig aantal mogelijke bundels ontstaat, zodat toetsing van al die mogelijkheden voor KPN onbegonnen werk is. Daarenboven leidt een zo ruime uitleg van het begrip ‘bundel’ tot een nog zwaardere aanscherping van ND-5. Immers, door het begrip ‘bundel’ zo ruim te interpreteren worden zelfs diensten door de ondergrensregulering “ge-grepen” die niet door het college zijn onderzocht of waarvan zelfs door hem is geoordeeld dat deze geen regulering behoeven. KPN ziet voor een zodanige oprekking van de ND-5 verplichtingen in het ontwerpbesluit geen grondslag. Daarnaast leidt deze oprekking tot zulke vergaande consequenties voor de bedrijfsvoering van KPN, dat van een proportionele en daarmee passende verplichting geen sprake kan zijn.

(vi) Implementatietermijn ND-5 verplichting

Voor de in het kader van ND-5 verplichting op HK-WBT/HL vorm te geven en uit te voeren wholesale-to-wholesale toetsen moet KPN een nieuw toetsmodel (inkooprecepten) inrich-ten. Op basis van de huidige inzichten van het college zou een implementatietermijn van drie maanden daarvoor voldoende moeten zijn. In dit geval is er echter een belangrijke handicap. De inkoopkosten van de gereguleerde wholesale bouwstenen (kostenelement A)

zijn immers niet bekend. KPN meent daarom dat de implementatietermijn van de ND-5 verplichting pas kan ingaan op de dag dat met het daartoe door het college te nemen goedkeuringsbesluit invulling is gegeven aan de opgelegde tariefregulering. Het college is voornemens is aan het te nemen tariefbesluit terugwerkende kracht te verlenen tot de datum van inwerkingtreding van het marktbesluit ODF-access (FttO). Van terugwerkende kracht van de ND-5 verplichting kan echter geen sprake zijn. De ND-5 verplichting is naar zijn aard een verplichting die niet met terugwerkende kracht kan gelden omdat het niet mogelijk is om tarieven op de stroomafwaarts gelegen retailmarkt met terugwerkende kracht te verhogen.

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

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

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

Het kan voorkomen dat een contract een combinatie is van:

- diensten waarvan de tarieven ten gevolge van ND-5 worden gecorrigeerd en
- andere diensten waarvan de tarieven ten gevolge van bovengrensregulering worden gecorrigeerd.

KPN pleit er voor om deze tariefcorrecties tegelijkertijd door te voeren.

(viii) Implementatiekosten ND-5

Afgezien van de schadelijke effecten op de markt heeft KPN aanzienlijke kosten moeten maken en grote inspanning moeten verrichten om te kunnen voldoen aan ND-5. KPN heeft daar in 2009-2010 met tientallen eigen medewerkers en ingehuurde consultants ongeveer 20 maanden aan gewerkt. Daarnaast zijn er continu mensen bezig om de ND-5 toetsen te onderhouden, aan gedetailleerde informatieverzoeken van het college te voldoen, concrete onderzoeken en klachten van vermeende overtredingen uit te zoeken en daarover te rap-

porteren en de toetsen periodiek aan het college te overleggen. Ook heeft KPN door TNO een review laten uitvoeren op de toets-modellen. Dit alles heeft tot op heden in totaal miljoenen euro gekost. Het onderhoud vraagt permanent werk en is arbeidsintensief. Met die kosten en inspanningen heeft het college in de huidige marktbesluiten geen rekening gehouden.

Het college verwijst in rnr. 2410 van de nota van bevindingen naar die van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang

‘KPN de grootste investeringen reeds achter de rug heeft met het opzetten van het ND-5 bouwwerk... De wijzigingen in de ND-5 normering zijn van dien aard dat zij naar de verwachting van het college slechts tot een beperkte hoeveelheid extra kosten zullen leiden.’

KPN wil er op wijzen dat de verhoging van inkoopkosten als gevolg van de aanpassing van de ND-5 toets wederom zal leiden tot een noodgedwongen toetsing van de retailcontracten. Naast deze kosten, die een dergelijke tijdrovende exercitie meebrengt, bestaat het risico dat dit mogelijk leidt tot gedwongen prijsverhogingen. Klanten zullen dan, in navolging van de acties bij de zakelijk glasdiensten in 2010, aangeschreven moeten worden met de mededeling dat de prijzen niet voldoen aan ND-5 en zullen worden verhoogd.

Het college kan deze kosten niet zomaar afdoen en dient daar bij de analyse van de welvaartseffecten wel aandacht aan te besteden.

(ix) Prijsafstand tussen gereguleerde toegangsniveaus en toegang op hogere netwerkniveaus

Het college stelt in rnr. 702:

‘In aanvulling hierop schrijft het college KPN tevens voor dat zij een voldoende marge moet laten bestaan tussen de prijsstelling van HKWBT/HL op het gereguleerde netwerkniveau en de prijsstelling van HKWBT/HL op de ongereguleerde netwerkniveaus. KPN dient zorg te dragen dat het prijsverschil tussen een ongereguleerde HKWBT/HL-dienst, die wordt geleverd op een hoger netwerkniveau, en de gereguleerde HKWBT/HL-dienst, die wordt geleverd op een lager netwerkniveau, groter dan of gelijk is aan het kostenverschil op basis van EDC-minus tussen de ongereguleerde HKWBT/HL-dienst en de gereguleerde HKWBT/HL-dienst.’

KPN kan zich vinden in het feit dat er een bepaalde prijsafstand moet zijn tussen het gereguleerde netwerkniveau en de hogere ongereguleerde netwerkniveaus. Als echter deze afstand minimaal gelijk moet zijn aan de EDC-minus kosten, dan heeft KPN hier problemen mee. Deze EDC-minus kosten hebben namelijk betrekking op backhaul verbindingen waarvan het college heeft vastgesteld dat dit een concurrerende markt is. De – bedrijfseconomisch gezien - incrementele kosten van verbindingen over een bestaande backhaul infrastructuur zijn laag in verhouding tot de integrale en volledig gealloceerde kosten; dit geldt voor elke partij. Als de bodemprijs van KPN wordt bepaald door de relatief hoge EDC-minus kosten, dan zullen andere marktpartijen met een veel lagere incrementele kostprijs heel gemakkelijk onder de KPN prijs kunnen gaan zitten waardoor het tegengestelde van een level playing field wordt bereikt. In het algemeen is dit ook het bezwaar van KPN tegen een marge-uthollingstoets op basis van EDC-minus kosten. Bij de backhaul kosten wordt dit nog eens uitvergroot door het grote verschil tussen integrale volledig gealloceerde EDC-minus kosten en de – bedrijfseconomisch gezien - incrementele LRIC kosten.

De dienst op een hoger netwerkniveau kan worden gezien als een combinatie van de gereguleerde toegangsdienst op het lagere netwerkniveau plus het backhaul transport naar het hogere netwerkniveau. Deze backhaul kosten zouden niet op basis van EDC-minus, maar op basis van LRIC moeten worden meegenomen in een marge-uthollingstoets, vergelijkbaar

met de bouwsteen FttO waarvan is aangegeven dat deze op basis van LRIC moet worden meegenomen in bundels.

Speciaal voor de wholesale marktpartijen heeft KPN het virtual core contract in markt gezet. Met een virtual core contract kan een wholesale afnemer flexibel backhaul capaciteit aanvragen in combinatie met een toegangsdienst en deze capaciteit voor meerdere wholesale toegangsdiensten inzetten. Ander voordeel voor de wholesale afnemer is dat de virtual core contracten leiden tot lagere inkoopkosten ten opzichte van dedicated backhaul verbindingen. Indien de EDC-minus kosten tussen de netvlakken meegenomen moeten worden, dan wordt de tariefafstand tussen lokaal en regionaal/nationaal niveau kunstmatig verhoogd. Hierdoor komt het bestaande virtual core aanbod in gevaar.

(x) ND-5 toets retail toetsen

De wijze waarop de ND-5 toetsen moeten worden uitgevoerd op retail datadiensten die downstream zijn gebouwd op HKWBT/HL leiden bij een groot deel van de relevante retail-diensten tot een substantiële stijging van de inkoopkosten en bieden minder ruimte voor prijsverlagingen en kortingen in vergelijking tot het vorige reguleringskader. Dit komt door de volgende aspecten:

- EDC-minus in plaats van LRIC
 - Het gebruik van EDC-minus leidt tot een prijsverhoging van de HKWBT wholesale diensten. Aangezien deze actieve wholesale diensten virtueel worden ingekocht in de ND-5 toets leidt dit tot een prijsopstuwend effect van de retail datadiensten van KPN en andere afnemers van HK-WBT/HL.
 - Het gebruik van EDC-minus voor de ongereguleerde wholesale bouwstenen die zich bevinden in de productieketen van de downstreammarkt leidt tot hogere kosten van dienstenplatforms en transmissie tussen het uitkoppelpunt en het dienstenplatform. Dit heeft tevens een prijsopstuwend effect op de retail datadiensten van KPN.
- Verbod op tariefdifferentiatie
 - De huidige kortingsregelingen (volumestaffels) en termijnkortingen op actieve wholesale diensten zullen door het verbod op tariefdifferentiatie niet zondermeer meer worden toegestaan. Dit leidt tot een verhoging van de inkoopkosten en dus een prijsopstuwend effect van de retail datadiensten.

De verhoging van inkoopkosten zal een toetsing van bestaande retailcontracten noodzakelijk maken. De gedwongen prijsverhogingen die hieruit kunnen volgen, zullen wederom leiden tot het aanschrijven van klanten met de mededeling dat de prijzen niet voldoen aan ND-5 en omhoog moeten. Sommige klanten zullen dan, in navolging van de acties bij de zakelijke glasdiensten in 2010, voor een tweede keer moeten worden aangeschreven. De bezwaren van KPN tegen het gebruik van EDC-minus zijn al eerder uitgebreid gemotiveerd. Met name het aspect van fully allocated costs. De combinatie van EDC-minus en het fijnmazige toets-niveau leidt echter tot meer problemen.

In het netwerk van KPN is sprake van opeenvolgende technologische generaties. In de beginfase van een technologie- of dienstenplatform is sprake van een lage bezetting en hoge kostprijs per eenheid. In het midden van de levenscyclus is de vullingsgraad maximaal en resulteert een kostprijs die in van belang is voor het prijsbeleid en het terugverdienen van de kosten. Aan het einde van levenscyclus loopt de vullingsgraad terug en is de kostprijs

afhankelijk van de gepleegde afschrijvingen, onderhoudskosten en de snelheid van de uitfasering.

Het hanteren van een fijnmazig toets-niveau houdt in dat elk platform en elke technologie apart (fijnmazig) wordt opgenomen. Het hanteren van EDC-minus heeft dan tot gevolg dat kostprijzen worden gebruikt die sterk variëren in de tijd, afhankelijk van de fase in levenscyclus. Toepassing van dergelijke EDC-minus kostprijzen in ND-5 toetsen leiden tot willekeurige resultaten zonder economische betekenis. Niemand wordt daar beter van, laat staan dat er sprake is van een effectieve remediering. Een ander argument tegen EDC-minus is dat de ND-5 een toets is die ex ante wordt uitgevoerd en betrekking heeft op een tijdsperiode van drie jaar of meer bij sprake van een langere contractperiode. Het gebruik van EDC-minus kosten uit een voormalig jaar is daarmee natuurlijk niet consistent en onzinnig.

LRIC kent bovenstaande problemen niet. De 'Long Run' lost het tijdaspect op en de 'Incremental Costs' lost het probleem van wisselende bezettingsgraden op. KPN bepleit daarom dat het college voor de ND-5 toetsen EDC-minus vervangt door LRIC. Indien het college toch een EDC-minus voorschrijft (waar KPN dus tegenstander van is) dan zou op zijn minst een middeling over technologie en tijd moeten worden toegepast. Er ontstaat dan een model dat gelijkenis heeft met LRAIC (Long Run Average Incremental Costs).

5.3.2 Verbod op tariefdifferentiatie

(i) Zware invulling door verbod op tariefdifferentiatie

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

In rnr. 540 geeft het college alleen aan dat

'Het effect hiervan is belemmering van de mededinging op deze en onderliggende markten, wat in het nadeel is van eindgebruikers'

KPN verwacht minimaal dat het college onderscheid maakt tussen afnemers van KPN's wholesale diensten en aanbieders die diensten leveren op eigen infrastructuur zoals de kabel. Een verbod om kortingen te geven lijkt niet in het voordeel van afnemers maar juist in het voordeel van alternatieve infrastructuren zoals de kabel. Het wordt KPN onmogelijk gemaakt om in te spelen op specifieke marktomstandigheden met gerichte kortingen, bijvoorbeeld als antwoord op een specifieke actie van de een alternatieve aanbieder.³¹ Een generieke prijsverlaging is over het algemeen bedrijfseconomisch niet verantwoord dus KPN zal

³¹ Zo heeft KPN een aantal jaren een kortingsactie gevoerd op inactieve koperlijnen. Deze korting was vooral gericht op klanten die alle diensten via de kabel afnemen. Het verbod op tariefdifferentiatie maakt een dergelijke actie onmogelijk hetgeen evident in het voordeel van de kabel is.

met de tarieven voor HK-WBT/HL niet specifiek kunnen reageren op een specifieke actie van een alternatieve aanbieder. Hierdoor worden alle afnemers van HK-WBT/HL in een nadelige positie gebracht ten opzichte van de alternatieve aanbieders. Het lijkt er dus op dat het vooral alternatieve aanbieders zijn die van het verbod op tariefdifferentiatie in HK-WBT/HL zullen profiteren. Gezien de marktomstandigheden lijkt dit geen logische uitkomst. Mocht het college van mening zijn dat alternatieve aanbieders beschermd moeten worden tegen tariefdifferentiatie van HK-WBT/HL dan verzoekt KPN dit uitdrukkelijk in het besluit te vermelden en te motiveren.

(ii) Uitzondering alleen met goedkeuring van het college

Het college geeft in dictumonderdeel XIV aan

'KPN zal alleen met toestemming van het college overgaan tot daadwerkelijke handhaving of introductie van de voorgestelde vorm van tariefdifferentiatie.'

KPN meent dat er wel een limiet verbonden dient te worden aan de termijn waarop het college zijn goedkeuring geeft. Een lange reactietermijn kan tot veel onzekerheid leiden in de markt en dat is niet wenselijk. In bijvoorbeeld Groot Brittannië geldt een reactietermijn van twee weken voor de toezichthouder. Als niet binnen die termijn wordt gereageerd dan mag de regeling gewoon plaatsvinden. KPN stelt een dergelijke termijn, ingeval het verbod op tariefdifferentiatie bij het definitieve besluit blijft bestaan, ook hier voor. In de Nota van bevindingen bij het eerste ontwerpbesluit stelt het college als redelijk termijn 8 weken (conform de Algemene wet bestuursrecht). KPN is van mening dat een dergelijk lange beslistermijn de belangen van KPN en haar wholesale afnemers zullen schaden.

(iii) Uitzonderingen alleen in het geval van aantoonbare kostenvoordelen

Het college eist dat de kostenvoordelen op basis van de EDC-systematiek bepaald dienen te worden. Zoals bij het college bekend levert de EDC-methodiek gemiddelde kostprijzen op. Hierdoor wordt ook prijsdifferentiatie onmogelijk in situaties waar klanten een groot verschil in waarde ervaren tussen dienstvarianten maar waar kosten- en/of exploitatievoordelen op basis van de EDC methodiek lastig aan te tonen zijn³².

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

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

³² Voorbeeld is een service variant waarbij een bepaalde lijn altijd voorrang krijgt bij reparatie in geval van storingen. De volgorde van reparaties valt binnen de EDC methodiek niet in kostenverschillen te vertalen zodat tariefdifferentiatie onmogelijk lijkt. De klant die wel voorrang wil en daarvoor wil betalen kan dit nu niet krijgen.

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

Plum³³ heeft eerder aangegeven, dat in afwezigheid van regulering KPN kan differentiëren in haar aanbod (functionaliteit, prijs en capaciteit) en op deze wijze tegemoet kan komen aan de verschillen in 'willingness-to-pay' van de diverse potentiële klanten. Plum noemt in dit verband terecht het belang van voldoende kunnen experimenteren met het aanbod. Op deze manier kan KPN meer afnemers bedienen en wordt het netwerk optimaal benut.

(iv) Niet alle prijsdifferentiatie is prijsdiscriminatie

De aanbeveling van de Europese Commissie van 20 september 2010 over gereguleerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA-netwerken)³⁴ geeft ook aan dat niet alle prijsdifferentiatie als discriminatie mag worden gezien:

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

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

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

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

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

(v) Prijsflexibiliteit is wenselijk voor next generation access

Prijsflexibiliteit voor next generation access is juist wenselijk, aangezien het efficiënte investeringen en de migratie van koper naar glas ondersteunt, terwijl het tegelijk de uitdaging van de juiste prijs definiëren ondervangt als de vraag aanvankelijk nog laag is en de groei van de vraag onzeker is.

Plum schrijft hierover in zijn studie voor ETNO³⁵ (zie bijlage IX - Het Plum rapport):

'Price flexibility for next generation access is desirable since it supports efficient investment, digital inclusion and transition from current to next generation access whilst helping to overcome the challenge of setting prices when demand is initially low and demand growth is uncertain.'

³³ Presentatie "migrating from copper to fibre access in the Netherlands" t.b.v. IG 15 februari 2011.

³⁴ Aanbeveling van de Commissie van 20 september 2010 over gereguleerde toegang tot toegangsnetwerken van de nieuwe generatie (NGA)-netwerken, PbEU 2010, L 251/35.

³⁵ Delivering the new EU approach to fibre: combining pricing flexibility and non-discrimination. A report for ETNO, Brian Williamson and Thomas Punton, September 2012

Prijsflexibiliteit stimuleert bovendien non-discriminatie. Weisman en Kang³⁶ geven hierover aan:

‘the incentive to discriminate is decreasing in the level of the access charge...’ and “the incentive to discriminate is decreasing in the market elasticity...”

Zoals Plum in het eerder genoemde rapport daarover concludeert:

‘Not applying price controls to fibre may therefore reduce rather than strengthen the need for safeguards against the provision of inefficiently low quality levels and/or discrimination against downstream rivals.’

(vi) O/ABC-indeling

Op dit moment hanteert KPN een onderscheid in tarieven voor O-(bedrijventerreinen), A-, B- en C-gebieden. KPN heeft in het verleden en zal mogelijk in de (nabije) toekomst in bepaalde gebieden (zoals bedrijventerreinen of andere clusters van bedrijfsvestigingen) vraagbundeling starten. Dit zal dan tot gevolg hebben dat deze gebieden van A, B of C verschuiven naar O. Dergelijke wijzigingen zullen wellicht vaker noodzakelijk zijn om de markt goed te kunnen benaderen en de penetratie van glas te stimuleren. De O/ABC-indeling is bovendien dynamisch in de tijd. Er is meestal eerst belangstelling van een enkele klant. Daarna volgt meer belangstelling, door de komst van bijvoorbeeld een bedrijfsverzamel pand of doordat er vraagbundeling wordt gestart. Kortom de praktijk geeft een mix / instabiele situatie. Het huidige verbod op tariefdifferentiatie kan dus forse impact hebben op deze gebiedsindeling en remt. o.a. het starten van vraagbundelingstrajecten en de verder uitrol van glas.

5.3.3 Overige non-discriminatie verplichtingen

(i) Verbod op aanbieden in retailproposities tijdens aankondigingstermijn

Het college is voornemens om KPN te verbieden om voorafgaand en tijdens de termijn van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten deze nieuwe of gewijzigde wholesale dienst in retailproposities aan te bieden of te leveren (dictumonderdeel iX sub e of rnr. 674 sub e). KPN kan wel leven met een verbod om nieuwe of gewijzigde wholesale diensten tijdens de termijn van aankondiging te leveren, maar niet met een verbod om deze in retailproposities aan te bieden of een verbod om zelfs niet een wijziging (met een latere invoeringsdatum) alvast te mogen aankondigen. Concurrerende aanbieders kunnen dat immers wel en met dit verbod wordt KPN op achterstand gezet ten opzichte van haar concurrenten. Dat is niet passend, en kan geen doelstelling zijn die door het college kan worden nagestreefd. Een dergelijk verbod is immers niet nodig om een *equal time to market* voor alle aanbieders op de retailmarkten te kunnen waarborgen. Zeker in geval van een tariefwijziging of een wijziging in een bestaande dienst hoeven de wholesale afnemers niet hun productportfolio aan te passen door middel van een of ander ingewikkeld proces. Verplichtingen die door het college worden opgelegd moeten worden gebaseerd op de aard van de geconstateerde problemen en in het licht van de beleidsdoelstellingen proportioneel zijn, en aan dat vereiste voldoet dit verbod niet.

In de reactie die het college bij het CBb heeft ingediend in het kader van de thans aanhangige beroepsprocedure tegen het marktanalysebesluit ULL van 29 december 2011 stelt het college dat het niet juist is dat KPN met dit verbod op aanzienlijke achterstand ten opzichte van haar concurrenten wordt gezet. Twee maanden is volgens het college voor de concur-

³⁶ Weisman and Kang. 2001 “Incentives for discrimination when upstream monopolists participate in downstream markets.” *Journal of Regulatory Economics*: 20(2).

renten van KPN een reële termijn om zich op het op de markt zetten van een nieuwe dienst, en het kunnen aanbieden daarvan retailproposities, voor te bereiden. Het college voert geen enkel bewijs aan voor deze stellingen, en voldoet volgens KPN dan ook niet aan haar motiveringsplicht. Met het doel te voorkomen dat KPN een voorsprong zou kunnen bereiken doordat zij potentiële klanten zou kunnen benaderen en te contracteren, legt het college een maatregel die concurrenten van KPN in staat stelt zich die voorsprong wel te verschaffen. Dat staat haaks op de met deze maatregel beoogde “equal time to market”.

(ii) Proces van informatieverstrekking

De ratio achter het non-discriminatiebeginsel in het proces van informatieverstrekking (zie rnr. 674 sub f) is het creëren van een level playing field op de ten opzichte van de wholesale dienst stroomafwaarts gelegen retailmarkt. Alleen indien (a) KPN in een retailpropositie gebruik zou maken van een eventuele informatievoorsprong, en (b) als gevolg daarvan de mededinging zou zijn verstoord, zou er sprake kunnen zijn van een verstoring van het level playing field. Met andere woorden, een eventuele informatievoorsprong kan als zodanig niet tot een schending van het non-discriminatiebeginsel met betrekking tot het proces van informatieverstrekking leiden. Om die reden is de door het college voorgenomen invulling van de non-discriminatieverplichting in het proces van informatieverstrekking niet passend.

5.4 Transparantieverplichting en referentieaanbod

(i) Termijn van aankondiging

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

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

5.5 Tariefregulering

KPN heeft grote bezwaren tegen de voorgenomen bovengrensregulering voor HKWBT/HL over koper en glas. KPN kan niet volgen hoe het college tot de conclusie komt dat er in dezelfde markt een risico is voor de lage en te hoge prijzen.

Het college gaf in het eerste ontwerpbesluit nog aan in rnr. 765:

‘Een squeezetoets tussen geregleerde HKWBT/HL-toegang en andere diensten in de HKWBT/HL-markt en onderliggende retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten, zorgen voor voldoende prijsdruk op de geregleerde toegang die KPN dient te leveren. Het college verwacht dat wholesales concurrenten daardoor HKWBT/HL-diensten kunnen inkopen tegen redelijke tarieven.... Aangezien KPN niet in staat is in generieke zin de wholesaletarieven buitensporig te verhogen...’

en concludeerde daarmee dat tariefregulering geen noodzakelijke maatregel is, omdat de invulling van non-discriminatie voldoende bescherming biedt. Nu is het college echter van oordeel dat tariefregulering noodzakelijk is om het probleem van buitensporig hoge prijzen kan voorkomen. Het college geeft echter geen enkele motivatie welke marktomstandigheden zijn verandert wat tot dit gewijzigde inzicht heeft geleid. Bovendien wil KPN benadrukken dat er zich in de afgelopen periode, waar geen regulering was in deze markt, geen voorbeelden hebben voorgedaan van buitensporige verhoging van tarieven. Er is dus geen enkele rechtvaardiging voor het opleggen van deze verplichting.

[KPN vertrouwelijk -

]. Ook leidt

de keuze van het college voor hetzelfde kostensysteem van EDC en EDC-minus voor respectievelijk boven- en ondergrensregulering en de inconsistentie ten aanzien van ontmiddeling tussen boven- en ondergrensregulering ertoe dat elke tariefflexibiliteit voor KPN aan onderkant van de markt wordt weggenomen. Het oplossen van squeezeproblemen aan de onderkant leidt verder tot lagere plafonds aan de bovenkant van het portfolio. Hierdoor wordt onnodig waarde uit de markt gehaald, waardoor de business case voor glas slechter wordt, ook voor toetreders en concurrenten op eigen infrastructuur.

Indien het college toch van mening blijft dat tariefregulering noodzakelijk is vraagt KPN zich af waarom er bij de HK-WBT/HL producten op koper ook niet net zoals bij ULL op koper voor een safety-cap methode is gekozen.

Het college geeft al redenering voor het niet hanteren van een safety-cap methode in rnr. 718 aan:

‘Safety cap is een methode die gebruikt wordt daar waar de kostprijs en/of toekomstige ontwikkelingen daarvan niet goed is te voorspellen en er op basis van eerder regulering een bestaand tariefplafond geldt. Aan beide condities wordt hier niet voldaan’.

Ten eerste ziet KPN niet in waarom er voldaan moet zijn aan de twee genoemde condities alvorens een safety-cap methode kan worden gehanteerd. Dit lijken willekeurige punten te zijn. KPN acht het meer relevant dat het gaat om de huidige geldende tarieven in de markt waar geen grote ‘schokken’ meer in gewenst zijn. Daarnaast kan worden getwijfeld aan het feit of er nu wel of niet aan de ‘condities’ wordt voldaan.

Wat betreft de eerste conditie, ook voor HK-WBT/HL diensten over koper geldt dat het continueren van de WPC-systematiek het nadeel heeft dat deze invulling relatief veel onzeker-

heid geeft. Die onzekerheid zit in zowel de ontwikkeling van de kosten als volumes die samen de kostprijs van koperaansluitingen (en bijbehorende faciliteiten) bepalen.

Concreet gaat het om onzekerheid over wanneer bv. het SDH en ATM netwerk – of delen daarvan – volledig wordt uitgefaseerd. De resterende levensduur beïnvloedt de afschrijvingstermijnen en daarmee de jaarlijkse kosten. Ten tweede is er onzekerheid over de hoogte van de investeringen die in de resterende levensduur nog zullen plaatsvinden. Die zullen door de huidige transitie naar glas naar verwachting wezenlijk afwijken (lager zijn) van de jaarlijkse investeringen die in het verleden gebruikelijk waren. Het is echter onduidelijk in welke mate en snelheid die investeringen zullen afnemen. Ten derde is er onzekerheid over de onderhoudskosten; ook die worden aan het einde van de levensduur minder voorspelbaar. Ten vierde is er onzekerheid over de relevante volumes in termen van het aantal actieve aansluitlijnen. Die volumes zijn onzeker doordat de snelheid van de migratie van koper naar glas onzeker is.

Wat betreft de tweede conditie, er zijn op basis van eerdere regulering wel tariefplafonds vastgesteld. In het WPC-2a besluit³⁷ zijn de tariefplafonds voor ILL vastgesteld. In het ontwerpbesluit WPC-2b³⁸ zijn de tariefplafond voor WBA ZM ATM en WEAS vastgesteld. In het definitieve besluit is alleen het tariefplafond voor WBA ZM ATM in stand gebleven. Door de vernietiging van de marktbesluiten heeft het college het WPC-2b besluit ingetrokken. Er zou dus kunnen worden gesteld dat er al wel tariefplafonds zijn vastgesteld, maar dat deze echter niet van kracht zijn geweest.

De keuze van EDC voor HK-WBT/HL glasdiensten is niet logisch, aangezien het college zelf al eerder heeft aangegeven dat WPC/EDC systematiek niet geschikt is voor het bepalen van kostprijzen van nieuwe glasdiensten³⁹. De EDC methodiek leidt tot hoge kostprijzen in het begin van de productlevenscyclus en tot lage kostprijzen aan het einde van de productlevenscyclus. Dit ondersteunt niet de prijsstelling in een opkomende markt.

Als laatste punt in deze wil KPN aangeven dat tariefregulering voor dark fiber is gezien het marktaandeel van KPN niet proportioneel.

5.6 Tariefannexen

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

Tevens is de ND-5 methodiek aangepast, in de toetsen zullen van verschillende componenten de kosten op basis van EDC-minus opgenomen moeten worden. Ook voor het berekenen van die kosten zullen, naar KPN aanneemt, de algemene regels uit deze annex van toepassing zijn.

5.6.1 Proportionele toerekening van wholesale specifieke kosten

Het college is van mening dat de wholesale specifieke kosten zonder meer proportioneel toegerekend moeten worden, zie paragraaf E.1.2.3 van Annex E, bij de ontwerpbesluiten. Met een dergelijke vereenvoudigde voorstelling van zaken gaat het college voorbij aan zowel de wetsgeschiedenis als de uitspraken van het CBb. KPN wijst in dat kader allereerst op

³⁷ 16 december 2009, OPTA/AM/2009/203507

³⁸ 10 juni 2010, OPTA/AM/2010/201664

³⁹ 215 OPTA/AM/2010/203173, Mededeling tariefprojecten WPC-2b en WPC-2c, 9 november 2010.

de volgende citaten uit de wetsgeschiedenis. Hieruit blijkt dat proportionele toerekening van wholesale specifieke kosten niet als een automatisme dient te worden beschouwd:

‘De vraag wat in dit verband aanvaardbare tarieven zijn voor toegang wordt in beginsel bepaald door de onderliggende kosten van de toegangsvoorzieningen. Het beginsel van kostenoriëntatie houdt namelijk in dat wie gebruik maakt van diensten of de infrastructuur van een ander bedrijf, de relevante kosten vergoedt die daarvoor redelijkerwijs moeten worden gemaakt. [...] Het kan voorkomen dat bepaalde voorzieningen speciaal moeten worden getroffen voor één of meer partijen die toegang vragen. In dat geval houdt kostenoriëntatie in beginsel in dat de toegangsvragers de relevante kosten dragen van de voorzieningen, die speciaal voor hen worden getroffen. Wel kan het in zulke gevallen van groot belang zijn zorgvuldig na te gaan of die extra voorzieningen ook daadwerkelijk nodig zijn en of de kosten ervan niet nodeloos hoog zijn. [...] Ook kan in voorkomende gevallen worden beoordeeld of de te treffen voorzieningen niet tevens ten goede komen aan de partij die toegang moet verlenen. Als dat het geval bijvoorbeeld is, of redelijkerwijs mag worden aangenomen, kan in de toerekening van de relevante kosten daarmee rekening worden gehouden.’

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

Tevens verwijst KPN hierbij naar de CBb uitspraak inzake de tarifiering van WLR⁴⁰. Ten aanzien van de proportionele toerekening van wholesale specifieke kosten overwoog het CBb dat het hierbij gaat om een ingrijpende maatregel, die zwaar gemotiveerd dient te worden. Volgens het CBb had het college in het dossier dat aan de orde was – dat was het WLR tariefbesluit - bij het opleggen van de verplichting tot proportionele toerekening van wholesale specifieke kosten niet voldaan aan de op haar rustende onderzoek- en motiveringverplichtingen:

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

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

⁴⁰ CBb 12 september 2007, LJN BB3357.

KPN kan hier nog aan toevoegen dat de toerekening van de wholesale specifieke kosten niet relevant is voor wat betreft de toepassing van ND-5 toetsen. De wholesale specifieke kosten (gezamenlijke kosten) zijn immers niet opgenomen in de EDC-minus kostprijzen.

5.6.2 Accountantscontrole

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

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

5.6.3 Afschrijvingsmethoden en afschrijvingstermijnen

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

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

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

partij deelt in het economische risico dat de partij die wél de onzekerheid van een investering in NGN is aangegaan, nu eenmaal draagt. In aanvang ligt dan het toegangstarief wat hoger hetgeen kan worden bewerkstelligd onder meer via een andere afschrijvingsmethode in de berekening van het gereguleerde toegangstarief.

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

5.6.4 Comparatieve efficiency analyse

Het college kondigt aan dat geen efficiëntiekorting op de gereguleerde tarieven toegepast zal worden op basis van een Comparatieve Efficiency Analyse (CEA). Dit voornemen is mede gebaseerd op het feit dat KPN tijdens de reguleringsperiode 2006-2008 voor alle diensten tot de meest efficiënte 10 procent van de operators in de peer group behoorde. Wel houdt het college de mogelijkheid open om een CEA op het laatste reguleringsjaar (2015) uit te voeren. Een CEA kan volgens het college aan de orde zijn indien uit de volume- en kostprijsontwikkelingen een 'afwijkend kostprijspatroon' volgt, of indien het college onvoldoende zekerheid heeft op basis van de onderbouwingen van KPN en gegevens van marktpartijen dat de door KPN gepresenteerde cijfers realistisch zijn. Indien uit de CEA vervolgens blijkt dat KPN slechter scoort dan de 10% meest efficiënte Amerikaanse aanbieders dienen de kosten en tarieven neerwaarts te worden bijgesteld. Het college geeft hiermee geen heldere criteria op basis waarvan de CEA methodiek toegepast kan gaan worden. Dit ondermijnt de rechtszekerheid.

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

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

5.6.5 Bepaling tariefplafonds

In paragraaf E.3.2.3 beschrijft het college hoe tariefplafonds voor gereguleerde diensten berekend dienen te worden. Deze tekst is duidelijk geschreven op de bestaande dienstverlening. Voor nieuwe diensten zal het zeker niet altijd mogelijk zijn om op deze wijze tariefplafonds te berekenen, omdat niet een kostprijs voor 2011 berekend kan worden. KPN zou zich kunnen voorstellen dat het wel mogelijk kan zijn om (vooruitkijkend) kostprijzen voor 2012

te berekenen. Het lijkt KPN gewenst om de beschrijving van de berekening van de tariefplafonds zodanig aan te passen, dat ook dit soort voorbeelden hieraan kan voldoen.

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

5.6.6 Accountantsrapportage

In paragraaf E.1.4.5. gaat het college in op de door KPN in voorkomende gevallen op te leveren financiële rapportages met accountantsrapportage. In rnr. 2095 stelt het college dat hij bevoegd is de rapportages van KPN openbaar te maken, afgezien van delen waarbij KPN een gemotiveerd beroep op bedrijfsvertrouwelijkheid doet. KPN wil er op wijzen dat in het verleden voor wat betreft cijfermatige informatie alleen de tariefplafonds van gereguleerde diensten openbaar werden gemaakt. In toekomstige rapportages zal het wellicht (vrijwel) alleen gaan over kostencomponenten die met behulp van EDC zijn uitgerekend ten behoeve van ND-5 toetsen. KPN acht deze cijfers bedrijfsvertrouwelijk, omdat ze gedetailleerd inzicht geven in de bedrijfsvoering van KPN. Bovendien zou openbaarmaking er toe leiden dat de ND-5 ondergrenzen bekend worden in de markt en dat andere concurrerende aanbieders hierop kunnen inspelen door net onder de ondergrens aan te bieden. In dat geval is sprake van concurrentievervalsing en openbaarmaking draagt dus zeker niet bij aan een open en concurrentiegerichte markt.

6 Effectentoets HK-WBT/HL

In de effectentoets in het ontwerpbesluit WHBT komt het College tot een positief welvaarts-effect van minimaal 2 miljoen EUR en reguleringskosten van 1,5 tot 1,9 miljoen EUR.

Ten aanzien van de reguleringskosten heeft KPN in de vorige periode ervaring opgedaan met het invoeren van ND-5 voor zakelijke glasdiensten. Hiervoor heeft KPN **[KPN vertrouwelijk -]** aan externe kosten moeten maken voor de implementatie. KPN verwacht wederom vergelijkbare kosten te maken omdat het college de kostenstandaard heeft veranderd van LRIC naar EDC-minus. Hierdoor wordt het wederom noodzakelijk om alle contracten handmatig door te lopen op mogelijke squeeze. Dat komt neer op **[KPN vertrouwelijk -]** per jaar. Alleen al hierom is de effectentoets negatief.

Het positieve welvaartseffect dat het college becijfert is gebaseerd op een verwachte tarief-daling van 5%. Zoals KPN al heeft aangegeven in deze reactie alsmede tijdens diverse dieptesessies zullen de prijzen van glasdiensten niet dalen maar juist stijgen vanwege de ND-5 toets tussen FttO en WEAS. **[KPN vertrouwelijk -]**.

Er is dus per saldo een negatief welvaartseffect hetgeen betekent dat de voorgenomen regulering in strijd is met de wet.

-/-

7 Overzicht bijlagen

Bij deze reactie wordt de volgende bijlagen meegezonden:

- **[Bijlage I – Reaction KPN on serious doubts FttO and WBA – Confidential**
 - **Appendix 1 Stappenplan bewonersinitiatieven**
 - **Appendix 2 Postcodelijst ZiggoParcAccess**
 - **Appendix 3 Antwoord KPN op locale glasinitiatieven**
 - **NDIX Catalogus 2012 - Integraal KPN vertrouwelijk]**
- Bijlage II – Liyang Hou, The Application of the Three Criteria Test: an Empirical Research on Media Transmission Markets, PhD researcher, Interdisciplinary Centre for Law and ICT (ICRI), Katholieke Universiteit Leuven, Belgium.
- Bijlage III – KPN, Rol en betekenis van lokale (zakelijke) glasinitiatieven, (update van paper van 18 februari 2011), 25 oktober 2012
- **[Bijlage IV – Overleg OPTA-KPN, Geschatte effecten van mogelijke regulering zakelijk glas van KPN, 21 augustus 2012 - Integraal KPN vertrouwelijk]**
- Bijlage V – Ziggo Zakelijk, IP-VPN brochure
- Bijlage VI - Charles River Associates, Economic Evaluation of OPTA's Margin Squeeze Test, 4 September 2009
- **[Bijlage VII – Overleg OPTA-KPN, Effecten regulering zakelijk glas, 4 oktober 2012 - Integraal KPN vertrouwelijk]**
- **[Bijlage VIII – Vervolg-overleg OPTA-KPN, Voorgenomen regulering FttO en HK-WBT/HL, 18 oktober 2012 - Integraal KPN vertrouwelijk]**
- Bijlage IX – Plum, Delivering the new EU approach to fibre: combining pricing flexibility and non-discrimination, a report for ETNO, september 2012