Openbare versie

Schriftelijke bijdrage van Koninklijke KPN N.V.
in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure o.g.v. artikel 6b.1 Tw

n.a.v. het ontwerpbesluit van OPTA van 29 juli 2008

inzake de

marktanalyse Breedband
Wholesale-breedbandtoegang

Kenmerk R/08/U/122

Koninklijke KPN N.V.
J. van den Beukel, Regulatory Officer
Postbus 30.000
2500 GA Den Haag
jilles.vandenbeukel@kpn.com

8 september 2008

Hierbij volgt de reactie van KPN op het ontwerpbesluit van OPTA d.d. 29 juli 2008 inzake de markt-analyse Breedband, Wholesale-breedbandtoegang.

Een algemene inleiding, die ingaat op een aantal gemeenschappelijke aspecten van de marktanalyses alsmede het contextdocument van OPTA maakt deel uit van de reactie. Een aantal bijlagen maakt ook deel uit van onze reactie.

De passages die bedrijfsvertrouwelijk zijn, worden aangegeven met **[KPN VERTROUWELIJK …].**

Contactpersoon van KPN is:

Jilles van den Beukel
Postbus 30000
2500 GA Den Haag
Tel. 070-4460720
e-mail: jilles.vandenbeukel@kpn.com

Inhoudsopgave

0. Algemene inleiding p. 4
1. Samenvatting p. 7
2. Ontwikkelingen
- 2.1 Beter een wholesale klant dan géén klant p. 8
- 2.2 WBT aanbod: gevarieerd en laagdrempelig p. 9
- 2.3 Beperkte uitfasering centrales in de komende Reguleringsperiode p. 10
- 2.4 Relatie tot FttH en Reggefiber p. 11

3. Marktafbakening
- 3.1 De afbakening van de WBT lage kwaliteit hangt af van de retail-markt p.12
- 3.2 Wholesale markten p. 13

4. Dominantie
- 4.1 De beoogde joint - venture maakt geen deel uit van een AMM aanwijzing van KPN p. 15
- 4.2 Retailmarkt p. 15
- 4.3 Wholesale markt WBT lage kwaliteit p. 15
- 4.4 Wholesale markt WBT hoge kwaliteit p. 18

5. Analyse mededingingsverstoringen
- 5.1 KPN wil netwerk vullen p. 20
- 5.2 WBT lage kwaliteit p. 20
- 5.3 WBT hoge kwaliteit p. 24

6. Verplichtingen
- 6.1 Algemeen: verplichtingen zijn niet passend p. 25
- 6.2 WBT over glas p. 27
- 6.3 Toegangsverplichting: dubbele verplichtingen zijn niet passend p. 27
- 6.4 Tariefregulering p. 29

Bijlage 1 **[KPN BEDRIJFSVERTROUWELIJK** Briefwisseling april-mei 2007 over WBA]
Bijlage 2 **[KPN BEDRIJFSVERTROUWELIJK** lijst van WBT klanten]
Bijlage 3 KPMG, *Digitale televisie: onbekend maakt onbemind*, 2007 plus persbericht
Bijlage 4 Brief van 29 juli van KPN inzake uitrol en uitfasering All IP
Bijlage 5 Persbericht UPC over EuroDocsis 3
Bijlage 6 Case Associates, *New Generation Network Development in the Netherlands: Market definitions*, 2008
Bijlage 7 Memorandum van Allen & Overy inzake reikwijdte aanwijzing
Bijlage 8 Overzicht ontwikkeling MDF lijnen
Bijlage 9 Brief van KPN aan klanten over ‘dood koper’ actie
Bijlage 10 Zienswijze KPN op het WPC kader
Bijlage 11 Ernst&Young, *Bundle Jungle: Navigating the European Multi-play Market*, 2007
Bijlage 12 SEO, *Regulering en investeringen in nieuwe netwerken*, 2008

0. Algemene inleiding bij de ontwerpbesluiten vaste telefonie, breedband en huurlijnen

In deze inleiding reageren wij kort op een aantal hoofdzaken van de ontwerpbesluiten van OPTA. Daarbij komt ook het begeleidende document ‘Context en perspectief bij de ontwerpbesluiten’ aan de orde.

Two is as good as it gets

In het kader van de veel geciteerde opmerking ‘two is not enough’ van OPTA willen wij enkele kanttekeningen maken over de vraag in hoeverre het realistisch is dat er méér dan twee vaste aansluitnetwerken in één regio komen. Schaalgrootte speelt hierin een belangrijke rol. Vanuit bedrijfseconomisch perspectief lijkt het niet aannemelijk dat hiervan sprake zal zijn. Vanuit hetzelfde bedrijfseconomisch perspectief is het een rationele strategie voor KPN om toegang te bieden aan andere telecom aanbieders op het netwerk. Dat betekent dat, ook in een situatie van twee aansluitnetwerken, er sprake zal zijn van veel concurrentie op wholesale en retail dienstenniveau. Regulering is in zo’n situatie niet per definitie noodzakelijk. Een marktanalyse zou daarom niet op voorhand moeten beginnen met het uitgangspunt dat twee vaste aansluitnetten onvoldoende concurrerend zijn. In een marktanalyse is immers ruimte voor een onafhankelijke beoordeling van de concurrentiesituatie noodzakelijk.

Ook een blik op het buitenland laat zien dat de aanwezigheid van twee infrastructuren lang geen vanzelfsprekendheid is. In weinig landen van de EU zijn twee vaste aansluitnetwerken met (bijna) landelijke dekking aanwezig. De kabel heeft slechts in een beperkt aantal gevallen in andere landen dezelfde combinatie van penetratie, technologische hoogwaardigheid en dienstenaanbod als in Nederland. In sommige van die landen zijn er wel initiatieven voor een nieuwe glasnetwerk zoals Fastweb in Italië. Maar de omvang van die initiatieven leidt nog lang niet tot een met Nederland vergelijkbare situatie van twee vaste aansluitnetwerken.

Zekerheid over regulering

De ontwerpbesluiten van OPTA hebben betrekking op de komende drie jaar en moeten daarom prospectief zijn. In dat licht is het van belang dat de besluiten van OPTA een klimaat scheppen waarin de verwachting gewettigd is dat investeringen in nieuwe infrastructuur kunnen gedijen, ook als nadat de investering is gedaan de marktomstandigheden zich vooralsnog minder gunstig blijken te ontwikkelen en het markttrisico dus groter blijkt te zijn dan eerder wellicht door een toezichthouder is ingeschat. Eindgebruikers en telecom aanbieders zullen uiteraard kunnen profiteren van nieuwe infrastructuur die meer bandbreedte en hogere snelheden biedt. Maar investeerders moeten dan wel weten waar zij aan toe zijn vóórdat zij investeren. In het begeleidende Context document van OPTA geeft OPTA weliswaar een aanzet voor zekerheid maar biedt nog onvoldoende zicht op wat wij kunnen verwachten op het gebied van regulering van glas in de komende reguleringsperiode en de periode daarna. Er zal duidelijkheid moeten komen over de vraag of en hoe OPTA ingrijpt in de tarieven van ODF en WBA en of OPTA de zekerheid kan verschaffen dat de businesscase gedurende de terugverdienperiode niet wordt ondermijnd. Zolang hierover geen duidelijkheid bestaat, is het onwaarschijnlijk dat investeerders bereid zijn om te investeren in een grootschalige uitrol van glas.

Open wholesale model

De concurrentiedruk van de kabel is groot. KPN verliest nog steeds veel telefonie- en internetklanten aan de kabel. De kabel staat er ook veel beter voor op de Multiplay markt. In dat licht is KPN een strategie van een open wholesale model begonnen onder het motto ‘beter een wholesale klant dan helemaal geen klant’. Al vanaf het begin van de All IP plannen is de opzet van het nieuwe netwerk van KPN geweest dat er meerdere telecom aanbieders meerdere diensten kunnen aanbieden. Dat wordt uiteraard ook mogelijk gemaakt door IP-technologie waarbij alle diensten over één infrastructuur kunnen worden aangeboden. Het open wholesale model wordt ook gevolgd voor de FttH netten die door Reggefiber worden uitgerold en waarin KPN een deelneming wil nemen. In de ontwerpbesluiten van OPTA wordt onvoldoende rekening gehouden met deze wijziging van strategie door KPN als gevolg van de marktdruk. OPTA gaat nog teveel uit van de gedachte dat KPN een closed shop strategie wil volgen. Een gedachte die de kabelexploitanten uitdrukkelijk wél ondersteunen.

Glas: FttH en koper worden ten onrechte gerekend tot dezelfde markt

In de besluiten gaat OPTA er ten onrechte vanuit dat FttH een opvolger is van het koper netwerk waardoor in de wholesale marktdefinities koper en FttH ten onrechte tot één markt worden gerekend. Hieraan ligt ten grondslag dat de ontwikkeling van Multiplay diensten op de retail markten onvoldoende worden meegenomen. Alleen FttH netwerken en kabelnetten kunnen een gelijkwaardig Multiplay aanbod bieden met telefonie, breedband Internettoegang van hoge snelheden en analoge en digitale televisie. Een Multiplay aanbod via het koper netwerk kan géén analoge televisie bieden en geen hogere Internetsnelheden.

Deze constatering is van belang voor de marktafbakening van de markten van lage kwaliteit WBT en ontbundelde toegang. Het is de vraag of FttH tot dezelfde markt als koper gerekend mag worden . In ieder geval behoren FttH en kabel tot dezelfde markt van WBT en ontbundelde toegang. Dat heeft ook gevolgen voor de dominantie analyse. De positie van de kabel voor Multiplay (en uiteraard televisie) is zo sterk dat, nu FttH nog zo in de kinderschoenen staat, er geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht van een aanbieder van FttH.

Overkill van wholesale maatregelen

Het intrekken van de retail maatregelen op de markt van vaste telefonie is terecht en past bij de concurrentie op de telefonie markten. Met name de ontwikkeling van VoB op de consumenten en zakelijke markten brengt mee dat de concurrentie is toegenomen en alleen maar zal blijven toenemen.

Bij de keuze voor de maatregelen kiest OPTA terecht voor het stimuleren van infrastructuurconcurrentie door in beginsel maatregelen te nemen die toegang bieden op een ‘zo laag mogelijk’ punt in het netwerk. Deze benadering wordt gevolg voor WBT en ULL over koper en glas. Doordat KPN pas na de publicatie van de ontwerp besluiten in staat was om informatie te geven over de uitfasering van de MDF-centrales, kon OPTA in haar ontwerpbesluit niet meewegen dat er in de komende reguleringsperiode geen MDF-access, op enkele centrales na, wordt uitgefaseerd. In het ontwerp besluit gaat OPTA er nog vanuit dat er de komende jaren veel MDF centrales verdwijnen waardoor de afhankelijkheid van WBT van KPN groter zou worden. Nu deze informatie wel bekend is gemaakt, gaan wij er vanuit dat het ontwerp besluit op dit punt wordt aangepast en dat de voorgenomen regulering van WBT niet doorgaat.

Het valt op dat OPTA voornemens is om veel nieuwe wholesale regulering voor zakelijke marktsegmenten in te voeren. Hierbij is sprake van ‘overkill’. Zowel WBT hoge kwaliteit over koper als ILL als WEAS wordt door OPTA met zware verplichtingen gereguleerd. Dit, terwijl hier vaak dezelfde

type retaildiensten over worden geboden. De regulering heeft ook betrekking op alle varianten van snelheden en kwaliteiten van deze wholesale diensten. De proportionaliteit van deze opeenstapeling van verplichtingen is ver te zoeken.

Van een level playing field met de kabel is daardoor overigens ook geen sprake. Het aantal wholesale verplichting voor KPN op verschillende markten is beduidend hoger dan voor de kabel. Dit verschil in behandeling is niet te rechtvaardigen, omdat de Multiplay ontwikkeling wordt ondergewaardeerd. De sterke positie van de kabel op Multiplay komt onvoldoende tot uitdrukking.

1. Samenvatting

KPN heeft kennis genomen van het op 29 juli 2008 door OPTA gepubliceerde ontwerp-besluit "Marktanalyse Breedband, Wholesale-breedbandtoegang" (hierna ook: het **Ontwerpbesluit**). KPN kan zich niet verenigen met verscheidene onderdelen uit het Ontwerpbesluit.

In het bijzonder bestrijdt KPN OPTA's voorlopige conclusies dat:

- er een risico bestaat dat KPN zich in afwezigheid van ex ante regulering van wholesale breedbandtoegang (hierna ook: "**WBT**") onafhankelijk kan gedragen op de retail-market voor breedbandinternettoegang;
- WBT over koper tot dezelfde markt behoort als WBT over glas en WBT over de kabel;
- KPN beschikt over aanmerkelijke marktmacht op de markt voor (zowel lage als hoge kwaliteit) wholesale breedbandtoegang en;
- Ex ante regulering voor WBT over koper passend is.

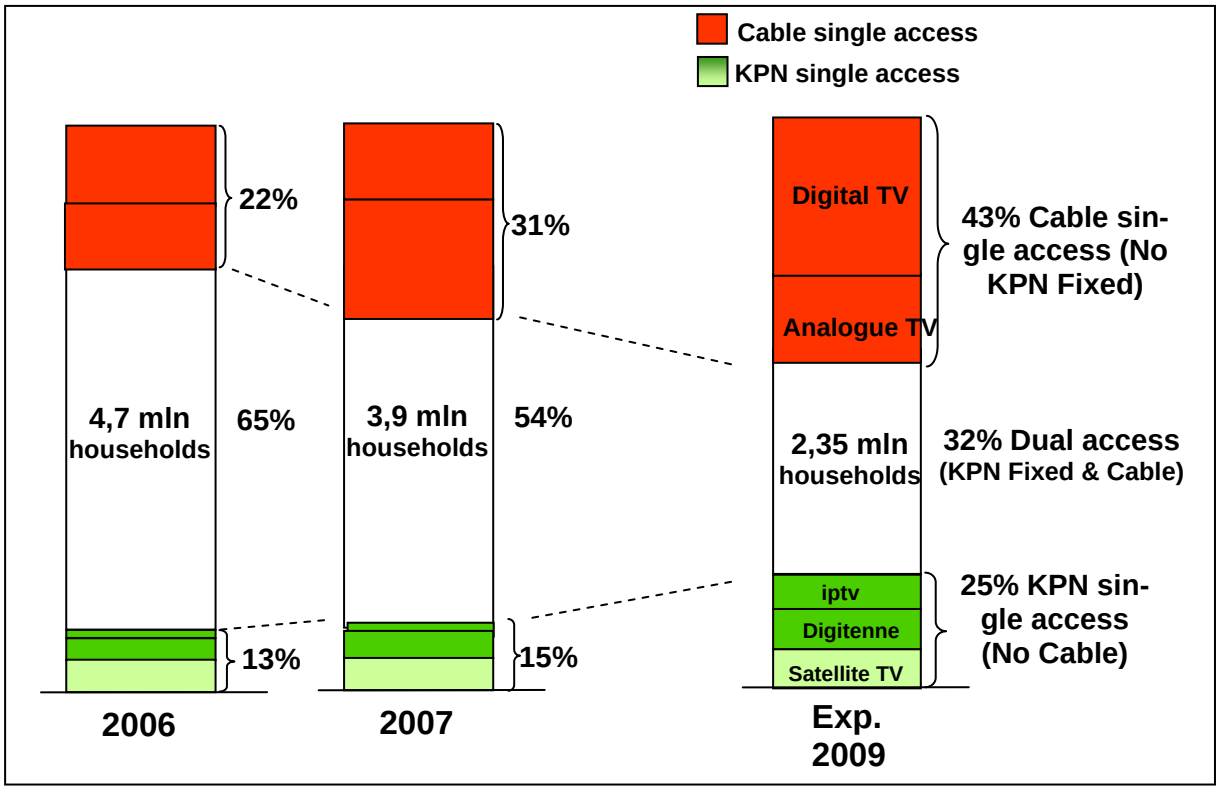
Er is weinig veranderd sinds de marktanalyse van 2005 waardoor er geen reden is voor een verzwaring van de ex ante maatregelen voor KPN. Er is nog altijd geen sprake van dominantie van KPN op de retailmarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang en dus ook geen noodzaak om tot wholesaleregulering over te gaan. Bovendien zorgen de kabelexploitanten voor prijsdruk op het vrijwillige aanbod voor lage kwaliteit WBT van KPN. Daarnaast blijft er een onverminderde dreiging van concurrentie van DSL operators die gebruik maken van MDF-access. Zij hebben in de afgelopen jaren hun MDF-access lijnen verdubbeld en in de komende reguleringsperiode verandert de beschikking over MDF-access niet. In het licht van de passendheid van verplichtingen, is het niet passend om zowel MDF-acces verplichtingen als verplichtingen voor zowel WBT lage als hoge kwaliteit op te leggen.

2. Ontwikkelingen WBT

In dit deel van onze zienswijze schetsen wij een aantal ontwikkelingen die relevant zijn voor het ontwerp besluit van OPTA inzake WBT.

2.1 Beter een wholesale klant dan géén klant

KPN ondervindt veel concurrentie van de kabel. Het marktaandeel vaste telefonie van KPN op de consumentenmarkt neemt af doordat veel klanten overstappen naar de kabel. De concurrentie tussen KPN en kabel op het gebied van Internettoegangsdiensten is groot. De kabelexploitanten zijn in staat om door hun unieke beschikking over analoge distributie van televisiesignalen een compleet Multiplay aanbod aan te bieden. Wij zien dan ook dat het merendeel van de huishoudens, die kiezen voor één netwerkaanbieder van hun diensten, klant is bij de kabel.



Gezien deze ontwikkeling heeft KPN ervoor gekozen haar netwerk te aan te passen. Daarbij kiest KPN voor een zogenaamde open wholesale strategie waarbij het de bedoeling is om het netwerk van KPN te vullen met diensten van andere aanbieders. Daarmee kan KPN de kosten van het netwerk delen met andere partijen en de eindgebruiker een keuze bieden tussen een veelheid van diensten en dienstenaanbieders. Daarmee hoopt KPN te voorkomen dat een klant overstapt naar een aansluiting op een netwerk van een kabelexploitant. KPN genereert immers méér omzet wanneer een klant nog wel wholesale omzet oplevert dan wanneer een klant overstapt naar de kabel.

De concurrentie van de kabelexploitanten geldt in mindere mate voor de (groot)zakelijke klanten (overigens wel voor het SOHO segment dat zich in de regel bevindt in de bebouwde kom waar de kabel dekking heeft). Voor de zakelijke klanten geldt wel dat KPN concurrentie ondervindt van partijen zoals Eurofiber die bedrijfsterreinen op glas aansluiten. Maar ook voor dit marktsegment is van belang dat de business case van KPN beter is als het netwerk gedeeld wordt met wholesale klanten.

Voor de wholesale strategie van KPN geldt dat zij er belang bij heeft dat andere partijen gebruik maken van een zo groot mogelijk deel van het netwerk van KPN. Immers, de wholesale omzet van KPN neemt toe naarmate verkeer van anderen wordt getransporteerd over hogere netvlakken van het netwerk. Met andere woorden, KPN verkoopt liever WBA verbindingen dan ontbundelde lijnen. Daar komt bij dat een aanzienlijk aantal MDF locaties vanwege het geringere aantal aansluitlijnen onvoldoende interessant was (en is) voor DSL aanbieders om zelf uit te rollen. Het WBA aanbod van KPN stelt DSL-aanbieders in staat om ook op die locaties actief te zijn (verdubbeling van hun dekking), klanten voor hun retailaanbod winstgevend te kunnen bedienen en aldus beter de concurrentie met de kabel aan te gaan. Bovendien leidt afname van WBT uiteindelijk tot een betere vulling van het netwerk van KPN.

Omdat KPN deze wholesale omzet wil genereren, heeft KPN de Wholesale Broadband Access dienstverlening in de markt gezet. In onderstaande paragrafen wordt deze dienstverlening kort beschreven. Een beschrijving van de totstandkoming van het WBA aanbod is reeds in een briefwisseling in april/mei 2007 aan OPTA vermeld. Deze briefwisseling is in bijlage 1 opgenomen.

2.2 WBT aanbod: gevarieerd en laagdrempelig

KPN heeft een WBT standaard aanbod in de markt staan. De dienstverlening van KPN staat bekend als "Wholesale Broadband Access"-dienst(en). Met deze dienst krijgen afnemers een verbinding tot hun beschikking tussen de klant en hun platform waarover zij verschillende retail diensten kunnen bieden: internettoegang, telefonie, televisie en datacommunicatiediensten. De WBT diensten van KPN vormen een afspiegeling van de ontwikkelingen op de retailmarkt. Dat wil zeggen dat de WBT dienstverlening vele variaties kent met betrekking tot de snelheid en de kwaliteit van dienstverlening. Alle retailmarkten die met WBA worden bediend kunnen overigens ook al via andere gereguleerde wholesale diensten worden betreden. Zo biedt bijvoorbeeld Tele2 digitale televisie met gebruikmaking van de WBT diensten van KPN.

Het WBT aanbod van KPN kent modules voor de consumentenmarkt en modules voor de zakelijke markt. Het verschil tussen de modules bestaat uit hogere beschikbaarheidgaranties. Het cluster WBT aanbod van KPN kent vele combinaties van upload en download snelheden alsmede kwaliteiten van service verlening en beschikbaarheidgaranties.

KPN heeft een WBT aanbod voor ADSL en VDSL via het kopernetwerk. Ook heeft KPN een WBT aanbod voor de FttH netwerken die zullen worden aangelegd. Het huidige WBT aanbod is gebaseerd op ATM technologie en zal ook op basis van Ethernet worden aangeboden.

Door middel van het WBT aanbod voor VDSL en FttH zijn DSL partijen in staat om tegen lage aanvangsinvesteringen een positie te verwerven met nieuwe breedbandige aanbiedingen voor internettoegang en ook televisiediensten. Met WBT hebben partijen voornamelijk variabele kosten die afhangen van het aantal afgenomen WBT lijnen.

WBT aanbod is gepubliceerd en wordt afgenomen

Het WBT aanbod van KPN is een openbaar aanbod en bestaat uit een "Raamovereenkomst inkoop Wholesale Broadband Access" inclusief de daarbij behorende annexen die zijn gepubliceerd op de website van KPN wholesale. Het aanbod is voor iedere partij afneembaar. De technische specificaties zijn gepubliceerd in Annex 2 bij de raamovereenkomst. In Annex 3 zijn de service niveau’s en de procedures beschreven. De tarieven van de consumentenmodules zijn op 8 juni jl. aangepast en zijn opgenomen in Annex 4.

KPN heeft voor WBA contracten gesloten met **[KPN VERTROUWELIJK ongeveer [redacted] partijen]** . Een overzicht van deze partijen in opgenomen in bijlage 2.

Openbaar aanbod voor migratie van MDF naar WBA

KPN heeft in aanvulling op de bestaande Raamovereenkomst een openbaar aanbod gepubliceerd voor partijen die willen migreren van de bestaande MDF access naar WBA dienstverlening. Dit aanbod is de 'MDF Migration Agreement' van 25 april 2008. Hierin biedt KPN aan afnemers van MDF diensten compensatie aan wanneer zij overstappen van MDF naar WBA diensten voor zowel de consumenten als de zakelijke modules.

Non-discriminatie

In artikel 2.9 van de Raamovereenkomst WBA is het uitgangspunt van non-discriminatie vastgelegd. Dat wil zeggen dat KPN gelijke tarieven en voorwaarden hanteert voor haar eigen interne 'afnemers' als voor externe afnemers van de WBA diensten. Ook nieuwe WBA diensten vallen onder het uitgangspunt van non-discriminatie.

Daarnaast is van belang dat de MDF Migration Agreement een zogenaamde 'test on best offer clause' bevat op grond waarvan KPN moet aantonen dat de gemiddelde prijs van een retail aanbod van Internettoegang hoger is dan die van onder andere de onderliggende WBA dienst. Deze test geldt voor retail Internettoegangsdiensten tot 20 Mb.

Verder bevat de MDF Migration Agreement een squeeze test voor de consumenten en zakelijke modules van de WBA dienstverlening waarbij KPN op basis van het bestaande ASR kostallocatie systeem moet aantonen dat er op marktniveau geen prijssqueeze is wanneer KPN voor haar eigen retail diensten WBA diensten tegen externe tarieven inkoopt.

2.3 Beperkte uitfasering centrales in de komende reguleringsperiode

Zoals bekend wil KPN het telefoonnetwerk upgraden (FttC) zodat VDSL kan worden aangeboden. Daarnaast wil KPN gebruik gaan maken van FttH. De diensten zullen op basis van IP-technologie worden aangeboden. Dat betekent dat de huidige centrales voor het geschakelde telefonieverkeer op termijn zullen worden ontmanteld. Het succes van de uitrol van FttC en FttH in de beginperiode is bepalend voor de verdere uitrol alsmede de uitfasering van de oude centrales. In de afgelopen periode heeft verdere besluitvorming bij KPN plaatsgevonden over het tempo waarin de uitfasering moet gaan plaatsvinden. Dat heeft geresulteerd in de aankondiging dat de uitfasering tot 2012 beperkt blijft tot het sluiten van 7 centrales waarvan slechts in één centrale MDF-access daadwerkelijk wordt afgenomen.

In de eerder genoemde MDF Migration Agreement heeft KPN zich contractueel vastgelegd om 196 MDF centrales *niet* uit te faseren en op die plekken zogenaamde mini-MDF-access voorzieningen te leveren. Dat brengt mee dat de afnemers van MDF-access ook in de toekomst verzekerd blijven van een geografische dekking van 50% van de markt. Daardoor blijven de afnemers van MDF-access ook op termijn in staat om 70% van hun huidige klanten te bedienen via MDF-access. Deze 70% betreft een deel van de markt dat voor MDF-afnemers het meest aantrekkelijk is, aangezien met relatief beperkte kosten een aanzienlijk deel van de Nederlandse huishoudens kan worden bereikt.

2.4 Relatie tot FttH en Reggefiber

KPN en Reggefiber hebben bekend gemaakt te willen samenwerken op het gebied van de aanleg en beheer van een passief Fiber Access netwerk. Hierdoor worden ondernemingsrisico's gedeeld en wordt de ervaring van het huidige Reggefiber met de uitrol van FttH gecombineerd met de ervaring van KPN op het gebied van actief operatorschap, dienstverlening en klantbeheer. Deze onderneming zal zich richten op de uitrol van de 'passieve infrastructuur'. KPN zal als actieve operator toegang tot de passieve infrastructuur van Reggefiber afnemen. Ook andere operators kunnen onder dezelfde voorwaarden deze toegang afnemen. KPN zal in aanvang een minderheidspositie in Reggefiber hebben. De overeenkomst is opgesteld onder voorbehoud van goedkeuring door de mededingingsautoriteiten.

Aan de hand van het commercieel succes zal worden bepaald of er een verdere (grootschalige) uitrol van FttH zal plaatsvinden. Hierbij is de ontwikkeling van het kader waarin OPTA dit plaatst van doorslaggevend belang. Indien een positieve business case voor FttH niet mogelijk is, mede als gevolg van regulering, zal verdere (grootschalige) uitrol niet plaatsvinden.

KPN zal als actieve operator in alle FttH gebieden WBA diensten aanbieden. Per locatie waar FttH wordt uitgerold, zal KPN bekendmaken dat er WBA dienstverlening beschikbaar komt. Recent heeft deze mededeling plaatsgevonden over Almere, Son & Breugel, Haaksbergen en andere plaatsen.

3. Marktafbakening

Met name voor de marktafbakening van WBT lage kwaliteit is het van belang om na te gaan welke vaste infrastructuur deel uitmaakt van de relevante markt. De relevante vaste telecommunicatie infrastructuur bestaat in Nederland uit het telefoonnetwerk van KPN, de kabeltelevisienetwerken, enkele bestaande FttH netwerken. Hier gaan wij nader in op de vraag of deze netwerken deel uitmaken van de markt van WBT lage kwaliteit. Voor de markt van WBT hoge kwaliteit is deze vraag niet aan de orde.

3.1 De afbakening van de WBT lage kwaliteit hangt af van de retailmarkt

Voor de afbakening van de wholesale markt van WBT is het van belang na te gaan hoe de retailmarkten in elkaar steken. Het is onmiskenbaar dat de retailmarkten voor telefonie, breedband internettoegang en televisie een grote onderlinge samenhang vertonen. Ook OPTA onderkent dit. In de ontwerpbesluiten over de omroepmarkt gaat OPTA uitdrukkelijk uit van het toenemend aantal afnemers van Multiplay diensten dat wil zeggen een combinatie van telefonie, Internet en televisie diensten. Of sprake is van een aparte Multiplay markt in mededingingsrechtelijke zin, hangt af van de substitueerbaarheid van een Multiplay pakket ten opzichte van de afzonderlijk te verkrijgen diensten. Daarbij is ook van belang dat de samenstelling van Multiplay pakketten varieert en kan bestaan uit verschillende combinaties van diensten. Wat er verder van de exacte marktafbakening op retail-niveau zij, feit is dat het voor ondernemingen van openbare communicatiediensten wel een realiteit is dat de slag om de gunst van de eindgebruiker wordt gestreden via Multiplay aanbiedingen.

De voorgenomen investeringen van KPN in upgrading van het netwerk (VDSL) staan dan ook uitdrukkelijk in het licht van de Multiplay ontwikkeling. Indien KPN in staat wil zijn om een Multiplay aanbod aan te bieden, dient het vaste netwerk van KPN te worden aangepast. Momenteel kan KPN uitsluitend digitale televisie bieden via de ether (Digitenne) ofwel via ADSL en IP technologie op het vaste telefoonnetwerk. In het laatste geval kan echter slechts 50% van de Nederlandse huishoudens worden bediend met digitale televisie (vanwege de afstand tot de hoofdverdeler).

Digitale televisie heeft als groot nadeel dat de eindgebruiker voor ieder televisietoestel extra randapparatuur nodig heeft om de ontvangst mogelijk te maken. Voor eindgebruikers vormen de aanschaf en ingebruikstelling van de extra randapparatuur een drempel. Recent is weer bevestigd door een onderzoek van KPMG (Bijlage 3) dat eindgebruikers niet snel bereid zijn om over te stappen naar digitale televisie op basis van DSL/IP. **[KPN VERTROUWELIJK** [redacted]**.]** Overigens hangt de groei van Digitenne tot op heden ook samen met een algehele marktverruiming voor TV plus het bedienen van de circa half miljoen woningen waarnaar de kabelnetwerken niet zijn uitgerold. De door Digitenne in het verleden behaalde groei geeft dan ook geen representatief beeld van de toekomstige groeikansen voor Digitenne.

Door de uitrol van VDSL zal KPN in staat zijn om digitale televisie aan te bieden aan het merendeel van de Nederlandse huishoudens. Het nadeel van VDSL is echter dat de eindgebruiker voor ieder televisietoestel extra randapparatuur nodig heeft. Daarnaast is het zo dat het grootste deel van de huishoudens met FttC een download snelheid heeft van niet meer dan 30Mb. Daarmee bestaat er een limiet aan het aantal tegelijkertijd te ontvangen televisiesignalen. Met HDTV, dat meer bandbreedte in beslag neemt dan de huidige televisiesignalen, zal het aantal tegelijkertijd te ontvangen televisiesignalen, alleen maar afnemen. Ook zijn de download en upload snelheid van een breedband internettoegangsdienst beperkt ten opzichte van de kabel. Met VDSL kan KPN daarom geen volwaardig concurrerend alternatief bieden voor het Multiplay aanbod van de kabelexploitanten.

Zoals bekend is KPN voornemens om via een joint venture met Reggefiber ook in een aantal steden FttH uit te rollen. In een recente brief van 29 juli jl. heeft KPN aangegeven welke plaatsen het in de komende periode betreft (zie bijlage 4). Via FttH zal KPN drie Multiplay pakketten aanbieden met televisie, internet en telefonie. De geboden download snelheden zijn 30, 50 en 100 Mb. Via FttH kan zowel analoge als digitale televisie worden aangeboden. Dat betekent dat FttH de mogelijkheid biedt aan KPN om een pakket aan te bieden dat volledig concurrerend is met het Multiplay aanbod van de kabelexploitanten. Dat de kabelexploitanten dit zo ondervinden, blijkt uit het feit dat de kabelexploitanten acties zijn begonnen op locaties, waarvan bekend was dat een FttH netwerk zou worden uitgerold. Lisse en Arnhem zijn hiervan voorbeelden, waarbij de kabel met succes acties heeft gestart om de uitrol van FttH te voorkomen. Recent heeft UPC aangekondigd om versneld Docsis 3.0 uit te rollen. UPC gaat met name in gebieden, waar zij concurrentie van FttH ondervinden, Docsis 3.0 uitrollen.

Voorts is van belang dat er via FttH en kabel significant hogere upload en download snelheden kunnen worden geboden voor breedband Internettoegang dan via koper. Via koper kan aan het grootse deel van de huishoudens geen hogere snelheid worden geboden dan 30Mb.

Multiplay via kabel en via FttH op dezelfde markt

Het bovenstaande brengt mee dat het huidige Multiplay aanbod van KPN, dat via ADSL wordt aangeboden, geen volwaardig substituut is van het Multiplay aanbod dat via de kabel wordt aangeboden. Dat geldt ook wanneer KPN een Multiplay aanbod via VDSL gaat aanbieden. Immers, analoge televisie wordt niet geboden en de internetsnelheid blijft voor het grootste deel van de huishoudens beperkt tot 30 Mb. Een Multiplay aanbod via FttH is wél een volwaardig substituut van het Multiplay aanbod via de kabel en andersom.

Wanneer een aparte Multiplay markt zou worden afgebakend, zouden daarom Multiplay aanbiedingen via de kabel en Multiplay aanbiedingen via FttH in ieder geval deel uitmaken van dezelfde markt. Dit geldt echter niet voor Multiplay aanbiedingen via ADSL of VDSL.

Nu is het zo dat OPTA géén aparte Multiplay markt afbakent, maar vasthoudt aan drie aparte retailmarkten: internettoegang, telefonie en televisie. Als wij uitgaan van deze drie aparte markten is in dit verband met name de vraag of de televisiediensten, die worden aanboden via ADSL en VDSL, tot dezelfde markt behoren als de televisiediensten van de kabel. Daarvoor is van belang dat de kabelexploitanten analoge plus digitale televisie leveren en dat via ADSL/VDSL uitsluitend digitale televisie geleverd kan worden. Televisie via ADSL/VDSL biedt dus géén vergelijkbare functionaliteit als televisie via kabel. Daarom maakt televisie via ADSL/VDSL, ofwel koper, geen deel uit van dezelfde markt als kabeltelevisie.

Voor een uitgebreidere uiteenzetting over de marktafbakening verwijzen wij naar een rapport van Case Associates dat is opgesteld in opdracht van KPN. Het rapport is bijgevoegd in bijlage 6.

3.2 Wholesalemarkten

OPTA rekent ten onrechte WBT via koper tot dezelfde markt als WBT via kabel en WBT via FttH

OPTA concludeert in randnummer 433 terecht dat WBT lage kwaliteit over coax via indirecte prijsdruk een substituut vormt voor WBT lage kwaliteit over koper. OPTA concludeert vervolgens in randnummer 444 dat WBT via het koper van KPN en via FttH tot dezelfde markt behoren. OPTA rekent kabel tot deze markt vanwege de indirecte prijsdruk die door de retailtarieven van de kabel

worden uitgeoefend op respectievelijk de retailtarieven en de WBT tarieven van het telefoonnetwerk van KPN.

OPTA heeft bij de afbakening van de wholesalemarkt voor WBT lage kwaliteit niet, althans onvoldoende, de concurrentie-omstandigheden op onderliggende retailmarkten betrokken. Omdat het koper van KPN lagere snelheden ten opzichte van zowel FttH als de kabel biedt en bovendien geen analoge televisie – welke dienst zoals hierboven toegelicht voor de meeste eindgebruikers doorslaggevend is bij de keuze voor een bepaald MultiPlay pakket – kan worden geleverd, is het onjuist om WBT via koper tot dezelfde markt te rekenen als WBT via FttH en kabel. KPN kan zich wel verenigen met OPTA's voornemen om WBT via FttH en WBT via kabel tot dezelfde markt te rekenen.

Aparte markten voor WBT lage en hoge kwaliteit

KPN onderschrijft dat WBT hoge kwaliteit niet behoort tot de markt van WBT lage kwaliteit. Overboekingsfactor is daarbij één van de onderscheidende eigenschappen, doch niet de enige. In de huidige situatie is de overboekingsfactor voldoende onderscheidend. Het is niet uitgesloten dat er in de komende reguleringsperiode verandering zal optreden in die situatie, afhankelijk van eventuele glasinitiatieven en de reacties die dat bij de bestaande aanbieders teweeg zal brengen. Snelheden, garanties over Quality of Service en beschikbaarheid zijn tevens belangrijke onderscheidende factoren, die meer toekomstvast zijn.

4. Dominantie analyse

4.1 De beoogde joint venture maakt geen deel uit van een AMM aanwijzing van KPN

OPTA rekent ten onrechte de beoogde joint venture, die KPN en Reggefiber willen starten, tot de AMM aanwijzing van KPN. Immers, KPN heeft geen uitsluitende zeggenschap in de joint venture en kan daarom niet tot de onderneming van KPN worden gerekend. Kortheidshalve verwijzen wij hierbij naar een memo van Allen & Overy dat als bijlage 7 is bijgevoegd.

4.2 Retailmarkt

Voor de dominantie-analyse is het van belang dat er in de komende reguleringsperiode (2009-2011) geen MDF-access verdwijnt. Ook na de komende reguleringsperiode kunnen DSL aanbieders via MDF-access hun retaildiensten aanbieden en een gebied bestrijken waar thans 70% van hun klantenbestand zich bevindt. Daarnaast is het van belang dat er een openbaar aanbod van KPN voor WBT dienstverlening in de markt staat. Dat betekent dat partijen, óók zonder regulering van WBT lage kwaliteit, in geheel Nederland hun retaildiensten kunnen aanbieden. Immers, in de gebieden waar in de periode vanaf 2012 géén MDF-access meer beschikbaar zal zijn, kunnen zij gebruik maken van WBA als drager voor hun retaildienst. OPTA stelt ten onrechte in randnummers 296-297 en 344 dat de DSL aanbieders marktaandeel gaan verliezen op de retailmarkt als gevolg van de uitfasering van MDF - centrales. In elk geval zolang DSL-aanbieders in (nagenoeg) dezelfde mate MDF-access kunnen afnemen als heden, is er geen reden te veronderstellen dat de concurrentiekracht van DSL-aanbieders in de komende periode zal afnemen.

Daarnaast is het niet zo dat KPN belangrijke voordelen heeft ten opzichte van de kabel zoals OPTA ten onrechte stelt in randnummer 346. Ook de kabel heeft naamsbekendheid en een uitgebreid klantenbestand. Een belangrijke drijfveer voor eindgebruikers om over te stappen naar de kabel is dat zij dan niet meer de vaste telefonie abonnementsvergoeding van KPN hoeven te betalen. Daarnaast beschikt de kabel, als gezegd, over het aanzienlijk voordeel dat zij analoge televisie kan bieden. Hiermee is de kabel in staat om een uitgebreider Multiplay pakket aan te bieden dan KPN. Dat dit een voordeel is, blijkt uit het feit dat de kabel meer abonnees heeft, die kiezen voor één aanbieder van al hun vaste telecommunicatiediensten, dan KPN. Zie hiervoor het overzicht van ‘single access’ huishoudens dat is opgenomen in de paragraaf over ontwikkelingen. In een onderzoek van Ernst&Young uit 2007 is voorts gebleken dat de TV-aanbieder de voorkeur heeft als aanbieder van gebundelde diensten boven de aanbieder van telefonie of Internettoegang. Het persbericht en het rapport zijn opgenomen in bijlage 11. Omdat de kabelexploitant in de meeste gevallen de TV-aanbieder is, werkt dit in het voordeel van de kabelexploitant.

Wat zakelijke klanten betreft, zijn kabelexploitanten uitstekend in staat om het SOHO segment te bedienen. De locaties van dit segment bevinden zich immers in de regel binnen de bebouwde kom waar kabelexploitanten hun netwerk hebben uitgerold. Voor bedrijfsterreinen en grootzakelijk gebruikers geldt dat KPN veel concurrentie ondervindt van partijen zoals Fastfiber. Hiervoor verwijzen wij naar onze reactie op het ontwerpbesluit Huurlijnen. Daarin is toegelicht hoe de concurrentie op de bedrijfsterreinen zich ontwikkelt.

4.3 Wholesale markt WBT lage kwaliteit

Geen toename van afhankelijkheid van andere partijen van WBT van KPN

OPTA's dominantie-analyse in de randnummers 507-511 is voor een belangrijk gedeelte gebaseerd op de onjuiste aanname dat KPN in de komende reguleringsperiode marktaandeel op de markt van WBT

lage kwaliteit zal winnen als gevolg van de uitfasering van MDF –access. Zoals eerder gezegd, is er (op één centrale na) géén sprake van uitfasering van MDF-access gedurende de komende reguleringsperiode. Daardoor treedt er geen wezenlijke verandering op ten opzichte van de situatie waarvan OPTA in het kader van de thans geldende marktanalysebesluiten is uitgegaan.

Dat betekent dat de afhankelijkheid van DSL-aanbieders van WBT in de komende reguleringsperiode niet toeneemt en hun dekkingsgraad ongeveer 70% zal blijven bedragen. Hoewel KPN de verwachting deelt dat DSL-aanbieders gedurende de komende reguleringsperiode niet verder zullen investeren in de uitbreiding van hun DSL-netwerken op nieuwe locaties, is daarmee niet gezegd dat DSL-aanbieders niet in staat zijn om in de gebieden waar zij nu actief zijn hun marktaandeel uit te breiden ten koste van KPN of de kabel, zoals OPTA in randnummer 508 van het Ontwerpbesluit ten onrechte suggereert. DSL-aanbieders vertonen namelijk nog steeds groei in het aantal MDF-lijnen op bestaande locaties. Zij namen in 2005 ongeveer 300.000 lijnen af en in het tweede kwartaal van 2008 is dat aantal gestegen naar ruim 630.000 lijnen. Van een verminderde concurrentiedruk van de DSL-operators is dus geen sprake. In bijlage 8 is een overzicht van de ontwikkeling van de MDF aantallen opgenomen.

Verder zullen partijen in staat zijn om, afhankelijk van het commerciële succes van VDSL en FttH, te bepalen of zij gebruik willen gaan maken van WBT. Dit betekent dat KPN niet de tarieven en voorwaarden van WBT kan ‘opleggen’ aan marktpartijen en zich ook anderszins niet onafhankelijk van concurrenten en afnemers kan gedragen. Van (aanmerkelijke) marktmacht van KPN is dan ook geen sprake.

In randnummer 509 speculeert OPTA verder over de ontwikkeling van het marktaandeel van KPN op de markt voor lage kwaliteit wholesalebreedbandtoegang. Volgens OPTA zal "mogelijk" een aantal wholesale afnemers van WBT van DSL-aanbieders overstappen naar KPN omdat KPN als enige voldoende dekking overhoudt om een significant deel van de Nederlandse markt te kunnen bedienen en alleen dit aanbod voldoende toekomstvast is.

Deze aanname mist niet alleen feitelijke onderbouwing maar is ook onaannemelijk. Aangezien KPN in de komende reguleringsperiode slechts één centrale waar MDF-access wordt afgenomen zal uitfaseren, zullen DSL-aanbieders in elk geval ook in de komende periode nog in staat zijn WBT-diensten aan te bieden. Zolang de alternatieve DSL-aanbieders deze diensten continueren is er geen enkele aanleiding te veronderstellen dat hun respectieve afnemers zullen overstappen naar KPN zodat KPN's marktaandeel hierdoor ook niet zal groeien. Tijdens de hoorzitting van OPTA van 2 september jl. is ook nog eens door Tele2/Versatel bevestigd dat zij en BBned een uitgebreide dekking in Nederland hebben en dat zij ook WBA diensten verlenen.

Gelet op het voorgaande is KPN dan ook stellig van mening dat OPTA haar conclusie in randnummer 511 dat het marktaandeel van KPN zal toenemen ten koste van de alternatieve WBT-leveranciers onjuist en bovendien onvoldoende gemotiveerd is.

Mocht al sprake zijn van een opwaartse beweging in KPN's marktaandeel in de komende reguleringsperiode dan geldt dat OPTA verzuimd heeft hiervan een kwantitatieve inschatting te maken.

Indirecte prijsdruk

Het WBT aanbod van KPN wordt gedisciplineerd door het Multiplay aanbod van de kabel. Omdat de kabel in het voordeel is op de Multiplay markt (zie het rapport van Ernst&Young in bijlage 11 waaruit blijkt dat de TV-aanbieder in het voordeel is voor de keuze van de eindgebruiker voor single access) gaat er indirecte druk uit van de Multiplay proposities van de kabel op de WBT tarieven.

Andere factoren van dominantie zijn niet aangetoond

Doordat er geen wijziging optreedt in de beschikbaarheid van MDF-access in de wijkcentrales (en de voorwaarden voor toegang tot die centrales bovendien gereguleerd zijn door OPTA), is er, anders dan OPTA stelt in randnummers 512-521, ook geen sprake van dat KPN zou beschikken over niet makkelijk te dupliceren infrastructuur voor WBT. In dit verband wijst KPN erop dat OPTA in haar dominantie-analyse van de WBT-markt zich geen, althans onvoldoende, rekenschap geeft van de omstandigheid dat de MDF-access een gereguleerde dienst is.

In elk geval is de situatie voor de komende reguleringsperiode niet in relevante aspecten veranderd ten opzichte van de marktanalyse in 2005. Het is dan ook op zijn minst opmerkelijk dat OPTA thans tot de (voorlopige) conclusie komt dat de markt voor lage kwaliteit WBT niet meer als concurrerend kan worden beschouwd en bovendien ook nog de zwaarste vorm van regulering wordt opgelegd. In het Ontwerpbesluit onderbouwt OPTA niet, althans onvoldoende, op basis van welke relevante omstandigheden de markt voor (lage kwaliteit) wholesale breedbandtoegang in de komende reguleringsperiode niet meer als daadwerkelijk concurrerend kan worden aangemerkt.

Een andere factor, die OPTA noemt in randnummer 322, is dat KPN door haar grote schaal de mogelijkheid heeft om een strategie van productdiversificatie te volgen. Andere DSL-aanbieders en kabelaars zijn hier volgens OPTA te klein voor. OPTA gaat bij het trekken van deze conclusie te kort door de bocht. Ten eerste hebben met name de grote kabelaars voldoende mogelijkheid om op dienst te differentiëren. In de tweede plaats kunnen kabelexploitanten juist voordeel halen uit hun geografische spreiding, Die geografische spreiding stelt hen in staat in andere geografische gebieden andere tarieven hanteren, afhankelijk van de lokale marktomstandigheden.

Verder gaat OPTA er in randnummer 326 ten onrechte aan voorbij dat niet alleen KPN maar ook de kabelexploitanten over schaal- en breedtevoordelen beschikt. Volgens OPTA zijn die voordelen van de kabelexploitanten beperkt en lager ten opzichte van die van KPN. Deze aanname wordt echter op geen enkele wijze onderbouwd. Feit is bovendien dat de kabelexploitanten ook omroepdiensten in meerdere vormen over hun netwerk kunnen leveren waardoor zij breedband toegangsdiensten kunnen kruissubsidiëren. Op de markt voor omroepdiensten ondervinden kabelexploitanten geen of nauwelijks concurrentie, waardoor ook hogere marges behaald kunnen worden. Tot slot wijst KPN erop dat UPC onderdeel uitmaakt van een zeer omvangrijk internationaal concern.

Al bij al ontkent KPN niet dat zij inderdaad beschikt over geringe voordelen ten opzichte van andere partijen. Dit is het gevolg van het feit dat KPN beschikt over een landelijk netwerk, hetgeen lastiger te dupliceren is. Daarbij zij aangetekend dat dit voordeel ten opzichte van de kabelexploitanten al flink is geslonken als gevolg van het samengaan van Multikabel, Essent en Casema. Indien de thans resterende kabelmaatschappijen een samenwerkingsverband sluiten, kunnen zij zelfs KPN's netwerk één op één dupliceren.

Tegenover het beperkte schaalvoordeel dat KPN heeft moet worden gesteld dat KPN ook het investeringsrisico van een landelijk dekkend netwerk draagt. Bovendien worden KPN's voordelen aanzienlijk ingeperkt door de op KPN rustende universele dienstverleningsverplichting, als gevolg waarvan KPN hogere kosten heeft dan kabelexploitanten. De netwerken van de kabelexploitanten zijn namelijk nooit uitgerold naar de 7-8% meest veraf gelegen woningen in Nederland als gevolg waarvan KPN's gemiddelde kostprijs van het aansluitnetwerk hoger uitvalt. Dit scheelt al gauw een paar euro per aansluiting per maand.

Het feit dat KPN beschikt over naamsbekendheid kan evenmin een factor zijn die bijdraagt aan de aanwezigheid van AMM van KPN (vgl. randnummer 327). Partijen als Tele2, Ziggo en UPC zijn de afgelopen jaren zowel qua naamsbekendheid als qua reputatie flink gegroeid, waardoor zij thans geen achterstand meer hebben ten opzichte van KPN. Dit geldt temeer nu KPN de afgelopen jaren problemen heeft ondervonden met de levering van InternetPlusBellen waardoor haar reputatie flink heeft geleden. Hieruit blijkt dan ook dat OPTA op zijn minst niet (voldoende) heeft onderbouwd dat KPN's naamsbekendheid bijdraagt aan een positie van AMM.

Overname van Speedlinq en Demon heeft geen invloed op kopersmacht

OPTA beweert verder in randnummer 535-536 dat de kopersmacht van WBT-afnemers is afgenomen ten opzichte van 2005, onder meer als gevolg van de overname van Demon en Speedlinq. De overname van deze partijen heeft echter KPN's aanbod voor WBT niet minder competitief gemaakt, hetgeen door OPTA overigens ook niet is gesteld. Daarnaast veronderstelt OPTA dat er in de onderhandelingen met marktpartijen weliswaar een (ook voor afnemers van WBT: gunstig) onderhandelingsresultaat tot stand is gekomen, maar dat dit meer onder druk van regulering dan onder marktwerking tot stand is gekomen. OPTA gaat hierbij voorbij aan het feit dat al 4 jaar een commercieel aanbod in de markt ligt voor WBT lage kwaliteit, welke op of onder kostprijs wordt aangeboden. Dit aanbod is tot stand gekomen buiten dreiging van regulering maar juist als gevolg van de toenemende concurrentiedruk van kabelexploitanten. Hieruit blijkt dat er weldegelijk sprake is van een competitieve markt. De overname van Speedlinq en Demon heeft hier geen verandering in gebracht. Daarbij wijzen wij nogmaals op de bijdrage van Tele2/Versatel en BBned tijdens de hoorzitting van 2 september bij OPTA waarin zij aangaven dat zij een uitgebreide dekking in Nederland hebben en WBT diensten aanbieden via hun netwerk.

Positie van KPN is niet gewijzigd

KPN bestrijdt de conclusie dat de positie van KPN aanzienlijk is gewijzigd, welke uiteen is gezet in randnummers 539-549. Daarbij wijst KPN erop dat:

- het marktaandeel van KPN enkel door de overname met Tiscali is verhoogd. De NMa kwam in het Vergunningsbesluit tot de conclusie dat de concentratie niet leidde tot het ontstaan of versterken van een machtspositie.
- Afnemers van MDF hebben zoals gezegd de afname van het aantal lijnen in de afgelopen periode verdubbeld.
- KPN heeft informatie over de uit te faseren MDF centrales gepubliceerd; hieruit blijkt dat slechts 7 centrales de komende drie jaar worden uitgefaseerd, waardoor ULL partijen voldoende concurrentie kunnen blijven bieden op WBT lage kwaliteit.
- OPTA neemt de concurrentiedruk van de kabel slechts in beperkte mate mee. OPTA constateert dat de kabel dezelfde positie in neemt als KPN, maar doet hier vervolgens niets mee. Dit terwijl de kabel op twee fronten een alternatief kan bieden:
  - Via indirecte prijsdruk, doordat hun retail propositie concurrerend is;
  - Via directe prijsdruk, wanneer de trend gaat doorzetten dat kabelexploitanten derden toegang geven. De ontbundeling van CaiW in een netwerkbedrijf en een dienstenbedrijf kan erop duiden dat ook kabelexploitanten een actiever beleid gaan voeren het geven van toegang aan derden ook door kabelexploitanten.

4.4 Wholesale markt WBT hoge kwaliteit

OPTA stelt in het Ontwerpbesluit dat KPN een voorsprong heeft op het gebied van dienstverlening aan klanten die meerdere vestigingen willen aansluiten (multi-site verbindingen). OPTA stelt dat ande-

re partijen uitsluitend zijn aangewezen op de WBT dienstverlening van KPN. Daarbij verliest OPTA ten onrechte uit het oog dat partijen ook WBT diensten kunnen inkopen bij andere partijen. Dit kan bijvoorbeeld bij Tele2/Versatel en BBned die gebruik maken van ULL en WBT in de gebieden waar ULL onrendabel is, maar dit kan ook bij partijen zoals Eurofiber en BT die eigen glasringen aanleggen. Ten opzichte van de marktanalyse in 2005 is er voor WBT hoge kwaliteit weinig aan de marksituatie veranderd.

In randnummer 563 stelt OPTA dat door de uitfasering van MDF access de afhankelijkheid van hoge kwaliteit is toegenomen. Aangezien in de komende reguleringsperiode slechts 7 centrales worden uitgefaseerd, waarvan slechts in één centrale door alternatieve DSL aanbieders MDF access wordt afgenomen, is dit argument ongegrond. Ook in randnummer 569 wordt ten onrechte de conclusie getrokken dat KPN een groter schaalvoordeel realiseert, doordat MDF partijen niet meer (kunnen) investeren als gevolg van All IP.

In randnummer 576 stelt OPTA dat KPN op dit moment alleen hoge kwaliteit WBT biedt aan derden als gevolg van een besluit van het college. Hierbij gaat OPTA ten onrechte voorbij aan het feit dat KPN een prikkel heeft om glasverbindingen op bedrijfsterreinen te kunnen aanbieden waarover de zakelijke eindgebruikers ook diensten kunnen afnemen van andere telecom operators. Hiervoor is onder andere nodig dat deze telecom operators WBT van hoge kwaliteit kunnen afnemen.

5. Analyse mededingingsverstoringen

5.1 KPN wil netwerk vullen

OPTA beperkt zich in hoofdstuk 10 van het Ontwerpbesluit ten onrechte tot een analyse van van de mededingingsverstoringen op de wholesalemarkt voor (zowel lage als hoge kwaliteit breedbandtoegang). De wholesalemarkt is echter een afgeleide van de retailmarkt zodat OPTA haar analyse van eventuele mededingingsverstoringen op de wholesalemarkt eerst moet kijken naar de eventuele problemen op de retailmarkt. Deze analyse heeft OPTA echter niet gemaakt zodat onduidelijk is welke mededingingsproblemen OPTA wil oplossen met de beoogde wholesale maatregelen. Het Ontwerpbesluit is op dit onderdeel dan ook onvoldoende onderbouwd.

Bij de behandeling van vermeende mededingingsproblemen is een relevante omstandigheid dat er een openbaar aanbod van KPN voor WBT in de markt staat. Een korte beschrijving is opgenomen in de inleiding. Dit aanbod is aangevuld met een openbaar aanbod voor partijen die migreren van MDF - access naar WBA dienstverlening van KPN. Het uitgangspunt van non-discriminatoire tarieven en voorwaarden is van toepassing voor deze openbare aanbiedingen. KPN is op grond van het burgerlijk recht gehouden aan het gestand doen van deze openbare aanbiedingen. OPTA gaat in haar analyse ten onrechte voorbij aan het verbindend karakter van deze aanbiedingen (waarvan de nakoming met civielrechtelijke middelen snel en effectief kan worden afgedwongen). Verder wil KPN nogmaals benadrukken dat haar positie ten opzichte van aan derde partijen leveren van WBA geheel anders is dan in het verleden. Zoals hierboven toegelicht ligt in de strijd tegen de kabel namelijk veel meer dan vroeger de nadruk op het ’vullen’ van het netwerk. KPN kan dit niet alleen en is daarin afhankelijk van andere afnemers. Uiteindelijk profiteert KPN er zelf weer het meest van indien de kostprijzen door een hogere bezetting lager wordt. Zij is immers de grootste (interne) afnemer. Om die reden is de prikkel voor KPN om andere telecom aanbieders binnen te halen groter, dan de prikkel om deze telecom aanbieders te weren omdat ze een bedreiging voor de eigen service provider laag vormen.

Uit het vrijwillige WBA aanbod, maar ook uit de verschillende “dood koper” acties blijkt de prikkel om partijen binnen te halen. Er is een ‘winter actie’ geweest om wholesale partijen te stimuleren om klanten terug te winnen voor een aansluiting op het netwerk van KPN via WBA. Zie bijlage 9. Er is een nieuwe actie gepland voor WLR en WBA. Op dit moment werkt KPN ook aan een multiplayaanbod waarbij marktpartijen zelf kunnen kiezen welk deel van de dienstverlening zij zelf doen en welk deel ze willen uitbesteden aan KPN. In de meest extreme vorm hoeven zij zelf alleen nog maar hun merk te verbinden aan het aanbod en de facturering te verzorgen; de rest kunnen zij bij KPN inkopen. Hierdoor ontstaat voor beide partijen een win-win situatie: marktpartijen kunnen meeprofiteren van de schaalvoordelen van KPN en KPN heeft lagere kosten, doordat meer klanten bediend kunnen worden. Met name bij SDF, waaraan hoge vaste kosten zijn verbonden, is een hoge wholesale penetratie van belang. KPN heeft om die reden een prikkel om WBA tegen marktconforme condities te leveren

5.2 WBT lage kwaliteit

Leveringsweigering

In randnummers 590-594 gaat OPTA er vanuit dat KPN onder dreiging van regulering is gekomen tot een openbaar aanbod van WBT. OPTA sluit niet uit dat KPN in afwezigheid van regulering zich hieraan kan onttrekken. Daarnaast neemt OPTA in randnummer 601 aan dat de concurrentiedruk van DSL-aanbieders is verdwenen als gevolg van de uitfasering van MDF-access. Op grond van deze overwegingen komt OPTA tot de conclusie dat KPN een prikkel heeft tot het weigeren van de levering van WBT.

OPTA miskent hierbij 3 aspecten:

- De concurrentiedruk vanuit de wholesalemarkt is niet afgenomen, zoals in randnummer 601 wordt verondersteld, en zal in deze reguleringsperiode ook niet afnemen, aangezien slechts een beperkt aantal centrales wordt uitgefaseerd. De alternatieve operators houden, zoals eerder opgemerkt, voldoende dekking over om in de reguleringsperiode obv MDF access een gelijkwaardig alternatief te kunnen bieden.
- KPN had reeds vóór de oproep van OPTA aan partijen om te komen tot een oplossing voor de migratie van MDF-access een aanbod voor WBT in de markt staan. De aanpassingen van dit aanbod zijn weliswaar ingevoerd na de oproep van OPTA, maar daarmee is niet gezegd dat deze aanpassingen niet zouden zijn gedaan zonder de oproep van OPTA. Integendeel, de druk vanuit de markt om tot tariefsverlaging te komen was vanaf het begin groot. In het licht van de doelstellingen van KPN (marktaandeel ten opzichte van de kabel) was KPN ook bereid aan die druk toe te geven. Zie de brief van KPN aan OPTA van 31 mei 2007 die in bijlage 1 is opgenomen.
- KPN heeft een belang om WBA dienstverlening te bieden om haar netwerk te ‘vullen’ en de eindgebruikers op haar netwerk een keuze te bieden tussen diensten en dienstaanbieders. Door deze keuzemogelijkheden hoopt KPN dat eindgebruikers minder snel naar de kabel zullen overstappen of sneller terugkeren naar het netwerk van KPN. Een voorbeeld hiervan is de ‘dood koper’ actie waarmee KPN haar WBA klanten wil stimuleren om klanten te werven. In de toekomst wil KPN met soortgelijke acties komen.
- KPN heeft zich in de raamovereenkomsten voor inkoop van WBA contractueel verplicht tot levering onder non-discriminatoire condities; bovendien heeft KPN in het openbaar aanbod voor een MDF Migration agreement de toegang voor de komende reguleringsperiode en daarna al toegezegd

Uit het voorgaande volgt dan ook dat OPTA's voorlopige conclusie in randnummer 604 dat KPN de mogelijkheid én prikkel heeft om toegang tot de markt voor (lage kwaliteit) WBT te weigeren, onjuist is.

Strategisch en oneigenlijk gebruik van informatie

KPN heeft, als eigenaar van het netwerk, informatie over afnemers, die zij in theorie oneigenlijk kan gebruiken om haar eigen retail organisatie te bevoordelen. De wholesale organisatie heeft hier echter geen baat bij. Het risico op strategisch en/of oneigenlijk gebruik van informatie is bovendien theoretisch aangezien KPN binnen haar organisatie een Chinese muur hanteert waarmee oneigenlijk gebruik binnen KPN wordt voorkomen. Het door OPTA gesignaleerde probleem is dan ook hypothetisch en een remedie die dit vermeend probleem beoogt tegen te gaan voegt niets toe aan de thans reeds aangebrachte waarborgen.

Vertragingstactiek

Zoals eerder aangegeven is KPN gebaat bij vulling van haar netwerk en heeft hiervoor inkomsten van haar afnemers nodig. Vertragingstactiek leidt tot een vertraging van de inkomsten, hetgeen nooit een prikkel voor KPN kan zijn. In randnummer 615 stelt OPTA dat er vertraging is inzake de ontwikkeling van lage kwaliteit WBT op basis van ethernet waardoor concurrenten geen op ethernet gebaseerde retail producten in de markt kunnen zetten**.**

OPTA constateert ten onrechte dat hier sprake is van een vertragingstactiek. De dienst WBA Ethernet is ontwikkeld en is afneembaar. Er zijn weliswaar technisch/operationele problemen geweest maar

thans is de situatie stabiel en zal er een grootschalige start worden gemaakt met de overstap naar WBA Ethernet.Van de problemen hebben de KPN merken zelf overigens evenveel nadeel ondervonden als andere partijen.

Onbillijke voorwaarden en kwaliteitsdiscriminatie

OPTA maakt in randnummers 618 tot en met 625 niet in concreto duidelijk welke onbillijke voorwaarden en kwaliteitsdiscriminatie verwacht kunnen worden. Zoals eerder gezegd ligt het uitgangspunt van non-discriminatie ten grondslag aan het openbaar aanbod van KPN en heeft KPN zich in de raamovereenkomsten voor inkoop van WBA contractueel verplicht tot levering onder non-discriminatoire condities. Daardoor is het risico op het ongestraft toepassen van onbillijke voorwaarden en kwaliteitsdiscriminatie reeds geëlimineerd, althans dusdanig verkleind dat het opleggen van een verplichting die ertoe strekt deze vermeende problemen tegen te gaan buitenproportioneel is.

Strategisch productontwerp

In randnummer 628 stelt OPTA dat de ethernetvariant van WBT de aanbieder niet in staat stelt om zelf te kunnen prioriteren in de bandbreedteverdeling voor zijn eigen eindgebruikers. Daarnaast biedt KPN slechts twee kwaliteitsniveaus aan waar er zes mogelijk zijn, volgens OPTA.

Inderdaad is het zo dat WBA Ethernet geen prioritering van de bandbreedteverdeling kent. Dat heeft te maken met het feit dat WBA Ethernet momenteel alleen wordt aangeboden via een point-multipoint opzet hetgeen inhoudt dat de VLAN's gebruik maken van gedeelde capaciteit. WBA ATM kent de mogelijkheid van prioritering van bandbreedteverdeling wel omdat WBA ATM ook wordt aangeboden voor point-point verbindingen waarbij een klant dedicated en transparante bandbreedte krijgt. Wanneer er marktvraag is naar point-point verbindingen (waarbij de VLAN dedicated wordt gebruikt) binnen WBA Ethernet, zal ook de mogelijkheid van prioritering van bandbreedteverdeling worden aangeboden. Van strategisch productontwerp is geen sprake. Het productontwerp is gebaseerd op efficiënt gebruik van het netwerk en volgt de marktvraag.

Tevens is het zo dat WBA Ethernet inderdaad twee kwaliteitsniveaus kent (standaard en premium). Echter, WBA Ethernet is geïntroduceerd voor de consumenten markt, waar WBA ATM ook twee kwaliteitsniveaus kent (VBR-rt en UBR entry). Alleen voor de zakelijke markt wordt WBA ATM aangeboden met zes kwaliteitsniveaus. KPN heeft op dit moment nog geen WBA Ethernet aanbod voor de zakelijke markt. KPN is bezig met de uitwerking van het WBA Ethernet aanbod voor de zakelijke markt met waarschijnlijk meer kwaliteitsniveaus.

Bundeling en koppelverkoop

OPTA maakt in randnummers 630-633 onvoldoende duidelijk welke vormen van ongeoorloofde bundeling en koppelverkoop te verwachten zijn.

Prijsdiscriminatie

Zoals bij de dominantieanalyse aangegeven, worden de komende reguleringsperiode in beperkte mate MDF locaties uitgefaseerd, waardoor de concurrentiedruk van MDF partijen niet afneemt. De prikkel voor KPN om al dan niet prijsdiscriminatie toe te passen is dan ook niet veranderd ten opzichte van de situatie 3 jaar geleden.

Daarbij komt dat het uitgangspunt van non-discriminatie ten grondslag ligt aan het openbaar aanbod van KPN. Dat uitgangspunt geldt ook voor de tarieven. Volumekortingen gelden voor iedere partij. Prijsdiscriminatie door KPN is daarom niet aan de orde.

OPTA noemt in randnummer 640 de volumekorting voor WBA diensten als voorbeeld van prijsdiscriminatie tussen afnemers van KPN. Volumekortingen kunnen echter in beginsel niet als een vorm van ongeoorloofde prijsdiscriminatie worden beschouwd. Ook OPTA geeft in het dictum van het ontwerpbesluit namelijk aan dat volumekortingen toegestaan zijn, indien de korting voor meerdere partijen toegankelijk is, Aangezien voor de meeste afnemers de hoogste korting toegankelijk is, kan hier geen sprake zijn van ongeoorloofde prijsdiscriminatie. In de meeste gevallen is deze vorm van prijsdifferentiatie, mits er geen sprake is van een getrouwheidskorting, geoorloofd in het licht van het mededingingsrecht. Zonder nadere onderbouwing van OPTA is dit daarom geen passend voorbeeld.

Daarnaast noemt OPTA de zogenaamde ‘dood koper’ actie als voorbeeld van prijsdiscriminatie. Bij deze actie krijgen WBA afnemers een bonus voor iedere klant die terugkeert naar het netwerk van KPN. De actie is erop gericht om WBA afnemers te prikkelen om bovenop hun reguliere afname een extra inspanning te doen om extra klanten aan te trekken. Daarom is gekozen voor een drempelwaarde die verschilt per WBA afnemer omdat iedere WBA afnemer nu eenmaal een verschillende reguliere afname had. Daardoor verschilt weliswaar het totale bonus bedrag per WBA klant maar is er wel sprake van een relatieve gelijkwaardigheid tussen WBA klanten. Van ongeoorloofde discriminatie is daarom geen sprake.

Marge-uitholling

OPTA stelt in randnummer 643 en verder dat KPN de mogelijkheid en zelfs prikkel heeft om de marges van afnemers van lage kwaliteit WBT uit te hollen.

Zoals gezegd heeft KPN er belang bij om afnemers van WBT op haar netwerk te hebben. Margeuitholling is daarom geen rationele strategie voor KPN.

Van belang is ook dat, zoals hierboven toegelicht, de MDF Migration Agreement een zogenaamde ‘test on best offer clause’ bevat op grond waarvan KPN moet aantonen dat de gemiddelde prijs van een retail aanbod van Internettoegang hoger is dan die van onder andere de onderliggende WBA dienst.

Eveneens is hierboven reeds uiteengezet dat de draft MDF Migration Agreement een squeeze test bevat voor de consumenten en zakelijke modules van de WBA dienstverlening waarbij KPN op basis van het bestaande ASR kostallocatie systeem moet aantonen dat er op marktniveau geen prijssqueeze is wanneer KPN voor haar eigen retail diensten WBA diensten tegen externe tarieven inkoopt. Deze test treedt in de toekomst in werking.

Zowel de "squeeze test" als de "test on best offer clause" maken dat een strategie van marge-uitholling voor KPN niet haalbaar is.KPN kan ieder moment hieraan worden gehouden omdat het openbaar aanbod voor een MDF Migration Agreement op ieder moment kan worden afgenomen. Het is dus niet zo dat de "squeeze test" en de "test on best offer clause" geen betekenis hebben omdat KPN nog (onvoldoende) overeenkomsten heeft gesloten met marktpartijen inzake MDF Migration. Er gaat een preventieve werking uit van het feit dat deze prijstesten zijn opgenomen in een aanbod van KPN.

In randnummer 651 komt OPTA tot de conclusie dat KPN zich in hoge mate onafhankelijk kan gedragen waardoor er een reëel risico is op alle mogelijke mededingingsbeperkingen. Zoals hierboven gesteld is KPN in de eerste plaats van mening dat zij geen AMM heeft en ook niet zal krijgen in de regu-

leringsperiode, aangezien de komende drie jaar slechts in zeer beperkte mate MDF locaties worden uitgefaseerd. Daarnaast heeft KPN juist de wholesale afnemers nodig om haar omzet op koper te verhogen en de kosten te verlagen. Tot slot is KPN van mening dat er in hoge mate concurrentiedruk wordt uitgeoefend door de kabelaars, waardoor samenwerking met DSL partijen van veel groter belang is, dan in het verleden het geval was.

5.3 WBT hoge kwaliteit

Wat de analyse van mededingingsverstoringen voor WBT hoge kwaliteit betreft, gelden de meeste opmerkingen die wij hebben gemaakt over de analyse van de mededingingsverstoringen bij WBT lage kwaliteit.

Wat leveringsweigering betreft, baseert OPTA zich in randnummer 657 ten onrechte op een voorval uit het verleden waarin KPN in 2001 besloot om géén WBT hoge kwaliteit te leveren. Sindsdien is de concurrentiesituatie veranderd. KPN ondervindt veel concurrentie voor het aansluiten van onder meer bedrijventerreinen. Daarom is het rationeel voor KPN om via haar eigen verbindingen ook WBT hoge kwaliteit te leveren.

Deze mogelijkheid van marge uitholling wordt beperkt door:

- de directe prijsdruk van andere WBT hoge kwaliteit aanbieders (zowel BBned als Tele2 bieden WBT hoge kwaliteit) met een dekking van ongeveer 80% van de zakelijke markt. Ook na het sluiten van een deel van de MDF centrales vanaf medio 2010, blijft deze prijsdruk bestaan omdat KPN een migratiecompensatie aanbiedt aan marktpartijen die economisch gelijkwaardig is aan het continueren van MDF access;
- de indirecte prijsdruk vanuit de retail markt.

Wat prijsdiscriminatie betreft, stelt OPTA dat KPN voor WBT hoge kwaliteit nog een onderscheid hanteert tussen de A- en B-gebieden. Hiervoor is van belang dat het onderscheid heeft te maken met de verschillende kosten per lijn. In de A-gebieden zijn er meer lijnen aangesloten op de DSLAM's waardoor de kosten per lijn lager zijn dan in een B-gebied. Het betreft dus geen ongeoorloofde prijsdiscriminatie maar betreft prijsvorming op basis van kostenverschillen.

6. Verplichtingen

6.1 Algemeen: verplichtingen zijn niet passend

OPTA's voornemen om in de komende reguleringsperiode wholesale breedbandtoegang te reguleren staat in schril contrast met (i) OPTA's besluit van 21 december 2005 waarin OPTA nog oordeelde dat KPN niet beschikte over aanmerkelijke marktmacht op de markt voor (lage kwaliteit) wholesale-breedbandtoegang en (ii) het besluit van de NMa van 23 mei 2007 waarin de NMa oordeelde dat de voorgenomen van Tiscali Nederland door KPN niet zal leiden tot het ontstaan of versterken van een economische machtspositie die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

Eén en ander doet de vraag rijzen wat er in die beperkte tussenliggende periode (minder dan 1,5 jaar na het Tiscali-besluit) is veranderd op de markt voor WBT. In wezen is OPTA's voornemen om (ook lage kwaliteit) in de toekomstige periode wholesale breedband toegang wel te reguleren gebaseerd op twee – onjuiste – redeneringen/aannames:

(i) Zo stelt OPTA in het Ontwerpbesluit in de eerste plaats dat haar keuze in het besluit van 21 december 2005 om (lage kwaliteit) WBT niet te reguleren (in elk geval) mede was ingegeven door voornemens van alternatieve DSL-aanbieders om in de op dat moment nog komende reguleringsperiode hun DSL-netwerken verder uit te rollen. Door de dreiging van verdere uitrol van de DSL-netwerken zou KPN, aldus OPTA in het Ontwerpbesluit, destijds een belangrijke prikkel hebben gehad een concurrerend aanbod in de markt te zetten. Thans is als gevolg van KPN's All IP-plannen deze dreiging van verdere uitrol weggevallen zodat, aldus OPTA, KPN's aanbod voor wholesale breedbandtoegang in de komende reguleringsperiode onvoldoende disciplinering zal blijven ondervinden [1]

(ii) De dreiging van de concurrentie van de alternatieve DSL-netwerken zal als gevolg van de uitfasering van MDF-centrales in de komende reguleringsperiode afnemen[2].

Het onder (i) genoemde argument is alleen noch in onderlinge samenhang met andere factoren bezien een deugdelijk argument om in de komende reguleringsperiode wel over te gaan tot regulering van KPN's aanbod voor WBT. Doorslaggevend in OPTA's redenering in het WBT-besluit van 21 december 2005 om (lage kwaliteit) wholesale breedbandtoegang niet te reguleren was namelijk dat KPN's aanbod voor wholesale breedbandtoegang onder concurrentiedruk tot stand is gekomen (zie randnummer 236 van het WBT-besluit). Ook speelde mee dat de concurrentie op de retailmarkt voor breedband internettoegang tot stand was gekomen in afwezigheid van een (gereguleerd) aanbod van KPN van lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang (WBT-besluit, randnummer 237). Deze factoren gelden tot op de dag van vandaag nog steeds zodat ook thans geen aanleiding bestaat tot het reguleren van (lage kwaliteit) wholesale breedbandtoegang.

In randnummer 720 stelt OPTA dat regulering van WBT passend is aangezien de onderliggende markt nog niet daadwerkelijk concurrerend is. Zoals hierboven toegelicht kan KPN zich niet verenigen met OPTA's standpunt dat de retailmarkt voor breedbandtoegang niet daadwerkelijk concurrerend is. KPN wijst daarbij op het feit dat nog geen 1,5 jaar geleden de NMa een vergunning heeft verleend voor de totstandkoming van de concentratie tussen KPN en Tiscali Nederland. Niet valt in te zien wat er in die tussenliggende periode nog is gewijzigd. Daarbij komt dat zowel de procedure bij de NMa als de marktanalyseprocedures beide forward-looking zijn.

[1] Zie de randnummers 541-542, 561, 569, 601, 639 van het ontwerp besluit.
[2] Zie de randnummers 167, 177, 564 en 601.

Uit het besluit uit 2005 blijkt op geen enkele wijze dat het voornemen van DSL-aanbieders om hun eigen netwerken (verder) uit te rollen destijds doorslaggevend was voor OPTA om WBT niet reguleren. Weliswaar vermeldt OPTA in randnummer 224 van het WBT-besluit van 2005 dat "[m]*arktpartijen (…) het college* [hebben] *aangegeven uitrol te blijven realiseren waardoor hun concurrentiepositie verder kan worden versterkt*", maar uit het besluit blijkt op geen enkele wijze dat juist deze factor een belangrijke rol speelt in OPTA's overweging om KPN niet aan te wijzen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor lage kwaliteit WBT. Sterker nog in hoofdstuk 6.2.8 van het voornoemd besluit, waarin OPTA een afweging maakt van de factoren op basis waarvan zij tot het oordeel komt dat KPN op genoemde markt *niet* beschikt over aanmerkelijke marktmacht op de markt voor lage kwaliteit WBT, wordt het (kennelijk destijds bestaande) voornemen van DSL-aanbieders om hun netwerken uit te breiden niet eens genoemd.

Daarbij benadrukt KPN dat haar beslissing destijds om op vrijwillige basis (lage kwaliteit) WBT aan derde partijen te leveren was ingegeven door de sterke concurrentiedruk die KPN toen ondervond van de kabelexploitanten waardoor een (verdere) leegloop van KPN's netwerk dreigde. In de afgelopen jaren is als gevolg van het samengaan van Multikabel, Casema en Essent de concurrentiedruk van de kabelexploitanten zelfs toegenomen zodat KPN's aanbod voor WBT ook in de toekomstige reguleringsperiode gedisciplineerd zal blijven.

In het licht van het voorgaande geldt dan ook dat OPTA haar voornemen om thans wel (lage kwaliteit) WBT te reguleren niet kan baseren op het feit dat de destijds bestaande dreiging van DSL-aanbieders om hun netwerken verder uit te breiden nu niet meer bestaat.

OPTA baseert haar voornemen om WBT te reguleren verder op de onder (ii) genoemde aanname dat de dreiging van de concurrentie van DSL-exploitanten in de komende periode zal afnemen. In de komende reguleringsperiode zal KPN echter slechts in één centrale waar alternatieve DSL-aanbieders MDF-access afnemen uitfaseren. Tot in elk geval eind 2011 kunnen alternatieve DSL-aanbieders derhalve nog steeds MDF-access afnemen van KPN en op basis daarvan (zowel wholesale als retail) breedbanddiensten blijven aanbieden. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat DSL-aanbieders van die mogelijkheid geen gebruik (meer) zullen maken in de komende reguleringsperiode zodat de dekkingsgraad in de komende reguleringsperiode van hun respectieve netwerken gelijk zal blijven en hun concurrrentiedruk in elk geval niet zal afnemen. Daarnaast is van belang dat DSL-aanbieders in de afgelopen periode tussen 2005 en 2008 steeds meer ontbundelde lijnen via MDF-access zijn gaan afnemen. Zij namen in 2005 ongeveer 300.000 lijnen af en in het tweede kwartaal van 2008 is dat aantal gestegen naar ruim 630.000 lijnen. Van een verminderde concurrentiedruk van de DSL-operators.

In randnummer 730 wordt gesteld dat het openbaar aanbod voor een MDF Migration Agreement niet als marktgedragen oplossing beschouwd kan worden. KPN bestrijdt deze stelling. Het openbaar aanbod is tot stand gekomen nadat KPN heeft onderhandeld met de betrokken partijen. Ook marktpartijen hebben tijdens de hoorzitting van 2 september van OPTA gerefereerd aan het openbaar aanbod van KPN. Zij vinden dat de ‘test on best offer’ en de squeeze test uit het openbaar aanbod van KPN moeten worden overgenomen door OPTA in de regulering. Hieruit kan alleen maar worden geconcludeerd dat marktpartijen het openbaar aanbod van KPN kennelijk beschouwen als een resultaat dat zij kunnen steunen.

Zo regulering al passend zou zijn, zou een verplichting tot gelijke behandeling van bedrijfsonderdelen van KPN en derde partijen volstaan. Met deze non-discriminatie verplichting zou verzekerd zijn dat KPN haar tarieven op de retailmarkt niet onder de WBA tarieven brengt. Het verlies dat het retail bedrijfsonderdeel van KPN zou lijden, zou niet opwegen tegen de WBA inkomsten uit leveringen aan derde partijen (gegeven het feit dat het aantal retail eindgebruikers het aantal eindgebruikers van de wholesale klanten) overstijgt.

6.2 WBT over glas

In paragraaf 750 en verder constateert OPTA terecht dat toegangsregulering van WBT over glas niet noodzakelijk is. Door WBT over glas niet te reguleren, voorkomt OPTA dat de prikkel om te investeren in een FttH netwerk wordt weggenomen. Immers, indien de tarieven van WBT over glas zouden worden gereguleerd, zou het risico bestaan dat het gehele tariefbouwwerk en de business case voor FttH onderuit gehaald wordt. Daarom past de afweging van OPTA binnen de wettelijke doelstellingen die zijn opgenomen in artikel 1.3, eerste lid, onder a TW:

- 'het bevorderen van concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, of bijbehorende faciliteiten, *onder meer door efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen*'.

Daarnaast wijzen wij ook op de beleidsregel van de minister van EZ:

- '*het college oefent de krachtens artikel 6a.2 van de wet aan hem verleende bevoegdheid om passende verplichtingen op te leggen zo uit dat aanbieders van alternatieve elektronische communicatienetwerken of bijbehorende faciliteiten zo min mogelijk de stimulans ontnomen wordt om te investeren in die netwerken en faciliteiten*'.

KPN wil er nogmaals op wijzen dat er ook voor WBT over glas een openbaar aanbod op de markt geldt, dat vergelijkbaar is met WBT over koper en non discriminatoir wordt aangeboden. Gezien dit openbaar aanbod is het niet noodzakelijk om KPN een verplichting op te leggen ten aanzien van WBT over glas.

OPTA lijkt niet uit te sluiten dat er in een volgende reguleringsperiode toch reden kan zijn voor het opleggen van een verplichting voor WBA over glas hoewel er ODF-regulering is. OPTA schept hiermee onzekerheid over de toekomstige regulering. Deze onzekerheid is nadelig voor de business case voor investeringen in glas. Zie hierover uitgebreider het rapport van SEO 'Regulering en investeringen in nieuwe netwerken' dat is opgenomen in bijlage 12.

6.3 Toegangsverplichting: dubbele verplichtingen zijn niet passend

Over de passendheid van een toegangsverplichting hebben wij bij de algemene opmerkingen reeds onze zienswijze gegeven.

Eén niveau is afdoende

OPTA stelt in paragraaf 762-763 dat een toegangsverplichting voor WBT zich zou moeten uitstrekken tot het regionale en metro niveau en niet tot het nationale niveau. De passendheid van OPTA's voornemen een toegangsverplichting tot zowel het regionale als tot het metroniveau op te leggen is niet, althans onvoldoende onderbouwd. Als toegangsregulering noodzakelijk zou zijn, zou de verplichting zich in het licht van de proportionaliteit moeten beperken tot één niveau. Vanuit de gedachte van de 'ladder of investment' zou het metro niveau het meest in aanmerking komen omdat dit niveau zich het laagst in het netwerk bevindt. Naar de mening van KPN zou de verbinding tussen regionaal en Metro dan ook tot de ongereguleerde trunkmarkt moeten behoren**.**

Intrekking WBA over koper

OPTA wil de uitfasering van WBA over koper onderwerpen aan een goedkeuring. Deze verplichting is overbodig omdat KPN bij de opzegging van dienstverlening is gehouden aan de bepalingen uit de Raamovereenkomst alsmede de algemene eisen van het burgerlijk recht. KPN zal daarnaast ook regelmatig publiceren wat de stand van zaken is met betrekking tot de planning van de uitfasering[3].

OPTA maakt bij deze verplichting onderscheid tussen volledige WBA toegang in paragraaf 787 en *gedeelde* WBA toegang in paragraaf 790:

- Voor volledige WBA toegang wil OPTA het uitgangspunt van gelijktijdigheid hanteren: *zolang KPN zelf gebruik maakt van het koperen aansluitnetwerk voor haar eigen dienstverlening, moet zij de op koper gebaseerde dienstverlening ook aan anderen aan te bieden.*

  Deze eis is te ruim geformuleerd. Omdat deze verplichting in het kader van WBA wordt opgelegd moet het uitgangspunt van gelijktijdigheid gelden voor diensten die via WBA verleend kunnen worden: internettoegang, telefonie of televisie. Als dit uitgangspunt ruimer uitgelegd zou worden, is sprake van een niet passende maatregel. Overigens is het beginsel van gelijktijdigheid ook opgenomen in artikel 1.4 van het openbaar aanbod voor de MDF Migration Agreement;

- Voor gedeelde WBA toegang (linesharing) wil OPTA als uitgangspunt hanteren dat KPN gedeelde toegang op basis van MDF of SDF niet mag stopzetten zolang er nog PSTN dienstverlening plaatsvindt op de betreffende aansluitlijn. In het gebied van centrales, die onverminderd in stand blijven, zal géén uitfasering van gedeelde WBA toegang worden toegestaan.

  Wij begrijpen dit uitgangspunt als een andere formulering van hetgeen in artikel 1.4 in het openbaar aanbod voor de MDF Migration Agreement is opgenomen. Hierin staat dat linesharing zal worden omgezet in volledige ontbundeling wanneer de centrale wordt uitgezet. Dit geldt uiteraard óók indien in dat gebied de MDF wordt vervangen door de zogenaamde mini-MDF. KPN zal op lijnen, die op basis van SDF worden geleverd, géén line sharing leveren. De implementatiekosten van linesharing voor SDF staan in geen verhouding tot de toekomstige vraag naar deze vorm van toegang gezien de ontwikkelingen inzake IP telefonie.

Non-discriminatie

Omdat KPN voor de WBA tarieven en voorwaarden uit eigen beweging (onder druk van de afnemers) reeds het beginsel van gelijke behandeling van interne bedrijfsonderdelen en derde partijen hanteert, is een verplichting tot non-discriminatie overbodig.

Service en kwaliteit

In paragraaf 801 wordt het non-discriminatie beginsel uitgewerkt voor een aantal service- en kwaliteitsaspecten. Hiervoor geldt dat de raamovereenkomst met de bijbehorende annexen al voorziet in voorzieningen voor deze aspecten.

Referentie-aanbod

[3] Zie de brief van 29 juli van KPN, opgenomen in bijlage 4.

OPTA eist in paragraaf 823 dat KPN een referentie-aanbod publiceert binnen 30 dagen na publicatie van het besluit. Gezien het feit dat het huidige WBA aanbod van KPN reeds als openbaar aanbod is gepubliceerd, is de verplichting van een referentie-aanbod overbodig.

6.4 Tariefregulering

De verplichting tot tariefregulering is niet passend omdat KPN geen prikkel heeft tot marge-uitholling of buitensporig hoge tarieven.

Van belang is ook dat zoals gezegd de MDF Migration Agreement een zogenaamde ‘test on best offer clause’ bevat op grond waarvan KPN moet aantonen dat de prijs van een retail aanbod van Internet-toegang hoger is dan die van de onderliggende WBA dienst. Daardoor is het risico op marge-uitholling of buitensporig hoge tarieven reeds weggenomen zodat een verplichting tot tariefregulering per definitie niet passend is.

Verder heeft KPN hierboven reeds toegelicht dat de draft MDF Migration Agreement een squeeze test voor de consumenten en zakelijke modules van de WBA dienstverlening bevat waarbij KPN op basis van het bestaande ASR kostallocatiesysteem moet aantonen dat er geen prijssqueeze is wanneer KPN voor haar eigen retail diensten WBA diensten tegen externe tarieven inkoopt. Omdat KPN ieder moment kan worden gehouden aan het openbaar aanbod en deze testen gaat er een preventieve werking vanuit op het marktgedrag van KPN.

Door deze twee clausules wordt KPN beperkt in de mogelijkheden om aan marge-uitholling of buitensporig hoge tarieven te doen.

Inmiddels is duidelijk geworden dat de uitfasering van MDF centrales in de komende reguleringsperiode niet aan de orde is. Dat betekent dat de afhankelijkheid van DSL-operators van WBA in de komende reguleringsperiode niet toeneemt. Zij zullen in staat zijn om, afhankelijk van het commerciële succes van VDSL en FttH, te bepalen of zij gebruik willen gaan maken van WBA. Dit betekent dat KPN niet de tarieven en voorwaarden van WBA kan ‘opdringen’ aan marktpartijen. Daarnaast zorgen de kabelexploitanten voor indirecte prijsdruk op de WBA tarieven, zoals OPTA zelf ook onderkent.

De huidige tarieven voor WBT hoge kwaliteit zijn overeengekomen met marktpartijen. KPN gaat ervan uit dat – indien deze tarieven buitensporig zouden zijn geweest – betreffende marktpartijen geen WBA ZM verbindingen zouden hebben afgenomen. Om die reden zouden de huidige tarieven een passende invulling van een mogelijke tariefverplichting zijn.

Meerjarigheid

In paragraaf 885 stelt OPTA voor om meerjarige tariefregulering te hanteren. Indien tariefregulering noodzakelijk zou zijn, is meerjarigheid een juist uitgangspunt. Zie hiervoor bijlage 10 waarin onze zienswijze over tariefregulering is opgenomen.