College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie
Autoriteit
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG

datum	8 september 2008	van	Alex Goldblum
uw ref.	/	telefoon	030-2428700
onze ref.	20080809AGmc	fax	
betreft	Marktanalyse huurlijnen (en WBT)	e-mail	

Geacht College,

1 Eurofiber heeft kennis genomen van het ontwerpbesluit Marktanalyse Huurlijnen van 29 juli 2008 met kenmerk OPTA/AM/2008/201538 (hierna: Ontwerpbesluit). Door middel van dit schrijven geeft Eurofiber haar schriftelijke zienswijze zoals bedoeld in afdeling 3.4 Awb. Gezien de hierna nog te bespreken grief inzake de onjuiste marktafbakening, geldt deze zienswijze eveneens voor ontwerpbesluit Marktanalyse Wholesale-breedbandtoegang van 29 juli 2008 met kenmerk OPTA/AM/2008/201536.

2 Eurofiber heeft tijdens de informatiefase naar aanleiding van vragen van uw College reeds schriftelijk inlichting verstrekt in de verschillende antwoorden op voornoemde vragen. De inhoud van die brieven dient in het kader van de onderhavige zienswijze als herhaald en ingelast te worden beschouwd.

Alle diensten en andere werkzaamheden worden verricht op basis van een overeenkomst van opdracht met de maatschap Brinkhof. Deze maatschap bestaat uit rechtspersonen en is gevestigd in Amsterdam. De algemene voorwaarden van Brinkhof maken deel uit van de overeenkomst. Deze voorwaarden, waarin een aansprakelijkheidsbeperking, de toepasselijkheid van Nederlands recht en de exclusieve bevoegdheid van de Nederlandse rechter zijn bedongen, worden op verzoek kosteloos toegezonden en zijn eveneens te vinden op www.brinkhof.com.

INLEIDING

3 Uw College is bij haar marktanalyse in de eerste plaats gebonden aan de relevante markten die door de Europese Commissie in haar aanbeveling relevante markten zijn afgebakend. Ten aanzien van huurlijnen heeft de Commissie alleen een wholesalemarkt afgebakend:

> *"wholesale terminating segments of leased Lines, irrespective of the technology used to provide leased Lines or dedicated capacity"*

4 In het Ontwerpbesluit analyseert uw College echter zowel de retail huurlijnenmarkten alsmede de boveniiggende wholesalemarkten. Daarbij heeft uw College zowel op retail niveau als op wholesale niveau (terminating) een onderscheid gemaakt tussen huurlijnen met een capaciteit van ≤ 20 Mbit/s

(laagcapacitair) en huurlijnen met een capaciteit van >20 Mbit/s (hoogcapacitair, volgens OPTA altijd huurlijnen over glas). Daarnaast bestaat er volgens uw College een aparte wholesale trunk markt.

5 Eurofiber kan zich – met inachtneming van hetgeen ze hierna nog zal aanvoeren - op zichzelf vinden in het laatstgenoemde onderscheid. Zie echter ook hierna. Zoals uw College bekend is Eurofiber met name actief op de markt voor hoogcapacitaire huurlijnen. Dat geldt zowel voor de wholesalemarkten (waar zij (intern en extern) leverancier is van wat OPTA noemt "terminating verbindingen" alsmede van trunkverbindingen aan andere telecombedrijven en ISP's) als voor de retailmarkten (waar zij huurlijnen levert aan grootzakelijke gebruikers). Om die reden beperkt Eurofiber haar zienswijze met name tot de retail- en wholesalemarkten voor hoogcapacitaire huurlijnen alsmede de trunkmarkt (waaronder de MDF-backhaul). Op een enkel punt zal ook de markt voor laagcapacitaire huurlijnen aan de orde komen.

MARKTANALYSE HOOGCAPACITAIRE HUURLIJNEN

Marktafbakening

6 Zoals hiervoor aangegeven maakt OPTA in het Ontwerpbesluit een onderscheid tussen laagcapacitaire en hoogcapacitaire aansluitingen. De grens ligt bij capaciteit van 20 MBit/s. Wat betreft hoogcapacitaire aansluitingen geeft OPTA in randnummer 349 Ontwerpbesluit aan dat het bij hoogcapacitiare huurlijnen gaat om diensten die alleen op basis van glas kunnen worden aangeboden. Daarmee ziet OPTA echter over het hoofd dat ook op basis van bepaalde technieken over koper (zoals VDSL2 technieken die in het kader van ALL IP (verglazing tot de straatkast) zal worden geleverd) snelheden van 20 MBit/s en meer kunnen worden gehaald. Hetzelfde geldt voor de kabelnetwerken (COAX). De beperking tot glasverbindingen dient dan ook in het definitieve besluit niet terug te keren omdat daarmee ten onrechte bepaalde hoogcapacitaire diensten over koper en COAX (kabel) niet tot de relevante markt worden meegerekend.

7 Ten aanzien van de wholesalemarkten maakt uw College een onderscheid tussen enerzijds terminating verbindingen (aansluitnetwerken) en anderzijds trunkverbindingen. Bij terminating verbindingen gaat het om een verbinding in het (lokale) aansluitnetwerk. In het huidige KPN netwerk gaat het om de verbinding tussen de eindgebruiker en de MDF-centrale (MDF). In de toekomstige ALL IP omgeving gaat het om de verbinding tussen de eindgebruiker en straatkast (Metro access locatie). Eurofiber kan zich grotendeel s vinden in die afbakening van de relevante productmarkten. Waar het gaat om de ALL IP omgeving dient het grensvlak – zoals hierna nog zal worden besproken – tussen access en trunk logischerwijze op de metro core locatie te liggen omdat

geen enkele andere partij in staat is een SLU backhaul aan te leggen (zoals OPTA terecht heeft vastgestelde in haar marktanalyse ontbundelde toegang).

8 Ten aanzien van de trunkmarkt is Eurofiber – zoals hierna nog ook nog aan de orde zal komen – van mening dat OPTA ten onrechte voornemens is om een specifieke trunkmarkt – te weten de markt voor MDF-backhaul – niet te reguleren. Op die wholesale infrastructuurmarkt doen zich tal van mededingingsrechtelijke problemen voor die OPTA had moeten adresseren. In het kader van de marktafbakening is relevant dat – zoals OPTA ook zelf stelt – niet alle concurrenten van KPN een MDF-backhaul hebben naar alle 1365 lokale MDF-centrales. Slechts op 400 van de 1365 MDF-centrales zijn concurrenten aanwezig. Eurofiber zelf is op **[vertrouwelijk]** MDF centrales aanwezig. Onder die omstandigheden dient OPTA zich af te vragen of er wel sprake is van een nationale markt voor trunkverbindingen die geheel Nederland omvat. Ten aanzien van trunkverbindingen in het algemeen stelt OPTA in randnummer 643:

> *Geografische verschillen in concurrentie kunnen ontstaan indien op de verschillende regionale knooppunten van KPN verschillende aantallen concurrenten zijn aangesloten. Indien bijvoorbeeld op een regionaal knooppunt geen concurrenten zijn aangesloten en op een ander knooppunt drie concurrenten, dan resulteert dit in verschillende concurrentievoorwaarden op die knooppunten. In dat geval zullen de concurrentievoorwaarden naar verwachting te veel verschillen (onvoldoende homogeen zijn) om te kunnen spreken van één geografische mark.*
>
> *Op dit moment zijn er zeven aanbieders die op alle regionale knooppunten van KPN zijn aangesloten. Dit maakt de concurrentievoorwaarden op alle regionale knooppunten vrijwel identiek.* [..] *en voldoende homogeen om te spreken van één geografische markt.*

9 Waar het gaat om trunkverbindingen tussen de regionale centrales gaat deze theorie op en is sprake voldoende homogeniteit. Aangezien de trunkmarkt ook de infrastructuur en transport tussen de lokale MDF-centrales en tussen de lokale MDF centrales en de regionale centrales omvat – de MDF-backhaul – dient voor de geografische marktafbakening ook de situatie op de lokale centrales bekeken te worden. Zoals gezegd is op het overgrote deel van de MDF-centrales geen concurrent van KPN aanwezig. Het is daarom denkbaar dat ten aanzien van de MDF-backhaul onderscheid moet worden gemaakt tussen de MDF-centrales waar wel en centrales waar geen concurrenten aanwezig zijn. Het feit dat in de toekomst veel van deze MDF-locaties zullen worden uitgefaseerd terwijl de overgebleven locaties gaan fungeren als metro core locaties maakt dit niet anders. De komende reguleringsperiode is van (volledige) uitfasering geen sprake. KPN heeft haar uitfaseringsplannen inmiddels

verschillende keren bijgesteld. OPTA dient dan ook bij het vaststellen van de relevante markt uit te gaan van de thans bestaande situatie die voorlopig ook niet zal veranderen. Voor de goede orde zij opgemerkt dat in de toekomstige ALL IP omgeving de backhaulverbindingen naar de metro core locaties hoe dan ook gereguleerd moeten worden (ook als er concurrenten aanwezig zijn) omdat zich alsdan nieuwe mededingingsproblemen voordoen (zie hierna).

10 Tenslotte is Eurofiber van mening dat OPTA ten onrechte vaststelt dat hoge kwaliteit WBT geen onderdeel uitmaakt van de markt voor huurlijnen. Functioneel gezien zijn beide dienste vergelijkbaar en behoren zij tot dezelfde productmarkt. Om die reden brengt Eurofiber de onderhavige zienswijze eveneens in als zienswijze op het ontwerpbesluit marktanalyse wholesale breedbandtoegang en dient hetgeen hierin is gesteld als herhaald en ingelast te worden beschouwd ten aanzien van de markten voor wholesale breedbandtoegang.

Wholesale terminating

Dominantieanalyse

11 In het Ontwerpbesluit stelt OPTA vast dat KPN beschikt over een AMM op de wholesalemarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen (terminating). OPTA concludeert daartoe in randnummer 475 (retailanalyse) dat het glasnetwerk van KPN fijnmaziger is dan dat van haar concurrenten waardoor de kosten voor KPN van het aansluiten van nieuwe klanten significant lager zijn. KPN is de enige aanbieder die een landelijk dekkend glasnetwerk kan aanbieden. OPTA geeft aan dat als gevolg van deze schaalvoordelen die KPN heeft ten opzichte van haar concurrenten, hoogcapacitiare huurlijnen van KPN moeilijk te dupliceren zijn. Er is met andere woorden sprake van niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, een belangrijke aanwijzing voor dominantie. Voorts geeft OPTA aan dat er sprake is van toetredingsbarrières. Ten aanzien van de wholesalemarkten (terminating) komt OPTA logischerwijze tot dezelfde conclusie. In randnummer 681 ev. wordt gewezen op de schaal- en breedtevoordelen, de controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, toetredingsbarrières alsmede verticale integratie en netwerkdekking.

12 Eurofiber kan zich vinden in deze dominantieanalyse. Het is – zeker in het kader van de hierna nog te bespreken noodzakelijke verplichtingen – goed om vanuit het perspectief van een infrastructuurconcurrent van KPN (Eurofiber) voor ogen te houden welke voordelen de dominante positie (op zowel de wholesale als retailmarkt voor huurlijnen) voor KPN met zich brengt. Kort samengevat kunnen zich als gevolg van die positie de volgende mededingingproblemen voordoen (die door OPTA ook geadresseerd moeten worden om (infrastructuur)concurrentie op deze markten te behouden:

a) KPN's glasvezelinfrastructuur is – zoals ook OPTA terecht constateert - omvangrijker dan dat van haar concurrenten (landelijk bereik) maar is ook meer vermaasd (dichter bij de eindklant) dan dat van de concurrentie. Dit biedt op twee onderscheidenlijke wijzen een voordeel voor KPN:

   I. De marginale kosten voor het maken van een (verglaasde) klantaansluiting op het netwerk zijn in zijn algemeenheid voor KPN wezenlijk lager dan voor de concurrentie.

   II. In de praktijk worden door zakelijke retail- of wholesale klanten een reeks van locaties aangevraagd die samen een logisch geheel vormen en waartussen een hoog capacitair huurlijnennetwerk moet worden opgebouwd. Door voornoemd bereik en de vermaasdheid van het netwerk van KPN is de kans veel groter dat KPN voor het geheel een zinvol aanbod kan doen, vergeleken met de concurrentie. Het feit dat KPN in de gelegenheid is voor neven- of dislocaties een scherp aanbod te doen met een op koper gebaseerde dienst (zoals business DSL, IP-VPN) versterkt deze voorsprong nog eens.

b) KPN is zowel infrastructuuraanbieder als dienstenaanbieder. KPN biedt in die hoedanigheid infrastructuur en (een breed gamma van) diensten bij voorkeur als één pakket aan. Op deze wijze worden lagere opbrengsten voor de glasaansluiting terugverdiend uit het dienstenaanbod dat daarover geleverd wordt. Eurofiber biedt als open netwerk provider slechts een transportdienst aan (in de vorm van een dark fiber dienst of een ethernet dienst).

c) KPN maakt strategisch en gericht fondsen beschikbaar voor het ontsluiten van bedrijfsterreinen of gebieden in het stads- of regionale domein, om daar waar de concurrentie initiatieven tot verglazing ontplooit, zelf tot verglazing over te gaan en met een zeer scherp aanbod de lokale markt te benaderen. De door KPN gehanteerde tarieven kunnen berekenbaar niet binnen een redelijke termijn door KPN worden terugverdiend. Het maakt aanstonds duidelijk dat KPN er belang bij heeft om het succes van concurrerende verglazingsinitiatieven in een zo vroeg mogelijk stadium af te stoppen. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in het campus aanbod van KPN en bij diverse initiatieven die door de vraagkant ontwikkeld worden, veelal door middel van vraagbundeling in combinatie met een open partnerschap of een aanbesteding (Breednet, diverse regionale glasvezelringen, initiatieven op bedrijfsterreinen).

13 Het zijn voornoemde mededingingsproblemen die OPTA in het definitieve besluit moet beoordelen en meenemen in haar afweging ten aanzien van de noodzakelijke verplichtingen die moeten worden opgelegd. Uit de nu voorgenomen verplichtingen blijkt dat OPTA deze problematiek onvoldoende onder ogen heeft gezien.

eurofiber

Verplichtingen

14 Omdat OPTA vaststelt dat KPN over een aanmerkelijke marktmacht beschikt op de wholesale markt voor terminatingverbindingen, legt zij aan KPN een aantal verplichtingen op, waaronder een toegangsverplichting en een tariefmaatregel. Eurofiber is van mening dat de opgelegde verplichtingen geen althans geen volledige oplossing bieden aan de hiervoor genoemde mededingingsrechtelijke problemen en gevaren op deze markten. Dat komt omdat aan deze maatregelen voornamelijk het bevordering van diensten- in plaats van infrastructuurconcurrentie ten grondslag ligt. Eurofiber ligt dat als volgt toe.

15 Hoewel Eurofiber zelf geen afnemer is van wholesale terminating verbindingen van KPN, is het begrijpelijk dat OPTA – gezien de dominante positie van KPN op de markt voor wholesale terminating – toegangsverplichtingen oplegt. De gedachte achter die toegangsverplichting is dat de aansluiting lastig is te dupliceren. Eurofiber wijst er echter op dat duplicatie van een hoogcapacitaire aansluiting (glas) niet onmogelijk is mits OPTA daartoe de juiste randvoorwaarden stelt die dergelijke investeringen veilig stellen. Juist op dat punt gaat het echter mis in het Ontwerpbesluit. Eurofiber zelf levert het bewijs dat duplicatie mogelijk is, nu zij er voor kiest de glasaansluitingen ten behoeve van hoogcapacitaire verbindingen zelf aan te leggen in plaats van deze als wholesaledienst van KPN (terminating) af te nemen. Zoals hierna zal worden besproken heeft OPTA verzuimd om voornoemde randvoorwaarden voor deze infrastructuurconcurrentie te scheppen en kiest zij nadrukkelijk voor dienstenconcurrentie in plaats van voor infrastructuurconcurrentie. Indien het ontwerpbesluit in zijn huidige vorm tot definitief besluit wordt, zal iedere verdere vorm van infrastructuurconcurrentie echter als sneeuw voor de zon verdwijnen. Er zal alsdan niet meer geïnvesteerd worden in alternatieve glasvezelinfrastructuur, in ieder geval niet door Eurofiber.

16 OPTA zal dan ook – in tegenstelling tot hetgeen zij in het Ontwerpbesluit heeft gedaan – maatregelen moeten nemen die infrastructuurconcurrentie juist bevordert en veilig stelt. Eurofiber wijst er in dat kader op dat infrastructuurconcurrentie een van de prioritaire doelstelling is bij deze marktanalyse zodat OPTA juist de maatregelen dient te nemen om die concurrentie te stimuleren en veilig te stellen. Die verplichting volgt ook uit de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 9 juni 2005 waarin het beleidskader voor OPTA duidelijk uiteen wordt gezet. In de toelichting op artikel 2 van die Beleidsregels is opgenomen:[1]

> *Om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken is het noodzakelijk dat aanbieders van alternatieve infrastructuur, dat wil*

1 Staatscourant 9 juni 2005, nr. 109, pag. 11

zeggen andere infrastructuur dan die van de onderneming met AMM gestimuleerd blijven om te investeren.

17 Dat de nadruk (ten onrechte) op dienstenconcurrentie ligt en te weinig op het stimuleren van alternatieve infrastructuur (aansluitingen) uit zich – voor zover hier van belang – onder andere in de opgelegde tariefmaatregel voor hoogcapacitaire terminating verbindingen die immers uitsluitend ziet op de bovengrensregulering zodat concurrenten zonder eigen aansluitingen tegen niet te hoge tarieven bij KPN wholesale huurlijnen (terminating) (diensten) kunnen inkopen. OPTA maakt die algemene keuze voor dienstenconcurrentie omdat volgens OPTA gedurende de looptijd van het besluit geen situatie van duurzame concurrentie door infrastructuurconcurrenten is te verwachten. Daarbij maakt OPTA terecht in randnummer 897 wel een belangrijke kanttekening:

In de voorzienbare toekomst na de termijn van de herziening is echter niet uitgesloten dat alternatieve infrastructuren zich in voldoende mate zullen ontwikkelen als concurrerend aansluitnetwerk. Een eventuele toegangs- en/of tariefreguleringsmaatregel op deze markten zal daarom ook zodanig dienen te worden vormgegeven dat ontwikkeling van deze infrastructuren niet negatief wordt beïnvloed. Deze benadering is ook in overeenstemming met de toepasselijke beleidsregel over duurzame concurrentie. Het college is op basis van deze beleidsregel gehouden om de bevoegdheid om verplichtingen op te leggen zo uit te oefenen dat aanbieders zo min mogelijk de stimulans wordt ontnomen om te investeren in netwerken of bijbehorende faciliteiten

18 Eurofiber is van mening dat OPTA onvoldoende uitvoering heeft gegeven aan dit voornemen. OPTA heeft immers alleen een tariefmaatregel voor wholesale huurlijnen (terminating) opgelegd die er voor moet zorgen dat KPN geen buitensporige tarieven kan hanteren. Om effectieve investeringen in eigen glasvezelaansluitingen te stimuleren en veilig te stellen is het echter tevens noodzakelijk dat KPN haar wholesale terminating verbindingen niet te laag en onder de kostprijs kan aanbieden Alsdan zal er immers geen enkele prikkel meer zijn voor alternatieve aanbieders die eigen aansluitlijnen van glasvezel willen aanleggen om in die infrastructuur te investeren. Dat is nu echter juist één van de belangrijkste doelstellingen voor OPTA. Eurofiber benadrukt nogmaals dat zonder ondergrensregulering ter voorkoming van te lage tarieven, verdere investering in alternatief glasinfrastructuur niet zal geschieden en OPTA – in strijd met haar eigen doelstellingen – een keuze heeft gemaakt voor uitsluitend dienstenconcurrentie.

19 De nu voorgenomen tariefmaatregel voor wholesale hoogcapacitaire huurlijnen (terminating verbindingen) is een meerjarig wholesale *price cap* maatregel gebaseerd op de daadwerkelijke kosten van KPN. Waar het echter aan

ontbreekt is een *price floor*. Het nu voorgenomen systeem van tariefregulering kan KPN er immers niet van weerhouden om wholesale terminating verbindingen onder de vast te stellen price cap te leveren. OPTA stelt immers alleen de maximale tarieven vast. OPTA dient derhalve een tariefmaatregel op te leggen die zeker stelt dat KPN niet boven maar ook niet onder het vast te stellen kostengeoriënteerde wholesaletarief haar terminating diensten aan gaat bieden. Daarbij geldt primair dat die ondergrens voor KPN gebaseerd dient te zijn op de redelijke en efficiënte kosten die (infrastructuur)concurrenten moeten maken om hoogcapacitaire aansluitingen te realiseren. Met andere woorden: het moet gaan om de kosten van een hypothetisch efficiënte nieuwe toetreder tot deze markt die nog niet de schaalgrootte van KPN heeft en dus meer uitrolkosten heeft. Alleen met die maatregel is het voor concurrenten mogelijk om daadwerkelijk eigen hoogcapacitaire aansluitingen te leveren in concurrentie met KPN en komt infrastructuurconcurrentie van de grond. Subsidiair geldt dat de ondergrens gevormd wordt door het op basis van de kosten van KPN (EDC) vastgestelde kostengeoriënteerde tarief (waarbij in feite de bovengrens tevens de ondergrens is). Kortom, de opgelegde tariefmaatregel moet een prikkel geven aan infrastructuuraanbieders om ook daadwerkelijk zelf glasaansluitingen te realiseren in plaats van deze bij KPN op basis van de toegangsverplichting in het Ontwerpbesluit (terminating) in te kopen. Die stimulans kan alleen gerealiseerd worden door voornoemde ondergrensregulering in te stellen.

20 Waar Eurofiber met de hiervoor genoemde subsidiaire vorm van ondergrensregulering (kosten KPN is ondergrens) feitelijk voor pleit is de zogenoemde "variant 4" van de tariefregulering uit de marktanalyses van uw College uit 2005. Die variant houdt in dat het kostengeoriënteerde tarief van de aanbieder met een AMM tevens fungeert als ondergrens. Die regulering is – aldus de marktanalyses uit 2005 - op zijn plaats indien infrastructuurinvesteringen beschermd dienen te worden. Dat is precies de situatie die zich in casu voordoet. In het huurlijnenbesluit van 21 december 2005 wordt deze mogelijkheid voor een ondergrensvariant voor een wholesale tariefmaatregel als volgt omschreven:

> ***Variant 4: infrastructuurconcurrentie heeft zich ontwikkeld maar concurrenten dienen beschermd te worden tegen te lage tarieven***
> *1072. In variant 4 geldt dat infrastructuurconcurrentie aanwezig is; infrastructuren zijn in significante mate gerepliceerd wat heeft geleid tot concurrentie. Echter, de nog steeds aanwezige dominante positie van de AMM-partij op de betreffende markt maakt dat er een risico bestaat dat de AMM-partij de ontstane concurrentie zal frustreren door het hanteren van roofprijzen.*
>
> *1073. De ontstane infrastructuurconcurrentie maakt dat partijen niet meer afhankelijk zijn van het aanbod van de AMM-partij.*

Regulering van de bovengrens van de tarieven dient derhalve niet langer proportioneel te worden geacht. Het risico dat de AMM-partij door het hanteren van roofprijzen de concurrentie frustreert, dient echter wel te worden geremedieerd door het instellen van een ondergrens.

1074. De hoogte van de ondergrens dient te resulteren in een tariefniveau dat de AMM-partij de ruime mate van tariefvrijheid biedt die passend is voor de situatie op de betreffende markt. De voor het bepalen van de ondergrens relevante kostenbasis dient derhalve op het niveau te liggen, waaronder het voor de AMM-partij niet mogelijk is de betreffende dienst zonder verlies aan te bieden. Deze relevante kostenbasis betreft het kostenniveau van de AMM-partij als deze optimaal efficiënt zou opereren. Dit is dezelfde kostenbasis als bij de eerste variant, zij het dat deze bij variant 1 een bovengrens uitdrukt en bij variant 4 een ondergrens.

1075. Als variant 4 op een bepaalde wholesaledienst van toepassing wordt verklaard, dan geldt dit zowel in het geval deze wholesaledienst ongebundeld wordt aangeboden als in het geval dat deze wholesaledienst wordt aangeboden als onderdeel van een bundel. Er is bijvoorbeeld sprake van een bundel als een 'variant 4 dienst' in combinatie met een andere wholesaledienst wordt aangeboden.

1076. Als de dienst waarop variant 4 van toepassing is als onderdeel van een bundel wordt aangeboden, dienen de kosten en opbrengsten van de bundel aan de diensten (losse componenten) uit de bundel toegerekend te worden om zodoende te kunnen bepalen of de tarieven voor de dienst waarop variant 4 van toepassing is aan de verplichtingen van variant 4 voldoen.

1077. Voor deze toerekening dient KPN de volgende methode te hanteren:

- *om de opbrengsten van de wholesaledienst met een ondergrens te bepalen, moeten de opbrengsten van de diensten zonder ondergrens van de opbrengsten van de bundel worden afgetrokken. De opbrengsten van de diensten zonder ondergrens worden bepaald op basis van de niet gebundelde tarieven die in de markt worden aangeboden. Het dient hierbij te gaan om tarieven die als representatief voor het betreffende aanbod kunnen worden beschouwd. Onder een representatief tarief wordt in dit verband verstaan een naar omzet gewogen gemiddelde over de afnemers van de be-*

Eurofiber

treffende diensten zonder ondergrens. Als dergelijke tarieven niet bestaan, kunnen in plaats daarvan de kosten worden genomen die bepaald worden volgens de regels gegeven in Annex A en Annex B. (de EDC-principes). KPN mag daarbij de meerjarige efficiëntiecorrectie toepassen die in het kader van variant 1 van de wholesale price cap wordt vastgesteld;

- *als bundeling van de diensten leidt tot aantoonbare kostenvoordelen dan mogen de kostenvoordelen in zijn geheel aan de dienst met een ondergrens worden toegereken.*

1078. KPN dient op basis van de bovenstaande methode zelf te bepalen of het aanbieden van een bundel met daarin een dienst waarop variant 4 van toepassing is verklaard, voldoet aan de ondergrensregulering. Daarnaast wordt in variant 4 aan KPN op basis van artikel 6a.7, vierde lid, van de Tw een voorschrift opgelegd op basis waarvan KPN aan het college meldt welke nieuwe of gewijzigde wholesale aanbiedingen door haar worden ingevoerd, voor zover het nieuwe of gewijzigde wholesale aanbiedingen betreft waarin een wholesaledienst waarop variant 4 van toepassing is, is gebundeld. Het college kan op basis van deze melding te allen tijde de bij deze wholesale aanbieding behorende toets aan de ondergrens bij KPN opvragen.

21 Voornoemde vorm van ondergrensregulering dient OPTA in het nu te nemen definitieve besluit alsnog op te nemen. Ook in een situatie waarin nog geen grootschalige replicatie heeft plaatsgevonden maar daar wel de mogelijkheden toe bestaan, dient deze maatregel te worden opgelegd om infrastructuurconcurrentie te beschermen.

22 Een tweede punt van zorg betreft de koppelverkoop waartoe KPN als dominante aanbieder in staat is. Daarbij dient – voor zover hier relevant – gedacht te worden aan de koppelverkoop van diensten in het aansluitnet die KPN levert (zoals terminating verbindingen) in combinatie met trunkdiensten (zoals backhauldiensten) tegen gebundelde en te lage tarieven waardoor het voor Eurofiber onmogelijk wordt om eigen infrastructuur (glasaansluitingen) als alternatief aan te bieden en aan te leggen. OPTA erkent op zichzelf in haar algemene analyse dat dit mededingingsgevaar zich voordoet:

KPN kan afnemers verplichten om naast hoogcapacitaire huurlijnen ook hun vraag naar trunk verbindingen bij KPN af te nemen. Op die manier wordt dominantie op de markt voor hoogcapacitaire huurlijnen overgeheveld naar meer concurrerende markten (in dit geval wholesale trunk). [..]. Afhankelijk van de vorm van bun-

deling kan dit significante mededingingsbeperkende effecten hebben

23 OPTA lost dit potentiële mededingingsprobleem echter niet op. Dit punt komt ook hierna nog aan de orde bij de bespreking van de bezwaren tegen het niet reguleren van de MDF-backhaul. In het kader van de tariefregulering van de hoogcapacitaire wholesale huurlijnen (terminating verbindingen) is het echter eveneens een relevant punt omdat KPN – zonder verdere regulering van deze bundels – in staat is om terminating verbindingen toch onder de kostprijs aan te bieden (gecombineerd met een hogere backhaulvergoeding). Ook hier is de hiervoor besproken variant 4 uit de vorige marktanalyse een oplossing omdat daarmee voorkomen kan worden dat terminating verbindingen – ook als deze in een bundel worden aangeboden - tegen een te laag tarief worden aangeboden. Ook dit punt dient in het definitieve besluit te worden meegenomen.

24 Tenslotte is van belang dat OPTA er voor zorgt dat KPN niet in staat wordt gesteld om strategisch te differentiëren in prijs. Zoals hiervoor al is toegelicht leert de praktijk dat KPN in die gebieden waar concurrenten glasvezelinitiatieven ontplooien specifieke lage aanbiedingen doet (die onmogelijk binnen een redelijk termijn terugverdiend kunnen worden). Dat probleem kan en dient opgelost te worden door het opleggen van een non-discriminatieverplichting op de wholesalemarkt maar nadrukkelijk ook op de retailmarkt voor hoogcapacitaire aansluitingen.

Dominantieanalyse en verplichtingen trunk : Backhaul verbindingen

25 Zoals hiervoor al kort aan de orde kwam, is Eurofiber van mening dat OPTA de markt voor MDF-backhaul ten onrechte niet heeft gereguleerd. OPTA is ten onrechte tot de conclusie gekomen dat KPN ten aanzien van de MDF-backhaul niet beschikt over een aanmerkelijke marktmacht..

26 Zoals OPTA ook zelf in het Ontwerpbesluit heeft vastgesteld, zijn alternatieve aanbieders van MDF-backhaul uitgerold naar een klein aantal MDF-centrales. Naar het merendeel van de ruim 1300 MDF-centrales kan alleen KPN MDF-backhauldiensten leveren. OPTA concludeert dan ook ten onrechte in randnummer 724 "dat andere aanbieders een hoge concurrentiedruk uitoefenen op KPN" alsmede "dat het trunknetwerk van KPN reeds door 3 aanbieders is gedupliceerd". Er is ten aanzien van MDF-backhaul immers geen sprake van volledige duplicering maar juist van een gedeeltelijke en kleinschalige duplicering. KPN heeft dus grote schaalvoordelen ten aanzien van deze dienstverlening, hetgeen een belangrijk criterium is voor de dominantieanalyse. OPTA gaat daar ten onrechte aan voorbij in het Ontwerpbesluit. Net als bij analyse van terminating verbindingen geldt hier dat KPN zich ten aanzien van de MDF-backhaul in een situatie bevindt waarin zij als enige beschikt over een

Eurofiber

fijnmazig netwerk (backhaul) naar alle MDF centrales en zij derhalve als enige in staat een landelijk aanbod te doen. Gezien de ALL IP plannen die KPN in 2006 bekend heeft gemaakt, is het niet te verwachten dat andere partijen verder zullen investeren in een verdere uitrol de MDF-backhaul. Dat betekent dan ook dat KPN ten aanzien van deze infrastructuur gedurende de reguleringsperiode over moeilijk te dupliceren infrastructuur beschikt en er toegangsdrempels bestaan ten aanzien van deze MDF-backhaulverbindingen. De conclusie had dan ook moeten zijn dat KPN dominant is op de markt voor trunkverbindingen, althans in ieder geval voor zover het de MDF-backhaul betreft.

27 In dat kader is relevant dat het voor concurrenten zoals Eurofiber – om actief te zijn op de markt - van groot belang is om klanten (veelal ISP's) een landelijk aanbod te kunnen doen.

28 Gezien de dominante positie van KPN ten aanzien van de MDF-backhaul, had OPTA onderzoek moeten doen naar potentiële mededingingsbeperkende gedragingen die KPN zich als gevolg van die positie kan veroorloven en – indien nodig - passende verplichtingen moeten opleggen. Het feit dat KPN als enige in staat is om op alle 1365 MDF-centrales een MDF-backhaul te leveren, maakt de kans op mededingingsbeperkende gedragingen van KPN op deze markt groot. KPN is immers in staat om klanten (zoals bijvoorbeeld ISP's) niet alleen aan zich te binden voor de MDF-centrales die zij als enige met een backhaul bedient, maar die positie tevens te misbruiken om diezelfde klanten aan zich te binden voor de overige MDF-centrales waar wel concurrenten aanwezig zijn. Meer in het bijzonder is KPN – zonder regulering – in staat om op die locaties waar alleen KPN aanwezig is te hoge tarieven te hanteren. Met die winsten is KPN vervolgens in staat om juist te lage tarieven (onder kostprijs) te hanteren op die locaties waar wel concurrentie aanwezig is. Deze vorm van kruissubsidiëring maakt iedere vorm van concurrentie op de MDF-backhaul onmogelijk. KPN is met andere woorden in staat door het verstrekken van (gesubsidieerde) kortingen in staat om negatieve invloed uit te oefenen op het (beperktere) aanbod van haar concurrenten.

29 KPN is voorts op een andere wijze in staat om de kosten van haar concurrenten te verhogen (in mededingingrechtelijke termen *raising rivals costs)*. KPN staat namelijk alleen partijen die ook terminating (dsl) verbindingen afnemen toe gebruik te maken van het referentie aanbod voor een configuratie op een MDF locatie. Dit heeft tot gevolg dat een partij als Eurofiber die zelf niet actief is in de markt voor terminating dsl verbindingen voor elke wholesale klant opnieuw een fors bedrag (ca €16k) moet uitgeven voor een toegangs- mantelbuis (telcobuis). Technisch gezien is de noodzaak hiervoor afwezig en zou Eurofiber eenmalig een grote voorraad glasvezels via 1 telcobuis op een ODF in de MDF kunnen afmonteren. Voor de wholesale gebruiker van de trunk verbindingen heeft dit een niet noodzakelijke verhoging van 50 tot 100% van de maandelijkse kosten tot gevolg.

30 Een ander mededingingsprobleem dat zich op met name voordoet op de markt voor laagcapacitaire diensten betreft de koppelverkoop waar het gaat om MDF-backhaul samen met de aansluiting (voornoemde terminating verbindingen). MDF-backhauldiensten worden door Eurofiber voornamelijk geleverd aan ISP's. Aan alleen een MDF-bakchaul dienst heeft een ISP niet genoeg. Een ISP zal daarnaast ook een access verbinding moeten inkopen bij KPN om daadwerkelijk internettoegangsdiensten te kunnen aanbieden (de in het Ontwerpbesluit genoemde terminating dienst). KPN is de enige die een landelijk fijnmazig aansluitnet heeft waarmee zij die access verbinding over haar aansluitnet kan realiseren. Aangezien KPN ook zelf MDF-backhaul aanbiedt, is zij in staat om het gebundelde product "terminating" (access dienst) en "backhaul" dusdanig te tariferen dat het voor een concurrent op de MDF-backhaulmarkt onmogelijk is om in concurrentie MDF-backhaul te kunnen aanbieden.

31 OPTA kan en dient voornoemde problemen te adresseren door in de eerste plaats de MDF-backhaul als trunkdienst te reguleren. Meer in het bijzonder zou OPTA voor de MDF-backhaul dienst een tariefmaatregel moeten opleggen die zeker stelt dat KPN haar MDF-backhauldienst tegen minimaal het kostengeoriënteerde tarief (inclusief een redelijk rendement) aanbiedt zodat voorkomen wordt dat KPN deze dienst onder de kostprijs aanbiedt. In dat kader wijst Eurofiber erop dat artikel 6a.7 Tw ook op wholesaleniveau voorziet in het opleggen van een tariefmaatregel ter voorkoming van roofprijzen. Ter verdere invulling van die tariefmaatregel verwijst Eurofiber kortheidshalve naar hetgeen ze over ondergrensregulering hiervoor bij de bespreking van de terminating markt heeft gesteld. Een vergelijkbare ondergrensregulering zou ook ten aanzien van de MDF-backhaul dienen te gelden. In dit kader geldt wederom dat op OPTA de verplichting rust om de uitrol van infrastructuur te stimuleren en ook te beschermen.

ALL IP

32 Eurofiber is voorts van mening dat OPTA in haar analyse ten onrechte voorbij gaat aan de (toekomstige) gevolgen en consequenties van de ALL-IP plannen van KPN voor de bestaande trunkmarkt op MDF-niveau. KPN heeft met zijn All-IP plan en de daarmee gemoeide aankondiging van uitfasering van de MDF-locaties een schok in de markt veroorzaakt. Door van 1350 aggregatiepunten over te stappen naar ruim 30.000 wordt het exclusieve koperen aansluitnet van KPN economisch onbereikbaar voor aanbieders die gebruik willen maken van het unbundled local loop aanbod. De kosten van backhaul per locatie gaan omhoog terwijl het aantal potentiële afnemers drastisch daalt van circa 15.000 op een MDF naar ongeveer 300 eindgebruikers op een SDF. Dergelijke getallen maken elke businesscase voor ontbundelde toegang onmogelijk, hetgeen in 2006 ook door het door OPTA ingehuurde Analysis werd geconcludeerd. KPN dwingt haar wholesale afnemers daarmee in de richting van afname van WBA-dienstverlening, hetgeen zonder aanvullende maatre-

gelen ook direct doorwerkt naar de markt voor backhaul trunked verbindingen. Het zwaartepunt in de prijsopbouw van de dienst voor eindgebruikers komt in dit geval juist op het infra- en transportelement te liggen, hetgeen in voordeel is van KPN en aan haar gerelateerde ISP's. All-IP heeft op deze wijze nu al een hermonopolisering van de DSL markt tot gevolg gehad, hetgeen de deelmarkt voor trunk verbindingen waar Eurofiber actief is, sterk heeft aangetast. Na de aankondiging van de ALL IP plannen van KPN zijn veel ophanden zijnde contracten die Eurofiber had kunnen sluiten uiteindelijk niet afgesloten.

33 Eurofiber is in dat kader van mening dat als vervanging voor de uit te faseren MDF- locaties het eerstvolgende logische en praktisch bruikbare scheidingsvlak tussen aansluitnetten en backbones – dat is in het ALL IP netwerk de metro core locatie - gereguleerd moet worden. Enerzijds dient dat geschieden met een gereguleerd referentieaanbod voor wholesale breedband toegang (access) met bovengrensregulering maar dan echter wel gecombineerd met een regulering van het backhaulaanbod (in dat geval vanaf de metrocore locaties (de 155 overgebleven MDF locaties). Voor die laatste backhaul vebindingen naar de metro core locaties dient – net als hiervoor is aangegeven voor de bestaande MDF-backhaul – een ondergrensregulering te worden ingesteld. Daarmee dient tevens te worden voorkomen dat KPN in staat is koppelverkoop tussen de backhaul en access diensten toe te passen.

34 Daarnaast dient – teneinde de backhaul daadwerkelijk te kunnen aanbieden – een partij als Eurofiber ook daadwerkelijk toegang te verkrijgen tot de metro core locaties onder dezelfde condities als partijen die ook access diensten (SLU) afnemen (zie het hiervoor genoemde probleem van de verplichte telcobuizen). Dat zal door OPTA gereguleerd moeten worden in een gespecificeerde toegangsverplichting op de backhaulmarkt.

Marge uitholling terminating ten onrechte niet geadresseerd.

35 Het laatste bezwaar van Eurofiber betreft het niet adresseren van het potentiele gevaar van marge uitholling.

36 Uw College constateert terecht in randnummer 827 Ontwerpbesluit dat KPN als dominante aanbieder op de wholesalemarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen in staat is marges van concurrerende ondernemingen – op de retailmarkten voor huurlijnen – uit te hollen door lage prijzen te vragen op de onderliggende retailmarkten in combinatie met buitensporig hoge prijzen voor de bovenliggende wholesale hoogcapacitaire huurlijnen. Daarmee kunnen – aldus opnieuw uw College- de marges voor concurrenten bij het aanbieden van bijvoorbeeld hoogcapacitaire huurlijnen aan zakelijke eindgebruikers te klein worden om te kunnen concurreren. In randnummer 828 Ontwerpbesluit geeft uw College een aantal praktijkvoorbeelden waaruit blijkt dat wholesaleprijzen van KPN boven haar eigen retailtarieven liggen.

37 Hoewel Eurofiber zoals gezegd geen grote afnemer is van wholesale terminating verbindingen van KPN – zij legt de aansluitingen zoveel mogelijk zelf aan – wordt zij wel geconfronteerd met marge uitholling indien KPN retailprijzen hanteert die lager liggen dan de kostengeoriënteerde wholesaltarieven (die immers ook de interne inkoopkosten van KPN behelzen). Zij kan voornoemde vaststelling van uw College dan ook volledig onderschrijven.

38 Eurofiber moet echter vaststellen dat OPTA ten onrechte in het bestreden besluit voornoemde marge uitholling niet adresseert. Dat komt omdat OPTA in randnummers 1267 - 1274 Ontwerpbesluit vaststelt dat de retailmarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen in afwezigheid van wholesaleregulering weliswaar niet daadwerkelijk concurrerend is maar dat de opgelegde wholesaleverplichtingen alle mededingingsproblemen oplost. Zulks ten onrechte.

39 Ten aanzien van het probleem van marge-uitholling verwijst OPTA in dat kader naar de door haar opgelegde wholesale tariefmaatregelen (met betrekking tot terminating verbindingen). Met die tariefregulering is echter het mededingingsrechtelijk gevaar van marge-uitholling niet geweken en geadresseerd. De opgelegde maatregel zorgt er immers voor dat KPN niet in staat wordt gesteld voor terminating verbindingen buitensporige tarieven te hanteren. Nog los van het feit dat OPTA de trunkmarkt – en meer in het bijzonder de MDF-backhaul (en in ALL IP de metro core backhaul) - ten onrechte in het geheel niet reguleert, voorkomt voornoemde tariefmaatregel geen marge-uitholling. KPN is immers – ondanks de wholesale tariefmaatregel – nog steeds in staat om door middel van haar retailaanbod concurrententen uit de markt te drukken door dusdanig lage tarieven te hanteren op retailniveau dat concurrenten geen marge meer kunnen behalen. Eurofiber weet uit de praktijkervaring dat KPN in staat is om op de retailmarkt hoogcapacitaire huurlijn (terminating) te leveren ver onder de kostprijs om vervolgens voor het internetgedeelte aan dezelfde klant een veel hoger tarief in rekening te brengen. Voor Eurofiber die uitsluitend huurlijnen (en niet ook de internetcomponent) levert, is op die manier geen business case te bouwen. Dat probleem is slechts te adresseren door – naast wholesaleregulering -- ook retailregulering op te leggen in de vorm van in ieder geval een ondergrensregulering voor hoogcapacitaire retailhuurlijnen. De hiervoor besproken prijsbodem voor wholesalediensten moet ook van toepassing zijn op de lijnen die KPN retail inkoopt bij KPN wholesale.

40 Meer in het algemeen geldt dat OPTA er zonder nadere motivering vanuit gaat dat er "op termijn" daadwerkelijke concurrentie op de retailmarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen zal ontstaan. Of en waarom die thans ontbrekende concurrentie zich gedurende de reguleringsperiode wel zal voordoen, wordt niet nader gemotiveerd en is (mede gezien de marktpositie van KPN) ook erg onwaarschijnlijk. Dat geldt nog eens temeer nu veel van de dominantiecriteria die volgen uit de richtsnoeren AMM van de Commissie vrij structureel van aard zijn. Dat geldt misschien niet zozeer voor het marktaandeel – dat overi-

gens onveranderd hoog blijft – maar zeker voor de verticale integratie, de schaal- en breedtevoordelen en de controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur.

Met vriendelijke groet,

Alex Goldblum

Eurofiber