

Zienswijze BCPA

ontwerpbesluit

Marktanalyse hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en wholesalehuurlijnen

1. Inleiding

BCPA en Esprit Telecom (hierna tezamen aangeduid als 'BCPA') maken graag gebruik van de gelegenheid om een zienswijze in te dienen met betrekking tot het ontwerpbesluit Marktanalyse hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en wholesalehuurlijnen¹. Partijen merken voor de volledigheid op dat deze zienswijze, in het licht van de specifieke omstandigheden op de Nederlandse markt, enkel daarop betrekking heeft en derhalve niet noodzakelijkerwijs ook betrekking heeft op andere geografische markten waar de concurrentieverhoudingen anders (kunnen) liggen.

De reguleringvisie van OPTA met betrekking tot de zakelijke markt kent een bewogen ontstaansgeschiedenis. Tot begin 2011 was de regulering van de zakelijke markt een speerpunt in het beleid van OPTA. In het voorjaar van 2011 tekende zich een kentering af. In de *Reguleringsvisie op de markten voor elektronische communicatie 2012-2014*² sprak OPTA over een transitie in de richting van gezonde marktwerking, met als gevolg (gedeeltelijke) deregulering van (onder meer) de WBT- en huurlijnen markt(en).

BCPA heeft deze visie bestreden. De in BCPA deelnemende aanbieders, die actief zijn aan de bovenkant van de zakelijke markt, hebben betoogd (en betogen nog altijd) dat zij in het grootzakelijke segment niet of nauwelijks ver-

¹ 14 september 2012, OPTA/AM/2012/202345, zaaknummer 12.0124.23

² OPTA/AM/2011/201355, 23 juni 2011

betering waarnemen in de concurrentie-omstandigheden³, en dat dit zowel geldt voor op koper als voor op glasvezel gebaseerde diensten. BCPA steunt daarom de inmiddels bijgestelde analyse van OPTA in dit ontwerpbesluit, volgens welke KPN dominant is in de markt voor hoge kwaliteit WBT en huurlijnen (hierna: HKWBT/HL).

BCPA zal hierna kort stil staan bij die onderdelen uit het ontwerpbesluit die zij steunt, en meer uitgebreid bij enkele onderdelen die zij niet steunt.

2. Marktafbakening

Hoewel BCPA met de afbakening van de relevante productmarkten uit 2008 goed uit de voeten kon, en hoewel BCPA niet volledig overtuigd is van de noodzaak om de afbakening uit 2008 bij te stellen, kan BCPA niettemin ook uit de voeten met de nieuwe marktafbakening.

3. Dominantie-analyse

BCPA steunt de dominantie-analyse. OPTA heeft oog voor de ‘multi-site’ problematiek. Het belang van netwerkdekking bij zakelijke netwerkdiensten wordt terecht zwaar gewogen. Terecht volgt OPTA de Commissie en BEREC in hun juiste oordeel dat vooral de individuele netwerkdekking van partijen moet worden beoordeeld en niet zozeer de gezamenlijke netwerkdekking.

Op basis van alleen MDF-access kunnen andere partijen zeer beperkt actief zijn, omdat de kans dat er een locatie buiten het eigen dekkingsgebied valt groot is. KPN heeft vanuit haar landelijke kopernetwerk en vanuit het grootste glasvezelnetwerk evidente voordelen ten opzichte van concurrenten bij het aansluiten van *multi-site* bedrijven. KPN kan immers alle bedrijvenlocaties aansluiten op koper en nagenoeg alle locaties op glas. Alternatieve aanbieders van glasvezel hebben een aanzienlijk kleiner netwerk. Zij zijn zonder regulering niet in staat om meerdere vestigingen van eenzelfde eindgebruiker op hun eigen netwerk aan te sluiten. Dit pleit voor robuuste HKWBT/HL regulering van zowel koper als glas.

Verder dragen ook de voordelen uit verticale integratie en schaal- en breedtevoordelen bij aan de machtspositie van KPN. Er is geen sprake van voldoende kopersmacht die een tegengewicht zou kunnen bieden aan de

³ Esprit Telecom is voornamelijk actief in het MKB en in mindere mate in het grootzakelijke marktsegment. Esprit Telecom signaleert in beide segmenten niet of nauwelijks verbetering in de concurrentieomstandigheden.

machtspositie van KPN. BCPA deelt de conclusie van OPTA dat de markt voor HKWBT/HL in aanwezigheid van ULL-regulering niet daadwerkelijk concurrerend is en dat KPN op deze markt beschikt over AMM.

4. Potentiële mededingingsproblemen

BCPA steunt de conclusie, en steunt ook de daaraan ten grondslag liggende analyse, met betrekking tot de volgende (potentiële) mededingingsproblemen:

- leveringsweigering/toegangswegering;
- discriminatoir gebruik of achterhouden van informatie;
- oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten;
- verdragingsacties;
- onbillijke voorwaarden;
- kwaliteitsdiscriminatie;
- strategisch productontwerp;
- koppelverkoop;
- prijsdiscriminatie;
- buitensporig hoge tarieven; en:
- marge-uitholling.

Roofprijzen?

Wat betreft 'roofprijzen' ziet BCPA geen aanwijzingen dat KPN selectief lage tarieven hanteert of kan hanteren om concurrenten op de markt voor HKWBT/HL uit de markt te drukken. Nu niet aannemelijk is dat de huidige, noch de toekomstige ODF-access (FttO) kwalificeren als roofprijzen⁴ en gezien de introductie van de ND-5 toets is het niet waarschijnlijk dat KPN roofprijzen zal (kunnen) hanteren op de markt voor HKWBT/HL.

⁴ vgl. de zienswijze van BCPA met betrekking tot ODF-access (FttO) besluit op pagina 3

5. Verplichtingen

BCPA steunt de conclusie, en steunt ook de daaraan ten grondslag liggende analyse, met betrekking tot het opleggen van de volgende verplichtingen op hoofdlijnen:

- toegangsverplichting op metroniveau, met uitzondering van de klassieke wholesalediensten waarvoor een toegangsverplichting op regionaal niveau geschikt en noodzakelijk is;
- de near net verplichting (FttO gebaseerde diensten);
- non-discriminatieverplichting;
- transparantieverplichting; en:
- tariefregulering.

BCPA steunt de nadere invulling van de verplichtingen grotendeels, maar plaatst daarbij niettemin een aantal belangrijke kanttekeningen, die hierna zullen worden besproken. Wil het definitieve besluit werkelijk effect sorteren dan kan OPTA niet voorbij gaan aan deze opmerkingen. Zonder effectieve remedies zal KPN in staat blijven haar machtspositie in te zetten ten nadele van alternatieve aanbieders.

Vanzelfsprekend wordt BCPA graag betrokken in de vervolgtrajecten met betrekking tot de referentieaanbieding en het tariefbesluit. Het eindresultaat valt of staat bij de uitwerking van het marktanalysebesluit. BCPA bepleit een voortvarende aanpak, zodat snel resultaten worden geboekt, uiteraard zonder aan de kwaliteit en de zorgvuldigheid afbreuk te doen.

Niveau van toegang

In paragraaf 7.4.2.1 bespreekt OPTA het niveau van toegang. In randnummer 597 komt OPTA met betrekking tot WBA ZM-ethernet en WEAS (ethernet) tot de conclusie dat toegang op metroniveau passend is en toegang op regionaal niveau niet. OPTA motiveert dit door te verwijzen naar het 'afneembaar metro-aanbod' van KPN. Volgens OPTA bestaat er een business case voor het afnemen van diensten op metroniveau (met uitzondering van de klassieke wholesalediensten). Om die reden is toegang op regionaal niveau volgens OPTA niet meer noodzakelijk.

Deze motivering is niet alleen erg summier, maar is bovendien niet juist. BCPA is van mening dat metro-toegang (voor ethernetdiensten) niet het enige juiste niveau van toegang betreft. Ook toegang tot regionaal niveau is nog



altijd noodzakelijk. BCPA licht dit toe als volgt.

Hoewel het onderhavige ontwerpbesluit hier verder niets over vermeldt, en in zoverre onvoldoende is gemotiveerd, is uit het verleden bekend dat OPTA toegang op regionaal niveau niet passend acht, aangezien verschillende aanbieders met hun eigen glasvezelnetwerk op metrolocaties zijn uitgerold. Partijen zijn volgens OPTA in staat via hun eigen netwerk, dan wel via inkoop hiervan bij onafhankelijke (glas)aanbieders, op dit interconnectieniveau de toegangsdiensten in te kopen bij KPN. OPTA gaat ervan uit dat de aanwezigheid van alternatieve glasaanbieders (met backhaul- en trunkdiensten) op metroniveau extra concurrentiedruk uitoefent op KPN om op regionaal niveau met een concurrerend aanbod te komen. Andere wholesale-aanbieders zijn volgens OPTA ook in staat een regionaal aanbod te doen. Daarom is het volgens OPTA niet noodzakelijk om voor ethernetdiensten regionale toegang als gereguleerde toegang aan KPN op te leggen.

BCPA zet grote vraagtekens bij deze onderliggende veronderstellingen.

Ten eerste is niet duidelijk hoeveel verschillende aanbieders met hun eigen glasvezelnetwerk op metrolocaties zijn uitgerold (voor zover BCPA bekend geen enkele). Zo lang niet duidelijk is of er inderdaad aanbieders met hun eigen glasvezelnetwerk op metrolocaties zijn uitgerold kan OPTA niet volhouden dat op basis van dat (onzekere) aanbod een concurrerend regionaal aanbod is ontstaan of zal ontstaan.

Ten tweede meent BCPA dat het aanbod van backhaul- en trunkdiensten overschat wordt en niet toereikend is. Het bestaande aanbod is voor de in BCPA deelnemende partijen in elk geval niet geschikt om zelf op basis van metroniveau een aanbod te doen (niet alleen ontberen zij zoals bekend de vereiste schaalgrootte, bovendien is de geleverde trunk capaciteit te groot en te duur in verhouding tot de behoefte).

BCPA is niet bekend met andere wholesale-aanbieders die op dit moment, of in de nabije toekomst, in staat moeten worden geacht een passend regionaal aanbod te doen op basis van metro-toegang. KPN wordt op regionaal niveau niet gedisciplineerd door een afneembaar metro-aanbod, althans niet waarneembaar. In geval KPN haar prijzen verhoogt of toegang weigert op regionaal niveau, dan lijkt het welhaast onmogelijk dat alternatieve aanbieders alsnog op basis van metro-toegang tijdig een alternatief in de markt kunnen zetten dat KPN op regionaal niveau kan disciplineren. Voor zover andere wholesale-aanbieders al de ambitie zouden hebben om op metro-niveau ac-

tief te zijn (dit is door OPTA niet kenbaar onderzocht), valt niet in te zien hoe dit op korte of middellange termijn kan leiden tot een alternatief voor een regionale dienstverlening van KPN. De gereguleerde prijzen van het 'afneembare metro-aanbod' zullen op basis van ervaringen uit het verleden pas ergens eind 2013 bekend zijn. Pas dan kan een partij een business case maken die daarna ook nog eens moet worden geïmplementeerd. Afhankelijk van het aantal locaties neemt dit al snel een tot twee jaar in beslag.

Zo lang KPN feitelijk de enige regionale aanbieder is ontbreekt de logica om de regionale toegangsverplichting niet op te leggen. BCPA bepleit daarom om de regionale toegangsverplichting in ere te herstellen.

Toegang(s)voorschriften

In paragraaf 8.2.2. legt OPTA de nodige voorschriften op die verband houden met de toegangsverplichting. BCPA verwijst naar randnummer 653 (sub i), waar het probleem van kwaliteitsdiscriminatie wordt geadresseerd.

OPTA schrijft voor dat de KPI rapportage informatie moet bevatten waarmee wholesale-afnemers in staat zijn om te beoordelen of zij voor wat betreft de kwaliteitsaspecten op een level playing field kunnen concurreren. Dat is volgens OPTA het geval indien de rapportage informatie bevat over alle relevante kwaliteitsparameters per productgroep en indien deze informatie wordt verstrekt voor de totale hoeveelheid leveringen aan alle partijen (marktbreed) en per marktpartij (individueel).

BCPA steunt dit voorschrift. Dit voorschrift zal echter eerst dan werkelijk effect sorteren wanneer tevens een verplichting wordt opgelegd tot het verstrekken van een KPI-rapportage met betrekking tot interne leveringen van KPN. BCPA ontleent steun voor haar standpunt onder meer aan de volgende uitspraak van BEREC⁵:

"A (...) set of (...) KPI's could help compare service levels (received by alternative operators and the SMP player's downstream arm (...))"

Voorts blijkt uit het *ERG report on the regulation of access products necessary to deliver business connectivity services*, van december 2009, dat in dat jaar ongeveer de helft van alle toezichthouders binnen Europa een dergelijke re-

⁵ reactie BEREC n.a.v. Commission's questionnaire on non-discrimination, Bor (11)64, pagina 23

medie passend achtte. Dit gegeven zou voor OPTA aanleiding moeten zijn om het opleggen van deze remedie serieus te overwegen. BCPA meent dat dergelijke KPI's noodzakelijk zijn. Deze maken immers inzichtelijk in hoeverre sprake is van non-discriminatoire levering van wholesale diensten door KPN, en kunnen daarom een nuttig instrument zijn in het kader van het toezicht op de non-discriminatie-verplichting.

Daarnaast bepleit BCPA dat KPN wordt verplicht om in geval van structurele verbetering van de dienstverlening deze verbetering ook te vertalen in aangescherpte KPI's.

Non-discriminatie

De maatregelen die OPTA voor ogen heeft om non-discriminatie door de AMM-partij te waarborgen zijn verstrekkend en grotendeels adequaat. Wat echter ontbreekt is een heldere keuze voor het principe van *Equivalence of Input* (hierna te noemen: 'EoI'). Het is KPN al sinds jaar en dag toegestaan om binnen de kaders van de non-discriminatie verplichting verschillen te hanteren in de bedrijfsprocessen en systemen, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de levering aan het eigen retail bedrijfssonderdeel en anderzijds de levering aan externe wholesale afnemers. Hierdoor worden externe wholesale afnemers geconfronteerd met kosten die KPN zelf niet hoeft te maken. Externe afnemers staan daardoor op achterstand ten opzichte van het retail bedrijfssonderdeel van KPN.

Op 12 juli jl. heeft Eurocommissaris Kroes (Digitale Agenda) een aanbeveling van de Europese Commissie aangekondigd die sterk de nadruk zal leggen op EoI. Kroes heeft een beleidsverklaring afgelegd ten faveure van daadwerkelijk gelijkwaardige toegang tot gevestigde netwerken door alternatieve aanbieders, zowel wat bestaande als nieuwe netwerken betreft.

De aanbeveling van de Commissie zal uitgaan van EoI, omdat EoI volgens de Commissie de beste garantie is voor non-discriminatie en gelijkwaardige toegang. De Commissie erkent weliswaar dat EoI kostbaar kan worden bij bestaande netwerken. NRI's moeten hun evenredigheidsoverwegingen in dergelijke gevallen zorgvuldig afwegen. Maar bij *nieuwe systemen* is er volgens Kroes geen excuus om niet te streven naar deze EoI norm.

BCPA meent dat dit streven nu reeds tot uitdrukking zou moeten komen in het onderhavige (ontwerp)besluit. Dit besluit heeft immers (grotendeels) betrekking op nieuwe systemen. OPTA besteedt aan deze belangrijke discussie

in Brussel ten onrechte in het geheel geen aandacht. OPTA streeft niet kenbaar naar EoI en maakt in dit verband geen belangenafweging. Het streven moet zijn gericht op EoI, tenzij uit een evenredige afweging van belangen blijkt dat dit niet proportioneel is.

BEREC is het eens met de Commissie⁶:

NRAs are best placed to determine the exact application of the form of equivalence on a product-by-product basis. For example, a strict application of EoI is only proportionate in those cases where the benefits of imposing it outweigh the costs: therefore it may be more appropriate for those services where the incremental design and implementation costs of imposing it are very low (because equivalence can be built into the design of new processes) and for certain key legacy services (where the benefits are very high, despite the material costs of retro-fitting EoI into existing business processes). In all other cases, EoO (i.e. Equivalence of Output, toevoeging BCPA) would still be a sufficient and proportionate approach to ensure non-discrimination. (...)

BEREC bepleit dus onderzoek naar de passendheid van EoI, waarbij de passendheid van geval tot geval moet worden beoordeeld. OPTA komt helaas niet toe aan dergelijk onderzoek. Dit is jammer, want nu is niet duidelijk in hoeverre in het glasvezelnetwerk van KPN verschillende leverprocessen en systemen voor interne en externe afnemers zijn ingebouwd, en waarom.

OPTA zou moeten overwegen om een verbod op te leggen aan KPN om systemen en processen onnodig verschillend te laten zijn ten aanzien van enerzijds het eigen retailbedrijf en anderzijds externe wholesale-afnemers.

Verbod op tariefdifferentiatie

Het verbod op tariefdifferentiatie is niet absoluut, aangezien tariefdifferentiatie volgens OPTA niet in alle gevallen leidt tot een belemmering van de concurrentie, maar onder omstandigheden juist welvaartbevorderend kan zijn. BCPA kan in zijn algemeenheid niet goed beoordelen of tariefdifferentiatie

⁶ Zie het antwoord van BEREC in reactie op de EC questionnaire m.b.t. non-discriminatie, BoR (11) 64, 9 december 2011, pagina 16. Idem: BEREC's Review of the Common Positions on wholesale local access, wholesale broadband access and wholesale leased lines, BEREC report on the results from the public consultation on issues relating to non-discrimination, 27 September 2012, rnr. 1.20

welvaartbevorderend kan zijn. Gelukkig beoordeelt OPTA ieder voorstel tot tariefdifferentiatie. BCPA stelt voor dat de regeling wordt aangevuld met een recht op inspraak van belanghebbende marktpartijen. Marktpartijen kunnen dan van geval tot geval de veronderstelde welvaartseffecten beoordelen. Dit is in de praktijk reeds het geval, maar zou ook in het besluit verankerd dienen te zijn.

ND-5 algemeen

Een steeds terugkerend thema blijft het volstrekt ondoorzichtige proces. Het ND-5 proces is en blijft voor derden zeer troebel. Alleen KPN en OPTA weten nu precies wat er speelt. Derde-belanghebbenden weten dat niet en lopen daardoor voortdurend achter de feiten aan. Dit is zeer onwenselijk. Marktpartijen moeten betrokken zijn in een transparant proces, dat uitmondt in een separaat appelabel besluit. Deze wens wordt des te klemmender nu er volstrekt onvoorspelbare tariefbewegingen boven de markt hangen als gevolg van de uitvoering van de verzwaarde ND-5 toets.

BCPA staat wel positief ten aanzien van de introductie van EDC minus in de wholesale-to-retail toets, alsmede ten aanzien van de opname van de inkoopkosten van extern ingekochte wholesalebouwstenen (out-of-pocket), zoals bijvoorbeeld de inkoop van FTA/MTA bij andere aanbieders.

Voortbrengingswijze en retailopslag

Met betrekking tot de voortbrengingswijze en de retailopslag verwijst BCPA naar een gezamenlijke zienswijze van BT, Colt, Easynet, Esprit Telecom, Eurofiber, Tele2, Verizon, Vodafone en Ziggo, die als bijlage bij deze zienswijze is gevoegd, en waarvan de inhoud hier als herhaald en ingelast moet worden beschouwd. In deze gemeenschappelijke zienswijze betogen deze zakelijke aanbieders - kort samengevat - dat OPTA ten onrechte en ongemotiveerd voorbij gaat aan het bestaan van de REO-test, die in de wholesale-retail toets de voorkeur geniet. Deze aanbieders staat voorts uitgebreid stil bij de zeer lage, en daardoor ontoereikende retailopslagpercentages in de ND-5 toets. Zij maken inzichtelijk hoe de voorgestelde berekeningswijze KPN in staat stelt om een grote relevante retailkostenpost (arbeidsloon) volledig buiten beschouwing te laten, met alle gevolgen van dien.

Kostenoriëntatie

BCPA steunt de analyse van OPTA dat tariefregulering op basis van kostenoriëntatie een geschikte en noodzakelijke maatregel is. OPTA vult deze maatregel in met een keuze voor de bekende doch vaak bekritiseerde EDC methode. De bezwaren tegen EDC zijn bekend bij OPTA.

Herbalancering

In randnummer 723 doet OPTA een voorstel voor herbalancering van vaste kosten over bepaalde typen afnemers. BCPA ziet onvoldoende reden om dit voorstel te steunen.

OPTA meent dat het passend is dat KPN – daar waar zij dat nodig acht – in staat is die vaste kosten toe te rekenen op basis van het beginsel van toerekening aan de gebruikers die de voordelen genieten die samenhangen met de gemaakte kosten ('benefits received'). Het gaat dan om een toerekening op basis van de waarde die gebruikers in het algemeen aan de dienst toekennen. OPTA acht de toepassing van dit beginsel passend omdat een dergelijke differentiatie meer garanties geeft voor een beter (efficiënter) gebruik van de diensten. OPTA legt echter niet uit waarom dit beginsel zou leiden tot meer efficiency.

Deze herbalancering leidt ertoe dat diensten met een lage capaciteit een lager tarief krijgen, en daardoor volgens OPTA aantrekkelijk zijn voor gebruikers die voldoende hebben aan een lage capaciteit, en daarom niet bereid zijn veel extra te betalen voor een hogere capaciteit. Anderzijds kunnen relatief meer kosten worden toegerekend aan diensten met een hogere capaciteit en toch voldoende aantrekkelijk zijn voor gebruikers voor wie die hogere capaciteit ook voldoende extra waarde geeft, aldus OPTA.

Het niet toestaan van kostentoerekening op basis van dit beginsel, zou bij HKWBT/HL resulteren in een vlakke tariefstructuur (geen of weinig verschil in de tarieven van diensten met lage en hoge capaciteit). Volgens OPTA zouden dan gebruikers die een geringe behoefte hebben aan capaciteit en een geringe waardering voor capaciteit, niet of minder goed worden bediend.

BCPA meent dat het niet aanstonds redelijk is dat high end klanten een groter aandeel in de vaste kosten betalen dan low end klanten. OPTA lijkt hier wat makkelijk te kiezen voor de low end klanten, en daardoor KPN in staat te stellen om met de kabelars te kunnen blijven concurreren. De analyse dat

een dergelijke differentiatie meer garanties geeft voor een beter (efficiënter) gebruik van de diensten lijkt wat kort door de bocht. Toegegeven kan worden dat op deze wijze diensten met een lage capaciteit vermoedelijk aantrekkelijker zijn voor gebruikers die voldoende hebben aan een lage capaciteit, maar de vraag blijft of zij inderdaad niet bereid zouden zijn om extra te betalen voor een hogere capaciteit. Zou een vlakke tariefstructuur (geen of weinig verschil in de tarieven van diensten met lage en hoge capaciteit) betekenen dat gebruikers die een geringe behoefte hebben aan capaciteit en een geringe waardering voor capaciteit, niet of minder goed worden bediend?

Verwachte tariefontwikkelingen

Een aantal marktpartijen maakt zich grote zorgen over de tariefschommelingen die boven de markt hangen. De effecten van de voorgestelde gecombineerde maatregelen uit beide ontwerpbesluiten (FttO en HKWBT/HL) zijn door niemand goed te voorspellen, en marktpartijen maken dan ook verschillende inschattingen. Esprit en Verizon wijzen op de grote onzekerheid over de nabije toekomst, en menen dat deze onzekerheid naar verwachting alleen maar zal toenemen. Zij zijn van mening dat de reguleringszekerheid ernstig in het geding is als gevolg van de voorgestelde maatregelen, in onderling verband beschouwd. Verwezen wordt naar de specifieke zorgen van Esprit en Verizon, die zijn besproken in de zienswijze met betrekking tot het ontwerpbesluit ODF-access (FttO).

6. Conclusie

BCPA verzoekt OPTA vriendelijk doch dringend om bij het opstellen van het definitieve marktanalysebesluit rekening te houden met haar opmerkingen en suggesties in deze zienswijze.