Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
T.a.v. dhr. B. Klaassens
Postbus 90429
2509 LK DEN HAAG

Verzonden per reguliere post en per email (Huurlijnen-MA@opta.nl)

Amsterdam, 8 september 2008
OPENBARE VERSIE

Geachte heer Klaassens,

Hierbij reageren de partijen BT Nederland N.V., Colt Telecom B.V., Priority Telecom Netherlands B.V. en Verizon Nederland B.V. (hierna gezamenlijk te noemen 'BCPV') op het ontwerpbesluit inzake 'Marktanalyse Huurlijnen' van 29 juli 2008 (uw kenmerk: OPTA/AM/2008/201538).

De partijen BCPV merken op dat zij op 15 mei 2008 door middel van een reactie via de Associatie van Competitieve Telecomoperators (ACT) schriftelijk hebben gereageerd op de OPTA vragenlijst inzake de markt voor Huurlijnen (uw kenmerk: OPTA/AM/2008/200759). De inhoud van die brief dient als hier herhaald en ingelast beschouwd te worden.

In het navolgende gaat BCPV nader in op het ontwerpbesluit. Daarbij reageert BCPV na een inleiding in paragraaf 2 en 3 respectievelijk op de marktafbakening en dominantieanalyse inzake de retailmarkten voor huurlijnen. In de volgende paragrafen 4 tot en met 7 gaat BCPV achtereenvolgens in op de marktafbakening, dominantieanalyse, potentiële mededingingsproblemen en verplichtingen met betrekking tot de markten voor wholesale huurlijnen. Waar randnummers worden genoemd, wordt verwezen naar randnummers uit het voornoemde ontwerpbesluit.

1) Inleiding

1.1. Samenvatting BCPV reactie

BCPV merken allereerst op dat het ontwerpbesluit huurlijnen een goede stap voorwaarts is ten opzichte van het huidige reguleringskader voor huurlijnen. Stringentere regulering op wholesale niveau, zowel op de wholesale markten voor laag- als hoogcapacitaire huurlijnen, acht BCPV een positieve ontwikkeling. Het is immers van cruciaal belang dat zakelijke aanbieders de beschikking hebben over een volledig aanbod aan toegangsdiensten om op de onderliggende retailmarkten te kunnen concurreren (onder meer vanwege de behoefte om in geheel Nederland bedrijfslocaties van zakelijke eindgebruikers met elkaar te kunnen verbinden). [redacted]

In grote lijnen is BCPV het eens met de door OPTA voorgestelde marktafbakening. Evenwel acht BCPV een onderscheid tussen de markt voor hoge kwaliteit WBT en wholesale laagcapacitaire

huurlijnen niet langer gerechtvaardigd. Volgens OPTA wordt het onderscheid in belangrijke mate verklaard door het verschil in kwaliteit. BCPV ziet echter niet in op welke wijze dit onderscheid objectief gerechtvaardigd kan zijn en is van mening dat het onderscheid voortvloeit uit de wijze waarop KPN de dienst aanbiedt en dus kunstmatig is. Hierdoor worden alternatieve aanbieders vaak 'gedwongen' duurdere wholesale (of zelfs retail) huurlijnen van KPN af te nemen. Naar de mening van BCPV dient de markt voor hoge kwaliteit WBT derhalve tot de wholesalemarkt voor laagcapacitaire huurlijnen gerekend te worden.

De conclusie van OPTA dat KPN op beide wholesalemarkten voor huurlijnen aangewezen dient te worden als partij met aanmerkelijke marktmacht wordt door BCPV volledig onderschreven. Wel wijst BCPV op de onduidelijkheid over de gevolgen van de voorgenomen concentratie KPN-Reggefiber, waarvan de effecten in dit ontwerpbesluit nog niet zijn meegenomen. Te allen tijde dient voorkomen te worden dat KPN in staat wordt gesteld om huurlijnen diensten buiten regulering te houden door deze bijvoorbeeld in een andere onderneming onder te brengen. Dit zou regulering immers zinledig maken.

BCPV onderschrijft de noodzaak tot het opleggen van het volledige palet aan verplichtingen. De nadere invulling van die verplichtingen behoeft naar de mening van BCPV nog wel de nodige aanscherping. Zo dient de verplichting tot tariefregulering ook daadwerkelijk tot lagere tarieven te leiden, zodat efficiënte toetreding wordt bevorderd. Bovendien zijn de tarieven voor huurlijnen nog altijd relatief hoog in vergelijking met andere Europese landen (Nederland zou tot EU best practice moeten behoren vanwege onder meer het feit dat in Nederlandse bodem gemakkelijk gegraven kan worden, de hoge bevolkingsdichtheid en het grote aantal ondernemingen verspreid over het gehele territorium).

Alhoewel OPTA terecht het risico op marge-uitholling erkent, wordt dit probleem volgens BCPV niet afdoende geremedieerd. Hiertoe dient OPTA naar de mening van BCPV op wholesale-niveau in het kader van de tariefregulering effectieve waarborgen tegen price-squeeze te creëren, indien OPTA blijft bij haar standpunt dat retailregulering niet langer nodig is. Kijkend naar KPN's machtspositie op de retailmarkten, lijkt voortzetting van retailregulering in het bijzonder ter voorkoming van prijssqueeze ook in de komende reguleringsperiode noodzakelijk.

Tot slot wijst BCPV op de noodzaak dat OPTA in het definitieve besluit concrete verplichtingen aan KPN oplegt om te komen tot oplossing van kwaliteitsissues. Zeker voor zakelijke aanbieders is het van groot belang om kwalitatief hoogwaardige dienstverlening te kunnen bieden. Dit is immers wat zakelijke eindgebruikers verlangen. Het op wholesale-niveau geboden kwaliteitsniveau dient dan ook tenminste zo goed te zijn als de door de AMM partij op retail-niveau geboden kwaliteit van dienstverlening. Ook op dit gebied is het essentieel dat OPTA waarborgen creëert om concurrentie te bevorderen.

1.2. Algemene opmerking(en)

Alvorens inhoudelijk in te gaan op de marktanalyse, wenst BCPV het volgende op te merken.

Drie-criteria toets - In het ontwerpbesluit schetst OPTA het juridisch kader waarbinnen de marktanalyses plaats dienen te vinden. Daarbij verwijst OPTA in randnummer 32 naar de drie-criteria toets die door de Commissie is vastgesteld om te onderzoeken of de afgebakende markten zodanige kenmerken hebben dat het opleggen van verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn. In de Aanbeveling van de Commissie worden reeds markten genoemd die voor ex ante regulering in aanmerking komen, zonder dat deze toets door de nationale regelgevende instantie uitgevoerd

behoeft te worden. Wel is deze toets van belang voor zover er andere dan de in de Aanbeveling genoemde markten aangewezen worden. De toets luidt volgende de Commissie[1] als volgt:

> *Bij het aanwijzen van andere markten dan die welke in de bijlage zijn opgenomen, dienen de nationale regelgevende instanties erop toe te zien dat cumulatief aan de volgende drie criteria is voldaan:*
> *a) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Deze kunnen een structureel, wettelijk of regelgevend karakter hebben;*
> *b) de marktstructuur neigt niet naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken op concurrentiegebied is „achter" de toegangsbelemmeringen;*
> *c) het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen.*

OPTA benoemt deze criteria in randnummer 32 maar geeft daarbij een eigen definitie aan de toets, die naar de mening van BCPV niet in lijn is met de definitie van de Commissie.

Ten eerste stelt OPTA bij het tweede criterium dat de markt dient te beschikken over 'kenmerken waardoor deze na verloop van tijd een ontwikkeling richting daadwerkelijke concurrentie zal vertonen'. De Commissie heeft het echter over 'de relevante tijdshorizon', waarmee evident wordt verwezen naar de reguleringsperiode in het (ontwerp)besluit. OPTA geeft hieraan een te ruime uitleg.

Ten tweede benoemt OPTA bij het derde criterium dat naast de relatieve doeltreffendheid van het mededingingrecht ook 'aanvullende regelgeving ex ante' relevant is. Ook dit is ten onrechte een uitbreiding van het criterium ten opzichte van de definitie van de Commissie.

OPTA dient volgens BCPV in het definitieve besluit de beschrijving en toepassing van de drie-criteria toets in overeenstemming te brengen met de definitie van de Commissie.

2) Marktafbakening retail huurlijnen

OPTA concludeert in het ontwerpbesluit (randnummer 366) dat er sprake is van twee retailmarkten, te weten i) een retailmarkt voor laagcapacitaire huurlijnen met een capacitaire bovengrens van 20Mbit/s en ii) een retailmarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen met een capaciteit vanaf 20 Mbit/s. Tevens concludeert OPTA dat beide markten datacommunicatiediensten omvatten en dat breedbandinternettoegang en retail geleverde dark fibre verbindingen niet tot deze retailmarkten behoren.

BCPV merkt het volgende op aangaande de analyse en conclusies van OPTA.

2.1. Inleiding marktontwikkelingen

In §6.2 van het ontwerpbesluit worden ontwikkelingen beschreven die zich volgens OPTA sinds de vorige marktanalyse hebben voorgedaan. BCPV merkt hier het volgende over op.

[1] 2007/879/EG d.d. 17 december 2007

Ontwikkelingen maken volledig palet van hoogwaardige toegangsdiensten noodzakelijk - om op de relevante retailmarkt(en) te kunnen concurreren is het noodzakelijk dat alternatieve aanbieders de beschikking hebben over een volledig aanbod aan toegangsdiensten om de verschillende bedrijfslocaties van zakelijke afnemers met elkaar te verbinden en hierover verdere dienstverlening te kunnen bieden[2]. Vaak is het zo dat verschillende locaties hun eigen behoefte hebben in termen van toegangsdiensten en dat die behoefte van locatie tot locatie kan verschillen. Dit brengt met zich mee dat aanbieders moeten beschikken over verschillende toegangsmogelijkheden die uiteenlopen van redundante glasvezel (om bijvoorbeeld het hoofdkantoor aan te sluiten, waar het meeste personeel zit en waar de meeste dataprocessing plaatsvindt), zeer snelle huurlijnen of Ethernet (al dan niet redundant afhankelijk van de locatie en voorkeur van de klant) tot breedband DSL (voor bijvoorbeeld een bijkantoor of thuiswerker).

Sterke groei Ethernet huurlijnen - Naar de mening van BCPV ontbreekt in ieder geval een expliciete vermelding naar de enorme groei die met name de vraag naar Ethernet huurlijnen doormaakt. Op basis van OPTA's marktmonitor[3] kan immers worden geconcludeerd dat daar waar het totale aanbod van nationale huurlijnen in de periode Q2/Q4 2007 afneemt met 2,5%, Ethernet huurlijnen groeien met maar liefst 58,5%. Het belang van op Ethernet gebaseerde huurlijndiensten is daarmee enorm en zal naar verwachting tijdens de komende reguleringsperiode alleen maar toenemen. BCPV verwijst voor een nadere toelichting op de achtergrond en het belang van Ethernet ook naar de ACT reactie van 15 mei jl. op de vragenlijst huurlijnen.

Sterke groei glasvezel - Tevens acht BCPV het van groot belang dat OPTA expliciet erkent dat ook de beschikbaarheid van glasvezelnetwerken (FttO retail) in de komende reguleringsperiode zeer sterk zal toenemen en grote invloed zal hebben in de huurlijnenmarkten.

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[2] Zie ook ACT position paper 'Zakeliike markt' d.d. 26 november 2007
[3] Zie openbare rapportage OPTA Structurele Monitoring Huurlijnen - rapportage Q4 2007 d.d. 21 juli 2008

Voorts heeft KPN met betrekking tot haar FttO plannen in haar (openbare) financiële berichtgeving onder meer het volgende gemeld:

- *Third quarter results: '42K companies connected with FttO at Q3 2007 and 61K or nearly 10% of companies connected by YE 2007';*
- *Annual Results 2007 (Presentatie): 'Ambition to connect substantial part of business market by 2010';*
- *Annual Results 2007 (Presentatie): '15 business parks connected to FttO each month';*
- *First Quarter Results Press Release, 29 April 2008: 'During Q1, KPN connected 11 business parks to Fiber-to-the-Office (FttO) and is targeting a 60% share of the Top 300 business parks in the Netherlands by the end of 2008';*
- *Half Year Results 2008 (Presentatie): 'FttO roll out started in 185 business parks'.*

De KPN dienst FttO Stadsconnect had in juli 2008 een dekking van [redacted] van alle Nederlandse bedrijven (zie overzicht hierboven). BCPV schat dat de dekkingsgraad van FttO Stadsconnect tijdens de komende reguleringsperiode minimaal zal toenemen tot [redacted] van alle Nederlandse bedrijven. FttO op bedrijventerreinen had in juli 2008 een dekking van [redacted] procent van alle Nederlandse bedrijven. Rekening houdend met gemiddeld 225 bedrijven per terrein, zou KPN eind 2011 met FttO op bedrijvenparken [redacted] van de Nederlandse bedrijven op bedrijvenparken kunnen bereiken. Op grond hiervan is te verwachten dat het totale FttO dekkingsgebied aan het einde van de reguleringsperiode minimaal [redacted] van de Nederlandse bedrijven zal beslaan. Het belang van glasvezel is daarmee evident.

OPTA dient naar de mening van BCPV in het definitieve besluit expliciet te erkennen dat zakelijke aanbieders dienen te beschikken over het volledige palet aan hoogwaardige toegangsdiensten dat ook door de AMM-partij aan zichzelf en op retailniveau wordt aangeboden. Dit is temeer noodzakelijk in het licht van een sterke groei van Ethernet huurlijnen en glasvezelnetwerken. Deze ontwikkelingen onderstrepen de geschiktheid en noodzaak van effectieve regulering.

2.2. Onderscheid laagcapacitaire en hoogcapacitaire huurlijnen

OPTA concludeert dat retailhuurlijnen <20 Mbit/s op dit moment een aparte relevante markt vormen, gelet op het feit dat marktstudies aantonen dat de keten van substitutie voor de diensten die onderdeel van deze markt zijn, hoofdzakelijk inzake prijsbepaling, op dit moment een breuk vertoont rond 20 Mbit/s. Hierbij dient evenwel het volgende in acht genomen te worden.

Zoals reeds uiteengezet in §2.1 van deze reactie, neemt het belang van glasvezelnetwerken sterk toe. Juist over dit type netwerken kunnen in beginsel alle denkbare snelheden geleverd worden Bovendien blijken retailtarieven voor FttO in veel gevallen lager dan retailtarieven voor huurlijnen (retailtarief KPN zakelijk SDSL 2.3M/2.3M bedraagt €269[4] p/m en retailtarief FttO Bedrijfspark 10M/10M bedraagt €155 p/m[5]). Hierdoor is in die gevallen in feite geen sprake meer van een prijsbreuk bij een bepaalde snelheid.

[4] www.kpn.com
[5] KPN FttO orderformulier

Voorts merkt BCPV op dat hogere snelheden dan 20Mb op koper wel haalbaar zijn, met name indien meerdere koperlijnen worden gestapeld ("pair-bonding" wordt vandaag toegepast met ShSDL en e-ShSDL, is vandaag mogelijk met VDSL2, en wordt in de toekomst mogelijk met andere xDSL technologieën). Anders dan OPTA in randnummer 314 stelt, zijn ook vanuit de subloop via koper hogere snelheden dan >20Mbit/s haalbaar (zie ook de constatering van OPTA zelf in randnummer 324).

Overigens lijkt ook de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) nog niet overtuigd van het onderscheid tussen laag- en hoogcapacitaire huurlijnen. Volgens de NMa blijkt uit het onderzoek van OPTA niet wat de daadwerkelijke capaciteitsbehoeften van de (verschillende soorten) afnemers zijn (zie randnummer 368).

In haar conclusies zou OPTA naar de mening van BCPV in ieder geval de hierboven beschreven marktdynamiek dienen te erkennen, en dus wel degelijk expliciet rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de grens tussen lage capaciteit en hoge capaciteit binnen de termijn van geldigheid van het marktanalysebesluit naar boven zou kunnen opschuiven of verdwijnen. Dit is van belang om te voorkomen dat vanwege 'kunstmatige' afbakening het al dan niet gereguleerd karakter van bepaalde diensten gemanipuleerd kan worden (zo kan bijvoorbeeld met 'een druk op de knop' de capaciteit van Ethernetdiensten eenvoudig gewijzigd worden waardoor de dienst mogelijk ineens tot een andere markt behoort).

BCPV verzoekt OPTA in haar analyse een prospectieve kijk te hanteren en te erkennen dat binnen de komende reguleringsperiode de grens tussen laag- en hoogcapacitaire huurlijnen kan verschuiven of verdwijnen, temeer daar de dienstverlening van KPN (op retailmarkten, en naar te veronderstellen valt ook op wholesalemarkten) steeds meer zal verschuiven van koper naar glas.

2.3. Technologieneutraliteit

BCPV is met de Europese Commissie van mening dat de onderliggende technologie in beginsel geen bepalende parameter kan zijn in het proces van definitie van een relevante product- of dienstenmarkt. BCPV herkent de trend in de markt dat een snelle afname plaatsvindt van de traditionele analoge en digitale huurlijnen en dat deze duidelijk aantoonbaar worden omgezet naar datacomdiensten op zowel koper als glas. Zo wordt bijvoorbeeld op de markt voor laagcapacitaire huurlijnen met deze datacomdiensten, op zowel koper als glas, VPN en ook Ethernet (bv. Ethernet in the first mile d.m.v. ShDSL, e-ShDSL, G.ShDSLbis) connectiviteit gerealiseerd met een capaciteit <20Mb. BCPV onderstreept dan ook de conclusies van OPTA (randnummers 280 en 360) dat datacomdiensten tot de retailmarkten voor huurlijnen behoren.

Ethernet is een meer efficiënte techniek voor de transmissie van IP pakketten en kan de relatief dure TDM en SDH technologie eenvoudig vervangen door vervanging van de fysieke interfaces in het netwerk. Ethernet kan over nagenoeg iedere infrastructuur (glas, koper, coax) worden geleverd, van SDH tot IP/MPLS en van ATM tot WDM apparatuur. Ethernet kan worden gebruikt voor Point-to-Point verbindingen, Point-to-Multipoint verbindingen, Local Area Networks (LANs) en IP-VPNs. Tevens is het mogelijk om over één verbinding diensten te leveren met verschillende serviceniveaus. Ethernet multipoint-multipoint verbindingen (LANs) vormen een alternatief voor ATM verbindingen en voor gebruikers van IP VPNs die geen gebruik willen maken van gedeelde toegang tot de routers van de aanbieders, zoals de overheid en financiële dienstverleners. Zowel voor de klant als de aanbieder biedt Ethernet hetzelfde dienstenniveau als analoge en digitale huurlijnen tegen een hogere bandbreedte en lagere kosten

en vormt derhalve een substituut voor huurlijnen zowel aan de aanbod als de vraagzijde. Dat Ethernet thans het sterkst groeiende segment is binnen nationale huurlijnen, blijkt ook uit de OPTA marktmonitor gegevens waar BCPV reeds in §2.1 van deze reactie op heeft gewezen. BCPV acht technologieneutraliteit dan ook een essentieel uitgangspunt in het kader van de marktafbakening.

Verbindingen tot 20 Mbit/s kunnen worden gerealiseerd op basis van zowel koper als glas, wat ook terecht door OPTA wordt erkend in randnummer 293 (zie in dit verband ook de aangehaalde opmerkingen van KPN in randnummer 299). Dit betekent dat glas niet alleen moet worden bezien in het kader van hoge capaciteit huurlijnen, maar tevens in het kader van lage capaciteit huurlijnen en (hoge kwaliteit) WBT, voor zover daartussen verschillen zouden bestaan. Het buiten beschouwing laten van glas in één van die markten zal negatieve gevolgen hebben voor de concurrentie in die markten. In randnummer 288 lijkt OPTA voor de markt voor laagcapacitaire huurlijnen te concluderen dat alle huurlijnen/datacomdiensten, ongeacht het type netwerk of de betreffende transporttechniek op basis waarvan deze geleverd worden, tot dezelfde markt behoren. BCPV onderschrijft de conclusie van OPTA. Evenwel verzoekt BCPV aan OPTA om 'technologieneutraliteit' als uitgangpunt meer expliciet in het besluit centraal te stellen.

Ten aanzien van de retailmarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen geldt het voorgaande evenzo. In de randnummers 360 tot en met 362 stelt OPTA aan te sluiten bij het voorgeschreven kader van technologieneutraliteit, maar concludeert vervolgens wel dat de relevante markt voor vaste verbindingen met een hoge capaciteit (groter dan 20Mbit/s) bestaat uit i) zakelijke glasaansluitingen voor hoge capaciteit op basis van 'legacy'-technieken en ii) zakelijke glasaansluitingen op basis van Ethernet als onderliggende transporttechniek. Dit terwijl uit de analyse van OPTA in randnummer 323 tot en met 327 terecht blijkt dat de introductie van All IP mede met zich meebrengt dat hogere bandbreedtes (>20Mbit/s) ook geleverd kunnen worden op basis van koper (bv. VDSL2 maar ook andere technieken met 'stapeling' van koperparen) en bovendien het onderscheid tussen koper en glas voor de afnemer niet primair van belang is. Het gaat immers om de kwaliteit en functionaliteit die geleverd wordt. Een beperking tot glasvezelaansluitingen is dan ook naar de mening van BCPV (en kennelijk ook op basis van de eigen analyse door OPTA) niet juist. Kortom, ook voor de retailmarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen dient OPTA naar de mening van BCPV te concluderen dat deze technologieneutraal afgebakend dient te worden.

OPTA dient in het definitieve besluit voor alle relevante retail markten expliciet het principe van technologieneutraliteit centraal te stellen (overigens geldt dit evenzo voor de wholesale markten). Dit betekent dat alle soorten huurlijnen/datacomdiensten, ongeacht het type netwerk of de betreffende transporttechniek op basis waarvan deze geleverd worden, tot dezelfde relevante markt behoren.

2.4. Wholesale breedband toegang

OPTA concludeert dat breedbandinternettoegang en lage capaciteit datacom tot verschillende retailmarkten behoren (randnummer 343) onder meer vanwege de beperktere beschikbaarheid c.q. betrouwbaarheid van WBT en de hogere mate van transparantie van huurlijnen.

BCPV kan onderschrijven dat breedbandinternettoegang en datacom als retailproduct tot verschillende markten behoren. Daaraan kan evenwel niet automatisch de conclusie verbonden

worden dat ook de WBT markt en wholesale lage capaciteit huurlijnen tot verschillende markten behoren. Dat is namelijk slechts gedeeltelijk het geval, en alleen voor zover het gaat om lage kwaliteit WBT. In het geval van lage kwaliteit WBT is immers sprake van lage overboekingsfactoren waardoor de beschikbaarheid c.q. betrouwbaarheid relatief laag is. Daar waar het echter gaat om hoge kwaliteit WBT, behoort deze naar de mening van BCPV tot de markt voor wholesale lage capaciteit huurlijnen.

In randnummer 336 stelt OPTA aan de hand van eerder door BCPV verstrekte informatie dat er significante verschillen zijn in beschikbaarheid van enerzijds (hoge kwaliteit)bitstreamdiensten en anderzijds huurlijnen. BCPV benadrukt dat het maar zeer de vraag is of deze verschillen wel objectief gerechtvaardigd zijn. Om die reden heeft BCPV deze informatie ook aan OPTA verstrekt. Door kunstmatige verschillen in kwaliteitsniveaus te hanteren is KPN in staat om concurrenten te benadelen en op extra kosten te jagen alsook de marktafbakening zowel op retail- als wholesaleniveau te beïnvloeden. Naar de mening van BCPV kunnen echter uitsluitend aantoonbaar objectieve verschillen in kwaliteit relevant zijn voor de marktafbakening. Hiervan is naar de mening van BCPV echter absoluut geen sprake voor zover het aankomt op de verschillen in wholesale lage capaciteit huurlijnen en hoge kwaliteit WBT verbindingen. Er is afgezien van het verschil dat huurlijnen nog veelal via SDH en WBT via ATM worden getransporteerd, vanuit functioneel perspectief geen enkele objectief gerechtvaardigde reden voor verschillen tussen wholesale lage capaciteit huurlijnen, die vaak ook gebruik maken van (H)DSL technieken, en hoge kwaliteit bitstroomverbindingen, die bv. gebruik maken van ShDSL of over glas worden geleverd (zie ook §4.1 van deze reactie).

Volgens OPTA bieden huurlijnen een ‘veel transparantere verbinding dan op bitstream gebaseerde producten’ (zie randnummer 337). OPTA verbindt daaraan zelfs de conclusie dat deze bitstroomverbindingen niet geschikt zijn voor kritische bedrijfstoepassingen waar normaal gesproken huurlijnen voor worden gebruikt. BCPV acht die conclusie in elk geval voor bitstroomverbindingen met een overboekingsfactor van 1:1 onjuist en verzoekt OPTA die opmerking in het definitieve besluit te nuanceren. Temeer omdat zakelijke aanbieders hier anders commerciële schade bij kunnen ondervinden, aangezien klanten met dit soort informatie op het verkeerde been zouden kunnen worden gezet. Bovendien ziet BCPV niet in, en OPTA legt dat in het ontwerpbesluit ook niet uit, waarom huurlijnen een transparantere verbinding bieden dan (hoge kwaliteit) WBT. Volgens BCPV zijn zowel bitstreamverbindingen als huurlijnen even ‘transparant’ aangezien in geval van beide technieken er sprake is van transmissie van ‘unmodified user information’.

OPTA dient bij de afbakening van retailmarkten expliciet te erkennen dat daaruit niet voortvloeit dat op wholesale-niveau derhalve een onderscheid tussen hoge kwaliteit WBT en wholesale lage capaciteit huurlijnen gerechtvaardigd is. Hoge kwaliteit WBT maakt volgens BCPV deel uit van de wholesale markt voor lage capaciteit huurlijnen.

3) Dominantieanalyse retailmarkten huurlijnen en verplichtingen

OPTA concludeert dat zowel de laag- als hoogcapacitaire huurlijnen retailmarkt in afwezigheid van wholesaleregulering niet concurrerend is (zie randnummer 440 en 485).

3.1. Dominantiecriteria

Voor de bepaling van de dominantiecriteria zijn de Richtsnoeren marktanalyse van de Commissie richtinggevend[6]. Opvallend is dat OPTA bij de dominantieanalyse van beide retailmarkten de door de Commissie genoemde criteria niet één-op-één overneemt. Met name ontbreken de volgende criteria (i) totale omvang van de onderneming (ii) technologische voorsprong of superioriteit (iii) gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen (iv) product-/dienstendiversificatie (v) een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk en (vi) grenzen aan de expansie. BCPV is van mening dat alle door de Commissie genoemde criteria in het kader van huurlijnen relevant zijn.

(i) *Totale omvang van de onderneming* – Naast marktaandeel is de totale omvang van KPN een factor van significante betekenis. KPN ontleent immers mede aan haar omvang en productportfolio een grote bekendheid in de markt waardoor potentiële klanten bij telecommunicatiediensten doorgaans 'het eerst' aan KPN denken.

(ii) *Technologische voorsprong of superioriteit* – KPN heeft niet zozeer een technologische voorsprong maar is wel in staat om de investeringsbereidheid van concurrenten te beïnvloeden door mededelingen te doen over investeringen in innovatie van netwerken en/of diensten (All-IP). Bekend is dat de investeringen van alternatieve aanbieders als gevolg van de aankondiging van All-IP in Q4 2005 zijn stopgezet. Daaruit volgt dat KPN superieur gedrag kan vertonen.

(iii) *Gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen* – Uit de financiële berichtgeving van KPN blijkt dat de financiële positie van KPN op dit moment sterk is (zo bedroeg het bedrijfsresultaat in 2007 €2,5 mrd.). Mede als gevolg hiervan staat buiten enige twijfel dat KPN ten opzichte van vaste alternatieve aanbieders een zeer goede toegang heeft tot de kapitaalmarkten en in staat is betere voorwaarden te bedingen (lagere WACC) dan concurrenten. Daarnaast is KPN in staat haar All IP plannen grotendeels te financieren uit de opbrengst van de verkoop van veel van haar nummercentrale gebouwen (opbrengst naar zeggen van KPN ca. €1,2 mld.).

(iv) *Product-/dienstendiversificatie* – KPN beschikt van oudsher over een zeer breed productportfolio met zowel traditionele telecomdiensten (zoals PSTN) als innovatieve diensten. Hierdoor beschikt KPN over de mogelijkheid om klanten aan zich te binden en ook om haar kosten over verschillende diensten te spreiden. Daarnaast vormen met name de traditionele telecomdiensten voor KPN een cash cow op basis waarvan KPN bijvoorbeeld nieuwe investeringen kan realiseren.

(v) *Een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk* – KPN beschikt voor haar gehele dienstenportfolio over grote en fijnmazige distributie- en verkoopnetwerken. Die netwerken zijn bovendien specifiek gericht op de verschillende marktsegmenten, zoals bijvoorbeeld het zakelijke segment of het consumentensegment. Hierdoor beschikt KPN over zeer uitgebreide mogelijkheden om eindgebruikers op actieve en gerichte wijze te benaderen.

(vi) *Grenzen aan de expansie* – KPN is, anders dan alternatieve aanbieders, in staat zichzelf zowel in horizontale als in verticale zin op de betreffende markten relatief gemakkelijk te versterken, inclusief door middel van overnames, waarvan gedurende de huidige reguleringsperiode ook sprake is geweest.

BCPV is van mening dat ook deze dominantiecriteria door OPTA meegenomen dienen te worden in de dominantieanalyse voor beide retailmarkten.

[6] 2002/C 165/03, paragraaf 78

In het definitieve besluit dient OPTA alle relevante dominantiecriteria te analyseren. De dominantiecriteria die OPTA in het ontwerpbesluit niet heeft onderzocht, zoals benoemd in deze §3.1, dienen derhalve ook in het definitieve besluit opgenomen te worden.

3.2. AMM aanwijzing

Retailmarkt laagcapacitaire huurlijnen – In randnummer 1251 e.v. van het ontwerpbesluit komt OPTA tot de conclusie dat ook in aanwezigheid van wholesaleregulering deze retailmarkt niet effectief concurrerend zal zijn binnen de komende reguleringsperiode. Een belangrijke reden is dat het reeds hoge marktaandeel van KPN (70-80%) ook in aanwezigheid van wholesaleregulering stabiel zal blijven (in afwezigheid van wholesaleregulering verwacht OPTA zelfs een stijging naar 80-90%).

Desondanks concludeert OPTA dat er voldoende grond is om de huidige retailverplichtingen in te trekken omdat 'op de langere termijn effectieve concurrentie verwezenlijkt zou kunnen worden'. De aanwijzingen daartoe zijn volgens OPTA dat KPN's marktaandeel zal afnemen en er een omslag van de overige factoren als gevolg van wholesaleregulering zal plaats vinden.

BCPV kan deze conclusie van OPTA echter niet volgen en is van mening dat er wel degelijk aanleiding is tot het opleggen van retailverplichtingen. Ten eerste toont OPTA op geen enkele wijze aan dat er tijdens de komende reguleringsperiode wel effectieve concurrentie zal ontstaan. OPTA verwacht slechts dat in aanwezigheid van wholesaleregulering het marktaandeel van KPN verder zal dalen omdat dit de afgelopen jaren ook het geval is geweest (randnummer 1241). BCPV merkt op dat de beperkte concurrentie die er in deze markt is voor een belangrijk deel te danken is aan de retailregulering op basis waarvan alternatieve aanbieders nog enige bescherming tegen prijssqueeze genoten (BCPV wijst in dit kader op de verschillende boetebesluiten van OPTA). In afwezigheid van retailregulering acht BCPV KPN in staat om haar marktaandeel te vergroten, nu KPN zich nagenoeg vrijelijk kan bewegen op de retailmarkt en aanbiedingen van alternatieve aanbieders structureel kan ondermijnen. Bovendien blijft, zelfs volgens OPTA, het marktaandeel van KPN aan het einde van de reguleringsperiode, zelfs indien wordt uitgegaan van een daling, onverminderd hoog met 70-80%.

Ten tweede ziet BCPV niet hoe er een omslag van de overige dominantiecriteria kan plaats vinden. De factoren die OPTA in randnummer 1243 e.v. analyseert alsmede de factoren die BCPV heeft benoemd in §3.1, blijven naar de mening van BCPV ook na de komende reguleringsperiode nog onverminderd bijdragen aan een dominante positie van KPN. BCPV acht het niet juist dat OPTA slechts een beperkt aantal dominantiecriteria analyseert, aangezien ook de ontbrekende criteria relevant zijn en binnen de komende reguleringsperiode tot een dominante positie van KPN leiden (zie §3.1). Tevens is BCPV van mening dat ook de criteria die OPTA wel analyseert tot een dominante positie van KPN dienen te leiden:

- *Verticale integratie en netwerkdekkingsvoordelen:* KPN zal ook nog altijd tijdens (en ook na) de komende reguleringsperiode een verticaal geïntegreerde aanbieder zijn die (temeer in afwezigheid van retailregulering) in staat is marktmacht over te hevelen van de wholesale- naar de retailmarkt. Strategisch prijsgedrag (bv. het hanteren van al dan niet tijdelijke retailtarieven die lager zijn dan die van alternatieve aanbieders) en strategisch gedrag ten aanzien van het verlenen van toegang (bv. het hanteren van betere service levels op retailniveau dan op wholesaleniveau) acht BCPV ook in aanwezigheid van wholesaleregulering potentiële doch realistische risico's. Als verticaal geïntegreerde aanbieder heeft KPN daartoe ook alle prikkels.

- *Schaal- en breedtevoordelen:* OPTA geeft zelf al terecht aan dat KPN ondanks wholesaleregulering nog wel voordelen op de retailmarkt behoudt. Deze voordelen kunnen zich naast kostenvoordelen uiteraard ook uiten in schaal- en breedtevoordelen in het kader van klantenverwerving. Bovendien is KPN als geen andere aanbieder in staat een grote verscheidenheid aan diensten over een verbinding te leveren (datacomdiensten, VPN, telefonie, Internettoegang, ASP-diensten voortvloeiend uit de overname van Getronics, etc.)
- *De controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur:* aanbieders verkrijgen op basis van wholesaleregulering toegang tot de infrastructuur van KPN. Evenwel geeft OPTA zelf in randnummer 404 aan dat het bij de beoordeling van dit criterium van belang is dat de duplicatie wat betreft de netwerkdekking zodanig omvangrijk is dat het voldoende concurrentiedruk op de gehele relevante retailmarkt oplevert. OPTA toont niet aan dat dit binnen de huidige reguleringsperiode, noch daarna het geval zal zijn. Naar de mening van BCPV zal dit ook niet het geval zijn.
- *Toetredingsbarrières:* weliswaar hoeven alternatieve aanbieders vanwege de te verwachten toegangsverplichting niet direct zelf een netwerk uit te rollen, maar in dit kader is ook van belang dat er sprake is van een krimpende markt waardoor de kans op toetreding klein is (zie de conclusie van OPTA zelf in randnummer 411). Door wholesaleregulering worden dan ook zeker niet alle toetredingsbarrières weggenomen.

Voorts is BCPV anders dan OPTA van mening dat er ook sprake is van 'overstapdrempels' en dat de aanwezigheid hiervan meegenomen dient te worden in de dominantieanalyse. [redacted]

Daarnaast worden ook veelal meerjarige contracten gesloten. In de geboden totaaloplossing is connectiviteit één van de factoren. Zakelijke eindgebruikers nemen met name bij KPN vaak meerdere diensten af zodat overstappen meebrengt dat niet alleen voor connectiviteit maar ook voor de andere diensten dient te worden overgestapt. Dit creëert een *customer lock in* situatie waardoor klanten minder snel overstappen.

Op grond van het voorgaande is BCPV van mening dat er tevens voldaan is aan de eerste twee criteria van de 3-criteriatoets. Er is immers sprake van aanzienlijke toegangsbelemmeringen van niet voorbijgaande aard en de markt vertoont geen kenmerken waardoor deze na verloop van tijd tot daadwerkelijke concurrentie zullen leiden. Ook het mededingingsrecht zal niet toereikend zijn om de potentiële problemen te adresseren (derde criterium), aangezien het mededingingsrecht onvoldoende is toegesneden op het aanpakken van margin squeeze problemen. Het voorkomen van margin squeeze levert immers een effectievere bijdrage aan de marktontwikkeling dan ex post ingrijpen, in welk geval eventuele klanten die als gevolg van te lage prijzen zijn overgestapt niet met terugwerkende kracht kunnen terugkomen op de markt. In de tweede plaats levert het mededingingsrecht voor marktpartijen slechts mogelijkheden op tot het verkrijgen van

schadevergoeding in een civiele procedure waarmee de kern van het probleem niet wordt weggenomen.

Naar de mening van BCPV is er ook in aanwezigheid van de wholesaleregulering die OPTA voorstelt wel degelijk sprake van een dominante positie van KPN op de retailmarkt voor laagcapacitaire huurlijnen binnen de komende reguleringsperiode en daarna. OPTA dient KPN in het definitieve besluit aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de retailmarkt voor laagcapacitaire huurlijnen.

Retailmarkt hoogcapacitaire huurlijnen – OPTA volstaat hier door te concluderen dat wholesaleregulering toereikend is om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken en de belangen van eindgebruikers te beschermen (randnummer 1274).

Weliswaar is het absolute marktaandeel van KPN met 60-70% iets lager dan op de retailmarkt voor laagcapacitaire huurlijnen. Evenwel is het nog altijd zeer hoog en is de verwachting dat het marktaandeel van KPN mede vanwege de plannen van KPN inzake de uitrol van glasvezelnetwerken alleen maar verder zal toenemen (zie randnummers 453 en 454). Ten aanzien van de overige dominantiecriteria verwijst BCPV naar hetgeen hierboven ten aanzien van de markt voor laagcapacitaire huurlijnen reeds is opgemerkt, nu die opmerkingen ook van toepassing zijn op de markt voor hoogcapacitaire huurlijnen.

Naar de mening van BCPV is er ook in aanwezigheid van de wholesaleregulering die OPTA voorstelt wel degelijk sprake van een dominante positie van KPN op de retailmarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen binnen de komende reguleringsperiode en daarna. OPTA dient KPN in het definitieve besluit aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de retailmarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen.

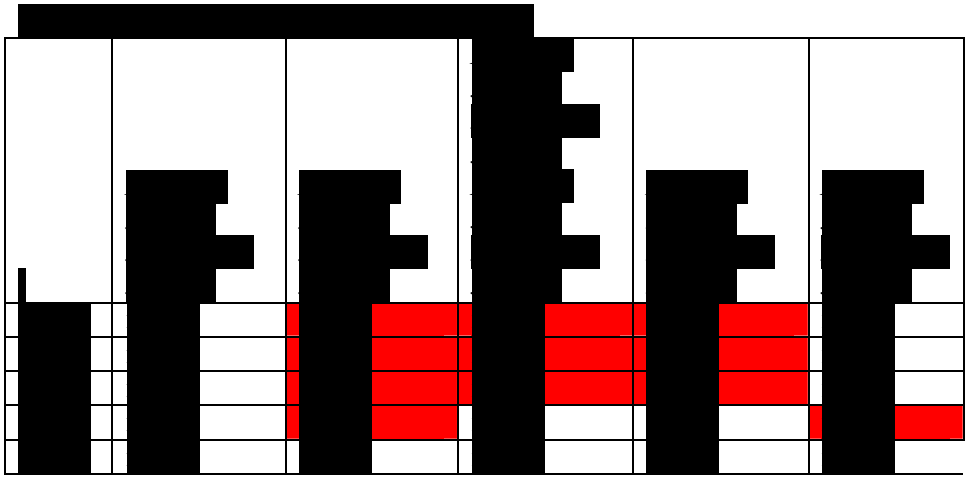
3.3. Mededingingsproblemen en verplichtingen

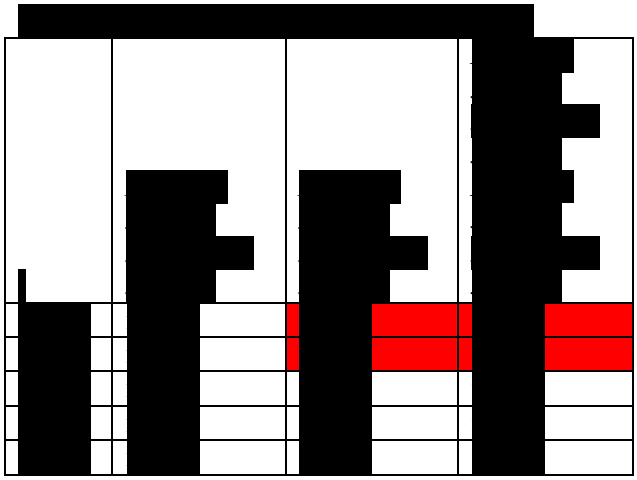
Hierboven en ook in de ACT reactie van 15 mei jl. op de vragenlijst van OPTA inzake huurlijnen heeft BCPV uiteengezet dat KPN op beide retailmarkten in staat is om de mededinging te beïnvloeden door middel van strategisch prijsgedrag (marge-uitholling) en via de kwaliteit van de geboden dienstverlening (strategisch productontwerp).

Prijs- en kwaliteitssqueeze - Door op wholesale niveau relatief zwakkere service levels te bieden, kan KPN het alternatieve aanbieders lastig maken om op de retailmarkt effectief met KPN te concurreren. Teneinde dit probleem te adresseren is het derhalve noodzakelijk dat KPN op wholesale niveau ten minste dezelfde service levels dient aan te bieden als die zij op retailniveau aanbiedt (*equivalence of input*). Bovendien is van belang dat wordt voorkomen dat KPN door middel van service levels de bruikbaarheid en daardoor de afname van bepaalde toegangsdiensten kan frustreren en concurrenten kan dwingen tot afname van andere veelal duurdere toegangsdiensten. Dit is momenteel bijvoorbeeld het geval bij hoge kwaliteit WBT, waar gebrekkige service levels ertoe leiden dat concurrenten van KPN genoodzaakt worden de veel duurdere huurlijnen in te kopen bij KPN. Dit voorbeeld illustreert dat KPN door middel van service levels in staat is de kosten van concurrenten te verhogen. Om die reden moet OPTA zeer kritisch kijken naar de verschillen in service levels van de verschillende toegangsdiensten en zich altijd de vraag stellen of die verschillen vanuit technisch perspectief wel objectief gerechtvaardigd zijn.

Het risico op marge-uitholling uit zich thans overduidelijk in praktijk.

[redacted]





[redacted]

[redacted]

- [redacted]
- [redacted]
- [redacted]

BCPV vraagt voorts speciale aandacht voor de relatie met vaste telefonie. Terecht constateert OPTA in randnummer 185 dat zogenaamde hoogcapacitaire (ISDN30) aansluitingen kunnen worden gerealiseerd met terminating-verbindingen en met name met 2Mb terminating verbindingen. In de analyse van (potentiële) mededingingsproblemen wordt echter ten onrechte geen aandacht besteed aan de prijs en kwaliteit van het KPN ILL product in samenhang met de retail prijs die KPN zelf hanteert voor ISDN30:

2Mb regional KPN sited service premium A (wholesale)[7]	€562,00 p/m (excl. BTW)
KPN ISDN30 (retail)[8]	€210,50 p/m (excl. BTW)
KPN ISDN30 op glas (retail)[9]	€110,00 p/m

Hierdoor is het voor alternatieve aanbieders onmogelijk om op het vlak van hoogcapacitaire telefonie aansluitingen met KPN te concurreren, nu de retail prijs van KPN veel lager is dan de wholesale ILL prijs. Daarbij zij opgemerkt dat alle andere kosten, buiten de wholesale kosten van een 2Mb verbinding als wholesale bouwsteen, buiten beschouwing zijn gelaten. Ook in de marktanalyse voor vaste telefonie wordt dit probleem in onvoldoende mate belicht (zie hiertoe ook de reactie van ACT op het ontwerpbesluit Vaste Telefonie). OPTA dient derhalve te waarborgen dat prijssqueeze wordt voorkomen en dat alternatieve aanbieders, ook in het geval wholesale huurlijnen als bouwsteen worden gebruikt, in staat zijn op de retailmarkten (waaronder vaste telefonie) te concurreren.

Teneinde mededingingsproblemen marge-uitholling en kwaliteitsdiscriminatie te adresseren is BCPV van mening dat OPTA, in aanvulling op versterkte verplichtingen op wholesale-niveau (zie hiertoe §7), de huidige retailverplichtingen op de markt voor laagcapacitaire huurlijnen (d.w.z. non-discriminatieverplichting, ontbundelingsverplichting, transparantieverplichting en tariefregulering) tenminste dient te handhaven en bovendien dient aan te scherpen. Tevens is BCPV van mening dat deze verplichtingen ook in het kader van de hoogcapacitaire retailmarkt opgelegd dienen te worden.

4) Marktafbakening wholesale huurlijnen

4.1. Wholesale markten voor laag- en hoogcapacitaire huurlijnen

In §8.1 en §8.2 van het ontwerpbesluit analyseert OPTA respectievelijk de wholesale markten voor laag- en hoogcapacitaire huurlijnen. Daarbij hanteert OPTA als uitgangspunt dat deze wholesale markten een afspiegeling vormen van de retailmarkten voor laag- en hoogcapacitaire huurlijnen.

Vanuit dat oogpunt heeft BCPV vergelijkbare bezwaren met betrekking tot de marktafbakening op retailniveau. Onder verwijzing naar §2.1-2.4 van deze reactie, merkt BCPV hier nog het volgende over op.

[7] zie KPN ILL tariff schedule 1.7
[8] zie http://zakelijk.kpn.com/business/vast/telefoonlijnen-vast/aansluitingen-zakelijk-bellen-isdn/isdn/isdn15-20-30.htm
[9] KPN leaflet (bijlage 6)

Onderscheid laagcapacitaire en hoogcapacitaire huurlijnen - In lijn met haar opmerkingen aangaande het grensvlak van 20Mbit/s ten aanzien van de retailmarkten (zie §2.2), dient OPTA naar de mening van BCPV ook op wholesale-niveau expliciet rekening te houden met de mogelijkheid dat de grens tussen lage en hoge capaciteit binnen de komende reguleringsperiode naar boven zou kunnen opschuiven of verdwijnen, hetgeen tussentijds een aanpassing van het besluit zou kunnen rechtvaardigen.

BCPV verzoekt OPTA in haar analyse een prospectieve kijk te hanteren en te erkennen dat binnen de komende reguleringsperiode de grens tussen wholesale laag- en hoogcapacitaire huurlijnen kan verschuiven of verdwijnen, temeer daar de dienstverlening van KPN steeds meer zal verschuiven van koper naar glas.

Technologieneutraliteit – Evenals op retailniveau is BCPV van mening dat de markten op wholesale-niveau technologieneutraal afgebakend dienen te worden. Uit het ontwerpbesluit blijkt BCPV echter niet evident dat OPTA dit ook voor beide wholesale markten concludeert.

De trend in de markt is dat er een snelle afname plaatsvindt van de traditionele analoge en digitale huurlijnen en dat deze duidelijk aantoonbaar worden omgezet naar Ethernet (en deels nog steeds ATM) gebaseerde datacomdiensten over zowel koper als glas. Bovendien rolt KPN razendsnel goedkoop glasvezel uit, wat deze afname nog eens extra zal versnellen (zie voor nadere toelichting §2.1 van deze reactie).

Ethernet heeft zich inmiddels bewezen als een volwaardig substituut voor huurlijnen. De toenemende migratie van huurlijnen naar de KPN diensten WEAS en WBA ZM onderstreept dat zakelijke eindgebruikers deze conclusie allang hebben getrokken en dat alternatieve aanbieders, naast het inzetten van hun eigen infrastructuur, deze wholesale diensten bij KPN afnemen om aan de evoluerende vraag op retail-niveau te voldoen. Modulatie technologieën zoals Circuit Emulatie over Ethernet/IP maken een overstap van huurlijnen naar Ethernet mogelijk zonder dat de zakelijke eindgebruiker significant hoeft te investeren in nieuwe apparatuur (bijvoorbeeld nieuwe PBX). De volwaardigheid van Ethernet als substituut voor huurlijnen kan uiteraard geregisseerd worden door de service parameters van de dienst te manipuleren (in het bijzonder de gegarandeerde beschikbaarheid van de verbinding). Hetzelfde kan worden gezegd voor ATM als substituut voor huurlijnen.

In de praktijk maakt KPN in haar dienstverlening op wholesaleniveau, afgezien van het kunstmatige onderscheid in kwaliteitsniveau's, uitsluitend op basis van bandbreedte een onderscheid tussen wholesalebreedbandtoegang en WeAS diensten. Aan de hand daarvan kan Ethernet gezien worden als breedbandtoegangsdienst én als huurlijn met een eenvoudig aan te passen beschikbare bandbreedte die afhankelijk is van de toegepaste apparatuur. Met andere woorden, de technologische ontwikkelingen brengen mee dat het traditionele techniekafhankelijke onderscheid tussen breedbandtoegang en huurlijnen aan het verdwijnen is en dat zich een meer universele toegangsmarkt lijkt te ontwikkelen waarover op retailniveau meerdere diensten kunnen worden geleverd op verschillende markten. Uit de relevante markt op retailniveau kan dan ook niet zonder meer de relevante bovenliggende wholesalemarkt worden afgeleid. Dialogic constateert dat het formele onderscheid tussen Internettoegang (verbinding plus toegangsdienst), huurlijnen (alleen verbinding) en datadiensten (al dan niet met een verbinding) op de achtergrond raakt aangezien zakelijke klanten verschillende verbindingen naar locaties

afnemen al dan niet gecombineerd met diensten die van die verbindingen gebruik maken[10]. Ook OPTA dient dit naar de mening van BCPV expliciet in het definitieve besluit te erkennen.

OPTA dient in het definitieve besluit voor alle relevante wholesale markten expliciet het principe van technologieneutraliteit centraal te stellen. Dit betekent dat alle soorten wholesale huurlijnen, ongeacht het type netwerk of de betreffende transporttechniek op basis waarvan deze geleverd worden, tot dezelfde relevante markt behoren.

Wholesale lage capaciteit huurlijnen en wholesale hoge kwaliteit breedband één markt – OPTA concludeert in randnummer 508 dat bitstream (hoge kwaliteit WBT) en huurlijnen (lage capaciteit huurlijnen) niet tot dezelfde markt behoren, omdat deze diensten onvoldoende concurrentiedruk op elkaar uitoefenen. Onder verwijzing naar de onderbouwing in §2.4 van deze reactie zou OPTA tevens nader dienen te onderzoeken in hoeverre er sprake is van al dan niet objectief rechtvaardigbare verschillen tussen wholesale lage capaciteit huurlijnen en hoge kwaliteit WBT. In het onderhavige ontwerpbesluit doet OPTA dit echter niet of nauwelijks.

BCPV is van mening dat de thans bestaande kwaliteitsverschillen tussen huurlijnen en hoge kwaliteit WBT kunstmatig in stand worden gehouden door KPN ten nadele van de concurrentie (alternatieve aanbieders worden daardoor immers gedwongen tot afname van de duurdere huurlijnen in plaats van de goedkopere hoge kwaliteit WBT verbindingen). KPN is voornemens om binnen 'zakelijk glasvezel (FttO)' eenzelfde differentiatie aan te brengen. Het betreft een onderscheid tussen de KPN diensten WBA ZM glasmodule en WeAS. KPN geeft aan voor FttO een wholesale variant te ontwikkelen, maar is er nog niet uit of deze dienst een WBA of WeAS label of derde label meekrijgt. Aan de hand van productvariabelen, zoals bandbreedte, redundantie, transparantie, SLA garanties, etc. is KPN in staat om een dienst tot de ene of de andere markt te laten behoren en daarmee invloed uit te oefenen op het al dan niet gereguleerd karakter. Dit risico tot strategisch productontwerp dient te allen tijde te worden voorkomen.

In het bijzonder merkt BCPV in dit kader op dat OPTA de door BCPV aangeleverde informatie aangaande service levels die KPN thans hanteert voor de verschillende toegangsdiensten (zie bijlage I bij de reactie van ACT d.d. 15 mei jl. op de vragenlijst huurlijnen, welk overzicht hierbij wederom als bijlage 1 is bijgevoegd) ten onrechte heeft gebruikt om het verschil tussen deze wholesale markten te onderbouwen. In figuur 18 van het ontwerpbesluit (randnummer 506) geeft OPTA hiervan een (beperkt) overzicht en concludeert daaruit vervolgens dat de beschikbaarheid van lage capaciteit huurlijnen hoger is dan die van hoge kwaliteit WBT waardoor deze diensten niet substitueerbaar zouden zijn. Het door BCPV verstrekte overzicht is echter bedoeld om juist inzicht te bieden in de huidige verschillen die ertoe leiden dat alternatieve aanbieders ten opzichte van KPN op een achterstandspositie worden gezet. De gebrekkige service levels leiden er immers toe dat concurrenten van KPN genoodzaakt worden de veel duurdere huurlijnen (ILL's) in te kopen bij KPN. BCPV ziet echter niet in op welke wijze dit onderscheid objectief gerechtvaardigd kan zijn en is van mening dat het onderscheid voortvloeit uit de wijze waarop KPN de dienst aanbiedt (contractele afspraken) en dus kunstmatig is.

Naast de beschikbaarheid van de dienst geldt dit ook voor andere kwaliteitsparameters, zoals parameters met betrekking tot levering en storingsoplossing alsmede bijbehorende incentives. Cruciaal is derhalve dat OPTA ervoor zorgt dat ongerechtvaardigde kwaliteitsverschillen tussen bitstroom verbindingen en vergelijkbare ILL verbindingen worden geëlimineerd. Onderstaand overzicht geeft een aantal voorbeelden van dergelijke verschillen.

[10] Dialogic rapport § 2.2.1

Item[11]	ILL	WBA
Beschikbaarheid	99.9%	99.8% bij 90% quantiel
Levertijden	22 dagen	24 (99%)
Repairtijden	8 uur	8 uur (80%)
Penalty vertraagde levering	Na 6e dag vertraging	n.v.t.
Penalty storingsherstel	Na 8 uur storing % van VVA	n.v.t.

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, hebben ILL en hoge kwaliteit WBT min of meer dezelfde functionaliteiten, hetgeen betekent dat een groot aantal diensten te leveren is via zowel ILL als hoge kwaliteit WBT. Denk daarbij aan Internet toegang en Private VPN dienstverlening, waarover bedrijven verschillende applicaties tot stand brengen. Uit bovenstaand overzicht is echter op te maken dat er vrij aanzienlijke verschillen in SLA bestaan voor ILL en hoge kwaliteit WBT. Deze verschillen leiden ertoe dat afnemers gedwongen worden de (veel duurdere) ILL-dienst af te nemen bij een gebrek aan een hoogwaardige SLA voor hoge kwaliteit WBT.

BCPV acht de SLA verschillen niet gerechtvaardigd. De fysieke infrastructuur voor hoge kwaliteit WBT, de koperdraad, is immers dezelfde als bij de ILL-dienst. Simpel gesteld bestaat een dienst uit apparatuur en verbindingen. Onafhankelijk van de techniek zal een fout in één van de twee onderdelen hersteld moeten worden, waardoor een groot verschil in SLA moeilijk voor te stellen is (apparatuur moet vervangen worden, of fysieke infrastructuur moet gelast worden). Het feit dat KPN bij hoge kwaliteit WBT geen actieve apparatuur op de eindgebruikerlocatie levert, houdt in dat er één Single Point of Failure (SPOF) minder aanwezig, hetgeen zou moeten leiden tot minimaal gelijke beschikbaarheid als bij ILL.

In het licht van bovenstaande meent BCPV dat hoge kwaliteit WBT deel uitmaakt van de wholesale markt voor lage capaciteit huurlijnen.

BCPV verzoekt OPTA in het definitieve besluit te erkennen dat de functionaliteit tussen wholesale laagcapacitaire huurlijnen en hoge kwaliteit WBT vergelijkbaar is en deze diensten derhalve substitueerbaar zijn. Het onderscheid in kwaliteitsniveau tussen deze diensten acht BCPV niet objectief gerechtvaardigd en daarmee kunstmatig. OPTA dient naar de mening van BCPV in het definitieve besluit te concluderen dat hoge kwaliteit WBT deel uitmaakt van de wholesale markt voor lage capaciteit huurlijnen.

4.2. Wholesale trunk

OPTA concludeert dat de wholesale trunkmarkt bestaat uit transmissieverbindingen op regionaal niveau en lokale interconnecterende verbindingen als MDF-backhaul en ODF-backhaul (randnummer 534).

BCPV kan zich niet vinden in deze conclusie. OPTA lijkt zich hierbij te baseren op het rapport van Analysys waarin de aanname wordt gedaan dat ODF-access vanuit de wijkcentrale van KPN wordt geleverd. ODF-backhaul zou dan in vergelijkbare mate als MDF-backhaul kunnen worden

[11] In dit overzicht is de Premium A SLA van ILL gehanteerd en de Premium SLA van WBA

aangeboden (zie ook reactie van ACT op het ontwerpbesluit ontbundelde toegang). BCPV heeft echter sterke vermoedens dat ODF-access vanuit de knooppunten van het Reggefiber netwerk en niet vanuit de KPN netwerkknooppunten zal worden aangeboden. Het aanbod van backhaul verbindingen naar die locaties kan dan wel eens zeer beperkt zijn. Een business case voor ODF-access voor partijen zoals BCPV is alsdan al helemaal niet realistisch c.q. haalbaar.

BCPV is dan ook van mening dat op basis van de thans bekende informatie over het ODF-access aanbod, de conclusies van OPTA prematuur zijn. Bovendien is BCPV van mening dat ODF-backhaul een bijbehorende faciliteit is die nodig is om effectieve afname van ODF-access mogelijk te maken (zoals dit ook bij MDF- en SDF-access het geval is). Daar waar echter buiten het KPN aanbod geen alternatief aanbod beschikbaar is, komt deze faciliteit, evenals in het geval voor SDF-backhaul, ook in aanmerking voor regulering (zie ook de reactie van ACT op het ontwerpbesluit ontbundelde toegang).

Naar de mening van BCPV is nader onderzoek door OPTA naar het ODF-aanbod en de concurrentie op ODF-backhaul verbindingen noodzakelijk alvorens OPTA kan concluderen dat MDF-backhaul en ODF-backhaul tot de wholesale trunk markt behoort.

5) Dominantieanalyse wholesale huurlijnen

5.1. Wholesale markt laag- en hoogcapacitaire huurlijnen

BCPV onderschrijft de analyses van OPTA op grond waarvan OPTA voor zowel de wholesale markt voor laag- als hoogcapacitaire huurlijnen terecht tot conclusie komt dat KPN beschikt over aanmerkelijke marktmacht (zie respectievelijk randnummers 666 en 705).

OPTA verwijst voor de analyse van de dominantiecriteria i) marktaandelen, ii) schaal- en breedtevoordelen, iii) controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, iv) toetredingsbarrieres, v) kopersmacht en overstapdrempels, en vi) verticale integratie en netwerkdekking voornamelijk naar haar analyse voor de retailmarkt(en). BCPV heeft in §3.2 van deze reactie reeds nader toegelicht dat deze criteria van groot belang zijn en verwijst ook in het kader van de onderhavige wholesalemarkten naar deze §3.2.

Ten aanzien van de ontwikkelingen op de hoogcapacitaire wholesalemarkt sinds de vorige marktanalyse (naar aanleiding waarvan KPN niet als aanmerkelijke marktmacht werd aangewezen) merkt OPTA in randnummer 673 op dat KPN in staat is gebleken haar schaal- en breedtevoordelen beter uit te nutten. Dit is volgens OPTA met name toe te schrijven aan de uitrol op bedrijventerreinen waardoor bijvoorbeeld graafkosten gedeeld worden door een grotere groep afnemers. BCPV voegt daar aan toe dat de uitrol van glasvezel door KPN enorm is toegenomen en zal blijven toenemen tijdens de komende reguleringsperiode, waardoor de positie van KPN alleen maar zal versterken op deze markt (zie voor nadere toelichting §2.1 van deze reactie).

Tot slot merkt BCPV op dat OPTA ten onrechte nalaat om alle relevante criteria te analyseren en mee te wegen in haar dominantieanalyse. Aangezien het voor de wholesalemarkten dezelfde ontbrekende criteria betreft als voor de retailmarkten, volstaat BCPV hier met een verwijzing naar §3.1 van deze reactie. Evenals voor de retailmarkten dragen deze criteria naar de mening van BCPV bij aan de conclusie dat KPN op de onderhavige wholesale markten beschikt over aanmerkelijke marktmacht. Daarbij merkt BCPV op dat het opnemen van de markt voor hoge kwaliteit WBT in de markt voor wholesale lage capaciteit huurlijnen niet tot een andere analyse en/of conclusie zal leiden.

BCPV onderschrijft de conclusie van OPTA dat KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht aangewezen dient te worden op de wholesalemarkten voor laag- en hoogcapacitaire huurlijnen. Naar de mening van BCPV dient OPTA in het definitieve besluit daarbij wel alle relevante dominantiecriteria te analyseren.

5.2. Wholesale trunk

Zoals BCPV reeds hierboven in §4.2 opmerkte, is BCPV van mening dat OPTA op basis van de thans bekende informatie geen zorgvuldige analyse van de wholesale trunkmarkt kan uitvoeren.

Dit geldt naar de mening van BCPV derhalve evenzo voor de dominantieanalyse met betrekking tot deze wholesale trunkmarkt. In ieder geval dient OPTA nader te onderzoeken in hoeverre er op de relevante locaties daadwerkelijk sprake is van concurrentie. Waar blijkt dat KPN de enige aanbieder is, dient KPN hoe dan ook te worden aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht.

5.3. KPN-Reggefiber

De partijen BCPV hebben in een brief en aanvullend emailbericht van ACT aan OPTA hun zienswijze inzake de voorgenomen participatie van KPN in de Reggefiber onderneming reeds kenbaar gemaakt[12]. Deze zienswijze is nog onverminderd van belang en dient als hier herhaald en ingelast beschouwd te worden.

In die zienswijze wordt beargumenteerd en geconcludeerd dat de Reggefiber onderneming onder de AMM aanwijzing van KPN dient te vallen (economische eenheid). Deze conclusie wordt naar de mening van BCPV nog eens versterkt door de verklaring van KPN in haar kwartaalrapportage Q2 2008 dat zij deze concentratie als een versterking van haar glasvezelactiviteiten beschouwt en alle glasvezelactiviteiten van KPN en Reggefiber ondergebracht worden in de betreffende joint venture[13]. BCPV kan hieruit niet anders opmaken, dan dat KPN zwaarwegende zeggenschap in de gemeenschappelijke onderneming zal verwerven nu zij al haar eigen glasvezelactiviteiten hieronder brengt. In ieder geval zullen de economische belangen van KPN in deze gemeenschappelijke onderneming zeer sterk vertegenwoordigd worden.

Voor de huurlijnen markten is evenwel van belang te constateren dat KPN in beginsel aanbieder van een huurlijn is, ook in het geval de Reggefiber onderneming onverhoopt niet onder de AMM aanwijzing van KPN valt. In dit laatste geval koopt KPN immers de glasvezelaansluiting als wholesale bouwsteen in bij Reggefiber en biedt op basis daarvan een (retail of wholesale) huurlijn aan (aan zichzelf of desgevallend aan derden). Hoe dan ook biedt deze situatie KPN de mogelijkheid om ook op enig moment huurlijnen via Reggefiber aan te bieden om zo regulering te ontlopen. BCPV is van mening dat dit wezenlijke risico te allen tijde voorkomen dient te worden.

In het ontwerpbesluit WBT en ontbundelde toegang geeft OPTA aan op dit moment een impactanalyse uit te voeren aangaande deze joint venture. BCPV acht deze impactanalyse ook van belang voor het onderhavige ontwerpbesluit huurlijnen en verzoekt OPTA die analyse ook te betrekken op de huurlijnenmarkten en de uitkomst van deze analyse zo spoedig mogelijk met

[12] Zie brief ACT aan OPTA d.d. 26 juni 2008 en email ACT aan OPTA d.d. 7 juli 2008
[13] zie presentatie KPN 'Half Year Results 2008' van 23 juli 2008, p.65

marktpartijen te delen. BCPV gaat ervan uit dat zij door OPTA nog in de gelegenheid zal worden gesteld om in dit verband op deze impactanalyse te reageren. BCPV meent dat er ofwel een nieuw ontwerpbesluit dient te worden gepubliceerd na afronding van de impactanalyse, ofwel een herziening van het marktanalysebesluit dient plaats te vinden na afronding van de aanmeldingsprocedure bij de NMa[14]. In het laatste geval dient de uitkomst van de NMa-procedure en de impact daarvan op de marktomstandigheden mee te worden gewogen.

Indien en voor zover Reggefiber niet tot de AMM aanwijzing van KPN behoort, valt naar de mening van BCPV een belangrijke grond onder het door OPTA voorgenomen reguleringskader weg. Immers, indien KPN in staat wordt gesteld om haar glasvezelaansluitnetwerk op ongereguleerde wijze uit te rollen, dan zal dit mede vanwege de niet-repliceerbaarheid van een dergelijk netwerk leiden tot beperking van concurrentie en op termijn mogelijk uitsluiting van alternatieve aanbieders. OPTA dient naar de mening van BCPV in dat geval haar analyses van de ULL, WBT en huurlijnen markten te herzien (bijvoorbeeld herziening van de marktafbakening (productmarkt en/of geografisch afbakening), striktere WBT/huurlijnen regulering), aangezien die voor een belangrijk deel leunen op de aanname dat toegang tot glasvezelaansluitnetwerken van KPN gereguleerd en mogelijk is. Het uitblijven van een dergelijke herziening leidt alsdan immers tot zinledige maatregelen waarmee (potentiële) mededingingsproblemen niet worden voorkomen.

OPTA dient in het definitieve besluit expliciet te erkennen dat de concentratie KPN-Reggefiber tevens onder de AMM aanwijzing van KPN valt.

6) Potentiële mededingingsproblemen wholesale huurlijnen

BCPV onderschrijft de analyse en conclusies van OPTA ten aanzien van de (potentiële) mededingingsproblemen op beide wholesale markten (laag- en hoogcapacitaire huurlijnen). In aanvulling daarop, merkt BCPV het volgende op.

Buitensporig hoge prijzen/marge-uitholling - BCPV ziet dit risico bevestigd in de aanbiedingen van KPN voor lage kwaliteit huurlijnen en met name op Ethernet gebaseerde diensten waarbij de wholesale prijzen dusdanig hoog zijn dat het voor alternatieve aanbieders niet aantrekkelijk is om deze diensten af te nemen. Dit wordt indirect bevestigd door de relatief hoge retailprijzen voor huurlijnen die in Nederland ten opzichte van andere landen gehandhaafd blijven (zie ook 13th Implementation Report van de Commissie) ten nadele van de eindgebruiker. Zelfs ondanks deze relatief hoge retailprijzen is er tevens sprake van een price-squeeze. Ter illustratie beschrijft BCPV hieronder een prijsvergelijking retail/wholesale waarbij het gaat om exact dezelfde VLANs:

KPN Retail aanbieding[15]: 10Mb VLAN (inclusief Internet access) €65

[redacted]

[14] KPN – Reggefiber, mededeling inzake melding voorgenomen concentraties, zaaknummer 6397, d.d. 10 juli 2008

[15] KPN retailaanbieding FttO Stadsconnect, versie CR 1.1 2007

Uiteraard is in het wholesaletarief ook nog eens geen sprake van enige retailmarge voor de alternatieve aanbieder. Als gevolg hiervan is effectieve concurrentie niet mogelijk, hetgeen uiteindelijk tot een nog groter nadeel voor de eindgebruiker leidt, en in algemene zin schadelijk is voor de ontwikkeling van de Nederlandse economie.

Ook op de wholesalemarkt voor hoge capaciteit huurlijnen kan KPN een prohibitieve prijsstelling handhaven, hetgeen OPTA ook zelf in randnummer 828 constateert. BCPV verwijst in dit kader naar de voorbeelden voor Ethernet en ISDN30 in §3.3 van deze reactie, waaruit evident blijkt dat er sprake is van buitensporig hoge tarieven/marge-uitholling op beide wholesale markten.

De prohibitieve prijstelling zowel voor laag als hoog capacitaire wholesale huurlijnen (inclusief Ethernet) door KPN brengt mee dat buitensporig hoge tarieven/marge-uitholling een reëel gevaar vormen waardoor vaste alternatieve aanbieders uit de markt kunnen worden gedrukt. BCPV is van mening dat de Nederlandse tarieven van KPN voor lage en hoge capaciteit huurlijnen tot de beste in Europa zou moeten behoren (best practice), wat thans niet het geval is. De door KPN gehanteerde retailtarieven zijn een duidelijke indicatie dat de wholesale tarieven zeer substantieel omlaag moeten

Kwaliteitsdiscriminatie – evenals OPTA (randnummer 806 en 867) is BCPV van mening dat kwaliteitsdiscriminatie voor beide wholesale markten een belangrijk mededingingsprobleem is. In onderhavige reactie heeft BCPV al meerdere malen aangegeven dat KPN de kwaliteitsniveaus voor wholesale laag- en hoogcapacitaire huurlijnen ten opzichte van hoge kwaliteit WBT (en vice versa) kunstmatig kan beïnvloeden. Dit wordt nog eens geïllustreerd door het overzicht hieronder:

Item[16]	**ILL**	**WBA**
Beschikbaarheid	99.9%	99.8% bij 90% quantiel
Levertijden	22 dagen	24 (99%)
Repairtijden	8 uur	8 uur (80%)
Penalty vertraagde levering	Na 6e dag vertraging	n.v.t.
Penalty storingsherstel	Na 8 uur storing % van VVA	n.v.t.

De kwaliteitsniveaus bestaan immers voornamelijk uit contractuele afspraken tussen KPN en afnemers van wholesale huurlijnen. Indien en voor zover deze afspraken zouden leiden tot een voor alle partijen gelijkwaardige situatie op de onderliggende retailmarkt, is dit niet direct problematisch. Evenwel blijkt KPN in staat om op retailniveau betere kwaliteitsniveaus te kunnen bieden, dan zij op wholesale-niveau aanbiedt. Dit blijkt onder meer uit het eerder door BCPV aangedragen voorbeeld dat door OPTA is overgenomen in randnummer 866. Alternatieve aanbieders ervaren deze kwaliteitssqueeze als bijzonder problematisch om op de retailmarkten te kunnen concurreren.

BCPV onderstreept de constatering en conclusie van OPTA dat kwaliteitssqueeze zich in praktijk daadwerkelijk voordoet en kwaliteitsdiscriminatie derhalve niet alleen een potentieel, maar een zeer reëel mededingingsprobleem is.

[16] In dit overzicht is de Premium A SLA van ILL gehanteerd en de Premium SLA van WBA

Strategisch productontwerp – OPTA concludeert in randnummer 809 en 870 terecht dat strategisch productontwerp een potentieel mededingingsprobleem is. Ter illustratie refereert OPTA daarbij aan het beschikbaar stellen van interconnectie tegen onnodig hoge daarmee verbonden kosten. BCPV noemt in aanvulling daarop meer concreet het risico dat de KPN diensten WBA ZM glasmodule en WeAS over aparte fysieke interconnect verbindingen afgenomen dienen te worden (kosten bedragen €25.000 per interconnect; bij lokale interconnectie bedragen dan de kosten 155 x 2 x €25.000). Ook het verbod van KPN, opgelegd aan alternatieve aanbieders, om verschillende diensten vanuit één collocatie te kunnen afnemen en/of aan te bieden is een voorbeeld van strategisch product ontwerp waardoor alternatieve aanbieders met onnodig hoge kosten geconfronteerd worden (ook wel *raising rival's costs* genoemd). Dergelijke concrete strategische productontwerpen dienen door OPTA adequaat geadresseerd te worden.

BCPV onderstreept de conclusie van OPTA dat strategisch productontwerp niet alleen een potentieel, maar een zeer reëel mededingingsprobleem is.

Discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie – BCPV gaat er vanuit dat OPTA hiermee tevens bedoelt het 'strategisch gebruik' van informatie (zie ook ontwerpbesluiten ULL en WBT). OPTA beschrijft in de randnummers 785 e.v. en 848 e.v. het risico op strategisch gebruik van informatie die noodzakelijk is voor effectief en efficiënt gebruik van een toegangsdienst. Daarbij noemt OPTA voorbeelden zoals een beschrijving van de geboden toegangsdienst, bestel- en leverprocedures etc. Alhoewel BCPV dit onderschrijft, is BCPV van mening dat het risico op strategisch gebruik van informatie veel verder strekt dan de afname van de toegangsdienst.

Alleen al de aankondiging van All IP door KPN in 2005 heeft er toe geleid dat alternatieve aanbieders gedwongen zijn nagenoeg te stoppen met investeren in infrastructuur. KPN kondigde eind 2005 aan dat de netwerkherziening in 2009 zou worden afgerond, waarna vervolgens lange tijd onzekerheid bestond. De planning voor de uitfasering van de eerste MDF locaties is inmiddels verschoven naar medio 2010. Daarnaast is bij KPN ongetwijfeld bekend op welke termijn bepaalde nummercentrales zullen worden verkocht (zie ook halfjaarcijfers KPN 2008 waarin KPN dit aankondigt). Nu ook alternatieve aanbieders (direct of indirect) gebruik maken van deze nummercentrales is deze informatie voor hen van even groot belang. Kenmerkend is dat KPN voortdurend haar plannen bijstelt en marktpartijen bovendien maar op zeer oppervlakkig niveau en zeer zelden van informatie voorziet. Dit heeft tot gevolg dat alternatieve aanbieders hun lange termijn planning ten aanzien van netwerktoegang niet met zekerheid kunnen vaststellen. Alternatieve aanbieders hebben derhalve ook inzicht nodig in de plannen aangaande i) de uitfasering van MDF-access (KPN moet o.a. inzicht geven in verkoopproces van nummercentrales), ii) de uitrol van SDF-access en glasvezelnetwerken, iii) ontwikkeling van het huurlijnen/WBT aanbod. BCPV kan zich niet voorstellen dat KPN zelf tot op heden geen inzicht heeft in deze ontwikkelingen, gezien de omvang van deze strategische plannen.

Overigens wijst BCPV daarbij ook op de rol van OPTA in het kader van dergelijke informatievoorziening. BCPV is van mening dat OPTA bij dergelijke aankondigingen op pro-actieve wijze de spelregels dient vast te stellen waarbij zij de belangen van alle betrokken partijen op gelijke wijze in acht neemt. Dit soort aankondigingen raakt immers aan de investeringsbeslissingen van alternatieve aanbieders. Bovendien wordt hierdoor de toegang tot kapitaal voor alternatieve aanbieders aanzienlijk bemoeilijkt.

Tot slot noemt BCPV in dit kader ook de aankondiging door KPN van wholesale prijswijzigingen. Deze dienen tijdig te worden medegedeeld opdat deze wijzigingen ook nog in

offertes kunnen worden meegenomen. Offertetrajecten belopen in de zakelijke markt tussen de 6 en 12 maanden. Informatie over prijsverlagingen dienen dan ook met een dergelijke termijn en gelijktijdig door KPN wholesale te worden verstrekt. Thans is daarop onvoldoende controle. Een enkele verplichting om non discriminatoir te leveren biedt geen garantie op het tijdig en gelijktijdig ontvangen van informatie over prijswijzigingen.

Wat BCPV betreft is het risico op strategisch gebruik van informatie dus ruimer dan alleen met betrekking tot de afname van wholesale huurlijnen als toegangsdienst.

OPTA dient in het definitieve besluit te erkennen dat strategisch gebruik van informatie, naast het achterhouden van operationele en/of technische informatie met betrekking tot de toegangsdienst, ook het achterhouden van informatie aangaande de planning en uitvoering van de All IP plannen van KPN omvat. Deze problemen en mogelijke toekomstige risico's dienen adequaat door OPTA te worden geadresseerd in de vorm van aan KPN op te leggen verplichtingen.

Toegangsverplichting - Alle overige vanaf randnummer 783 en 846 genoemde secundaire toegangsproblemen (vertragingstactieken, bundeling, oneigenlijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, strategisch productontwerp, oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten) komen in de praktijk veelvuldig en in onderlinge samenhang voor.

7) Verplichtingen wholesale huurlijnen

BCPV deelt de conclusie van OPTA dat aan KPN op de markten voor laag- en hoogcapacitaire huurlijnen een toegangsverplichting, non-discriminatieverplichting, transparantieverplichting, tariefregulering en de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding opgelegd dienen te worden. Wel heeft BCPV de nodige bezwaren met betrekking tot de invulling van deze verplichtingen, welke in de paragrafen hieronder nader uiteen gezet worden.

7.1. Toegangsverplichting

Technologieneutraliteit – het principe van technologieneutraliteit acht BCPV op onvoldoende wijze tot uitdrukking gebracht in de toegangsverplichting. Naar de mening van BCPV dient OPTA expliciet te bepalen dat alle soorten huurlijnen, ongeacht het type netwerk of de betreffende transporttechniek op basis waarvan deze geleverd worden, tot ofwel de markt voor laag- ofwel hoogcapacitaire wholesale huurlijnen behoren. Daarbij dient KPN van al haar aanbiedingen op retail-niveau een wholesale equivalent te bieden. Voor zover geen wholesale-equivalent aanwezig is, dient het KPN niet toegestaan te zijn de dienst op retail-niveau aan te bieden.

OPTA dient in het definitieve besluit expliciet op te nemen dat de toegangsverplichting betrekking heeft op alle soorten wholesale huurlijnen, ongeacht het type netwerk of de betreffende transporttechniek op basis waarvan deze geleverd worden.

Kwaliteitsdiscriminatie – in randnummers 1061 tot en met 1063 beschrijft OPTA voor de wholesalemarkt laagcapacitaire huurlijnen de verplichting voor KPN om kwaliteitsdiscriminatie te voorkomen. Hiertoe dient KPN voor zowel interne als externe leveringen dezelfde kwaliteit te leveren. Naar de mening van BCPV wordt daarmee echter niet voorkomen dat KPN op de retailmarkt(en) betere service levels kan aanbieden dan zij op wholesale-niveau biedt. Immers, KPN kan op papier zeer wel dezelfde service levels hanteren voor interne en externe leveringen

op wholesale-niveau terwijl haar retailorganisatie desondanks betere service levels aanbiedt. KPN's retailorganisatie kan dit risico immers gemakkelijk nemen indien de wholesale organisatie in praktijk vervolgens voorrang geeft bij de levering en instandhouding van huurlijnendiensten aan haar retailorganisatie of de retailorganisatie een 'gecalculeerd' risico neemt. KPN heeft daartoe ook alle prikkel. Alternatieve aanbieders kunnen dit risico echter niet nemen omdat zij geen enkele controle over de wholesale leveringen hebben.

OPTA dient naar de mening van BCPV in ieder geval op wholesale-niveau een ex-ante verplichting aan KPN op te leggen die inhoudt dat KPN dient te bewijzen dat al haar retail aanbiedingen die gebruik maken van intern geleverde wholesale diensten, door een efficiënte alternatieve operator kunnen worden gerepliceerd door gebruik te maken van de wholesale aanbiedingen die KPN extern aanbiedt. Door KPN op retail-niveau geboden service levels mogen dus nooit beter zijn dan de wholesale equivalent. Indien KPN er niet in slaagt om te bewijzen dat geen kwaliteitssqueeze optreedt, mag KPN de retail dienst niet aanbieden en dient KPN de wholesale aanbiedingen dusdanig te wijzigen dat geen kwaliteitssqueeze kan bestaan. In aanvulling op deze wholesaleverplichting zijn naar de mening van BCPV echter ook op retailniveau maatregelen noodzakelijk (zie hiertoe §3.3 van deze reactie).

Het voorgaande dient ook te gelden voor de wholesale markt voor hoogcapacitaire huurlijnen, temeer daar OPTA ook zelf kwaliteitsdiscriminatie als concreet mededingingsprobleem benoemt in randnummer 866.

OPTA dient in het definitieve besluit KPN op de wholesale markt voor laag- en hoogcapacitaire huurlijnen te verplichten om aan te tonen dat al haar retail aanbiedingen die gebruik maken van intern geleverde wholesale diensten, door een efficiënte alternatieve operator kunnen worden gerepliceerd door gebruik te maken van de wholesale aanbiedingen die KPN extern aanbiedt. Door KPN op retail-niveau geboden service levels mogen dus nooit beter zijn dan de wholesale equivalent. Indien KPN er niet in slaagt om te bewijzen dat er geen kwaliteitssqueeze optreedt, mag KPN de retail dienst niet aanbieden en dient KPN de wholesale aanbiedingen dusdanig te wijzigen dat geen kwaliteitssqueeze kan bestaan.

Kwaliteitsniveau dienstverlening – in randnummer 1063 verplicht OPTA KPN met betrekking tot de wholesalemarkt laagcapacitaire huurlijnen om 'gangbare kwaliteitsparameters' te leveren. De parameters die OPTA in dit kader benoemt zijn echter niet afdoende. Een voorzet voor concrete overige KPI's is te vinden in het ECTA paper inzake de draft ERG common position[17]. De KPI's dienen zaken als kwaliteit, offerteproces, (pre)ordering, levering, onderhoud en het oplossen van storingen te omvatten.

OPTA dient naar de mening van BCPV bovendien expliciet te bepalen dat er geen kunstmatige verschillen in kwaliteitsniveaus mogen bestaan tussen verschillende toegangsdiensten. Dit is slechts anders indien verschillen objectief zijn vast te stellen, hetgeen door KPN aangetoond dient te worden.

Het voorgaande dient ook te gelden voor de wholesale markt voor hoogcapacitaire huurlijnen. BCPV verwijst voor een nadere uitwerking van de aan KPN op te leggen verplichting met betrekking tot kwaliteitsniveaus naar §7.3 van deze reactie (herziening referentie-aanbod).

[17] Zie ook ECTA comments on draft erg common position: wholesale leased lines – bijlage 5

On-net en near-net toegang – in randnummer 1195 concludeert OPTA dat de toegangsverplichting voor wholesale hoogcapacitaire huurlijnen naast on-net aansluitingen tevens near-net aansluitingen dient te omvatten. Alhoewel BCPV het met OPTA eens dat de toegangsverplichting meer dient te omvatten dan alleen toegang tot bestaande aansluitingen om een 'level playing field' te creëren, is BCPV van mening dat de door OPTA voorgestelde verplichting niet toereikend is.

In het geval van *on-net* toegang zal er in praktijk veelal reeds sprake zijn van een overeenkomst tussen de (zakelijke) eindgebruiker en KPN voor de levering van de verbinding en eventuele aanvullende diensten (KPN gaat in principe pas aanleggen nadat er een overeenkomst is gesloten). FttO contracten worden overwegend voor meerdere jaren aangegaan dus zijn eventuele overstappers op *on-net* locaties zeer schaars. Concluderend kan gesteld worden dat *on-net* locaties dus vaak al vergeven zijn aan KPN.

Ten aanzien van *near-net* toegang anticipeert OPTA in het ontwerpbesluit op toegangsweigering door KPN door derde partijen zelf een aansluiting te laten graven naar de meest dichtbij gelegen manhole van KPN om daarmee een aansluiting te realiseren op de KPN CityRing. In theorie is dit een uitvoerbaar concept. In de praktijk zal het echter resulteren in inefficiënte processen voor levering en beheer en hoge kosten. Het belangrijkste probleem is dat er geen duidelijk demarcatie punt is op de verbinding tussen het segment van KPN en het segment van de alternatieve aanbieder (er wordt immers een las gemaakt in de manhole en daarmee wordt er feitelijk één glasvezelverbinding gerealiseerd). Indien er een onderbreking is op de verbinding zullen beide partijen daarom moeten onderzoeken op wiens segment van de verbinding het probleem zich voordoet. KPN zal eisen dat de alternatieve aanbieder eerst moet vaststellen dat het probleem in het KPN domein ligt, voordat KPN zelf actie onderneemt (standaard procedure voor alle gereguleerde diensten). Behalve hogere kosten voor levering en beheer, zal dit concept daarom eveneens resulteren in een verslechterde SLA.

Voorts heeft KPN Retail een enorm kostenvoordeel ten opzichte van de overige marktpartijen waar het gaat om aanlegkosten van *near-net* verbindingen. Indien KPN immers investeert in glasvezel naar een nieuwe *near-net* locatie dan heeft KPN, vanwege haar grotere marktaandeel, meer kans om deze investeringen te spreiden over meerdere eindgebruikers die vanuit de nieuwe manholes op de aan te leggen glasvezelverbinding bereikt kunnen worden. Het marktaandeel van KPN bij hoogcapacitaire (glasvezel) huurlijnen ligt ongeveer acht keer hoger in vergelijking met het marktaandeel van de grootste alternatieve aanbieder in dit segment. KPN is dus veel beter in staat om de aanlegkosten te spreiden over meerdere eindgebruikers. KPN zal op dit effect anticiperen en kan daarom veel lagere aanlegtarieven hanteren in vergelijking met andere aanbieders.

OPTA stelt dat het niet proportioneel lijkt te zijn om KPN nieuwe glasvezelverbindingen aan te laten leggen op verzoek van derde partijen. OPTA gaat echter voorbij aan het gunstige effect voor KPN vanwege de sterke correlatie tussen penetratie en dekkingsgebied. Indien een nieuwe KPN Retail klant in een gebied wordt aangesloten waar nog geen glasvezel aanwezig was, dan worden nieuwe *manholes* geïnstalleerd en kunnen weer nieuwe klanten worden bereikt (tegen een lager aanleg tarief dan concurrerende aanbieders). Op deze wijze stimuleert de penetratie de verdere vermazing van het netwerk en daarmee het dekkingsgebied van KPN Retail FttO. Uitbreiding van het KPN aansluitnetwerk ten gevolge van aansluitingen ten behoeve van derde partijen, bevoordeelt de marktpartijen, maar bevoordeelt KPN eveneens omdat hiermee nieuwe klanten kunnen worden aangesloten. De schaal- en breedtevoordelen van KPN zullen bovendien bijdragen aan de acquisitie door KPN. Vice versa resulteren glasvezelinvesteringen door

alternatieve aanbieders in allerlei losse segmenten waar bovendien minder eindgebruikers op zullen worden aangesloten, mede omdat de alternatieve aanbieder een lager marktaandeel heeft.

Op grond van het voorgaande concludeert BCPV dan ook dat deze door OPTA voorgestelde nadere invulling van de toegangsverplichting niet toereikend zal zijn om de bestaande mededingingsproblemen op te lossen.

OPTA dient naar de mening van BCPV in het definitieve besluit KPN te verplichten om verbindingen aan te leggen naar *near-net* locaties. Eventuele verschillen in aanlegkosten (bijvoorbeeld tussen *on-net* en *near-net* locaties) kunnen tot uitdrukking komen in de gereguleerde tarieven. KPN zou de redelijkheid van de opgegeven aanlegkosten en de redelijkheid van incidentele gevallen van toegangsweigering moeten motiveren.

Vorm van toegang – In de randnummers 1097 en 1224 concludeert OPTA dat toegang op lokaal, regionaal en metro niveau geleverd dient te worden. BCPV acht dit echter niet juist en is van mening dat toegang op alle niveaus, waaronder nationaal niveau, passend en noodzakelijk is. Het uitgangspunt daarbij dient te zijn dat partijen niet beperkt worden in investeringskeuzes. Per toegangsniveau dient op basis van kostenoriëntatie een tarief te worden vastgesteld.

OPTA dient in het definitieve besluit expliciet te bepalen dat toegang geboden dient te worden op alle netwerkniveaus (lokaal, regionaal, metro en nationaal niveau).

Randvoorwaarden voor intrekking reeds verleende toegang – In het ontwerpbesluit ontbundelde toegang heeft OPTA 'randvoorwaarden' bepaald voor intrekking van reeds verleende toegang. In het dictum van onderhavige ontwerpbesluit (onderdelen XI.b en XV.f) worden deze voorwaarden ook van toepassing verklaard voor laagcapacitaire huurlijnen. Ook in het kader van hoogcapacitaire huurlijnen dienen deze voorwaarden echter één-op-één te gelden. De beschikbaarheid van zowel laag- als hoogcapacitaire huurlijnen hangt immers af van het intrekken van toegang. Er zal derhalve een volwaardig alternatief ontwikkeld moet worden, temeer nu KPN in het kader van haar All IP plannen inmiddels heeft aangekondigd dat ILL in de komende jaren zal worden uitgefaseerd. Hieronder benoemt BCPV de betreffende randvoorwaarden inclusief de inhoudelijke opmerkingen ten opzichte van de toelichting die OPTA in randnummer 634 e.v. van het ontwerpbesluit ontbundelde toegang geeft:

a. 'Redelijke aankondigingstermijnen en redelijke besluitvormingstermijnen'; BCPV acht een aankondigingstermijn van minimaal 3 jaar voorafgaand aan de uitfasering noodzakelijk en redelijk in verband met langlopende contracten en het onderzoeken van een volwaardig alternatief. Naar de mening van BCPV wordt dit mede ondersteund in het rapport van TNO van 21 december 2006[18]. TNO concludeert dat voor de bouw van en migratie naar SDF-access of glasvezel een termijn van circa 3 jaar noodzakelijk is. BCPV begrijpt dat niet ieder alternatief wellicht een dermate uitgebreide netwerkbouw vereist (alhoewel dat bij bepaalde alternatieven zeker het geval is), doch wijst er wel op dat in deze termijn ook rekening gehouden dient te worden met een redelijke besluitvormingstermijn. Een termijn van minimaal 3 jaar tussen aankondiging en daadwerkelijke uitfasering is ook in dat licht niet meer dan redelijk. BCPV is bovendien

[18] TNO-rapport, 'Redelijke Termijn Migratie van MDF-Toegang naar Subloopontbundeling', 21 december 2006

van mening dat een aankondiging door KPN eerst gedaan kan worden nadat er volwaardige alternatieve aanbiedingen technisch en commercieel gespecificeerd zijn.

KPN heeft aangegeven tot en met 2012 ILL dienstverlening voort te zetten voor nieuwe en reeds geleverde huurlijnen. Echter in haar brief van 29 juli jl. (zie bijlage 2) geeft KPN aan dat ILL op een aantal centrales wel zal worden uitgefaseerd en wel voor 2012 (Centrales Zoeterwoude, Haaksbergen en St. Isidorishoeve). In tegenstelling tot wat KPN dus eerder heeft gecommuniceerd, vindt deze uitfasering kennelijk plaats zonder dat er een volwaardig alternatief is voorgesteld, besproken, overeengekomen, getest, geïmplementeerd, etc.

b. 'Beschikbaarheid en afneembaarheid van (gereguleerde) alternatieven'; zoals BCPV onder sub a reeds heeft opgemerkt, dienen volwaardige alternatieve aanbiedingen technisch en commercieel gespecificeerd te zijn op het moment dat KPN de uitfasering aankondigt (dus 3 jaar voorafgaand aan de uitfasering). BCPV acht het noodzakelijk dat een dergelijk aanbod tenminste 2 jaar voorafgaand aan de uitfasering effectief afneembaar is. Zo lang er geen (gereguleerd) afneembaar alternatief beschikbaar is, dienen de MDF centrales open te blijven. Alternatieve aanbieders dienen immers in de gelegenheid te worden gesteld alle alternatieven op zorgvuldige wijze te onderzoeken, een besluit te nemen en te implementeren, inclusief migratieprocessen. Bovendien is BCPV van mening dat OPTA bij de beoordeling van de door KPN verzochte uitfasering de beschikbare alternatieven dient mee te wegen (zolang onvoldoende alternatieven beschikbaar zijn, kan de uitfasering geen doorgang hebben). Overigens is BCPV van mening dat de beschikbaarheid van SDF- en/of ODF-access in het kader van onderhavig criterium niet zonder meer tot een positieve beoordeling dient te leiden. BCPV is van mening dat de beschikbaarheid van WBT en huurlijnen hier evenzo als voorwaarde dient te gelden. Het kan niet zo zijn dat alternatieve partijen worden gedwongen te investeren in SDF- en/of ODF-access, of eigen infrastructuur, temeer daar de business case hiervoor te veel onzekerheden kent. Daarnaast dient OPTA alternatieve aanbieders in de gelegenheid te stellen op basis van het principe van de investeringsladder voldoende schaalgrootte te creëren.

c. 'Gelijke behandeling uitfasering KPN diensten'; uitfasering kan naar de mening van BCPV alleen worden toegestaan als van KPN in redelijkheid voortzetting van de dienstverlening niet langer verwacht kan worden. Hiervan kan slechts sprake zijn, indien KPN in het geval van uitfasering de betreffende ILL/MDF-locatie eveneens verlaat. In die locaties waarover KPN nog de beschikking heeft, dient dat in ieder geval niet aan de orde te zijn.

De ervaring leert dat dit nu lang niet altijd het geval is. Naast de 155 zogenaamde Metro Core Locaties ('MCL'), waarvan op 138 ILL/MDF locaties de ILL/MDF dienstverlening wordt voortgezet, houdt KPN nog eens 210 Metro Bridge Locaties ('MBL') open. KPN heeft enige tijd geleden aangekondigd op 59 additionele locaties de MDF dienstverlening te willen continueren. KPN is voornemens deze locaties te gebruiken voor bijvoorbeeld ODF toegang op zakelijke cityringen en als Fibre Concetration Point ('FCP') ten behoeve van SDF en/of ODF access. Ongeacht welke activiteiten KPN voornemens is op dergelijke locaties te continueren, is een dergelijke voortzetting van activiteiten door KPN op zulke locaties, terwijl tegelijk ILL wordt uitgefaseerd (en bovendien de situatie inzake SDF en ODF access onduidelijk blijft), voor BCPV onaanvaardbaar. Het kan immers niet zo zijn dat KPN haar bedrijfsvoering, onverschillig in welke vorm, voortzet

terwijl andere afnemers geen gebruik meer kunnen maken van de dienstverlening. Daarnaast is het naar mening van BCPV niet acceptabel dat het recht op ILL/MDF - dienstverlening wordt ingetrokken op een MCL en MBL waar alternatieve DSL aanbieders (nog) niet aanwezig zijn.

Om de hierboven genoemde redenen is ook het door KPN genoemde 'All together principe' in haar brief van 29 juli 2008 (zie bijlage 2) niet juist. Volgens KPN dienen KPN en marktpartijen in dezelfde periode te stoppen met gebruikmaking van ILL/MDF - dienstverlening in een bepaald gebied. Daarmee maakt KPN de dienstverlening van alternatieve aanbieders volledig afhankelijk van haar eigen commerciële keuzes, zelfs indien de betreffende faciliteiten nog beschikbaar zijn (zie ook de brief van ACT d.d. 26 juni 2008 waarin ACT OPTA wijst op mogelijke sale&lease back constructies met betrekking tot de MDF centrales). BCPV maakt zich dan ook zorgen over de houding die KPN in dit proces aanneemt en benadrukt het belang van een pro-actieve rol van OPTA in deze.

d. 'Heldere procesafspraken over uitfasering- en overlaytermijnen'; BCPV onderschrijft de noodzaak van dergelijke procesafspraken. Migratie kan pas plaats vinden nadat overeenstemming is bereikt over deze procesafspraken en zowel KPN als de alternatieve aanbieder(s) redelijkerwijs in staat zijn om de migratie te realiseren. Dit betekent dat de gehele keten, inclusief afnemers van wholesalediensten gebaseerd op koper, tussen KPN en de uiteindelijke eindgebruiker betrokken is bij de migratie om de dienstverlening aan die eindgebruiker zeker te stellen.

e. 'Redelijke kwaliteit en garantie van dienstverlening'; BCPV acht de service niveaus in het kader van migraties van ten minste zo groot belang als voor de reguliere dienstverlening. Ook hiervoor dienen garanties, inclusief boetebeding ingeval van het niet voldoen aan minimumniveaus, door KPN te worden verstrekt.

f. 'Redelijke termijn voor publicatie planningsoverzicht uitfasering van ILL/MDF (en SDF)-locaties waar binnen een termijn van 24 maanden een herontwerp van ILL/MDF-locatie of ontmanteling van ILL/MDF(en SDF) locatie plaatsvindt'; BCPV onderschrijft de noodzaak van inzicht in deze planning, aangezien de bedrijfsvoering hiervan afhankelijk is. BCPV acht het echter van essentieel belang dat KPN dit planningsoverzicht periodiek (maandelijks) in actuele vorm aan alternatieve aanbieders ter beschikking stelt. Alternatieve aanbieders dienen over hetzelfde informatieniveau te beschikken als KPN zelf. Daarbij is overigens niet van belang of dit de retail of wholesale tak van KPN betreft. Alternatieve aanbieders concurreren immers niet uitsluitend met KPN retail, maar zeker ook met KPN wholesale. De genoemde termijn van 24 maanden is echter niet afdoende. BCPV is van mening dat de genoemde termijn voor herontwerp van de ILL/MDF locatie tenminste drie jaar dient te bedragen en volwaardige alternatieve aanbiedingen ten minste 2 jaar voorafgaand aan de uitfasering effectief afneembaar zijn (zie ook opmerking bij sub b)). Van belang is ook dat OPTA in dit kader verplichtingen opneemt voor het geval KPN uitfasering aankondigt en de plannen vervolgens wijzigt of niet door laat gaan. Dergelijke wijzigingen schaden alternatieve partijen namelijk in hoge mate. Een boetebeding is in dat kader passend en noodzakelijk ook om KPN te prikkelen informatie over haar plannen zorgvuldig te communiceren.

g. 'Redelijke termijn voor publicatie overzicht van beschikbaarheid SDF en ODF'; hiervoor geldt het zelfde principe als BCPV hierboven onder sub f heeft verwoord. Daarbij merkt

BCPV op, zoals hierboven ook reeds is aangegeven, dat alternatieve aanbieders betrokken dienen te worden in de besluitvorming met betrekking tot de beschikbaarheid van SDF en ODF, en de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul en (zoals BCPV hierboven reeds opmerkte), eveneens ODF-backhaul als bijbehorende faciliteit.

OPTA dient in het definitieve besluit de randvoorwaarden voor intrekking van reeds verleende toegang, zoals bepaald in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang, ook in het definitieve besluit huurlijnen op te nemen. Deze randvoorwaarden dienen bovendien aangescherpt te worden (zie hierboven).

7.2. Non-discriminatieverplichting

BCPV hanteert als uitgangspunt dat de non-discriminatieverplichting op dusdanige wijze dient te worden ingericht dat sprake is van *equivalence of input* op basis van *equal time to market* en dat het verbod mede waarborgen bevat tegen marge-uitholling. BCPV heeft waardering voor de nadere uitwerking die OPTA in randnummer 1103 e.v. geeft, doch meent dat een verdergaande precisering noodzakelijk en passend is om de geconstateerde mededingingsproblemen adequaat te adresseren.

Equivalence of input - BCPV heeft eerder gepleit voor een invulling van het discriminatieverbod die tevens inhoudt dat KPN zichzelf onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden behandelt als haar concurrenten en niet alleen het omgekeerde, nl. dat KPN onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden levert aan externe afnemers als bij interne leveringen aan het eigen retailbedrijf. Met andere woorden, KPN dient zelf de diensten af te nemen die zij aan derden levert. Dit sluit aan bij de invulling die Ofcom in het kader van Open Reach aan equivalence of input heeft gegeven[19] als ook bepleit is door BCPV in het ACT position paper zakelijke markt d.d. 3 december 2007. Het discriminatieverbod dient ervoor geen ruimte te laten dat KPN zichzelf wholesale diensten levert die zij niet tevens beschikbaar stelt aan haar afnemers.

In dit verband geeft BCPV OPTA in overweging in de non-discriminatieverplichting expliciet te bepalen dat alle wholesalediensten die KPN zelf bij wijze van interne levering afneemt ten behoeve van het leveren van diensten op onderliggende retailmarkten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden beschikbaar dienen te zijn voor afnemers. Daarmee wordt voldaan aan het uitgangspunt van equivalence of input.

Equal time to market – OPTA heeft in randnummer 701 en 856 vastgesteld dat KPN de mogelijkheid en een prikkel heeft om vertragingstactieken toe te passen. Het discriminatieverbod dient tevens waarborgen te bevatten tegen dergelijke tactieken. Daartoe dient tevens te worden bepaald dat KPN eerst nieuwe retaildiensten mag introduceren, indien tenminste concurrerende diensten effectief kunnen worden aangeboden door alternatieve aanbieders op basis van wholesale-equivalenten die een rechtstreekse afspiegeling vormen van de betrokken retaildiensten met gelijke kwaliteit als de onderliggende retaildiensten. Daarmee wordt bereikt dat KPN en concurrenten gelijktijdig aan de start kunnen verschijnen en wordt voorkomen dat KPN de markt

[19] Ofcom: Equivalence of input will mean that all providers will benefit from (i) the same products, with equal opportunity to contribute to the development of new products (ii) the same prices, offered to all providers equally; and (iii) the same processes, to ensure all providers are able to order, install, maintain and migrate connections for tgheir customers on equal terms.
http://www/ofcom.org.uk/media/news/2005/06/nr_20050623:

naar zich toetrekt door niet gelijktijdig adequate wholesale-equivalenten te leveren. Een toetsing van wholesale-equivalenten bij de voorgenomen introductie van nieuwe retaildiensten of varianten op bestaande diensten als gevolg van technologische innovaties dient plaats te vinden aan de hand van een fit-for-purpose test[20].

Non-discriminatie en marge-uitholling – BCPV bepleit in dit kader tevens een ex-ante wholesale verplichting ten aanzien van KPN, als AMM aanbieder op de wholesale markten voor huurlijnen. KPN dient de bewijslast te dragen, voor de lancering van elk relevant retail product, dat de wholesale dienstverlening efficiënte alternatieve aanbieders in staat stelt om dit aanbod te 'matchen' (in §3.3 van deze reactie heeft BCPV aangetoond dat wholesale afnemers op dit moment de retailtarieven van KPN nimmer kunnen matchen). Dit houdt tevens in dat het door KPN intern afgenomen wholesale aanbod ook technisch en economisch haalbaar dient te zijn voor alternatieve aanbieders. Indien dit niet het geval is, dient KPN de wholesale producten of prijzen neerwaarts aan te passen, indien nodig ook als tussentijdse aanpassing gedurende de price cap periode. Een dergelijke verplichting is te meer noodzakelijk nu OPTA kennelijk voornemens is de bestaande regulering op bepaalde retailmarkten in te trekken.

In randnummer 1120 stelt OPTA dat wholesale tariefregulering op basis van kostenoriëntatie voorkomt dat de retailmarges van afnemers van ontbundelde toegang onder druk komen te staan. BCPV erkent dat het uitgangspunt van kostenoriëntatie op wholesale niveau aan een gelijkwaardig speelveld op retailniveau kan bijdragen. Evenwel is de AMM partij nog altijd in staat om bijvoorbeeld door middel van bundeling, kruissubsidiëring, schaal- en breedtevoordelen een pricesqueeze te veroorzaken. Bovendien kan KPN gezien de hoge marges op haar wholesale diensten[21] al dan niet tijdelijk genoegen nemen met een lage marge op haar retaildiensten (vestzak-broekzak), waardoor zich ook in aanwezigheid van wholesale tariefregulering marge-uitholling kan voordoen.

Ook biedt de toepassing van het EDC-model als kostentoerekeningssyteem KPN alle mogelijkheid om bij de vaststelling van de wholesale tarieven allerlei kosten op te voeren, zonder dat de aard en de hoogte van die kosten op enige wijze door alternatieve partijen te verifiëren zijn. Hierdoor ontstaat het risico op buitensporig hoge tarieven op wholesale-niveau waardoor marge-uitholling kan ontstaan.

De wijze waarop marge-uitholling dient te worden tegengegaan is nader uitgewerkt in een separate zienswijze, welke is bijgevoegd in bijlage 3.

De invulling van de non-discriminatieverplichting moet nader worden uitgewerkt op basis van het uitgangspunt van *equivalence of input* waarbij:

a. KPN zelf de diensten dient af te nemen die zij aan derden levert (en niet andersom);
b. KPN eerst nieuwe retaildiensten mag introduceren als concurrenten daarmee concurrerende diensten kunnen aanbieden op basis van wholesale-equivalenten die een rechtstreekse afspiegeling vormen van de betrokken retaildiensten met gelijke kwaliteit als de onderliggende retaildiensten (voorkomen kwaliteitsdiscriminatie);
c. Dit door OPTA is getoetst aan de hand van een fit-for-purpose test (gelijktijdig aan de start kunnen verschijnen), en

[20] http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/line_rental/wlrffp_statement/

[21] zie jaarcijfers KPN 2007

d.	OPTA bepaalt dat KPN voorafgaand aan de introductie van ieder relevant retail product dient aan te tonen en OPTA dient vast te stellen dat de wholesale dienstverlening, in dit geval wholesale huurlijnen, efficiënte alternatieve aanbieders in staat stelt om dit aanbod op retail-niveau te 'matchen', en
e.	het KPN wordt verboden om concurrentiegevoelige informatie vanuit de wholesaleorganisatie door te leiden naar de retailorganisatie.

Strategisch gebruik van informatie – BCPV is van mening dat dit (potentiële) mededingingsprobleem in onvoldoende mate wordt geadresseerd in door OPTA voorgestelde verplichtingen.

BCPV acht tijdige, gedetailleerde en non-discriminatoire informatievoorziening met betrekking tot alle aspecten van All IP (waaronder uitfasering ILL/MDF-access, uitrol SDF- en ODF-access, ontwikkeling huurlijnen dienstverlening, verkoop nummercentrales etc.) van essentieel belang. Evident is dat alternatieve aanbieders moeten gissen naar de uitvoering van de All IP plannen van KPN, terwijl deze plannen cruciaal zijn voor de bedrijfsvoering van alternatieve aanbieders.

BCPV acht het van belang dat KPN verplicht wordt periodiek, tenminste maandelijks, en te goeder trouw alle informatie met betrekking tot de uitvoering van All IP te actualiseren en ter beschikking te stellen aan alternatieve aanbieders. Daarnaast dient nieuwe informatie op het moment dat deze binnen KPN bekend wordt, ongeacht of dit KPN retail of KPN wholesale betreft, op non-discriminatoire wijze met andere aanbieders gedeeld te worden.

In §6 van deze reactie gaf BCPV reeds aan dat offertetrajecten in de zakelijke markt tussen de 6 en 12 maanden belopen. Informatie over prijswijzigingen dienen dan ook met een dergelijke termijn door KPN wholesale te worden verstrekt en gelijktijdig. Thans is daarop onvoldoende controle. Een enkele verplichting om non discriminatoir te leveren biedt geen garantie op het tijdig en gelijktijdig ontvangen van informatie over prijswijzigingen. Dit probleem dient derhalve ook in het kader van de toegangs- en transparantieverplichting geadresseerd te worden.

Tariefvoorwaarden - In randnummer 1109 e.v. stelt OPTA dat de non-discriminatieverplichting in beginsel niet in de weg staat aan enige vorm van tariefdifferentiatie. OPTA redeneert voorts dat tariefdifferentiatie voor zover de kortingen een door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel weerspiegelen. BCPV is van mening dat OPTA dit nader dient te specificeren en dient te bepalen dat tariefdifferentiatie slechts is toegestaan indien er sprake is van *aantoonbare* en *objectieve* kostenvoordelen en dat een dergelijke differentiatie nimmer de interne KPN leveringen mag bevoordelen ten opzichte van externe leveringen. Dit betekent dus ook dat kwantumkortingen niet zijn toegestaan indien KPN zelfs in het geval van aantoonbare en objectieve kostenvoordelen als enige aanspraak maakt op een bepaalde kwantumkorting. Gezien haar schaalgrootte zal KPN retail immers veel eerder en/of als enige aanspraak kunnen maken op de hoogste staffel/kwantumkorting.

OPTA dient in het definitieve besluit expliciet te bepalen dat tariefdifferentiatie slechts is toegestaan indien er sprake is van *aantoonbare* en *objectieve* kostenvoordelen. Dit mag in ieder geval nimmer leiden tot bevoordeling van KPN's eigen retailorganisatie (ook niet indien KPN als gevolg van aantoonbare en objectieve kostenvoordelen aanspraak maakt op een kwantumkorting).

7.3. Transparantieverplichting/referentie-aanbod

BCPV onderschrijft de noodzaak tot het opleggen van een transparantieverplichting alsmede de verplichting tot het bekend maken van een referentie-aanbod. BCPV is van mening dat de transparantieverplichting tevens de verplichting voor KPN omvat om alle informatie met betrekking tot haar All IP plannen met alternatieve aanbieders te delen. BCPV volstaat hier door te verwijzen naar §7.2 van deze reactie en verzoekt ook de transparantieverplichting met die punten aan te scherpen.

Kwaliteitsparameters in het referentie-aanbod - In randnummer 1100 benoemt OPTA de onderwerpen die in het referentie-aanbod opgenomen dienen te worden, waaronder kwaliteit van de dienst en eventuele boeteclausules. Op dit moment heeft KPN in het bestaande referentie-aanbod bepaalde KPIs, SLAs en boetebedingen opgenomen. Desondanks is er sprake van ernstige mededingingsproblemen, zoals kwaliteitsdiscriminatie, hetgeen BCPV in §6 nader heeft toegelicht. Daarnaast is er sprake van een onacceptabel kwaliteitsniveau, waardoor alternatieve partijen niet in staat zijn op retailniveau kwalitatief hoogwaardige diensten te leveren. Voor de goede orde levert BCPV nogmaals de analyse aan van kwaliteitsparameters voor de verschillende diensten van KPN (bijlage 1)

In dit kader benadrukt BCPV de noodzaak om KPN te verplichten om door middel van een Industry Group de huidige KPIs, SLAs en boetebedingen in detail te herzien en deze in het referentie-aanbod op te nemen. Daarbij dient OPTA op pro-actieve wijze een sturende rol in te nemen en te interveniëren indien partijen op onderdelen niet tot overeenstemming komen.

Ook dient OPTA ter voorkoming van vertragingstactieken KPN te verplichten binnen 1 maand na inwerkingtreding van het besluit een nieuw referentie-aanbod te publiceren en aan OPTA voor te leggen, waarin ook de herziene KPIs, SLAs en boetebedingen zijn opgenomen. Vervolgens dient OPTA naar de mening van BCPV het nieuwe referentie-aanbod te beoordelen en hiertoe een implementatiebesluit te nemen. In dit implementatiebesluit dient OPTA, voor zover nodig, de onderdelen te adresseren die in onvoldoende mate in het referentie-aanbod zijn opgenomen.

In aanvulling op het voorgaande dient KPN eveneens verplicht te worden de naleving van de KPIs, SLAs en boetebedingen te monitoren en de resultaten daarvan (in de openbaarheid) te publiceren en vergelijkbaar te maken met de parameters voor interne leveringen. BCPV verwijst in hiervoor naar de monitoring en publicatie van de resultaten van interne vs. externe leveringen voor ULL naar de publicatie door BT in het kader van 'Open Reach'[22]. Op die wijze wordt meer inzicht verkregen of KPN zichzelf al dan niet bevoordeelt ten opzichte van externe afnemers.

OPTA dient in het definitieve besluit de verplichting tot het publiceren van een referentie-aanbod aan te vullen in die zin dat het referentie-aanbod binnen 1 maand na inwerkingtreding van het besluit aan OPTA voorgelegd dient te worden en dat OPTA op basis daarvan een implementatiebesluit zal nemen. Bijzondere aandacht verdient de noodzakelijke herziening van KPIs, SLAs en boetebedingen, door middel van een Industry Group. Tevens dient KPN in het kader van de transparantieverplichting verplicht te worden de naleving van KPIs en SLAs voor zowel interne als externe leveringen (en in vergelijking met elkaar) inzichtelijk te maken.

7.4. Tariefregulering

22 http://www.btplc.com/Thegroup/Regulatoryinformation/Ourundertakings/KeyPerformanceIndicators/KeyProductPerformanceIndicators/llu1d.htm

BCPV benadrukt de noodzaak tot het hanteren van kostenoriëntatie voor alle wholesale huurlijnen van KPN (randnummers 1122 en 1230) ter voorkoming van buitensporig hoge tarieven. Zoals BCPV reeds in §3.3 en §6 van deze reactie heeft aangegeven zijn de huidige (commerciële) tarieven van KPN voor wholesale huurlijnen en WBT thans buitensporig hoog, hetgeen alleen al blijkt uit het simpele gegeven dat bij verschillende diensten de retailtarieven van KPN aanmerkelijk lager zijn dan de tarieven voor het wholesale equivalent.

De maatregel tot kostenoriëntatie zou dan ook in ieder geval dienen te leiden tot lagere wholesale tarieven dan de huidige tarieven, maar uiteraard ook lager dan de retailtarieven van KPN. Indien dit niet het geval is, is kostenorientatie niet toereikend om marge-uitholling te remediëren.

In aanvulling op kostenoriëntatie dient OPTA derhalve te waarborgen dat marge-uitholling effectief wordt voorkomen. Hiertoe stelt BCPV voor dat OPTA in aanvulling op kostenoriëntatie een zogenaamde imputation test hanteert op basis waarvan de wholesale tarieven kunnen bijgesteld tot op het niveau waarop niet langer sprake is van marge-uitholling. Dit voorstel wordt nader uitgewerkt in het ACT paper dat u aantreft in bijlage 3.

Voor nadere opmerkingen met betrekking tot de tariefregulering verwijst BCPV naar de brief van ACT van 7 april 2008 waarin de uitgangspunten voor tariefregulering zijn weergegeven en bijlage 4 bij deze reactie.

7.5. Gescheiden boekhouding

BCPV onderschrijft de verplichting voor KPN tot het hanteren van een gescheiden boekhouding voor de levering van huurlijnen.

BCPV verzoekt u deze reactie in zijn geheel als bedrijfsvertrouwelijk te behandelen. Uiteraard is BCPV bereid hierover nader van gedachten te wisselen.

Met vriendelijke groet,
Namens BCPV

E. Bogert

Bijlage 1: [redacted]
Bijlage 2: Brief KPN d.d. 29 juli 2008
Bijlage 3: ACT PST zienswijze
Bijlage 4: ACT WPC zienswijze
Bijlage 5: ECTA comments on draft erg common position: wholesale leased lines
Bijlage 6: KPN leaflet ISDN 30