ZIENSWIJZE T-Mobile

naar aanleiding van het Ontwerpbesluit van de ACM als bedoeld in artikel 12h van de Instellingswet ACM van de ACM van 15 april 2022, ACM/22/177152 (hierna: **“Ontwerp TZB”**)

29 mei 2022

INHOUDSOPGAVE

1. INLEIDING EN SAMENVATTING 4

2. DE ACM HANDELT IN STRIJD MET HAAR VERPLICHTINGEN OP GROND VAN DE TW 10

3. ANALYSE VAN MARKTRISICO'S ONVOLLEDIG 15

3.1 INLEIDING 15
3.2 PROBLEMEN MET TOEGANG TOT ODF TOEGANG EN VULA PON 16
3.3 MEDEDINGINGSPROBLEMEN ALS GEVOLG VAN KOPERUITFASERING EN HET ONTBREKEN VAN EEN GELIJKWAARDIG AANBOD OP GLAS 19
3.4 SPECIFIEKE MEDEDINGINGSPROBLEMEN OP DE ZAKELIJKE MARKT 24
3.5 SPECIFIEKE MEDEDINGINGSPROBLEMEN OP DE WHOLESALEMARKT 26

4. TARIEFTOEZEGGINGEN KPN/GLASPOORT LEIDEN NIET TOT EFFECTIEVE CONCURRENTIE. T-MOBILE ZAL PRIJZEN NIET KUNNEN VERLAGEN, CONSUMENTENVOORDEEL VAN EUR 200 MILJOEN ZAL NIET WORDEN BEREIKT 27

4.1 INLEIDENDE OPMERKINGEN 27
4.2 ALGEMENE REDENEN WAAROM DE TARIEVEN (ODF, VULA PON EN WBT-LOKAAL) SOWIESO TE HOOG BLIJVEN, OOK NA DE TOEZEGGINGEN 29
4.3 OMISSIE 1: INTRODUCTIE KOSTENCOMPONENT BACKHAUL OAP EN VERKEERSTOESLAG BIJ ZOWEL VULA PON ALS WBT-LOKAAL 34
4.4. OMISSIE 2: TOEZEGGINGEN BIEDEN KPN ALLE RUIMTE OM VULA PON- EN WBT-LOKAAL-TARIEVEN VOOR DIENSTEN > 1 GBPS OP EEN ANTICOMPETITIEF NIVEAU VAST TE STELLEN 42
4.5 OMISSIE 3: KPN KAN VRIJELIJK ENTRY PRODUCTS VAN DE MARKT HALEN 47
4.6 OMISSIE 4: RUIME MOGELIJKHEDEN OM DE TARIEVEN VOOR VULA PON EN WBT-LOKAAL, ALSMEDE VOOR ODF, TE INDEXEREN 47
4.7 OMISSIE 5: PENETRATIEKORTING (BIJNA) ONBEREIKBAAR EN TE LAAG, OOK IN VERGELIJKING MET DOOR ANDERE AANBIEDERS, EN KPN ZELF VOORHEEN, BIJ ODF GEBODEN KORTINGEN 53
4.8 OMISSIE 6: GEEN BEPERKING OPGELEGD AAN KPN OM DE RATIO AANBIEDINGEN VIA KPN/GLASPOORT TE WIJZIGEN, TERWIJL WBT LOKAAL VEEL DUURDER IS EN GEEN TOEGEVOEGDE WAARDE BIEDT 54
4.9 OMISSIE 7: DE VERLAGING VAN DE ODF-TARIEVEN IS VOOR T-MOBILE VEEL LAGER DAN DE DOOR DE ACM GECLAIMDE EUR 2,-- PER LIJN ALS GEVOLG VAN (I) HET SCHRAPPEN VAN DE CAPEXKLASSEN EN (II) HET AFSCHAFFEN VAN DE PENETRATIEKORTING. 57
4.10 OMISSIE 8: DE KEUZE VAN DE ACM OM DE UITFASERING VAN KOPER 'OUT-OF-SCOPE' TE PLAATSEN 60

5. ONTBREKENDE VERPLICHTINGEN VOOR TOEGANG TOT GLAS, KOPER; OOK OVERIGENS ONVOLDOENDE WAARBORGEN 62

5.1 INLEIDING 62
5.2 WAARBORGEN ONTBREKEN DAT AFNEMERS OP KORTE TERMIJN GEBRUIK KUNNEN MAKEN VAN DE TOEZEGGINGEN 62
5.3 TEN ONRECHTE GEEN PASSIEVE TOEGANG TOT PON-NETWERKEN 63
5.4 VULA-AANBOD KPN IS GEEN WERKELIJK VULA-AANBOD EN SCHIET ALLEEN DAAROM AL TE KORT. ONVOLDOENDE DIFFERENTIATIEMOGELIJKHEDEN 65
5.5 ONTBREKENDE NON-DISCRIMINATIE- EN TRANSPARANTIEVERPLICHTING 68
5.6 GEEN WAARBORGEN OM MARGE-UITHOLLING TE VOORKOMEN 69
5.7 REGULERING KOPERTOEGANG ONTBREEKT GEHEEL. DAT HAD OP ZICH AL REDEN MOETEN ZIJN DE AANVRAAG VAN KPN AF TE WIJZEN. 70
5.8 BINDENDVERKLARING LEIDT TOT 'ZWART-WIT'-SITUATIE, ACCEPTEREN OF NIET. NON-ACCEPTATIE BETEKENT GEEN AANSPRAAK OP LAGERE WHOLESALETARIEVEN. 71

6. GEEN CONSUMENTENVOORDEEL VAN EUR 200 MILJOEN. WELVAARSTANALYSE ANNEX C GAAT UIT VAN ONJUISTE EN ONVOLLEDIGE INFORMATIE. HET MODEL IS OOK LOS DAARVAN GEBASEERD OP DIVERSE MODELMATIGE ONJUISTHEDEN 73

6.1 INLEIDING 73
6.2 VERKEERDE INPUT IN HET MODEL: ONJUISTE AANNAMES ACM 74
6.3 ONVOLLEDIGHEDEN EN ONJUISTHEDEN IN HET MODEL ZELF 77

7. COMMUNICATIE MET KPN 79

8. CONCLUSIE 81

1. INLEIDING EN SAMENVATTING

T-Mobile Netherlands B.V. en T-Mobile Thuis B.V (hierna gezamenlijk **"T-Mobile"**), reageren hierbij op het Ontwerpbesluit van de ACM d.d. 15 april 2022 als bedoeld in artikel 12h van de Instellingswet ACM (**"Ontwerp TZB"**).

Het Ontwerp TZB bevat het voornemen tot het bindend verklaren van toezeggingen van Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 2:24b Burgerlijk Wetboek, alsmede Glaspoort B.V., waarin Koninklijke KPN N.V. met APG gezamenlijke zeggenschap heeft (hierna: "**KPN**").

De toezegging van KPN kan in deze vorm volgens T-Mobile dan hoe dan ook niet worden toegewezen. De retailmarkt kent ernstige mededingingsproblemen, en dit voorstel van KPN lost die problemen op geen enkele wijze op, sterker nog deze problemen zullen verder verergeren. KPN's aanvraag, zoals deze er nu ligt, dient te worden afgewezen. Tegelijkertijd bestaat er een urgentie om snel in de markt in te grijpen. De concurrentiesituatie is na de vernietiging van het WFA-besluit op 17 maart 2020 ernstig verslechterd. Qua tariefniveaus behoort Nederland inmiddels tot de slechtst presterende landen in de EU. Tevens blijft, ondanks de brede beschikbaarheid van Very High Capacity Networks (VHCN), de afname van 1 Gbps bandbreedtes ernstig achter in vergelijking met andere EU-lidstaten.

In haar Ontwerp TZB komt ACM met een rake analyse ten aanzien van een reeks aan "marktrisico's" waaronder hoge eindgebruikerstarieven en downloadsnelheden die niet door toegangsvragers kunnen worden aangeboden. Het feit dat KPN en VodafoneZiggo eindgebruikerstarieven kunnen verhogen vanwege lage overstapbereidheid onder eindgebruikers, wordt daarbij terecht naar voren gebracht. Eveneens wordt terecht gewezen op het hoge marktaandeel van KPN en kabelaanbieders dat het afgelopen decennium niet wezenlijk is afgenomen.

De ACM slaat eveneens de spijker op de kop wat betreft hetgeen de geconstateerde mededingingsproblemen voornamelijk veroorzaakt. Zie rn. 60 uit het Ontwerp TZB:

> *'Het onderzoek van de ACM geeft een indicatie dat de huidige wholesaletarieven van KPN significant hoger zijn dan de kosten (inclusief redelijk rendement). De tarieven zijn dermate hoog dat dit ook de retailmarges van toegangsvragers onder druk zet, doordat het verschil tussen de wholesale- en retailprijzen klein of negatief is. Dit blijkt vooral het geval voor glasvezeltoegang en met name naarmate de internetsnelheid van de toegangsdienst oploopt'.*

Andere aantoonbare marktrisico's worden echter ten onrechte niet genoemd, terwijl deze een wezenlijke concurrentiebeperkende impact hebben, zoals de koperuitfasering en de marktproblemen ten aanzien van zakelijke eindgebruikers.

De situatie voor T-Mobile en haar klanten is na de vernietiging van de regulering van de toegang tot het glas- en kopernetwerk in het WFA-besluit zeer nijpend geworden. Terecht constateert de ACM dat de toegang tot glasvezel na 17 maart 2020 is beperkt door voortdurende onzekerheid voor wat betreft de toegang tot ODF-access en het intrekken van het ODF-backhaul- en VULA Wide Open-aanbod. De ACM negeert echter volledig de acute bedreiging voor XXX van het klantenbestand van T-Mobile als gevolg van de exorbitante stijging van de wholesaletarieven door de koperuitfasering door KPN, die

bovendien door KPN– met gebruikmaking van het reguleringsvacuüm – met veel te korte uitfaseringstermijnen en onredelijke migratievoorwaarden wordt doorgeduwd.

T-Mobile heeft gezien de acute problemen op de markt en de dreiging van verdere verslechtering direct na de inwerkingtreding van de implementatie van de mogelijkheid tot het opleggen van symmetrische regulering (artikel 6.3 Tw) en de nieuwe Aanbeveling relevante markten van de Europese Commissie, op 28 december 2020 respectievelijk 8 januari 2021 verzoeken om toegangsregulering ingediend.

Op 9 juli 2021 maakte de ACM gezien de risico's voor de concurrentie en eindgebruikers bekend te verwachten in het najaar van 2021 een ontwerp AMM-besluit te consulteren.

> *"Op basis van deze onderzoeken ziet de ACM een risico dat de toegangsvoorwaarden van KPN het voor concurrenten moeilijker kunnen gaan maken om te concurreren. Dit kan in de toekomst leiden tot hogere prijzen voor consumenten en bedrijven en een lagere afname van snel internet. De ACM ziet dan ook aanleiding een marktanalysebesluit op te stellen waarin beoordeeld wordt of toegang tot de vaste telecomnetwerken moet worden gereguleerd en zo ja, op welke wijze."*

In oktober 2021 maakte de ACM de resultaten van haar reguleringsmodel bekend, waarbij werd uitgekomen op een verwachte besparing voor de eindgebruiker van EUR 300 miljoen in het referentiejaar 2026.

Op 23 december 2021 publiceerde de ACM op haar website dat zij een ontwerp-marktanalysebesluit voor de markt voor lokale toegang in voorbereiding heeft en te verwachten voor het eind van het eerste kwartaal van 2022 dat ontwerpbesluit ter consultatie te publiceren. De ACM gaf aan:

> *"We hebben voor de marktanalyse een grote hoeveelheid gegevens verzameld over deze markt, die gebruikt wordt voor uitgebreide analyses. Daardoor kunnen we het ontwerpbesluit goed empirisch onderbouwen, maar het vergt wel meer tijd dan we aanvankelijk voorzagen."*

T-Mobile was in het licht van deze op zich duidelijk uitgezette koers dan ook verbijsterd dat de ACM vervolgens op 15 april 2022 geen ontwerp AMM-besluit heeft gepubliceerd, maar een Ontwerp TZB op grond van artikel 12h Instellingswet ACM. De ACM heeft de markt hiertoe op 31 maart jl. geïnformeerd en deze plotselinge koerswijziging aangekondigd. Dit terwijl de ACM bekend is met de grote problemen in de markt, die in het Ontwerp TZB ook deels worden genoemd, maar niet de volledige aandacht krijgen die ze verdienen (en dus ook niet volledig worden geadresseerd). Deze door de ACM gevolgde aanpak wijkt ook wezenlijk af van de consultatie van het ontwerp WFA-besluit in 2018, toen de ACM ervoor koos om ook toen door KPN voorgestelde toezeggingen (ook destijds louter ingegeven met het doel om ex ante-regulering te vermijden) tegelijk met het ontwerp AMM-besluit te consulteren.

De gang van zaken is temeer onbegrijpelijk nu het Ontwerp TZB op meerdere punten uitgaat van foutieve aannames en aspecten die ofwel over het hoofd zijn gezien ofwel ten onrechte buiten de analyse worden gehouden. Tijdens de presentatie van de welvaartseffecten voor de in voorbereiding zijnde AMM-analyse in oktober 2021 werd als gezegd nog uitgegaan van EUR 300 miljoen besparing

per jaar voor de consumenten per 2026. Dat komt neer op een besparing van 6,1% voor Nederlandse huishoudens in 2026. Dat is op zich al een (te) bescheiden ambitieniveau. Uitgaande van de DESI-rapportage van de Europese Commissie zou op basis van ongewogen gemiddelde tarieven een tariefsverlaging in Nederland van meer dan 25% nodig zijn om binnen de Europese Unie in de middenmoot uit te komen.[1]

Volgens het Ontwerp TZB meent de ACM genoegen te kunnen nemen met een nog bescheidener voordeel van EUR 200 miljoen besparing per jaar voor de consumenten. Maar zelfs dit bescheiden voordeel van 4.1% besparing voor consumenten zal door de toezeggingen niet worden gerealiseerd.

Daarnaast ontbreken in het Ontwerp TZB bepalingen ter operationalisering van de toezeggingen door KPN en Glaspoort. Contracten moeten worden aangepast, netwerkaanpassingen moeten worden gerealiseerd en klantmigratie zal moeten worden gefaciliteerd. Op elk van deze punten is de medewerking van KPN essentieel. Anders dan in een AMM-besluit en de Tw ontbreken in het Ontwerp TZB echter mechanismen om KPN tot medewerking te verplichten en gezien de obstakels die KPN opwerpt in verband met de migratie naar nieuwe diensten in het verleden, kan er bepaald niet op worden vertrouwd dat KPN in dit geval wel loyaal zal meewerken. Zie wat dit betreft ook nader Hoofdstukken 3 en 5.

Overigens overweegt de ACM in het Ontwerp TZB sowieso ten onrechte dat de aangeboden toezeggingen onmiddellijk zouden ingaan.[2] Zelfs indien KPN wel loyaal zou meewerken, dan nog moet rekening worden gehouden met een termijn van 1 á 2 jaar voordat daadwerkelijk van een nieuwe dienst als VULA PON gebruik kan worden gemaakt omdat er eerst een gezamenlijk project moet worden uitgevoerd om lokale interconnectie te realiseren voordat T-Mobile überhaupt in aanmerking komt voor de tarieven zoals opgenomen in de toezeggingen.

Een nog basaler probleem is dat de verwachte tariefsverlagingen voor de consument (de berekende EUR 200 miljoen) blijkt te zijn gebaseerd op drijfzand. T-Mobile heeft inmiddels een aantal van de meest in het oog springende onjuistheden en onzorgvuldigheden onder de aandacht van de ACM gebracht op basis waarvan moet worden geconcludeerd dat dergelijke tariefverlagingen als gevolg van de toezeggingen) niet realistisch zijn (en dus het door de ACM genoemde bedrag aan besparingen voor de consument zeker niet zal worden gehaald). Naar aanleiding van een nadere analyse van het Ontwerp TZB en de onderliggende informatie zijn nog aanvullende onjuistheden en onzorgvuldigheden aan het licht gekomen die in deze zienswijze worden toegelicht. De door de ACM in het Ontwerp TZB genoemde besparing van 4.1% per jaar zal in de praktijk dus geen besparing blijken, zeer waarschijnlijk zelfs een prijsverhoging.

Om te beginnen zijn de door de ACM verwachte positieve effecten van de ACM gestoeld op acht essentiële foute aannames in verband met de wholesaletarieven:

1. **Omissie 1 t.a.v. VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven**: > Er worden nieuwe tariefcomponenten geïntroduceerd die de verlaging van de lijntarieven grotendeels of zelfs meer dan teniet doen gaan:

[1] Zie bijlage 1.
[2] Zie rn. 154 Ontwerp TZB.

a) T-Mobile betaalt nu in het geheel niet voor virtual backhaul of voor verkeer boven een drempelwaarde bij afname WBA OWM FttH; dit is dus een nieuw tariefelement, met andere woorden een tariefverhoging waarmee in het Ontwerp TZB geen rekening is gehouden;

b) Transporttarief VULA PON gaat niet dalen, maar zelfs harder stijgen; het Ontwerp TZB gaat uit van een verkeersprofiel op basis van de combi koper/glas en houdt daardoor geen rekening met de hogere gemiddelde snelheid voor glasverbindingen;

2. **Omissie 2 t.a.v. VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven**: > Bundeling of actieprijzen maken de weg vrij voor prohibitieve wholesaleprijzen voor >1 Gbps bandbreedtes; het wholesaletarief voor die nieuwe bandbreedte wordt namelijk bepaald aan de hand van de stijging van het retailtarief voor een internet-only product, terwijl het retailtarief voor het bundelproduct onafhankelijk daarvan door KPN kan worden bepaald;

3. **Omissie 3 t.a.v. VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven**: > KPN/Glaspoort wordt in het Ontwerp TZB niet beperkt om het entry product (product met de laagste snelheid) uit te faseren en zo wholesaleafnemers te dwingen hogere tarieven te betalen voor hogere snelheidsprofielen en de tarieven op retailniveau op te drijven;

4. **Omissie 4 t.a.v. VULA PON-, ODF- en WBT-lokaal-tarieven**: > Indexatie; het staat KPN/Glaspoort op grond van het Ontwerp TZB vrij om de tarieven op wholesaleniveau te indexeren zonder enig verband met de kosten. Volgens het Ontwerp TZB wordt dit voor VULA PON en WBT-lokaal gebaseerd op CPI[3], wat tot een onevenredige stijging van de prijzen lijdt. Indien KPN de eindgebruikers niet vergelijkbaar indexeert (en dus eindgebruikerstarieven eveneens substantieel verhoogt) neemt de squeeze voor toegangszoekers toe;

5. **Omissie 5 t.a.v. VULA PON-, WBT-lokaal en ODF-kortingen:** > Penetratiekorting (bijna) onbereikbaar en te laag, ook in vergelijking met door andere aanbieders geboden kortingen en zelfs in vergelijking met huidige – maar onder de toezeggingen vervallen – door KPN gehanteerde ODF- penetratiekorting;

6. **Omissie 6 t.a.v. VULA PON- en WBT-lokaal-gebieden**: > Er wordt geen enkele beperking opgelegd aan KPN om de ratio aanbiedingen via KPN/Glaspoort te wijzigen. Voor KPN betekent een verschuiving van gebieden naar Glaspoort een direct margevoordeel, omdat zonder nadere kosten voor dezelfde diensten op precies dezelfde postcodes automatisch een hoger tarief (van EUR 2,97 per maand meer) mag worden gerekend. Het betreft hier geen theoretisch risico. Het verschuiven van uitrolgebieden van KPN naar Glaspoort heeft in de praktijk al plaats gevonden**;**

7. **Omissie 7 t.a.v. ODF-tarieven**: > De door KPN gepresenteerde tariefverlaging van EUR 2,- ten opzichte van het huidige door T-Mobile betaalde tarief is in feite veel lager als gevolg van (i) het schrappen van de Capexklassen en (ii) het afschaffen van de penetratiekorting; en

8. **Omissie 8 t.a.v. impact ontbreken koperregulering**: > De ACM negeert de realiteit van de al in gang gezette koperuitfasering waardoor voor XXX van het huidige T-Mobile

[3] De CPI minus 2%, voor zover de CPI hoger is dan 4%.

klantenbestand de wholesalekosten significant zullen stijgen; het gaat om verhogingen van de wholesaletarieven met XXX% op zeer korte termijn.

Al deze omissies, die nader worden toegelicht en uitgewerkt in Hoofdstuk 4 van deze zienswijze, zijn door de ACM evenmin meegenomen in haar welvaartsanalyse. Gevolg is dat het berekende welvaartsvoordeel van EUR 200 miljoen bij lange na niet wordt gehaald. Uitermate relevant in deze is de cruciale rol die T-Mobile klaarblijkelijk wordt geacht in te nemen ten aanzien van het realiseren van het welvaartsvoordeel. Zowel ten aanzien van haar retailtarieven als aanjager van besparingen voor de consument bij alle providers als ten aanzien van te verlenen wholesaletoegang aan de kleinere partijen die vanwege de business case niet in aanmerking komen voor ODF toegang of VULA Pon/WBT-lokaal.[4] Op basis van KPN's toezeggingen zoals deze nu voorliggen, zal T-Mobile haar eindgebruikerstarieven niet kunnen verlagen. Het is daarom uitermate twijfelachtig of er überhaupt een voordeel voor de consument zal zijn, kostenstijgingen lijken waarschijnlijker.

Niet alleen negeert de ACM de hierboven genoemde acht punten en wordt het in het Ontwerp TZB genoemde bedrag aan besparingen dus zeker niet gehaald, ook ontbreken in het Ontwerp TZB de meest elementaire en noodzakelijke verplichtingen die in het kader van een AMM-besluit wel opgelegd zouden kunnen en ook moeten worden, zoals het verlenen van redelijke toegang tegen redelijke voorwaarden, een non-discriminatieverplichting, een transparantieverplichting en een margesqueezetoets. Daarnaast zijn verplichtingen noodzakelijk om de uitfasering van het kopernetwerk in goede banen te leiden.

T-Mobile concludeert dat het Ontwerp TZB de geconstateerde mededingingsproblemen niet of onvoldoende remedieert. In plaats van welvaartswinst voor de consument dreigt de mededinging, die als gevolg van de mededingingsbeperkende gedragingen van KPN sinds de vernietiging van het WFA-besluit toch al verder onder druk is komen te staan, gedurende de looptijd van het voorgenomen besluit verder te worden ondermijnd. De reductie van de marges door de migratie van koper naar glas is onvermijdelijk aangezien KPN zegt het kopernetwerk op korte termijn te gaan uitfaseren. Die gedwongen migratie zal leiden tot omvangrijk klantenverlies voor wholesaleafnemers en zal de business case voor alle aanbieders met een klantenbase op koper enorm verslechteren en iedere prijsconcurrentie door squeezeproblemen bij voorbaat onmogelijk maken.

De ACM komt in het Ontwerp TZB mede tot deze schadelijke en onwerkbare uitkomst, omdat de verkeerde grondslag wordt gehanteerd en daarmee een verkeerde procedure wordt gevolgd. De ACM negeert met een besluit op grond van artikel 12h van de Instellingswet ACM ten onrechte haar wettelijke verplichtingen op grond van de Tw en past bovendien haar bevoegdheden op grond van artikel 12h Instellingswet ACM onjuist toe. Op deze formele punten zal hierna als eerste worden ingegaan met daarbij de oproep aan de ACM om alsnog per omgaande het Ontwerp AMM-besluit te consulteren op grond van de Tw en de Telecomcode en een eventuele aangepaste toezegging door KPN in combinatie daarmee te consulteren. Zoals hiervoor is opgemerkt, had dat al maanden eerder moeten gebeuren. De schade aan de concurrentie, de innovatie en de eindgebruikersbelangen wordt op dit moment toegebracht en het ontbreken van regulering laat KPN daartoe ten onrechte alle ruimte.

[4] Ontwerp TZB, rns 119 – 129.

Om de marktproblemen daadwerkelijk te remediëren, zullen minimaal de volgende remedies moeten worden opgelegd:

i) Verplichting om redelijke en toekomstvaste vormen van toegang aan te bieden tegen redelijke voorwaarden, die zo nodig kunnen worden aangepast indien de marktontwikkelingen of gedragingen van KPN daartoe aanleiding geven. Dit betekent ook dat verleende toegang niet eenzijdig door KPN moet kunnen worden beëindigd. Waarborgen indien KPN toegangsdiensten wenst uit te faseren zoals gebruikelijk in AMM-besluiten kunnen niet worden gemist.

ii) Een brede non-discriminatie verplichting, ook tussen KPN's eigen retailafdeling en externe wholesaleafnemers, zowel wat betreft de inhoud en kenmerken van het toegangsaanbod als wat betreft de informatieverstrekking.

iii) Een transparantieverplichting en de verplichting om een referentieaanbod te publiceren.

iv) Tariefregulering, waarbij maximumtarieven worden vastgesteld op basis van kostenoriëntatie, aangezien dit de enige manier is om daadwerkelijk de mededinging en de eindgebruikersbelangen te bevorderen; en op zodanige wijze dat in ieder geval de eerdergenoemde knelpunten worden opgelost.[5]

v) Verplichte margesqueezetoets (eveneens op wholesaleniveau tussen Markt 1 en Markt 2 wholesale inputs)

vi) Regulering van de koperuitfasering, met de in AMM-besluiten gebruikelijke redelijke uitfaseringsvoorschriften. Daarbij hoort ook een migratietarief voor alle diensten gedurende een redelijke termijn zodat daadwerkelijk sprake is van een gelijkwaardig alternatief

vii) Geschilbeslechting, mede geschikt om open normen in te vullen en een loyale uitvoering door KPN van de remedies te kunnen borgen.

T-Mobile concludeert dat het Ontwerp TZB in de huidige vorm niet verbindend dient te worden verklaard. In plaats daarvan dienen alsnog de hiervoor genoemde remedies aan KPN te worden opgelegd met betrekking tot de toegang tot het glasnetwerk en het kopernetwerk van KPN en wel:

- primair in de vorm van een AMM-besluit of,
- subsidiair, indien KPN haar toezeggingen dienovereenkomstig aanpast, in de vorm van een toezeggingsbesluit binnen het kader van een AMM-besluit op grond van artikel 6a.4e. Tw,
- meer subsidiair, via een aangepaste toezegging in de zin van artikel 12h Instellingswet ACM, waarbij dan zou moeten worden voorzien in een vrijwillige acceptatie van de geschilbeslechting op grond van hoofdstuk 12 Tw.

Dit gezien de op de markt bestaande problemen op de kortst mogelijke termijn waarbij rekening wordt gehouden met de vertraging die reeds is ontstaan ten koste van de concurrentie en de Nederlandse consument.

[5] Zie ook de nadere uitwerking per toegangsdienst in Hoofdstuk 8.

2. DE ACM HANDELT IN STRIJD MET HAAR VERPLICHTINGEN OP GROND VAN DE TW

T-Mobile stelt voorop dat de ACM in strijd met de Tw en de Telecomcode ervan heeft afgezien een AMM-besluit te nemen. Artikel 6a.1, eerste lid, Tw jo. Artikel 64, derde lid, en 67, vijfde lid Telecomcode maakt duidelijk dat de ACM zo spoedig mogelijk nadat een (nieuwe) Aanbeveling relevante markten in werking is getreden dat dient te doen.

> **Art. 6a.1, eerste lid, Tw:**
> *"De Autoriteit Consument en Markt bepaalt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht de relevante markten in de elektronische communicatiesector waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met een in een aanbeveling als bedoeld in artikel 64, eerste lid, van richtlijn (EU) 2018/1972 vermelde product- of dienstenmarkt. De Autoriteit Consument en Markt bepaalt in elk geval zo spoedig mogelijk nadat een aanbeveling als bedoeld in de eerste volzin in werking is getreden, de in die volzin bedoelde relevante markten."*

Een dergelijke aanbeveling[6] is door de Europese Commissie op 18 december 2020 aangenomen en op 21 december 2020 in werking getreden. Markt 1 zoals opgenomen in die Aanbeveling betreft de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau op een vaste locatie. Aldus was – en is – de ACM ertoe gehouden om zo spoedig mogelijk een AMM-analyse uit te voeren en een ontwerp AMM-besluit ter consultatie te publiceren. Doordat de ACM daar nu ineens vanaf lijkt te zien en voorsorteert op een toezeggingsbesluit als bedoeld in artikel 12h Instellingswet ACM wordt deze duidelijke wettelijke verplichting geschonden. In dat verband kan er ook niet aan worden voorbijgegaan dat T-Mobile de ACM al meer dan 16 maanden geleden - op 8 januari 2021- heeft verzocht een AMM-besluit te nemen. De ACM dient eenvoudigweg op dat verzoek te beslissen.

Het feit dat de ACM nalaat om het door haar voorbereide en nagenoeg afgeronde ontwerp AMM-besluit te consulteren is op de volgende punten in strijd met de Tw. Daarnaast is het instrument van een toezeggingsbesluit op grond van artikel 12h Instellingswet ACM een mededingingsrechtelijk instrument dat is bedoeld als alternatief voor een sanctie vanwege (vermoedelijke) overtreding van de mededingingswet wegens in casu misbruik machtspositie in plaats van een AMM-besluit dat een ex-ante instrument is.

De ACM negeert ten onrechte haar rol als nationale regelgevende autoriteit als bedoeld in de Telecomcode en de Tw en geeft ten onrechte voorrang aan haar mededingingsrechtelijke bevoegdheden

De ACM als nationale regelgevende autoriteit in de zin van de Telecomcode en de Telecommunicatiewet dient te worden onderscheiden van de rol van de ACM als nationale mededingingsautoriteit in de zin van de Mededingingswet. In de meeste Lidstaten zijn deze rollen ook institutioneel gescheiden. Het feit dat de ACM in Nederland beide rollen heeft, betekent echter niet dat de verplichtingen en bevoegdheden van de ACM op grond van de Telecomcode en de Telecommunicatiewet anders zouden moeten worden uitgelegd en dat zij naar eigen inzicht

[6] Aanbeveling (EU) 2020/2245.

instrumenten uit de verschillende juridische grondslagen kan inzetten en dus oneigenlijk gebruik kan maken van haar 'dubbele pet'.

Op grond van artikel 64, derde lid Telecomcode dient de ACM de relevante markten af te bakenen en daarbij zoveel mogelijk rekening te houden met de Aanbeveling en de AMM-richtsnoeren. Op grond van artikel 64, eerste lid Telecomcode dient die analyse bovendien zo spoedig mogelijk na de publicatie van de Aanbeveling plaats te vinden. Op grond van artikel 67, eerste lid,) Telecomcode dient de ACM vervolgens te bepalen of de kenmerken van de aldus afgebakende markt zodanig zijn dat het gerechtvaardigd is om de in de Telecomcode vastgelegde regelgevingsverplichtingen op te leggen. Artikel 67, lid 1 Telecomcode bepaalt dat de analyse *"in voorkomend geval, in samenwerking met de nationale mededingingsinstanties wordt uitgevoerd"*.

De volgorde is dus dat de ACM als nationale regelgevende autoriteit zo spoedig mogelijk de relevante markten dient af te bakenen en de marktanalyse dient uit te voeren, in voorkomend geval in samenwerking met de ACM in haar hoedanigheid als mededingingsautoriteit. Een onderzoek en remedies op basis van de mededingingswet kunnen echter geen rechtvaardiging voor de ACM zijn om een AMM-analyse te vertragen, laat staan in zijn geheel achterwege te laten.

Daar komt bij dat de systematiek van de Telecomcode en de Tw mogelijk maakt dat binnen het kader van de AMM-analyse eventueel een toezegging van KPN/Glaspoort verbindend kan worden verklaard op grond van artikel 6a.4e Tw[7]. Ook dat wijst erop dat het regime van de Tw – zijnde sectorspecifieke regelgeving en dus in feite een lex specialis ten opzicht van het algemene mededingingsrecht waartoe artikel 12h moet worden gerekend – hoe dan ook voor dient te gaan. Het achterwege laten van een AMM-analyse en het in plaats daarvan overgaan tot het verbindend verklaren van een toezegging op grond van artikel 12h Instellingswet ACM is dus in strijd met de Tw en een oneigenlijk gebruik van bevoegdheid. Dit geldt temeer nu op deze wijze sprake is van een onrechtmatige omzeiling van de Europese consultatieprocedure (zie ook hierna).

Derhalve geeft de ACM in strijd met artikel 64, derde lid en 67, eerste lid Telecomcode het Ontwerp TZB op grond van artikel 12h Instellingswet ACM voorrang aan een mededingingsrechtelijke toezegging en schuift de ACM de publicatie van het ontwerp AMM-besluit voor zich uit en laat de ACM na om het aanbod van KPN te beoordelen in het kader van artikel 79 Telecomcode. ACM heeft althans tot op heden volledig in het midden gelaten of en wanneer zij nog een AMM-besluit gaat nemen en ter consultatie zal voorleggen aan de markt.

Het gevolg is dat verplichtingen die op grond van de Tw en de Telecomcode opgelegd kunnen en ook moeten worden in geval van AMM, volgens het Ontwerp TZB alsnog niet zouden gaan gelden. Dit terwijl er gezien de geconstateerde "marktproblemen" in hoofdstuk 5 van het Ontwerp TZB ook alle aanleiding is voor het opleggen van verplichtingen zoals bijvoorbeeld redelijke toegangsvoorwaarden, een non-discriminatieverplichting en voorschriften in verband met de koperuitfasering. Bovendien ontbreken als gevolg daarvan ook de procedurele mogelijkheden tot handhaving, geschilbeslechting en toekomstbestendige regulering, die inherent zijn aan een AMM-besluit en dat ook nog eens voor een periode van 8 jaar in een telecomlandschap dat met de gestage uitrol van glasvezel en snelle uitfasering van koper heel dynamisch is.

[7] implementatie van artikel 79 Telecomcode

De ACM schendt haar verplichtingen om connectiviteit, de mededinging, innovatie en eindgebruikersbelangen te bevorderen

Een toezeggingsbesluit op grond van artikel 12h Instellingswet zonder dus een onderliggend AMM-besluit biedt geen adequate basis voor de bevordering van de connectiviteit, de mededinging, innovatie en de belangen van eindgebruikers. De door de ACM voorgestelde verbindendverklaring op grond van artikel 12h van de Instellingswet ACM, biedt volstrekt onvoldoende waarborgen en procedurele mogelijkheden om toezeggingen effectief te handhaven en de toekomstvastheid daarvan te borgen.

Effectieve toegangsregulering vergt een bepaalde mate van flexibiliteit omdat afhankelijk van de marktontwikkelingen en de ontwikkeling van het aanbod van de gereguleerde partij zich problemen kunnen voordoen die door de toezichthouder en marktpartijen niet eerder kunnen worden voorzien. Daarbij zijn open normen (zoals redelijke voorwaarden en tarieven) noodzakelijk. Een AMM-analyse biedt de basis om aanpassingen te kunnen doorvoeren en om open normen als "redelijke voorwaarden" zo nodig in het kader van handhaving of geschilbeslechting te kunnen invullen.

Hoe gaat de ACM die open normen bij een verbindend verklaring op grond van art. 12h Instellingswet ACM echter opleggen/handhaven? Kan de ACM ter invulling van de redelijkheid een last onder dwangsom opleggen? Het probleem van het toezicht op open normen is door de ACM ook genoemd in het WFA-besluit. Mede om die reden is de ACM destijds niet meegegaan in het verzoek van KPN om een toezegging verbindend te verklaren.[8] De destijds door de ACM genoemde problemen in verband handhaving en toezicht gelden nu evenzeer. In het Ontwerp TZB besluit wordt dit probleem ten onrechte onbenoemd gelaten en niet geadresseerd.

Een volgend probleem is dat een toezegging op grond van artikel 12h Instellingswet ACM op geen enkele manier rekening houdt met de situatie waarin het aanbod van KPN en/of Glaspoort zoals opgenomen in de toezeggingen voor alternatieve aanbieders niet acceptabel is en dus niet leidt tot een overeenkomst. Die situatie doet zich met betrekking tot het aanbod van KPN in het kader van het Ontwerp TZB voor, en het Ontwerp TZB voorziet niet in een oplossing, terwijl KPN al heeft aangegeven dat de voorwaarden niet onderhandelbaar zijn en dat er geen aanspraak is op dienstverlening als het aanbod niet wordt geaccepteerd (zie hierna ook Hoofdstuk 5 en Hoofdstuk 7 van deze zienswijze).

In het kader van AMM-regulering of een toezeggingsbesluit op grond van artikel 6a.4e Tw heeft de ACM via geschilbeslechting of handhaving de mogelijkheid om daarover binnen het kader van het AMM-besluit te beslissen. Bij een toezegging op grond van artikel 12h Instellingswet dreigt echter voor marktpartijen een "take-it or leave-it" situatie te ontstaan waarbij de ACM zichzelf via de verbindend verklaring van een toezeggingsbesluit, waaraan zij ook zelf gebonden zal zijn, buiten spel heeft gezet. Ook dit probleem heeft de ACM terecht genoemd in het WFA-besluit[9] en wordt volgens het Ontwerp TZB niet opgelost. T-Mobile begrijpt daarom ook niet waarom de ACM deze vorm - toezeggingen op grond van artikel 12h Instellingswet ACM – geaccepteerd heeft en geschikt acht om de mededingingsproblemen adequaat te adresseren.

---

8 Zie o.m. paragraaf 3.2 van Annex H van het (vernietigde) WFA-besluit.

9 WFA-besluit, o.a. rn. 1647.

Ten onrechte geen mogelijkheid voor geschilbeslechting als bedoeld in artikel 26 EECC

De geschilbeslechtingsprocedure van hoofdstuk 12 Tw (meer in het bijzonder de artikelen 12.2 en 12.5 Tw) zou van toepassing moeten zijn ingeval van een geschil over het toegangsaanbod van KPN. Dit volgt ook uit artikel 26 van de Telecomcode.

Het Ontwerp TZB op basis van artikel 12h Instellingswet ACM, biedt die mogelijkheid niet. De enige mogelijkheid die de ACM op grond van dat Ontwerp TZB zal hebben, bestaat uit handhaving van hetgeen expliciet opgenomen is in toezeggingsbesluit. Dat is geen geschilbeslechting als bedoeld in artikel 26 Telecomcode en dat is ook niet geschikt om de mededinging, innovatie, connectiviteit en de belangen van eindgebruikers te bevorderen.

De ACM omzeilt ten onrechte de verplichting om in het kader van een AMM-analyse de oplegging van verplichtingen met inachtneming van de Telecomcode te beoordelen

T-Mobile is van mening dat een besluit op grond van artikel 12h Instellingswet ACM niet alleen ongeschikt is als reguleringsbasis, maar meent ook dat het de ACM niet vrij staat om voor een verbindendverklaring op grond van artikel 12h Instellingswet ACM te kiezen in plaats van een AMM-analyse. Een AMM-analyse dient tevens in te houden een beoordeling of oplegging van de in de Telecomcode opgelegde verplichtingen gerechtvaardigd is. De ACM is bij de AMM-analyse gehouden tot bevordering van de concurrentie, innovatie en eindgebruikersbelangen[10] en dient zoveel mogelijk rekening te houden met de aanbeveling relevante markten en de AMM-richtsnoeren.[11] Het is op grond hiervan wel duidelijk dat de ACM KPN als AMM-partij dient aan te wijzen.

Vervolgens dient de ACM te beoordelen of de in de artikelen 69-74, 76 en 80 Telecomcode genoemde verplichtingen zoals geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet gerechtvaardigd zijn. Elementaire verplichtingen zoals de verplichting om redelijke toegang aan te bieden en een non-discriminatie en transparantieverplichting zijn absoluut noodzakelijk en worden dan ook standaard opgelegd in AMM-besluiten.

Daarnaast wordt met de AMM-aanwijzing automatisch ook regulering met betrekking tot de uitfasering van het kopernetwerk en de migratie naar glas vanzelfsprekend. Artikel 81 Telecomcode en de implementatie daarvan in artikel 6a.4d van de Tw wordt in dat geval bovendien van rechtswege van toepassing. Er is ook geen enkele aanleiding om af te zien van regulering van de koperuitfasering. Zonder regulering van toegang tot het kopernetwerk, de uitfasering en de migratie naar een alternatief vergelijkbaar aanbod, wordt de concurrentie ondermijnd. Dit is geen theorie maar de harde werkelijkheid. Bij de huidige ongereguleerde uitfasering en migratie leidt de koperuitfasering voor T-Mobile tot een verlies van ca. xxx% van haar klanten, die vaak al vele jaren bij haar waren, zo is uit eerdere pilots gebleken. Voor de klanten die wel met T-Mobile de overstap naar glas maken geldt dat de marges van T-Mobile ernstig onder druk komen te staan. Ingrijpende tariefstijgingen op retailniveau zijn daardoor onvermijdelijk. Eerder is door T-Mobile toegelicht dat als gevolg van de uitfasering van het kopernetwerk de door KPN in rekening gebrachte wholesaletarieven met gemiddeld ongeveer xx Euro per maand stijgen. Zoals gezegd gaat het hier om maar liefst xxx van de klanten voor vaste telecomdiensten van T-Mobile (incl. Tele2 klanten). Een besparing voor

[10] Artikel 1.3, eerste lid Tw, jo. Richtlijn (EU) 2018/1972 (Telecomcode), artikel 3.
[11] Dit volgt o.m. uit artikel 6a.1, eerste en tweede lid Tw.

consumenten van EUR 200 miljoen op jaarbasis waarvan in het Ontwerp TZB wordt uitgegaan is zonder koperregulering en regulering van uitfasering/migratie dan ook nooit te realiseren. T-Mobile dreigt een substantieel deel van haar xxx koperklanten te verliezen en voor de klanten die blijven laten de verder geërodeerde T-Mobile marges geen prijsconcurrentie toe. Ten onrechte laat het Ontwerp TZB-besluit dit effect bij het berekenen van de effecten voor consumenten buiten beschouwing.

Door de toepassing van artikel 12h Instellingswet ACM omzeilt de ACM alle waarborgen die in het kader van een AMM-analyse van toepassing zijn. Artikel 12h Instellingswet ACM is dan ook nooit bedoeld als alternatief voor een AMM-analyse. Dit blijkt bijvoorbeeld uit artikel 12h, tweede lid: de ACM kan een dergelijk toezeggingsbesluit nemen '*indien zij het bindend verklaren van een toezegging doelmatiger acht dan het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom*'.

Ten eerste wordt duidelijk dat het toezeggingsbesluit uitsluitend in de plaats kan komen van een bestuurlijke sanctie naar aanleiding van een (dreigende) overtreding; niet ter vervanging van een regulatoir ex-ante instrument zoals een AMM-besluit. Ten tweede blijkt hieruit dat het gehanteerde instrument van een toezegging op grond van artikel 12h Instellingswet ACM duidelijk ex post is gericht: er is sprake van een (dreigende) overtreding en handhaving is aan de orde (echter; een verbindendverklaring wordt doelmatiger geacht). Een AMM-analyse is juist op de toekomst gericht. De ACM lijkt aldus artikel 12h, anders dan de wetgever heeft bedoeld, als een buitenwettelijke (hybride) tussenvorm te willen inzetten, waarbij op de toekomstgerichte toezeggingen worden vastgelegd. Hoe dan ook is dit niet geoorloofd; het druist zowel tegen de systematiek van de Tw als die van de Instellingswet ACM in.

Dit alles klemt temeer nu op de markt zoals gezegd sprake is van acute problemen. Dit zal in Hoofdstuk 3 nader worden uitgewerkt. Alleen al het feit dat de ACM een Ontwerp TZB besluit heeft gepubliceerd in plaats van een ontwerp AMM-besluit betekent een vertraging van minimaal 6-9 maanden, aangezien de planning was dat de ACM in Q4 2021 het ontwerp AMM-besluit zou consulteren. In die tijd wint KPN marktaandeel terug dat in de afgelopen 20 jaar geleidelijk en dankzij ex ante regulering door alternatieve aanbieders is opgebouwd.

3. ANALYSE VAN MARKTRISICO'S ONVOLLEDIG

3.1 Inleiding

In Hoofdstuk 5 van het Ontwerp TZB bespreekt de ACM de problemen op de retail- en de wholesalemarkten. De ACM ziet op basis van haar onderzoek risico's voor de markt[12], waarmee mededingingsproblemen lijken te worden bedoeld. De ACM bevestigd hiermee ook haar eerdere uitlatingen (juli 2021) waarin zij dit ook al aangaf.[13]

Op de retailmarkt is bijvoorbeeld volgens het Ontwerp TZB sprake van weinig overstapbereidheid en zijn de eindgebruikerstarieven significant hoger in vergelijking met andere (Europese) landen. Toegangsvragers kunnen zich onvoldoende op prijs en kwaliteit onderscheiden met name door de hoogte van de wholesaletarieven. De wholesaletarieven van KPN/Glaspoort liggen volgens de ACM significant hoger dan de kosten (inclusief redelijk rendement) en zijn zodanig hoog dat deze de retailmarges van toegangsvragers onder druk zetten, vooral naarmate de internetsnelheid van de toegangsdienst oploopt:[14]

> *'Het onderzoek van de ACM geeft een indicatie dat de huidige wholesaletarieven van KPN significant hoger zijn dan de kosten (inclusief redelijk rendement). De tarieven zijn dermate hoog dat dit ook de retailmarges van toegangsvragers onder druk zet, doordat het verschil tussen de wholesale- en retailprijzen klein of negatief is. Dit blijkt vooral het geval voor glasvezeltoegang en met name naarmate de internetsnelheid van de toegangsdienst oploopt'.*

De ACM ziet dan ook: *"meer concreet een risico dat de wholesaletoegang van KPN tot haar glasvezelnetwerken er de komende jaren toe zal leiden dat de concurrentiekracht van toegangsvragers wordt beperkt."*[15]

Er is dus volgens het Ontwerp TZB sprake van significante mededingingsproblemen, die tot duidelijk negatieve effecten op de retailmarkt leiden. Dit wordt bevestigd door onafhankelijk onderzoek. Nederland behoort wat betreft de tarieven en geboden bandbreedte van internetdiensten tot de vijf slechtst presterende landen in Europa.[16] Er bestaat veel te weinig marktdynamiek: te weinig concurrentie, te hoge prijzen voor de consument, en te weinig overstappers. De ACM noemt het probleem van de margesqueeze, met name naarmate de internetsnelheid van de toegangsdienst oploopt. Het gevolg daarvan is dat het gebruik van hogere bandbreedtes in Nederland achter blijft ten opzichte van de rest van de EU, terwijl uit de DESI-rapporten juist volgt dat er in Nederland een ruime mate van beschikbaarheid van netwerken met een hoge bandbreedte[17] is.[18]

---

12 Ontwerp TZB, rn. 47.

13 ACM d.d. 9 juli 2021, 'ACM onderzoekt toegangsregulering telecomnetwerken', via https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-onderzoekt-toegangsregulering-telecomnetwerken.

14 Ontwerp TZB, rn. 60.

15 Ontwerp TZB, rn. 62.

16 European Commission, 2021, Mobile and Fixed Broadband Prices in Europe 2020, via: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/mobile-and-fixed-broadband-prices-europe-2020, p. 13, figuur 3.

17 Zogenoemde 'very high capacity networks' met een bandbreedte van meer dan 100 Mbps.

18 European Commission, 2021, Digital Economy and Society Index (DESI) 2021, The Netherlands, via: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/countries-digitisation-performance, p. 7.

Dit alles staat in direct verband met het handelen van KPN op de wholesalemarkt, zoals in het Ontwerp TZB terecht wordt geconcludeerd. In het bijzonder na het vernietigen van het WFA-besluit hebben gedragingen van KPN ertoe geleid dat de problemen voor toegangszoekers zijn toegenomen: geografische beperking van de beschikbaarheid van ODF-toegang, het intrekken van het aanbod voor ODF-backhaul, de afwezigheid van VULA FttH wide open aanbiedingen, alsmede (niet in de laatste plaats) de te hoge tariefniveaus zijn concrete voorbeelden hiervan.

T-Mobile onderschrijft dus de conclusies van de ACM met betrekking tot de mededingingsproblemen en de analyse die daaraan ten grondslag ligt. T-Mobile kan echter niet volgen dat de ACM volgens het Ontwerp TZB voornemens is akkoord te gaan met de door KPN en Glaspoort gedane toezeggingen aangezien deze de door de ACM genoemde mededingingsproblemen en marktrisico's onmogelijk weg kunnen nemen. Deze toezeggingen zullen er eerder voor zorgen dat die problemen en risico's juist zullen toenemen.

Daarnaast stelt T-Mobile vast dat de analyse van mededingingsproblemen in het Ontwerp TZB onvolledig is, zoals hierna wordt toegelicht. Er is veel meer aan de hand dan hetgeen de ACM beschrijft.

Zo worden de mededingingsrisico's als gevolg van de beperking van de ODF-toegang tot de huidige footprint en de beperkingen in het aanbod van VULA PON ten onrechte onbenoemd gelaten.

Daarnaast worden de evidente problemen als gevolg van de uitfasering van het kopernetwerk en het ontbreken van een passend migratieaanbod of zelfs doelportfolio geheel onbenoemd gelaten, terwijl als gevolg daarvan xxx van de consumenten klantenbase van T-Mobile "at risk" is.

Voorts laat de ACM de mededingingsproblemen op het zakelijke segment van de retailmarkt, dat ook grotendeels afhankelijk is van toegang tot het kopernetwerk, geheel buiten beschouwing.

Tot slot wordt in het Ontwerp TZB geen aandacht besteed aan de negatieve impact van de toezeggingen op van KPN afhankelijke aanbieders met een eigen wholesaleaanbod, zoals T-Mobile. Gezien de door KPN doorgevoerde beperkingen in het toegangsaanbod met betrekking tot glas en koper, is het voor dergelijke partijen onmogelijk om als wholesaleaanbieder actief te blijven.

Bovengenoemde punten worden hierna uitgewerkt.

3.2 Problemen met toegang tot ODF toegang en VULA PON

ACM benoemt terecht de mededingingsproblemen in verband met de beperking van de ODF-footprint door KPN direct na de vernietiging van het WFA-besluit. Het feit dat KPN de strategische keuze maakt om in plaats van PtP netwerken PtMP netwerken uit te rollen en daarmee ODF-toegang te beperken, krijgt echter geen aandacht. Deze beperking wordt door de ACM simpelweg als een gegeven beschouwd. De (onjuiste) stelling van KPN dat het ontbundelen van PtMP-netwerken technisch onmogelijk zou zijn, wordt zonder onderzoek maar aangenomen. Hierbij wordt door de ACM ook over het hoofd gezien dat het PtMP-netwerk nog gebouwd moet worden. KPN kan er dus ook gewoon voor kiezen om een ontbundelbaar PtMP-netwerk te bouwen of om door te gaan met het aanleggen van PtP-netwerken zodat ODF-toegang mogelijk blijft. Alternatieve passieve operators als Open Dutch

Fiber zullen hun complete footprint op PtP basis bouwen en er ODF toegang op aanbieden. Deze vorm van toegang heeft wat betreft de bevordering van de mededinging, de innovatie en de eindgebruikersbelangen de absolute voorkeur. De ACM stelt dan ook terecht in rn. 24 van het Ontwerp TZB met betrekking tot ODF-toegang onomwonden vast:

> *'Van deze vorm van toegang gaat in beginsel de meeste concurrentiedruk uit, omdat het toegangsvragers in staat stelt om zoveel mogelijk zelf de internetsnelheid, de overige productkenmerken en de retailprijs te bepalen voor de consument.'*

Door de keuze van KPN om voortaan PtMP netwerken aan te leggen, waarop geen ontbundeling mogelijk is, wordt derhalve de concurrentie beperkt. T-Mobile wijst er in dit verband op dat door onafhankelijke deskundigen op basis van uitvoerig onderzoek in opdracht van de Europese Commissie is geconcludeerd, dat er aan de uitrol van glasnetwerken op basis van PtP grote voordelen zijn verbonden. Deskundigen van WIK hebben daaraan in een rapport van 10 september 2020 voor de Europese Commissie onder meer de onderstaande specifieke paragraaf gewijd, waarin wordt gewezen op de voordelen van PtP ten opzichte van PtMP netwerken: meer bandbreedte, toekomstvaster, hogere kwaliteit tegen ongeveer dezelfde kosten en de mogelijkheid van fysieke ontbundeling waardoor de concurrentie wordt bevorderd.[19] In paragraaf 4.2.1 van het WIK rapport worden deze voordelen als volgt samengevat:

> 4.2.1 Benefits of point to point vs point to multi-point architectures
>
> Our cost models suggest that P2MP architectures for the deployment of FTTH may be associated with cost savings of around 3% compared with PtP solutions. However, PtP solutions provide two important benefits, which are likely to outweigh the additional cost of provision.
>
> Firstly, the bandwidths and quality of service that can be provided via PtP fibre networks significantly exceed those that can be offered via PtMP. This is illustrated in analysis prepared in the context of a 2020 study by WIK-Consult for the Commission on Relevant Markets susceptible to ex ante Regulation,[225] which shows (see following figure) that downstream and upstream bandwidth capabilities of services offered via PtP (1000BASE-X) will significantly exceed the bandwidths available via the various generations of PON architecture in the medium term.
>
> In addition, quality of service measures over PtP infrastructure are likely to continue to outstrip those available via PtMP solutions. While these types of capabilities are currently considered relevant mainly for larger businesses, very high and symmetric bandwidths coupled with low latency and other quality metrics are likely to become increasingly important for the delivery of advanced remote healthcare and educational applications, as well as to enable businesses of all sizes and in all locations (including farms, companies engaged in energy generation etc) to deploy digitisation solutions and

[19] https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d6b8368d-f3dd-11ea-991b-01aa75ed71a1/language-en); Pag. 128 – 130.

engage in real time big data processing.[226] PtP fibre used as backhaul may also be important for remote businesses to deploy campus-based 5G solutions.

Although consumer demand may be more limited, PtP infrastructure (and preferably multi-fibre) will also ensure that future bandwidth and quality needs of households can be readily accommodated. Very high quality infrastructure may be particularly important in rural areas where connectivity may be needed to support home working and the operation of home-based businesses, as well as supporting the delivery of vital services (including telemedicine, remote monitoring, online interactive lectures etc) and entertainment.[227]

For these reasons, WIK advocated, in the context of the 2020 study on the Implementation of CEF2 Digital[228] that subsidies available from EU funds should focus on the deployment of PtP fibre architecture, wherever this solution is viable. We draw similar conclusions as regards the optimal use of State Aid from national funds.

A further important benefit from PtP networks is that this architecture can be physically unbundled, in contrast with PtMP architectures for which VULA is normally required. The benefits associated with physical unbundling are further elaborated below.

Het feit dat KPN er voor kiest om voortaan PtMP netwerken aan te leggen en wel op zodanige wijze dat ODF-toegang onmogelijk wordt gemaakt, is een strategische keuze waarmee de concurrentie wordt beperkt. Dit belangrijke mededingingsprobleem wordt in het Ontwerp TZB ten onrechte onbenoemd gelaten.

Daar komt nog eens bij dat het VULA PON-aanbod van KPN allerminst een daadwerkelijk VULA-aanbod betreft. [20] KPN biedt immers geen VULA wide-open aan wat in elk geval wordt geïllustreerd door het gedifferentieerde tarief voor VULA PON met een hoger tarief voor hogere bandbreedtes. Dit in plaats van een *flat fee* zoals past bij een aanbiedingsvorm op basis van een *wide-open* bandbreedteprofiel. Door het VULA PON aanbod te baseren op een *retail-minus* concept wordt T-Mobile bovendien ook nog eens gedwongen om de prijspunten en de vooralsnog zeer beperkte snelheidsprofielen van KPN te volgen en kan T-Mobile zich ook via VULA PON onvoldoende onderscheiden van KPN, hetgeen nadelig is voor haar concurrentiepositie. VULA PON vormt dus ook om deze reden geen volwaardig alternatief voor ODF-toegang, in tegenstelling tot wat de ACM stelt in het Ontwerp TZB.[21]

De concurrentie wordt verder beperkt doordat KPN de mogelijkheid heeft om zowel aan de onderkant als aan de bovenkant van de bandbreedtes het aanbod te bepalen. Aan de onderkant van de bandbreedtes staat het KPN op grond van haar toezeggingen vrij om specifieke bandbreedtes op elk door KPN gewenst moment uit haar aanbod te verwijderen.[22] Dit dus zonder toestemming danwel overleg met T-Mobile. Relevant in deze is dat het verwijderen van entry producten op basis van T-Mobile's huidige commerciële overeenkomsten, die onder eerdere regulering zijn gesloten, niet zonder meer mogelijk is.

---

[20] Zie hiertoe bijvoorbeeld WIK in opdracht van de Europese Commissie, Assessment of the technicalities of VULA products in the context of a State aid investigation, pagina 4: https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0418126enn.pdf

[21] Ontwerp TZB, rn. 25

[22] T-Mobile benadrukt dat er een aanzienlijk groep consumenten is die om financiële redenen kiest voor een lage bandbreedte en die onevenredig hard worden geraakt door het wegvallen van het aanbod waar zij gebruik van wensen te maken. T-Mobile heeft bij een hogere bandbreedte immers geen andere keus dan de hogere wholesaletarieven die KPN daarvoor vraagt door te berekenen in de consumententarieven.

Aan de bovenkant van de bandbreedtes wordt bij de introductie van nieuwe snelheden de concurrentie de kop ingedrukt doordat het tarief voor die nieuwe bandbreedte wordt bepaald aan de hand van de door KPN gekozen stijging van het retailtarief voor een internet-only product. Zie hiervoor artikel 1.13 van het VULA PON Amendement (Annex 3 bij het Ontwerp TZB).[23] T-Mobile wordt op die manier gedwongen om de prijspunten van KPN te volgen. Niet alleen laat het Ontwerp TZB na om deze mededingingsproblemen te benoemen, maar in feite worden deze mededingingsproblemen, via de voorgestelde toezeggingen verder vergroot.

3.3 Mededingingsproblemen als gevolg van koperuitfasering en het ontbreken van een gelijkwaardig aanbod op glas

Ten onrechte laat de ACM de marktproblemen als gevolg van de uitfasering van koperaansluitingen en de gedwongen migratie van klanten van marktpartijen die afhankelijk zijn van die kopertoegang zoals T-Mobile geheel onbesproken. De ACM geeft in het toezeggingsbesluit slechts aan dat zij als 'voorwaarde' hanteert dat KPN haar huidige – ontoereikende – toegangs- en uitfaseringsaanbiedingen van 6 mei 2021 voortzet.[24] Deze voorwaarde is echter geen onderdeel van de toezeggingen van KPN en daarop lijkt dus ook niet te kunnen worden gehandhaafd. Daarbij komt dat de migratieamendementen van 6 mei 2021 nadien eenzijdig door KPN zijn gewijzigd, bijvoorbeeld met betrekking tot de locaties, hetgeen de onduidelijkheid verder vergroot.

Wholesaleafnemers van KPN hebben nog substantiële aantallen klanten op het kopernetwerk afkomstig uit de tijd dat de toegang tot het kopernetwerk was gereguleerd. Voor wat betreft T-Mobile gaat het per april 2022 over xxxk WBA-klanten op T-Mobile Thuis, xxxk WBA-klanten op Tele2 WBA en nog altijd xxxk klanten op Tele2 MDF, dus bijna een half miljoen gezinnen. De toegangstarieven via het kopernetwerk, die stammen uit de tijd van de regulering van het kopernetwerk, leiden tot een zekere tariefconcurrentie in de lagere bandbreedtes. Dit blijkt ook uit de hiervoor genoemde DESI-rapportages van de Europese Commissie, waar de situatie alleen voor wat betreft deze lage bandbreedtes nog relatief gunstig is.

De uitfasering van de toegang tot het kopernetwerk zonder passend migratieaanbod, die gepaard gaat met exorbitante stijgingen van de wholesaletarieven ook in de lagere bandbreedtes, dreigt ook aan dit laatste beetje tariefconcurrentie een einde te komen. De onderstaande door T-Mobile gemaakte vergelijking[25] van de kosten voor wholesaleafnemers bij de afname van enerzijds MDF-access en VULA Koper en anderzijds KPN VULA PON en Glaspoort WBA-Lokaal spreekt voor zich: wholesaleafnemers zien zich geconfronteerde met (dreigende) enorme kostenstijgingen voor klanten in het B2C segment:

XXX

Het is evident dat T-Mobile door deze tariefsverhogingen wordt genoodzaakt tot een verhoging van haar retailtarieven. Die situatie doet zich zoals bekend op dit moment al voor en werkt door in de komende jaren. Tegelijkertijd kan de stijging van de wholesaletarieven door T-Mobile ook weer niet volledig worden doorberekend aan haar klanten in het retailtarief zonder zichzelf volledig uit de markt te prijzen ten opzichte van KPN (en haar eindgebruikers met een zogenaamde billshock te confronteren). KPN geeft immers aan de retailtarieven voor haar eigen klanten niet te verhogen bij

[23] Zie voor een nadere uitwerking hiervan de bespreking van Fout 1 in Hoofdstuk 4.
[24] Ontwerp TZB, rn. 40 en 43.
[25] Zie slide 8 van de Tariff Analysis (Bijlage 4) als nader besproken in Hoofdstuk 4.

overstap van koper naar glas.[26] Aangezien klanten die geforceerd gemigreerd worden van koper naar glas dezelfde internetsnelheid behouden, is er voor hen temeer weinig tot geen bereidheid bij klanten om meer te gaan betalen.

Het zogenaamde migratieaanbod van KPN van 6 mei 2021 lost hier niets op. De ACM zegt daarover in het Ontwerp TZB: *"Ook biedt KPN zogenoemde like-for-like voorwaarden, wat erop neerkomt dat de toegangsvrager na migratie voor 18 maanden een met MDF-toegang vergelijkbaar laag tarief blijft betalen voor een vergelijkbare snelheid. Dit beoogt te voorkomen dat een consument die van koper naar glas wordt gemigreerd direct met een prijsverhoging wordt geconfronteerd."* Dit is echter om meerdere redenen een schijnoplossing: a) het migratieaanbod voor MDF geldt slechts voor 18 maanden waarna de problematiek van de verhogingen van de wholesaletarieven zich alsnog in volle omvang voordoet, b) het migratieaanbod is op Glaspoort adressen niet van toepassing, c) het aangeboden 'migratieaanbod' voor VULA-koper is volstrekt inadequaat onder meer omdat een *like-for-like* migratietarief volledig ontbreekt en d) een migratieaanbod wat ziet op migratie van OWM koper klanten naar ODF-FttH, VULA-PON en WBA-Lokaal ontbreekt volledig. Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat VULA-Koper en OWM-Koper verreweg T-Mobile's grootste klantengroepen op koper vertegenwoordigen. Daarbij komt dat voor wat betreft Glaspoort de migratievoorwaarden überhaupt niet transparant zijn en dat de migratievoorwaarden van KPN na 6 mei 2021 als gezegd eenzijdig zijn gewijzigd.

De consequentie van het bovenstaande is inmiddels duidelijk geworden tijdens de uitfasering van het kopernetwerk in 6 pilotgebieden. In deze pilotgebieden waar de uitfasering/migratie per 1 april 2021 heeft plaatsgevonden, heeft de uitfasering voor T-Mobile in alle segmenten (consumenten, zakelijk en wholesale) geresulteerd in een substantieel verlies van klanten van gemiddeld ca. xx% en tegelijkertijd verder eroderende marges voor de klanten die wel zijn gebleven.

Vanwege de nijpende problematiek rond de koperuitfasering heeft T-Mobile zich genoodzaakt gezien om een civiele kort geding procedure te voeren in een ultieme poging om de dreigende en onherstelbare schade als gevolg van de koperuitfasering te beperken en de klok te stoppen voor wat betreft de lopende migratietermijnen. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van T-Mobile afgewezen. De overwegingen van de rechter in de uitspraak van 11 november 2021[27] onderstrepen juist de noodzaak van regulering. De voorzieningenrechter overweegt dat T-Mobile zeer veel heeft gesteld, maar dat – ondanks de analyses, praktijkvoorbeelden en verklaringen van direct betrokkenen – nog steeds sprake is van onvoldoende onderbouwing gegeven de globale betwisting door KPN. Het vonnis toont aan dat het onderwerp van de koperuitfasering en de migratievoorwaarden niet in een civiele procedure (en zeker niet in kort geding) aan te pakken is.[28]

Uit dit vonnis wordt evident duidelijk dat de voorzieningenrechter – anders dan de ACM – niet beschikt over de benodigde capaciteit, expertise en onderzoeksbevoegdheden om de mededingingsproblemen

---

[26] Zie het statement van Joost Farwerck (CEO, KPN) tijdens een Strategy Update van KPN: "So we do not differentiate in prices between copper and fiber. So the main difference is in the speed. Customers on fiber, they buy higher speed.", via: https://ir.kpn.com/kpn/pdf/KPN_Strategy_Update_2020_Transcript.pdf, p. 33.

[27] https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2021:11019

[28] De voorzieningenrechter stelt dat KPN zich "*bij tijd en wijle wel erg luchtig heeft verweerd (door, kort gezegd, te stellen: 'er is geen uitfaserings- en migratieprobleem'), maar dat dit in de civielrechtelijke kort geding procedure niet afdoet aan de processuele waarde van die betwisting*."

die door de gedragingen van KPN worden veroorzaakt te analyseren en te remediëren. Juist daarom heeft de ACM op grond van de Tw de taak om dat wel en grondig te doen.

In **Bijlage 2** bij deze zienswijze is een aantal stukken uit de kort geding procedure genoemd die de mededingingsproblemen als gevolg van de koperuitfasering en het ontbreken van een passend migratieaanbod inzichtelijk maken. Nu de problematiek de ACM bekend is en het merendeel van de stukken reeds in haar bezit is, voegt T-Mobile (ook omwille van de omvang en leesbaarheid van de totale zienswijze) deze stukken niet nogmaals afzonderlijk bij deze zienswijze. T-Mobile stelt deze stukken desgevraagd uiteraard graag (nogmaals) ter beschikking aan de ACM.

De mededingingsproblemen worden onderstreept doordat KPN in de praktijk sinds het wegvallen van de regulering géén enkele van de redelijke uitfaserings- en migratievoorschriften die voorheen in het WFA-besluit (en daarvoor in het ULL besluit 2015) waren opgenomen in acht heeft genomen en de verwachting is dat zij dit ook niet in (nabije) toekomst zal doen. Dit wordt geïllustreerd in het onderstaande overzicht:

	Redelijke migratievoorwaarde	Schending door KPN
A.	KPN dient en redelijke aankondiging- en migratietermijn in acht te nemen van in totaal minimaal 36 maanden, welke termijn pas gaat lopen na het beschikbaar zijn van een redelijk alternatief aanbod (WFA-besluit rn. 473(m1) en 531)	KPN heeft op 21 februari 2020 een bericht op haar wholesalewebsite geplaatst waarin werd aangegeven dat de koperdienstverlening met betrekking tot ruim 2 miljoen aansluitingen op het kopernetwerk zou worden beëindigd per 22 februari 2023.[29] KPN heeft daarbij echter geen duidelijkheid gegeven over het doelportfolio en de migratievoorwaarden. Na de vernietiging van het WFA-besluit heeft KPN bovendien onduidelijkheid gecreëerd over de vraag of en zo ja voor welke aansluitingen ODF-access zou kunnen worden afgenomen, terwijl door KPN zeer veel onduidelijkheid is en wordt gecreëerd over de adressen/locaties waar wel/niet wordt uitgefaseerd.
B.	KPN dient een redelijk alternatief te bieden en daarover overeenstemming te bereiken (WFA-besluit rn. 408(i) 473(m2))	KPN weigert een gelijkwaardig alternatief te bieden qua functionaliteit en tarieven. Verwezen wordt naar de issuelijsten uit de kort geding procedure. KPN levert bovendien op veel locaties überhaupt geen vervangende glasvezelaansluiting, zeker waar het gaat om niet-standaard locaties. Voorheen werd er in dergelijke gevallen gezamenlijk gezocht naar oplossingen middels een “desk bijzondere aansluitingen”, maar nu weigert KPN constructieve medewerking.
C.	KPN dient haar eigen downstreamorganisatie en andere wholesaleafnemers gelijk te behandelen (WFA-besluit rn. 473(m3))	Non-discriminatie maakt geen onderdeel uit van de migratieamendementen. KPN bevoordeelt haar eigen retailorganisatie door de verstrekking van meer en gedetailleerdere informatie dan aan externe wholesaleafnemers en door voor zichzelf ingeval van problemen de uitfasering op te schorten.

[29] Zie https://www.kpn-wholesale.com/about-kpn-wholesale/about-kpn-wholesale/latest-news/kpn-zet-op-adressen-waar-ook-ftth-beschikbaar-is-koperdiensten-gefaseerd-uit.htm.

D.	KPN dient duidelijke en transparante procedures voor de uitfasering te hanteren (WFA-besluit rn. 473(m4))	Er is geen sprake van duidelijke en transparante procedures. Er bestaat voortdurende onzekerheid over de vraag waar/wanneer wordt uitgefaseerd zowel met betrekking tot adressen als MDF-locaties. Zo moest T-Mobile er zelf achter komen dat KPN een uitzonderingslijst hanteert waarop adressen terecht komen die op de nominatie stonden om te worden uitgefaseerd, maar waar de koperdienstverlening alsnog (voorlopig) gecontinueerd wordt. Hierbij is evident geen sprake van duidelijke en transparante procedures.
E.	KPN dient de continuïteit van de dienstverlening bij migratie te waarborgen, inclusief een redelijke overlay-termijn en voldoende informatievoorziening (WFA-besluit rn. 473(m5) en 485)	De continuïteit van de dienstverlening staat onder druk omdat KPN met té korte termijnen werkt waardoor er een aanzienlijk risico bestaat dat KPN haar eigen migratietermijnen niet zal halen.[30] Dit zorgt voor schade aan de kant van T-Mobile, omdat T-Mobile tot op het laatste moment geen zekerheid heeft dat de migratietermijnen ook daadwerkelijk gehaald gaan worden. KPN wil die zekerheid ook niet bieden.
F.	KPN is gehouden een migratie referentieaanbod te publiceren (WFA-besluit rn. 530-531)	De op 6 mei 2021 gepubliceerde migratieamendementen bevatten apert onredelijke voorwaarden.

Tekenend voor de problemen, de intransparantie en de discriminatoire gedragingen van KPN zijn de nieuwe ontwikkelingen die zich in 2022 hebben voorgedaan. Deze worden hieronder nader uitgewerkt.

i. Discriminatie - KPN continueert voor zichzelf koperdienstverlening in deel van uitfaseringsgebieden

KPN heeft voor zichzelf de mogelijkheid gecreëerd om adressen aangesloten op koper niet uit te faseren terwijl die adressen volgens de aankondigingen van KPN richting wholesaleafnemers wel uitgefaseerd zouden worden. Tot op heden gaat het hierbij om in elk geval 95.142 adressen in 489 (van de 1.361) MDF-gebieden. T-Mobile is hier zelf achter gekomen door de aan T-Mobile verstrekte uitfaseringslijsten te vergelijken.[31] KPN heeft het bestaan van de mogelijkheid om adressen alsnog niet uit te faseren pas zeer recentelijk gecommuniceerd richting externe wholesaleafnemers via haar Whitepaper van 25 maart 2022.[32]

Het feit dat KPN niet transparant is geweest over het bestaan van uitzonderingen – en over de vraag tot wanneer de uitzonderingssituaties blijven bestaan – en het feit dat enkel KPN kan bepalen welk adres wordt uitgezonderd, toont aan dat KPN, bij gebrek aan regulering, niet

[30] Ervaringen uit het verleden leren dat dit ook een aanzienlijk risico is: er is vaak sprake van uitstel van termijnen (WLR ISDN, WBA ATM Zakelijke Module, SDH – ILL en WBA SDSL Zakelijke Module) danwel van een algehele afgelasting van de uitfasering (de 'All-IP'-uitfasering).

[31] KPN publiceert elk kwartaal lijsten die inzichtelijk maken welke adressen uitgefaseerd worden. Op basis van die lijsten is het T-Mobile duidelijk geworden dat er ook adressen zijn die uitgefaseerd zouden worden maar waarbij dit alsnog niet het geval zal zijn.

[32] Zie het Whitepaper van KPN 'Uitfaseren koper of FttH-adressen' d.d. 25 maart 2022, pagina 4.

transparant en discriminatoir handelt en daarmee een situatie creëert waarbij consumenten beter af zijn bij KPN dan bij T-Mobile. Terwijl T-Mobile tot uitfasering tegen onredelijke voorwaarden en tarieven wordt gedwongen, heeft KPN voor zichzelf zo de mogelijkheid gecreëerd om voor haar eigen retailafdeling uitzonderingen te maken. Vooralsnog blijkt dat in minimaal 1/3 van de MDF-gebieden, welke op de uitfaseringslijst staan, adressen voorkomen waar het kopernetwerk (voorlopig) helemaal niet zal worden uitgefaseerd.[33] Dit betekent ook dat de koperinfrastructuur in een aanzienlijk aantal MDF-gebieden, zoals straatkasten en wijkcentrales, voorlopig helemaal niet uitgefaseerd zal worden. Immers, ook indien er nog slechts één adres actief is in een MDF-gebied, kan een aanzienlijk deel van de koperinfrastructuur in dat gebied niet worden uitgefaseerd. Dit roept vragen op over de door KPN gestelde noodzaak om het kopernetwerk zo snel als mogelijk uit te faseren en wholesaleafnemers zoals T-Mobile te forceren wholesaletoegang op glas in te kopen tegen significant hogere tarieven. De ACM zou daartegen per ommegaande effectieve maatregelen moeten treffen.

ii. Glasvezelnetwerk nog niet beschikbaar

Daarnaast is onlangs duidelijk geworden dat er voor zo'n 20% van de op de uitfaseringslijsten voorkomende koperlijnen op dit moment nog steeds geen alternatieve glasvezelverbinding beschikbaar is. Het gaat hierbij om adressen met de code New Line Service type 7 (NLS 7) en New Line Service type 8 (NLS 8), hetgeen kortweg inhoudt dat op die betreffende adressen de glasvezelkabel tot aan de voorgevel (NLS 7) of tot aan de erfgrens ligt (NLS 8). Doordat KPN te laat is begonnen met het aansluiten van deze adressen op het glasvezelnetwerk wordt T-Mobile de kans ontnomen om een fatsoenlijk migratietraject te doorlopen. KPN heeft in haar eigen Whitepaper aangegeven dat er een minimale migratieperiode van één jaar geldt.[34] Voor wat betreft de aansluitingen van het type NLS 7 en NLS 8 houdt KPN zich daar niet aan. Wat T-Mobile betreft zouden deze aansluitingen moeten worden uitgezonderd van de uitfasering. Na oplevering van de glasvezelverbinding dient een minimale migratieperiode van één jaar van toepassing te zijn, gecombineerd met 36 maanden het oude kopertarief in plaats van nieuwe glasvezeltarief na werkelijke EOL bij de laagste marktconforme glasvezelsnelheid (50Mbps of hoger indien een hogere bandbreedte, voor migratie, ook op basis van koper werd aangeboden). Dit om de churnrisico's enigszins te mitigeren door een stapsgewijze prijsverhoging te faciliteren zonder verdere margesqueeze.

iii. Geen contractueel afneembaar aanbod

De ACM overweegt ervan uit te gaan dat KPN het migratieaanbod van 6 mei 2021 gestand zal doen. Afgezien van het feit dat de in dat migratieaanbod opgenomen tarieven en voorwaarden al onredelijk, discriminatoir en intransparant waren (zie het overzicht hierboven en de stukken in de Annex), weigert KPN dit aanbod ook aan te passen naar aanleiding van de recent geconstateerde additionele problemen überhaupt om het gesprek over redelijke aanpassing daarvan aan te gaan.

[33] Het betreft in elk geval 95.142 adressen in 489 van de 1361 MDF-gebieden.

[34] Z ie het Whitepaper van KPN 'Uitfaseren koper of FttH-adressen' d.d. 25 maart 2022, pagina 3.

Het gevolg is dat sprake is van een aanbod dat T-Mobile ook contractueel gezien redelijkerwijs niet kan afnemen: de voorwaarden en tarieven zijn evident onredelijk en bovendien niet toegesneden op de contractuele en feitelijke situatie van T-Mobile. Bovendien worden de nieuw geconstateerde knelpunten daarin niet geadresseerd.

Het voorgaande toont aan dat de ACM de serieuze mededingingsproblemen als gevolg van de koperuitfasering in het Ontwerp TZB ten onrechte onbenoemd laat. De verwijzing naar de migratieamendementen van 6 mei 2021 in het Ontwerp TZB biedt voor die mededingingsproblemen geen oplossing. Die migratieamendementen veroorzaken juist die mededingingsproblemen en leiden bovendien tot zeer grote onduidelijkheid.

3.4 Specifieke mededingingsproblemen op de zakelijke markt

De koperuitfasering zorgt naast de besproken algemene mededingingsproblemen ook voor specifieke mededingingsproblemen op de markt voor zakelijke netwerkdiensten die vooral te maken hebben met een grote mate van onzekerheid omtrent de vragen of naar alle adressen glasvezel uitgerold zal worden, of er bij die uitrol voldoende glasvezelparen worden geleverd en of er daarbij naar het juiste aansluitpunt wordt uitgerold. Daarnaast speelt nog de vraag voor welke klanten de koperdienstverlening wordt gecontinueerd en voor welke klanten niet. En tenslotte dreigt een situatie van significante margesqueeze te ontstaan ten gevolge van hard stijgende wholesaletarieven na migratie.

De ACM heeft in haar Marktanalyse Hoogwaardige Wholesaletoegang[35] geconcludeerd dat "*in afwezigheid van regulering van HKWTB/HL het risico bestaat dat KPN zal beschikken over AMM op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten*".[36] De ACM komt tot deze conclusie na een uitgebreide analyse waarbij is gekeken naar de marktaandelen, de concurrentiesituatie, de (afwezigheid van) kopersmacht en de (afwezigheid van) potentiële concurrentie. Ten onrechte wordt de zakelijke markt in de bespreking van de marktproblemen in het Ontwerp TZB geheel onbesproken gelaten, en dat terwijl er in de Marktanalyse Hoogwaardige Wholesaletoegang juist vanuit werd gegaan dat die analyse alsnog zou volgen.[37]

Het migratieaanbod van KPN is strikt genomen ook van toepassing voor zakelijke klanten. De eerder genoemde problemen gelden voor die klanten evenzeer en zo mogelijk in nog sterkere mate omdat juist zakelijke klanten behoefte hebben aan maatwerkoplossingen waarin de migratieamendementen niet voorzien.

Daarnaast gelden voor de zakelijke markt een aantal specifieke mededingingsproblemen die in het Ontwerp TZB in zijn geheel niet worden geadresseerd. Voor de zakelijke markt zijn beschikbaarheid (uptime) en hersteltijd (repairtime) van groot belang, zeker waar het gaat om niet-internettoepassingen zoals spraakdiensten, alarmering- en signaleringsdiensten en clouddiensten. De basisprofielen in de toezeggingen van KPN en Glaspoort zijn echter gebaseerd op consumentendiensten die tekort schieten voor wat betreft de beschikbaarheid en de hersteltijd. Het vergt aanzienlijke meerkosten om tot een geschikte dienst te komen.

---

35 ACM d.d. 23 december 2021, met kenmerk ACM/UIT/568100_OV.

36 Rn. 429.

37 Zie de rn. 40, 440 en 500 uit het Marktanalysebesluit Hoogwaardige Wholesaletoegang, hierna geciteerd.

Juist voor zakelijke klanten met specifieke verbindingen en communicatiebehoeften, was en is koper onmisbaar. Koper was op elke adres in Nederland beschikbaar en opschaalbaar qua aantal aansluitingen en capaciteit. Bij de uitrol van FttH wordt echter geen volledige vervanging van de huidige koper footprint nagestreefd; er ontstaan daarmee gaten tussen huidige koperdekking en toekomstige FttH dekking. Complexe locaties worden in voorkomende gevallen uitgesloten van toekomstvaste vaste connectiviteit. De aanvullende problemen die in 2022 in volle omvang zichtbaar zijn geworden (de door KPN voor zichzelf gehanteerde uitzonderingslijst en het feit dat in zeer veel gevallen überhaupt geen glasaansluiting beschikbaar is) leiden voor zakelijke klanten die vaak van samenhangende aansluitingen in verschillende geografische gebieden tot zeer grote problemen. Zonder regulering is de situatie dat uitsluitend KPN in staat is om die zakelijke klanten leveringszekerheid te bieden.

Op de zakelijke markt dreigt de concurrentie die toch al onder druk stond (zie het HWT besluit) in feite nagenoeg of geheel te verdwijnen. Het risico op AMM dat in het HWT besluit wordt genoemd, ontbreekt derhalve ten onrechte in het Ontwerp TZB. Zie hiervoor ook de volgende door T-Mobile gemaakte illustratie, waaruit blijkt hoe de wholesaletarieven na de migratie van koper naar glas (voor B2B-doeleinden) omhoog schieten (uitgaande van één wholesaleovereenkomst voor T-Mobile zodat nieuwe tariefafspraken ook van toepassing zijn op verbindingen die onder de 'oude' Tele2-afspraken worden afgenomen):

XXX

In haar Marktanalyse Hoogwaardige Wholesaletoegang stelt ACM terecht dat de markten voor lokale toegang (markt 1) relatief van groter belang zijn voor de concurrentiesituatie op de ZND-markt in vergelijking met de impact van eventuele regulering van hoogwaardige wholesaletoegang. In reactie op opmerkingen van respondenten hieromtrent, bevestigt ACM de noodzaak om, juiste ook ten behoeve van de ZND markt, een analyse naar de concurrentiesituatie op Markt 1 uit te voeren. Zie hiertoe rns. 40, 440 en 500 uit het Marktanalysebesluit Hoogwaardige Wholesaletoegang:

> *40. Uit de analyse van de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten volgt dat de toegang tot de markten voor lokale toegang (markt 1) relatief van groter belang is voor de concurrentiesituatie op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten dan via hoogwaardige wholesaletoegang (markt 2).*
>
> *440. Met BCPA is de ACM het overigens wel eens dat de situatie op de markt voor zakelijke netwerkdiensten van dien aard is dat de ACM de verdere ontwikkeling daarvan moet onderzoeken. Het risico op AMM op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten vormt een aanleiding op de meest upstream gelegen wholesalemarkt te onderzoeken, zoals deze is opgenomen in de nieuwe Aanbeveling als markt 1: de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, op een vaste locatie.*
>
> *500. Zoals VodafoneZiggo aangeeft, is de ACM op dit moment gestart met een nieuwe marktanalyse van de bovenliggende markt 1 onder de nieuwe Aanbeveling van de Commissie. Hierbij zal de ACM ook de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten beschouwen.*

Naar nu blijkt, blijft de toegezegde en noodzakelijke analyse van de ZND-markt dus achterwege. Dit is een ernstige omissie welke in het definitieve besluit recht gezet zou moeten worden.

3.5 Specifieke mededingingsproblemen op de wholesalemarkt

Ook de mededingingsproblemen op de wholesalemarkt worden volstrekt onvoldoende onderkend in het Ontwerp TZB. XXX

De hiervoor genoemde mededingingsproblemen komen op wholesaleniveau zo mogelijk nog verder versterkt naar voren:

- Als vervanging van MDF-access en VULA koper zal moeten worden uitgeweken naar ODF-access of eventueel VULA PON wide open of WBT-lokaal op Glaspoort. ODF-access wordt door KPN echter beperkt tot de huidige footprint en VULA PON wide open wordt door KPN niet aangeboden. Zie hiervoor paragraaf 3.2.
- XXX
- XXX

Zie voorts de volgende door T-Mobile gemaakte illustratie, waaruit blijkt hoe de wholesaletarieven na de migratie van koper naar VULA-PON en WBA-Lokaal (voor wholesaledoeleinden) omhoog schieten:

XXX

(uitgaande van één wholesaleovereenkomst voor T-Mobile zodat nieuwe tariefafspraken ook van toepassing zijn op verbindingen die onder de 'oude' Tele2-afspraken worden afgenomen):

Deze afwezigheid van daadwerkelijke concurrentie op de wholesalemarkt vertaalt zich vervolgens ook naar een beperking van de mededinging op de retailmarkt. Immers een competitieve wholesalemarkt leidt tot meer concurrentie op retailniveau. Dat is gedurende de hoogtijdagen van ontbundelde koper-toegang afdoende aangetoond.

In tegenstelling tot wat de ACM schrijft in het Ontwerp TZB[38] zal T-Mobile om elk van de bovengenoemde redenen niet in staat zijn om een concurrerend WBA-aanbod in de markt te zetten. T-Mobile verzoekt de ACM dan ook om in haar finale besluit verre te blijven van dergelijke ongefundeerde suggesties en in plaats daarvan ook de beperking van de concurrentie op wholesaleniveau te benoemen en te remediëren. Verwezen wordt naar de hierna volgende hoofdstukken, waarin aanknopingspunten daartoe worden aangedragen.

[38] Ontwerp TZB, rn. 127.

4. TARIEFTOEZEGGINGEN KPN/GLASPOORT LEIDEN NIET TOT EFFECTIEVE CONCURRENTIE. T-MOBILE ZAL PRIJZEN NIET KUNNEN VERLAGEN, CONSUMENTENVOORDEEL VAN EUR 200 MILJOEN ZAL NIET WORDEN BEREIKT

4.1 Inleidende opmerkingen

Hiervoor is in Hoofdstuk 3 aangegeven dat de marktsituatie na vernietiging van het WFA-besluit sterk is verslechterd en er sprake is van serieuze en acute mededingingsproblemen. De ACM onderkent deze slechts deels in het Ontwerp TZB. Een kernbezwaar dat de ACM op zich wel onderschrijft, betreft de hoge wholesaletarieven van KPN/Glaspoort die – zo stelt de ACM zelf – significant hoger zijn dan de kosten en (daarmee) de bedrijfsvoering, innovatie en het concurrentievermogen van toegangsvragers (zullen) belemmeren.

Zie bijvoorbeeld rns. 60 en 61 van het Ontwerp TZB:

> *"60. Het onderzoek van de ACM geeft een indicatie dat de huidige wholesaletarieven van KPN significant hoger zijn dan de kosten (inclusief redelijk rendement). De tarieven zijn dermate hoog dat dit ook de retailmarges van toegangsvragers onder druk zet, doordat het verschil tussen de wholesale- en retailprijzen klein of negatief is. Dit blijkt vooral het geval voor glasvezeltoegang en met name naarmate de internetsnelheid van de toegangsdienst oploopt;*
>
> *61. Daarnaast heeft de ACM de interne business cases onderzocht van verschillende toegangsvragers. Ook op basis hiervan ziet de ACM het risico dat de huidige glasvezeltoegangstarieven van KPN en Glaspoort de bedrijfsvoering, innovatie en het concurrentievermogen van toegangsvragers zullen belemmeren. Dit risico wordt groter naarmate het kopernetwerk wordt uitgefaseerd in de glasvezelgebieden van KPN en Glaspoort en toegangsvragers steeds meer aangewezen zijn op de glasvezeltoegang van deze partijen."*[39]

De ACM legt de focus (de aanvraag van KPN/Glaspoort volgend) vervolgens volledig op de wholesaletarieven – en dan ook nog eens (bijna) uitsluitend op de lijntarieven – voor glastoegang, alsof met enkel de verlaging van die (lijn)tarieven de mededingingsproblemen opgelost zouden kunnen worden.[40] Uiteraard is dat niet het geval, en is een verdergaand ingrijpen door de ACM vereist om effectieve concurrentie mogelijk te maken. Dit betreft o.a. maatregelen betreffende het kopernetwerk van KPN (inclusief regulering van de uitfasering), het waarborgen van passieve toegang tot PtMP (PON)-glasnetwerken, het garanderen dat daadwerkelijk VULA 'wide open' wordt geleverd, alsmede generieke verplichtingen ten aanzien van non-discriminatie en voorkoming van marge-uitholling. Ook waarborgen dat wholesaleafnemers daadwerkelijk met volle medewerking van KPN snel de betreffende wholesalediensten kunnen afnemen ontbreken. Dat wat ontbreekt in het Ontwerp TZB komt in meer detail nog aan de orde in Hoofdstuk 5.

---

[39] Zie ook rn. 62 van het Ontwerp TZB.

[40] Zie o.a. rns 111 en 141 van het Ontwerp. Zie ook het persbericht van de ACM van 1 april jl.: "*KPN en Glaspoort zetten hiermee een betekenisvolle stap, want de toegangstarieven die ze voorstellen zijn substantieel lager dan de huidige. Op basis hiervan gaan we de komende twee weken een ontwerpbesluit voorbereiden dat we aan de markt voorleggen", zegt Manon Leijten, bestuurslid van de ACM. "Het gaat ons erom dat ook telecomaanbieders zonder eigen netwerk een goed en onderscheidend aanbod richting consumenten kunnen doen. Dat maakt snel internet voor iedereen toegankelijk tegen concurrerende voorwaarden en tarieven, ook op langere termijn."*

In dit Hoofdstuk 4 zoomt T-Mobile in op door KPN/Glaspoort voorgestelde tarieven. Los van het feit dat louter (vermeende) tariefsverlagingen dus onvoldoende waarborgen bevatten voor daadwerkelijke concurrentie, is de conclusie van T-Mobile ondubbelzinnig: van werkelijke verlaging van wholesaletarieven is geen sprake of op z'n best in veel mindere mate dan KPN/Glaspoort wil doen geloven. Dit heeft tot gevolg dat voor T-Mobile er ook niet de ruimte bestaat of komt om haar eigen retailtarieven te verlagen dan wel de zgn. "KPN-taks" af te schaffen.[41] Integendeel die taks wordt gehandhaafd of zelfs verhoogd en marge-uitholling en foreclosure dreigen. Het welvaartsvoordeel voor consumenten van EUR 200 miljoen dat volgens de ACM op basis van die aanname zou ontstaan, zal zich niet voordoen. het werkelijke voordeel is verwaarloosbaar of zelfs geheel afwezig. Opgemerkt wordt dat in Hoofdstuk 6 nader zal worden ingegaan op het welvaartsmodel en het vermeende consumentenvoordeel als gevolg ven de toezeggingen.

Dat betekent dat de ACM alleen al om die reden de aanvraag van KPN/Glaspoort niet kan honoreren en moet afwijzen, althans in elk geval in haar huidige vorm. Zie ook rn. 116 van het Ontwerp TZB waarin de ACM zelf stelt dat de toezeggingen alleen in een toezeggingsbesluit neergelegd zouden (kunnen) worden als die zodanig substantieel zouden zijn dat zij toegangsvragers in staat stellen *"duurzaam alle snelheden op het glasvezelnetwerk te kunnen aanbieden, tegen lage retailtarieven."* Aan die eis wordt met deze toezeggingen niet voldaan.

ACM's beoordeling van de wholesaletarieven van KPN/Glaspoort en de conclusie dat die zullen leiden tot een serieuze daling van de retailtarieven en dus besparingen voor consumenten, berust in ieder geval op acht fundamentele omissies die de ACM niet (goed) in ogenschouw heeft genomen:

- **Omissie 1 t.a.v. VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven**: Er worden nieuwe tariefcomponenten geïntroduceerd die de verlaging van de lijntarieven grotendeels of zelfs meer dan teniet doen gaan, namelijk i) backhaul van de OAP naar de bovenliggende OLT of CityPoP en ii) een toeslag voor verkeer boven de drempelwaarde;
- **Omissie 2 t.a.v. VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven**: Gezien de formulering van artikel 1.13 van de VULA PON en de WBT lokaal amendementen, maken bundeling of actieprijzen de weg vrij voor prohibitieve wholesaleprijzen voor >1 Gbps bandbreedtes; het wholesaletarief voor die nieuwe bandbreedte wordt namelijk bepaald aan de hand van de stijging van het retailtarief voor een internet-only product, terwijl het retailtarief voor het bundelproduct onafhankelijk daarvan door KPN kan worden bepaald (de bandbreedtetoeslag);
- **Omissie 3 t.a.v. VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven**: KPN/Glaspoort wordt in het Ontwerp TZB niet beperkt om het entry product (product met de laagste snelheid) uit te faseren en zo wholesaleafnemers te dwingen hogere tarieven te betalen voor hogere snelheidsprofielen en de tarieven op retailniveau op te drijven;
- **Omissie 4 t.a.v. VULA PON-, WBT-lokaal- en ODF-tarieven**: Indexatie; het staat KPN/Glaspoort op grond van het Ontwerp TZB vrij om de tarieven op wholesaleniveau te indexeren zonder enig verband met de kosten. Volgens het Ontwerp TZB wordt dit voor VULA PON en WBT-lokaal gebaseerd op CPI[42], wat tot een onevenredige stijging van de prijzen lijdt. Indien KPN de eindgebruikers niet vergelijkbaar indexeert (en dus

[41] Zie wat betreft de KPN-taks ook: https://www.telegraaf.nl/financieel/1577631010/t-mobile-komt-met-kpn-taks
[42] De CPI minus 2%, voor zover de CPI hoger is dan 4%.

eindgebruikerstarieven eveneens substantieel verhoogt) neemt de squeeze voor toegangszoekers toe;

- **Omissie 5 t.a.v. VULA PON-, WBT-lokaal en ODF-kortingen:** Penetratiekorting (bijna) onbereikbaar en te laag, ook in vergelijking met door andere aanbieders geboden kortingen en zelfs in vergelijking met huidige – maar onder de toezeggingen vervallen – door KPN gehanteerde ODF-penetratiekorting;
- **Omissie 6 t.a.v. VULA PON- en WBT-lokaal-gebieden**: Er wordt geen enkele beperking opgelegd aan KPN om de ratio aanbiedingen via KPN/Glaspoort te wijzigen. Voor KPN betekent een verschuiving van gebieden naar Glaspoort een direct margevoordeel, omdat zonder nadere kosten voor dezelfde diensten op precies dezelfde postcodes automatisch een hoger tarief (van EUR 2,97 per maand meer) mag worden gerekend. Het betreft hier geen theoretisch risico. Het verschuiven van uitrolgebieden van KPN naar Glaspoort heeft in de praktijk al plaats gevonden**;**
- **Omissie 7 t.a.v. ODF-tarieven**: De door KPN gepresenteerde tariefverlaging van EUR 2,- ten opzichte van het huidige door T-Mobile betaalde tarief is in feite veel lager als gevolg van (i) het schrappen van de Capexklassen en (ii) het afschaffen van de penetratiekorting; en
- **Omissie 8 t.a.v. impact ontbreken koperregulering**: De ACM negeert de realiteit van de al in gang gezette koperuitfasering waardoor voor xxx van het huidige T-Mobile klantenbestand de wholesalekosten significant zullen stijgen; het gaat om verhogingen van de wholesaletarieven met xxx% op zeer korte termijn.

Dit zijn de hoofdpunten, er zijn echter nog meer omissies in de verschillende tariefelementen. Ook daarvan is van belang dat de ACM deze in haar verdere analyse betrekt. Mede omwille van de leesbaarheid alsmede benodigde nadere duiding van de zijde van KPN op deze punten , zal T-Mobile deze aanvullende punten op kortst mogelijke termijn bij de ACM kenbaar maken.

Hierna wordt eerst in het algemeen toegelicht dat de toegezegde tarieven (ODF, VULA en WBT) te hoog zijn en ook blijven (par. 4.2). Daarna worden de acht hierboven genoemde omissies nader uitgewerkt (par. 4.3 – 4.10). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 4.11).

T-Mobile heeft als nadere onderbouwing van hetgeen in dit hoofdstuk wordt gesteld twee documenten opgesteld:

- Een document getiteld 'Zienswijze *TZB – Benchmark Analysis'* d.d. 28 mei 2022. Dit document is aangehecht als **Bijlage 3** en naar dit document wordt hierna ook gerefereerd als "***Benchmark Analysis***"; en
- Een document getiteld 'Zienswijze *TZB – Tariff Analysis'* d.d. 28 mei 2022. Dit document is aangehecht als **Bijlage 4** en naar dit document wordt hierna ook gerefereerd als "***Tariff Analysis***".

4.2 Algemene redenen waarom de tarieven (ODF, VULA PON en WBT-lokaal) sowieso te hoog blijven, ook na de toezeggingen

Als gezegd worden hierna acht specifieke omissies ten aanzien van de toezeggingen uitgewerkt. Dat de tarieven van KPN en Glaspoort hoe dan ook veel te hoog zijn en blijven en geen enkele afspiegeling

vormen van de onderliggende kosten (vermeerderd met een redelijk rendement), wordt hieronder eerst en per tarief uitgewerkt.

(i) ODF-access

In 2008 heeft de ACM voor het eerst de ODF-tarieven van KPN/Reggefiber beoordeeld, daarbij de zgn. DCF-methodiek hanterend, een methode waarbij overigens geen sprake is van een rechtstreeks verband met de onderliggende kosten. Dat was in feite ook de enige inhoudelijke beoordeling door de ACM van de ODF-tarieven. Daarna is de DCF-methodiek in elk opvolgend AMM-besluit zonder werkelijke toetsing aan de onderliggende kosten gehandhaafd (ook in het kader van het vernietigde WFA-besluit). Daarna zijn die tarieven in feite alleen met de inflatiecorrecties verhoogd. Ook de ACM erkent in het Ontwerp TZB dat er iets moet veranderen, omdat die tarieven niet (langer) kostengeoriënteerd zijn en geen effectieve concurrentie mogelijk maken. Hierboven zijn de veelzeggende rns. 60 en 61 van het Ontwerp TZB al geciteerd. Ook de volgende rns. zijn illustratief:

> *"89. Sinds 2008 zijn de kosten voor de aanleg van glasvezelaansluitingen significant gedaald voor KPN. Daarnaast is de bezetting van het glasvezelnetwerk de laatste jaren significant gestegen, wat effectief leidt tot gemiddeld lagere kosten per actieve aansluiting of anders gezegd een hoger rendement. Niettemin zijn de kosten voor ODF-toegang vanaf 2008 tot en met 2022 jaarlijks verhoogd met CPI.*
>
> *90. De ACM ziet op basis hiervan risico's voor de mededinging voor de komende jaren. Continuering van de huidige ODF-tarieven, die jaarlijks verder worden verhoogd met CPI, kan leiden tot hoge tarieven die niet in verhouding staan tot de kosten en een marktconform rendement. Te hoge tarieven voor ODF-toegang kunnen ten eerste tot gevolg hebben dat de business case voor uitrol op ODF-toegang in bepaalde gebieden onrendabel is voor sommige toegangsvragers. Ten tweede kunnen hoge ODF-tarieven ertoe leiden dat toegangsvragers hogere retailprijzen moeten hanteren. (…)."*

Dat de onderliggende kosten zéér sterk gedaald zijn vereist eigenlijk geen toelichting. De uitrolkosten zijn onmiskenbaar gedaald én de netwerkpenetratie is zeer sterk gestegen (en zal nog meer stijgen, o.a. door de uitfasering van het kopernetwerk). In dat licht is het onbegrijpelijk dat de ACM geen aanleiding ziet voor een integrale hertoetsing maar simpelweg voorsorteert op een verlaging van het nog altijd op die oude parameters gestoelde landelijk gemiddelde ODF-tarief met een EUR 2,--. Een verlaging die, zo zal T-Mobile uitgebreid toelichten, bovendien grotendeels cosmetisch is. E.e.a. doet geen recht aan het feit dat de onderliggende kosten voor KPN véél lager zijn en als gevolg een overdreven hoog rendement voor KPN resteert.

In dit verband is relevant dat Onderzoeksbureau The Brattle Group, in opdracht van ACM, in 2020 specifiek onderzoek heeft gedaan naar de risico-opslag voor investeringen in Fiber-to-the-Home[43] (het 'Fiber Premium'). Een conclusie van het rapport is dat de marktontwikkelingen duidelijk een significante vermindering schetsen van de systematische risico's van investeringen in glasvezel in de afgelopen jaren. Hogere glasvezelpenetratie en - belangrijker nog - een sterkere groei van het aantal

[43] The Brattle Group, '*The WACC for KPN and VodafoneZiggo*' d.d. 27 februari 2020; https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/onderzoek-naar-de-vermogenskostenvoet-van-kpn-en-vodafoneziggo-nw.pdf.

breedbandabonnementen via glasvezel, maken duidelijk dat glasvezel niet langer als een premium product wordt beschouwd, maar meer als gemeengoed. Alles bij elkaar zorgt dit voor een significante verlaging van de risico-opslag tot 0,81 procent ten opzichte van de 2 procent die The Brattle Group in 2015 voorstelde. In KPN's huidige ODF-tarieven zit daarmee een oneigenlijk hoge risico opslag verwerkt. Zie bijvoorbeeld p. 29 van het rapport van The Brattle Group:

> "*Our proposed fiber premium of 0.81% over KPN's real pre-tax WACC is lower than the 2% premium we proposed in 2015. An analysis of recent market developments in the Netherlands clearly supports a decrease in the size of the fiber premium relative to 2015, as reflected by both (1) a reduction in demand-side risk, and (2) a reduction in the costs of deploying fiber*."

Dat KPN's verlaagde tarieven nog steeds veel te hoog blijven volgt ook duidelijk als die vergeleken worden met de tarieven van de andere nationale aanbieders van wie T-Mobile ODF-toegang afneemt in qua Capex per Homes Passed ("HP") vergelijkbare (stedelijke) gebieden, namelijk Primevest en Open Dutch Fiber. T-Mobile heeft de ODF-tarieven van deze partijen en KPN naast elkaar gezet en zij heeft daarbij alle relevante kostencomponenten (niet uitsluitend de lijntarieven) meegenomen.[44]

Dit geeft het volgende beeld (zie nader Slide 5 van Benchmark Analysis (**Bijlage 3**)):

XXXX

Uit deze figuur wordt duidelijk dat KPN ook met de EUR 2,-- korting op de landelijke tarieven met voorsprong de duurste ODF-aanbieder blijft. Dit alleen al omdat haar <u>lijntarieven</u> de hoogste blijven. Zelfs wanneer T-Mobile (zoals weergegeven in bovenstaande figuur) conservatief rekent met de tarieven voor de hoogste Capexklassen die Open Dutch Fiber en Primevest aanbieden.[45] De verschillen lopen echter nog veel verder op als gevolg van de hoge <u>bijkomende kostencomponenten</u> bij KPN, die XXXX ('Backhaul & CP'). Als alle kosten worden meegenomen dan zijn Open Dutch Fiber (zonder korting) en Primevest XX% respectievelijk XX% goedkoper dan KPN. De conclusie is dan ook dat de kosten van KPN's ODF-toegang simpelweg niet kostengeoriënteerd kunnen zijn.

Ten aanzien van de ODF-tarieven van Primevest is bovendien relevant dat KPN als bekend in de Haagse wijk Segbroek al een aanzienlijk deel van het netwerk van Primevest heeft gedupliceerd. Dit maakt niet alleen de tarieven, maar ook de onderliggende kosten zeer goed vergelijkbaar. In letterlijk

---

[44] Het hanteren van een all-in tarief in de vergelijking is relevant omdat KPN – als nader uitgewerkt in slide 4 van de *Benchmarking Analysis* – xxx.

[45] xxxx.

hetzelfde gebied vraagt KPN veel hogere tarieven dan Primevest. T-Mobile heeft deze specifieke calculatie eerder met ACM gedeeld, maar is uiteraard bereid deze nogmaals te versturen.

Een eventueel argument dat er sprake is van significant andere omstandigheden zoals in internationale vergelijkingen het geval zou kunnen zijn en waardoor de vergelijking niet op zou gaan, speelt hier niet omdat het om vergelijkbare grootstedelijke gebieden gaat met identieke graaflengtes[46] tussen huizen. KPN profiteert notabene ook nog van schaalvoordelen zoals door haarzelf aangegeven. T-Mobile ziet dus ook geen enkele reden waarom de aanlegkosten voor KPN – en daarmee het door KPN gehanteerde (all-in) ODF-tarief – hoger zouden moeten zijn dan voor Primevest of Open Dutch Fiber. Sterker, die kosten zouden juist lager moeten zijn nu die voor het merendeel worden bepaald door de graafkosten en KPN moet wel kunnen profiteren van de hoogste schaal- en efficiëntievoordelen. KPN is immers met voorsprong de grootste opdrachtgever van glasgraafwerkzaamheden, heeft reeds (toestemming voor) veel PoP-locaties, of ze zelfs al beschikbaar voor het kopernetwerk, en heeft landelijke goede contacten met o.a. gemeenten.

Dit alles is door KPN zelf bevestigd tijdens de presentatie van haar Q1 2022 cijfers, zoals ook volgt uit de weergave daarvan in de Telegraaf[47]:

> "*Hoewel ook bij KPN en zijn onderaannemers de lonen hoger uitvallen, zeker volgend jaar, zal ook bij de grote graafklus om drie miljoen huishoudens aan KPN's glasvezelnet aan te sluiten niet heel veel duurder uitvallen. Farwerck verwacht dat de klus vanwege zijn omvang aantrekkelijk is voor aannemers.*
>
> *„Als je ze vraagt om 10.000 huishoudens aan te sluiten, dan is het toch een heel ander spel dan als je ze vraagt om een plan te maken om er drie miljoen aan te sluiten. Dat is voor aannemers ongelooflijk gunstig. Dat soort plannen hebben we nu al gemaakt tot 2026."*[48]

XXX. Omdat dat risico als hiervoor gezegd zeker niet denkbeeldig is, is die opslag significant. KPN zelf hoeft zo'n mark-up niet op te nemen omdat zij niet overbuild wordt maar juist zelf de enige partij is die een ander netwerk overbuild omdat dat voor haar wel rendabel is o.a. op basis van de migratie van haar enorme retail koper klantenbase naar glas. Dit wordt door de ACM zelf bevestigd in rn. 147 van Annex C bij het Ontwerp TZB:

> *"(…) De gezamenlijke uitrolambities zouden namelijk leiden tot een significant aantal gebieden met twee glasvezelnetwerken van verschillende eigenaren, terwijl partijen de bedrijfseconomische prikkel hebben om deze situatie van overbuild zo veel mogelijk te mijden. In de simulaties gaat de ACM uit van een realistischer scenario ten aanzien van de glasvezeluitrol. In dit scenario (beperken overbuild) is de aanname dat KPN en Glaspoort hun uitrolplannen grotendeels realiseren. Alternatieve netwerken, zoals Delta Fiber Nederland en Open Dutch Fiber, zullen in dit scenario na een aantal jaar hun uitroltempo verlagen omdat er steeds minder rendabele niet-verglaasde gebieden resteren en in totaal minder glasvezel uitrollen*."

---

[46] Graaflengtes - de gemiddelde afstand tussen twee huizen in een gebied- zijn de beste proxy om de gemiddelde Capex per home passed vast te stellen.

[47] Zie ook de bespreking van Omissie 4, waarin de letterlijke Engelse tekst waar dit citaat op gebaseerd lijkt te zijn is weergegeven.

[48] https://ct.moreover.com/?a=47622246410&p=98z&v=1&x=xdIYcMQyjO3pT4zikkVYuQ.

Hier komt bij dat KPN juist aangeeft dat zij samen met APG de entiteit Glaspoort heeft opgericht om Glaspoort in de relatief dunbevolkte en dure gebieden – dus gebieden met een hogere Capexklassen – uit te laten rollen. Als dat zo is – zie echter hierna Omissie 7 – dan zou de resterende uitrol van KPN zelf dus relatief goedkoop moeten zijn vanwege een lage Capexklasse zodat een korting van slechts EUR 2,-- niet meer dan een (hele) kleine beweging in de goede richting is.

Kortom, de prijzen voor ODF-access blijven in algemene zin véél te hoog en zijn geen reflectie van de (sterk gedaalde) onderliggende kosten (plus redelijk rendement). De door KPN voorgestelde prijsdaling is als zodanig dus al volstrekt onvoldoende om de mededingingsproblemen weg te nemen. Een ODF-tarief dat concurrentie wel mogelijk maakt – voldoende marge biedt voor toegangszoekers – dient grosso modo in lijn te zijn met voornoemde (all-in) wholesaletarieven van Primevest en Open Dutch Fiber. Startpunt zou moeten zijn om KPN te verplichten een dergelijk tarief te hanteren, waarna onderzoek gedaan zou kunnen worden naar KPN's onderliggende kosten en op basis daarvan kunnen (definitieve) ODF-tarieven worden vastgesteld.

(ii) VULA PON en WBT-lokaal

Ook de tarieven van VULA PON en WBT-lokaal zijn en blijven ook met inachtneming van de toezeggingen te hoog. Ook deze tarieven liggen ver boven de kosten en leiden ertoe dat KPN een ongerechtvaardigd hoog rendement bij de wholesaleverkoop kan realiseren. Uiteraard volgt dat al uit het onder (i) gestelde, omdat de te hoge wholesaleprijs voor ODF zal ook als vertrekpunt zijn genomen voor het VULA PON en WBT-tarief. Dit volgt ook uit het hiernavolgende:

T-Mobile heeft een internationale benchmark uitgevoerd van lijntarieven in diverse West-Europese landen, zie de hierna deels weergegeven slide 11 van de *Benchmark Analysis* (Bijlage 3; in die slide worden de tarieven ook nader toegelicht). De uitkomsten daarvan bevestigen dat de VULA PON-tarieven en WBT-lokaal-tarieven te hoog zijn en blijven:

XXX

In dat licht is het dan ook bepaald niet verwonderlijk dat Nederland in de DESI-rapporten steeds slechter uit de bus komt (zie Hoofdstuk 1 en 3). De ACM lijkt echter de kans voorbij te willen laten gaan daar daadwerkelijk iets aan te doen. Daarvoor is namelijk essentieel dat wholesaleafnemers diensten kunnen afnemen die een afspiegeling vormen van de werkelijke kosten en een redelijk

rendement. Pas dan kunnen de retailtarieven uiteindelijk echt naar beneden aangepast worden en een welvaartswinst voor consumenten worden gerealiseerd.

Dit wordt nog eens bevestigd door de door T-Mobile uitgevoerde bottom-up kostenmodellering van zowel KPN's VULA PON-aanbod als Glaspoort's WBT-lokaal-aanbod. Daaruit blijkt helder dat deze tarieven ver boven de kosten liggen. Dat geldt zowel voor de hoogte van de lijntarieven als de te betalen vergoedingen voor de actieve laag. T-Mobile verwijst naar slides 8 en 9 van de *Benchmark Analysis* (**Bijlage 3**), waarvan slide 9 hierna deels is opgenomen. Uit die slide volgt onder andere dat de all-in VULA PON- en WBT lokaal-tarieven EUR XXX respectievelijk EUR XXX bedragen, terwijl de all-in 'fair price' voor 1 Gbps daar ver beneden ligt en slechts EUR XXX bedraagt:

XXXX

Omwille van eenvoud zijn twee over tijd zeer belangrijke prijsopdrijvende elementen in deze illustratie buiten beschouwing gelaten. Het betreft Inflatie (uitgewerkt in Omissie 4) en penetratiekortingen (uitgewerkt in Omissie 5).

Ten aanzien van dat laatste prijsopdrijvende element, speelt dat bij de voorgestelde VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven de mogelijkheden voor een afnemer om in aanmerking te komen voor een penetratiekorting minimaal zijn. Dit terwijl normaal gesproken een penetratiekorting een weerslag is van dalende kosten: de wholesaleafnemer profiteert dan mee van de dalende kosten van de aanbieder (en krijgt een stimulans om het netwerk zoveel mogelijk te vullen). KPN/Glaspoort bieden echter dus nauwelijks penetratiekortingen.

Alleen al om de bovenstaande algemene redenen kan de ACM de voorgestelde tarieven niet accepteren.

Hierna zoomt T-Mobile verder in op de afzonderlijke tariefvoorstellen van KPN, en behandelt zij de belangrijkste omissies van het Ontwerp TZB op die punten die ook illustreren dat voorgestelde tarieven in het Ontwerp TZB te hoog zijn en blijven en dat voor zover er al sprake is van een verlaging deze verlaging veel minder groot is dan KPN en de ACM doen voorkomen.

4.3 Omissie 1: Introductie kostencomponent Backhaul OAP en verkeerstoeslag bij zowel VULA PON als WBT-lokaal

Inleiding

De ACM baseert haar conclusie van dalende VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven in het Ontwerp TZB (bijna) uitsluitend op de toezeggingen van KPN/Glaspoort over de betreffende maandelijkse lijntarieven. Zo stelt de ACM in rn. 122 van het Ontwerp TZB ten aanzien van VULA PON het volgende:

> "*De toezeggingen van KPN leiden ertoe dat de wholesalekosten van T-Mobile dalen voor zowel 100 Mbit/s als 1 Gbit/s. Alleen al het maandelijkse lijntarief daalt voor T-Mobile voor 100 Mbit/s van circa €**[vertrouwelijk:**XX**]** naar €15,83. Voor 1 Gbit/s daalt het maandelijkse lijntarief van €**[vertrouwelijk:**XX**]** naar €18,83. (…).*"

Op basis van die verlagingen, komt de ACM tot vergaande conclusies in rns. 117 t/m 123 en rn. 126 van het Ontwerp TZB inhoudende dat op basis van die tarieven voor VULA PON zonder meer competitieve retaildiensten aangeboden kunnen worden. Zie bijvoorbeeld rn. 126, waarin de ACM concludeert dat T-Mobile in staat zal zijn de KPN-taks af te schaffen:

> "*De ACM constateert dat de door KPN toegezegde VULA-tarieven T-Mobile een positieve business case geven om op alle glasvezelnetwerken van KPN op alle snelheden duurzaam te concurreren. Daarbij kan T-Mobile in ieder geval de in Tabel 1 getoonde tariefopslagen in WBT-gebieden €10 (100 Mbit/s) tot €15 (1 Gbit/s) per maand verlagen tot de retailprijzen die zij hanteert in ODF-gebieden, waaronder de netwerken van Open Dutch Fiber. Met andere woorden, T-Mobile is door de toezeggingen in staat om op alle glasvezelnetwerken van KPN dezelfde retailprijzen en snelheden te hanteren als op de glasvezelnetwerken van haar eigen netwerkpartners. Dit adresseert de risico's zoals omschreven in randnummers 64 tot en met 77.*"

Tegelijkertijd erkent de ACM in rn. 124 dat bij die berekeningen geen rekening is gehouden met andere tariefelementen die KPN hanteert voor VULA PON:

> "(…) *Dit gaat om vergoedingen voor transport, per backhaul, etc. De ACM overweegt dat T-Mobile en andere toegangsvragers momenteel ook al dergelijke vergoedingen, die niet variabel per lijn zijn, aan KPN betalen. Dit leidt daarom niet tot een verslechtering van de marges en concurrentiepositie van toegangsvragers.*"

De uitgangspunten van de ACM gaan niet op. KPN introduceert namelijk tegelijkertijd met de voorgestelde verlagingen twee belangrijke nieuwe tariefelementen die dus extra kosten voor een wholesaleafnemer met zich brengen. Het gaat om de volgende nieuwe tariefcomponenten:

i) OAP backhaul; en
ii) Verkeer / transport naar de WAP.

Los van deze twee punten geldt aanvullend dat KPN de tarieven van VULA PON en WBT-lokaal bij introductie van snelheden boven de 1 Gbps ook nog eens fors kan verhogen (de bandbreedtetoeslag). Dit punt wordt separaat besproken bij behandeling van Omissie 2.

Uit dit alles volgt ook dat de door de ACM aangenomen daling van de retailtarieven zich niet zal of kan verwezenlijken, als nader uitgewerkt in Hoofdstuk 6.

(i) OAP backhaul

KPN/Glaspoort introduceren een maandelijkse vergoeding van EUR 150,-- voor "backhaul per OAP/APOP naar OLT/CPOP" respectievelijk "OAP backhaul" bij afname van zowel VULA PON[49] als WBT-lokaal[50] per geactiveerde OAP. Dit betreft – als nader toegelicht in slide 3 van de *Tariff Analysis* – dus de backhaulverbinding van de OAP naar de bovenliggende OLT of CityPoP.

Voor dit nieuwe tariefelement bestaat geen enkele rechtvaardiging. De door KPN gemaakte kosten voor OAP backhaul, maken reeds onderdeel uit van de verkeerstarieven die KPN (eveneens) hanteert en worden daarmee (ruimschoots) gedekt. Deze tariefcomponent moet dan ook in zijn geheel geschrapt worden. Slechts ten overvloede (en subsidiair) meent T-Mobile dat het bedrag van EUR 150,-- sowieso te hoog is omdat de onderliggende sowieso kosten veel lager zijn. Ook al het volgende wordt daarom subsidiair aangedragen:

Het OAP-backhaul tarief is niet alleen ten onrechte geïntroduceerd, de ACM lijkt die kosten ook niet meegenomen te hebben bij de beoordeling of de toezeggingen van KPN voldoende effectief zijn. De ACM lijkt zich ook niet bewust te zijn van de enorme impact van deze kosten bij de huidige en toekomstige (relatief lage) T-Mobile marktaandelen per OAP. De ACM lijkt alleen gefocust te hebben op de lijntarieven. Zie ook het hiervoor geciteerde rn. 124 van het Ontwerp TZB. Had de ACM die kosten wel meegenomen, dan was (te meer) duidelijk geweest dat van verlaging van de VULA PON en WBT-lokaal tarieven geen sprake is. Die kosten hebben namelijk grote impact op de totale wholesalekosten per adres en, daarmee, de business case van T-Mobile. Bovendien werkt dit OAP backhaul tarief significant door in het lijntarief gezien het huidige en verwachte marktaandeel T-Mobile alsmede aantal aangesloten huishoudens per OAP. Een extra factor is dat dit de kosten per actieve klant in de beginjaren (als de T-Mobile penetratie nog dicht bij 0% is op een OAP) logischerwijs doet exploderen. T-Mobile zal dit hierna toelichten.

De EUR 150,-- voor OAP-backhaul moet volledig toegerekend (en terugverdiend) worden aan(/door) de klanten van T-Mobile die bediend worden middels die OAP. Het probleem is dat dit relatief weinig klanten per OAP zullen zijn, zodat er per klant als gevolg van de OAP backhaul aanzienlijk hoge extra kosten moeten worden doorgerekend.

Bij OAP's waar T-Mobile weinig klanten heeft (bijvoorbeeld in de startfase overal en in gebieden waar op een deel van de HP's achter een OAP een goedkoper en beter (ODF) aanbod beschikbaar is van een KPN concurrent), levert dit zelfs absurd hoge maandkosten op. Dit is te meer onbegrijpelijk (en ook contra-intuïtief) nu VULA PON en WBT-lokaal nieuwe diensten zijn en het in de markt juist gebruikelijk is om met aantrekkelijke starttarieven te komen als stimulans om het netwerk snel te vullen.

De significante impact van de OAP-backhaul kosten worden hierna cijfermatig toegelicht:

---

[49] Zie Annex A – VULA PON prijslijst.

[50] Zie Annex B – Glaspoort WBT lokaal tarieven. In het Ontwerp TZB gaat de ACM nauwelijks in op (de hoogte of daling van) de WBT lokaal-lijntarieven, laat staan op de nieuw geïntroduceerde backhaul kosten.

KPN stelt dat op een OAP (maximaal) 600 adressen (HP) kunnen worden aangesloten. Uit het 'FttH beschikbare gebieden'-bestand dat KPN periodiek aan T-Mobile verstrekt, volgt echter dat dat er momenteel (gemiddeld) slechts 156 zijn. Als er alleen wordt gekeken naar de P2MP-gebieden zijn er 414 HP's per OAP.[51] Nog altijd een derde lager dan de genoemde 600.

Het marktaandeel van T-Mobile is op dit moment ongeveer 8%. Als uitgewerkt in paragraaf 3.2 hiervoor volgt uit de door T-Mobile uitgevoerde pilot dat onder koperklanten een churn van XX% wordt verwacht. Die wordt – ook vanwege de KPN-taks – maar zeer beperkt gecompenseerd door intake, zodat in onderstaande berekening wordt uitgegaan van een verlaagd marktaandeel van nog altijd XX%.

Het voorgaande leidt tot een backhaulopslag van minimaal EUR xx,--, maar realistischer ruim EUR xx,-- per lijn die T-Mobile iedere maand aan haar klanten zal moeten doorrekenen om de diensten niet met een negatieve marge aan te bieden.

XXXX

Anders gezegd: Alleen al gezien de <u>nieuw</u> geïntroduceerde kosten van OAP-backhaul, stijgen de VULA PON en WBT-lokaal 1 Gbps all-in-tarieven ten opzichte van het lijntarief waar de ACM zich op heeft gericht met xx% ((OAP-backhaulopslag van EUR xx) / (lijntarief van EUR xx)), respectievelijk xx% ((OAP-backhaulopslag van EUR xx) / (lijntarief van EUR xx)). Voor 100 Mbps, zijn deze percentages alleen nog maar hoger.

Zie ter illustratie hieronder de weergave van de kostencomponenten die bovenop het lijntarief komen om tot het all-in tarief te komen voor VULA PON 1 Gbps. Deze weergave maakt onderdeel uit van slide 3 uit de *Tariff Analysis* (**Bijlage 4**) – die onder ii) hierna in meer detail is opgenomen. Voornoemde maandelijkse backhaulopslag van EUR xx wordt hieronder in blauw weergegeven (de tariefcomponent 'backhaul & CP') om het lijntarief ten opzichte van de uiteindelijke all-in kosten voor T-Mobile te illustreren. Dit betreft dus een aanzienlijk deel van het totale all-in tarief voor VULA PON.

Hierbij is van belang dat het dus afhankelijk van de ontwikkelingen heel goed mogelijk is dat de backhaulopslag nog hoger wordt dan de hiervoor genoemde EUR xx. De toezeggingen bieden wat dit betreft geen enkele zekerheid, zodat T-Mobile met voor haar bedrijfsvoering funeste onzekerheid wordt geconfronteerd. T-Mobile wijst in aanvulling op het voorgaande op i) de impact van de hoogte van haar marktaandeel, ii) de impact van een strategische keuze van KPN om (nog) minder aansluitingen op een OAP aan te sluiten en iii) het risico van overbuild:

XXX

In de tabel hierboven heeft T-Mobile gerekend met een marktaandeel van xxx%, maar wat nou als het marktaandeel (zeker in het begin) lager zou liggen, bijvoorbeeld 2%? Dan wordt de maandelijkse backhaulopslag nog veel hoger, namelijk als bijvoorbeeld wordt uitgegaan van 414 aansluitingen per OAP wel EUR xxx.

[51] T-Mobile kan zich voorstellen dat dat mogelijk representatiever is dan het gemiddelde nemen van alle FttH-gebieden (154), maar kan daar verder weinig over zeggen: het Ontwerp TZB geeft KPN immers volledige vrijheid om het aantal HP's per OAP te kiezen (zie ook hierna).

Ook is er geen enkele garantie is – de ACM lijkt die ook niet gevraagd te hebben van KPN – dat KPN in de toekomst niet (nog) minder adressen op een OAP gaat aansluiten. Dat zou KPN alleen al kunnen doen om vanuit een strategisch gekozen netwerktopologie de kosten van haar wholesaleafnemers op te drijven en daarmee retail-prijsconcurrentie te voorkomen. Daarmee zou zij effectieve concurrentie immers helemaal onmogelijk maken, want ook dan stijgt de maandelijkse backhaulopslag nog verder.

T-Mobile wijst hier ook op de aankondiging van KPN dat zij (mogelijk), in stedelijke gebieden, ondergrondse OAP's gaat inzetten. Zo'n ondergrondse OAP is bij uitstek geschikt om een veel beperkter aantal adressen te bedienen. Ook met die mogelijkheid – en de gevolgen daarvan voor de kosten van backhaul voor toegangszoekers – is geen rekening gehouden door de ACM. T-Mobile ziet zich in zo'n geval dus geconfronteerd met hoge backhaulkosten die zij op een heel klein aantal klanten moet omslaan.

Ook het risico van *overbuild* is relevant. Gezien ervaringen uit het verleden[52] en de aankondiging van KPN dat zij samen met Glaspoort tot en met 2026 ten minste 80% van het aantal huishoudens wil verglazen[53] zal dit risico zich met een grote mate van waarschijnlijkheid gaan materialiseren. In overbuild-situaties zullen immers bepaalde adressen ook bediend kunnen worden door een concurrent van KPN. Consequentie is dat er voor T-Mobile en andere wholesalepartijen per OAP van KPN (nog) minder bedienbare klanten zullen zijn en dus moet zij de backhaulkosten over nog minder klanten omslaan en dus resulteert in een nog hogere opslag per adres dan de eerder genoemde EUR 6.04.

Deze factoren spelen niet alleen voor de maandelijkse opslag van 150,- EUR per OAP maar ook voor de eenmalige vergoeding van 1200,- EUR per OAP (per 7 jaar) die bij afname van VULA PON betaald moet worden. Omwille van de eenvoud is dat laatste punt hier niet verder uitgewerkt maar het vraagt weinig verbeeldingskracht om te snappen dat voor marktpartijen met een laag marktaandeel ook dit een flinke tariefcomponent is die ook terugverdient moet worden. Des te meer reden dus om zowel de maandelijkse als de eenmalige OAP backhaul tariefcomponent te schrappen.

Voor zover KPN dus al een additionele vergoeding voor deze backhaul in rekening zou mogen brengen, dient deze backhaulopslag meegenomen te worden door de ACM, ook in haar effectentoets. Dan wordt duidelijk dat de ACM haar conclusies moet bijstellen en er in ieder geval alle aanleiding is om op een andere manier invulling te geven aan die opslag in de wholesaletarieven. De huidige invulling heeft tot gevolg dat de toezeggingen niet effectief zijn voor de oplossing van bestaande mededingingsproblemen en direct van invloed zijn op het geclaimde welvaartseffect.

(ii) Verkeer / transport naar de WAP

[52] Zie vb. ACM's eigen 'Update marktstudie uitrol van glasvezel in Nederland' van 6 mei 2021.
[53] Zie rn. 18 en 31 van het Ontwerp TZB.

Zowel voor VULA PON[54] als voor WBT-lokaal[55] introduceren KPN/Glaspoort – naast de kosten voor OAP backhaul – een additioneel tarief van EUR 0,50 per Mbps voor het surplus aan verkeer per lijn boven de drempelwaarde (de verkeerstoeslag). Die drempelwaarde is vastgesteld op 3,86 Mbps in 2022 en wordt jaarlijks verhoogd met 21%. Zolang deze drempelwaarde niet wordt overschreden, betaalt een VULA PON-afnemer EUR 1,34 per verbinding per maand voor transport (dat bedrag is onderdeel van het lijntarief bij WBT-lokaal).

Deze de verkeerstoeslag zal leiden tot aanzienlijke extra kosten voor T-Mobile die de ACM niet in ogenschouw heeft genomen:

De huidige drempelwaarde is namelijk bepaald o.b.v. het verkeersvolume van een 'grote wholesale klant' (oftewel T-Mobile). Dit volume is echter vandaag de dag een mix van DSL- en FttH-verkeer over dezelfde fysieke WAP- poort. Onder andere om de volgende redenen had de ACM de drempelwaarde moeten bepalen op basis van uitsluitend glasverkeer:

1) De toezegging en de verkeerstoeslag in de VULA PON en WBT-lokaal tarieven zien alleen op glastoegang, zodat het alleen al daarom onlogisch is om koperverkeer mee te nemen in het verkeersprofiel (dat kan immers helemaal niet worden afgenomen o.b.v. de diensten die onder de toezegging vallen); en
2) Bovendien zal er de komende tijd sprake zijn van grootschalige migratie van koper naar glas, zodat ook daarom het aandeel van koper(verkeer) daalt.

Gevolg van beide punten is dat de drempelwaarde (veel) te laag is vastgesteld en dat de verkeerstoeslag snel van toepassing zal zijn. Immers, het verkeer van een DSL-klant is veel lager dan dat van een FttH-klant. Hierbij geldt dat die 21% niet helpt om dit risico te voorkomen, want die is noodzakelijk om de autonome groei van het (glas)verkeer op te vangen. De kostencomponent voor surplusverkeer zal dus voor aanzienlijke extra kosten zorgen. Voor zover er al een verkeerstoeslag zou moeten gelden dan dient de drempelwaarde in ieder geval bepaald te worden uitsluitend op basis van FttH-verbruik. Niettemin blijft onduidelijk waarom extra verkeer tot significante extra kosten voor KPN zou leiden en dus een dergelijke toeslag überhaupt rechtvaardigt. Bovendien zorgt zo'n toeslag er voor dat er een rem zit op (veel data vragende) innovaties.

Dat de drempelwaarde van 3,86 Mbps voor 2022 te laag vastgesteld is door KPN, kan T-Mobile met zekerheid stellen omdat zij zelf een (passief) ODF-netwerk heeft, dat alleen uit FttH bestaat. Zij kan dus goed zien wat het huidige verbruik is van een FttH-gebruiker. Dit ligt vandaag de dag al op een veel hoger (piek)verbruik per gebruiker, zoals volgt uit onderstaande door T-Mobile opgestelde tabel (dat verbruik ligt in 2022 al xx Mbps boven die drempel). De drempelwaarde moet minimaal op dit volume starten en vervolgens met (minimaal) de KPN-verhoging van 21% doorstijgen. In het Ontwerp TZB is dat niet het geval (daar is de drempelwaarde als gezegd 3,86 Mbps) en dat zal dit leiden – zo heeft T-Mobile berekend – tot significante extra maandelijkse kosten voor T-Mobile per gebruiker.

Dat volgt uit de onderstaande tabel:

XXX

[54] Zie concept tariefannex VULA PON onder kopje 'Maandelijks tarief voor transport naar LWAP'.
[55] Zie artikel 1.7 van het WBT lokaal-amendement.

Voor het in de effectentoets gebruikte referentiejaar 2026 bedragen die extra kosten dus – *ceteris paribus* – EUR xx, bovenop het 'basisbedrag' van EUR 1,34 dat KPN nu per verbinding per maand voor transport in rekening brengt.

Ook als gevolg van deze verkeersopslag die door de ACM niet meegenomen is in haar analyse, zijn de toezeggingen niet effectief, blijft de KPN-taks in stand en zullen de door de ACM genoemde welvaartseffecten niet worden bereikt.

Nadere visuele toelichting van stijging het effect van de twee nieuwe tariefelementen op de wholesaleprijzen van KPN/Glaspoort

De ACM heeft in haar beoordeling van de toezeggingen ten aanzien van de VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven dus ten onrechte alleen gekeken naar de lijntarieven, en de besproken aanvullende tariefcomponenten niet in de beoordeling betrokken. Deze extra elementen leiden ertoe dat het all-in tarief significant veel hoger uitvalt, waardoor toegangsvragers bijvoorbeeld voor VULA PON geen EUR 18,83 zullen betalen maar effectief EUR xx (1 Gbps).

T-Mobile's *Tariff Analysis* maakt dit stap voor stap duidelijk, en T-Mobile verzoekt de ACM dan ook met klem deze analyse zorgvuldig in haar verdere onderzoek te betrekken. Kortheidshalve wil T-Mobile ten aanzien van de nieuwe tariefelementen bepaalde onderdelen van de analyse specifiek onder de aandacht brengen.

Ten eerste wordt gewezen op slide 3, waaruit blijkt dat het all-in tarief EUR xx is bij een 1 Gbps lijn en dus aanzienlijk hoger is dan de EUR 18.83 zoals door ACM gepresenteerd. De opbouw van het lijntarief naar het all-in tarief is stap voor stap uiteengezet in onderstaande verkorte weergave van slide 3 van de *Tariff Analysis* (Bijlage 4):
XXX

Uit deze figuur blijkt bijvoorbeeld dat de nieuw geïntroduceerde kosten voor OAP-backhaul (nummer 3 in de figuur hierboven) en de verkeerstoeslag (nummer 2) veruit de belangrijkste aanvullende tariefcomponenten zijn die zorgen voor het grootste deel van het uiteindelijke all-in tarief (boven d lijntarieven), waarbij wordt opgemerkt dat T-Mobile uitgaat van prudente marktaandeel- en verkeersassumpties).

Voor afname van zowel 100 Mbps als 1 Gbps VULA PON is die stijging op basis van deze twee extra tariefcomponenten dus ruim EUR xx,-- (EUR xx voor backhaul + EUR xx voor de verkeerstoeslag). Voor WBT-lokaal is het verschil iets kleiner, namelijk EUR xx, omdat de verkeersopslag bij WBT-lokaal iets lager is dan bij VULA PON.

Dat de toezeggingen dus met name als gevolg van deze twee punten er toe leiden dat ook de tarieven van VULA PON en WBT-lokaal 100 Mbps niet dalen maar juist stijgen ten opzichte van het WBA OWM FttH-tarief, wordt nader visueel weergegeven in de hieronder verkorte weergegeven slide 5 van de *Tariff Analysis* (Bijlage 4; o.b.v. 2022-cijfers):

XXXX

De verkorte weergave van slide 4 uit deze Bijlage 4 maakt vervolgens duidelijk dat voor de 1 Gbps snelheid de tarieven als gevolg van de toezeggingen weliswaar dalen, maar met veel minder dan de 50% die de ACM noemt, namelijk xx% bij VULA PON en xx% bij WBT-lokaal:
XX

Op basis van het voorgaande wordt ook duidelijk dat de ‘echte’ VULA PON en WBT-lokaal-tarieven (inclusief aanvullende kosten) veel hoger zijn en zullen blijven dan de ODF-tarieven van KPN. Zie slide 6 van het voornoemde document (Bijlage 4) die hieronder deels is opgenomen, waarbij T-Mobile opmerkt dat de opbouw van het genoemde ODF-tarief is uitgewerkt bij de behandeling van Omissie 7:

XXXX

De ACM stelt als gezegd in rn. 126 van het Ontwerp TZB dat T-Mobile de KPN-taks zou kunnen afschaffen. Daar kan dus geen sprake van zijn: i) De tarieven van VULA PON en WBT-lokaal stijgen (100 Mbps) of dalen veel minder dan de ACM aanneemt (1 Gbps) en ii) er blijft een enorm gat bestaan tussen de ODF-tarieven enerzijds en de VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven anderzijds, een gat dat door de verschillende indexeringsmethodes alleen nog maar zal stijgen. Hierdoor zal de retail-tariefdifferentiatie oftewel de KPN-taks eerder stijgen in plaats van wegvallen.

4.4. Omissie 2: Toezeggingen bieden KPN alle ruimte om VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven voor diensten > 1 Gbps op een anticompetitief niveau vast te stellen

Inleiding

In het Ontwerp TZB bespreekt de ACM in detail dat KPN's anti-competitieve tarifering van nieuwe/snelle diensten voor haar een belangrijke reden is om in te grijpen.[56] Bovendien benoemt zij in rn. 4 van het Ontwerp TZB expliciet dat dergelijke marktrisico's in de toekomst voorkomen moeten worden en stelt zij in rn. 126 dat de toezeggingen zullen leiden tot het verdwijnen van de KPN-taks[57]. Met de voorgestelde tarieven en tariefmechanismen wordt dat echter niet bereikt.

De toezeggingen beperken zich echter primair tot de tarieven voor de huidige door KPN aangeboden diensten; d.w.z. tot en met 1 Gbps. Ook wat het berekenen van het welvaartsvoordeel in Annex C is de ACM overigens (en ten onrechte) uitgegaan van een hoogst aangeboden/afgenomen snelheid van 1 Gbps, zie daarvoor verder Hoofdstuk 6 van deze zienswijze. Het spreekt volgens T-Mobile echter voor zich dat al snel tijdens de geplande looptijd van acht jaar hogere snelheden aangeboden en afgenomen gaan worden. Delta biedt bijvoorbeeld nu al 8 Gbps aan[58] en VodafoneZiggo heeft aangegeven dat zij op basis van de huidige DOCSIS 3.1-technologie 10 Gbps aan kan bieden en momenteel al test met DOCSIS 4.0.[59] XXX

XXXX

Ook vanuit de vraagzijde bezien is er – nu al – behoefte aan hogere snelheden dan 1 Gbps. Dat blijkt uit (consumenten)onderzoek dat T-Mobile in 2021 heeft laten uitvoeren door DirectResearch. Het onderzoeksrapport is als **Bijlage 5** aangehecht.

Daarom is het te meer kwalijk dat (het mechanisme voor vaststelling van) de tarieven voor snellere diensten (dan 1 Gbps) niet direct vastgelegd worden in de toezegging, althans niet op een adequate manier. Dat wat wel is bepaald – artikel 1.13 van de VULA PON en WBT-lokaal Amendementen – bevestigt dat KPN/Glaspoort (ook) de tarieven van op basis van VULA PON en WBT-lokaal geleverde retaildiensten > 1 Gbps op een anticompetitief niveau vast kunnen stellen en de KPN-taks verhoogd zal worden. De wel in dat artikel genoemde voorwaarden bieden daar geen bescherming tegen. Dat betekent ook dat de prijsverschillen tussen ODF-access en VULA PON groter zullen worden, wat diverse aanvullende negatieve gevolgen voor de mogelijke concurrentie heeft.

(i) Mechanisme voor vaststellen tarieven snelheden > 1 Gbps leidt tot anti-competitieve tarieven en instandhouding KPN-taks

In artikel 1.13 van het VULA PON Amendement is bepaald dat als KPN op de retailmarkt een *internet only*-aanbod met een bandbreedte van meer dan 1 Gbps aanbiedt, de tarifering van dat aanbod doorwerkt in de VULA PON-lijntarieven. Op grond van artikel 1.13 van het WBT-lokaal Amendement (Glaspoort) geldt iets vergelijkbaars voor de WBT-lokaal-lijntarieven. Probleem hier is dat uit het door

[56] Zie paragraaf 5.3 en 5.4 van deze zienswijze.

[57] Als gezegd betreft dit de hogere retailtarieven die T-Mobile gedwongen is om te hanteren in gebieden waar zij geen ODF kan afnemen maar andere glasdiensten van KPN (WBT en straks wellicht VULA) vanwege de veel hogere wholesalekosten daar.

[58] Zie de website van Delta, waaruit volgt dat Delta – o.b.v. XGS-PON technologie snelheden van wel 8 Gbps aanbiedt: https://www.delta.nl/internet/glasvezel/.

[59] https://www.vodafoneziggo.nl/nieuws/vodafoneziggo-financi%C3%ABle-resultaten-eerste-kwartaal-solide-en-volgens-verwachting/.

KPN onderaan dat artikel ten aanzien van VULA PON toegevoegde rekenvoorbeeld[60] volgt dat hogere snelheden al snel heel veel duurder worden:

Baselinetarief	1Gbps/1Gbps	Baselinetarief per maand in € excl. BTW	€ 47,52	€ 47,52	€ 47,91	€ 47,91
Bandbreedteopslag	2Gbps/2Gbps	Bandbreedteopslag per maand in € excl. BTW		€ 4,13	€ 3,74	€ 0,00
Bandbreedteopslag	5Gbps/5Gbps	Bandbreedteopslag per maand in € excl. BTW				€ 5,81

Een snelheid van 2 Gbps is per klant per maand EUR 4,13 duurder dan 1 Gbps. Ofwel: VULA PON en WBT-lokaal is bij afname van 2 Gbps ruim EUR 4,-- duurder dan de prijs die volgt uit de lijntarieven opgenomen in de huidige tariefannex. Bij 5 Gbps is dat verschil bijna EUR 6,--. KPN heeft 10 Gbps niet opgenomen, maar het laat zich uit het voorgaande afleiden dat VULA PON en WBT-lokaal met een snelheid van 10 Gbps naar verwachting (ruim) EUR 10,-- duurder zal zijn dan de huidige tarieven. In dit voorbeeld is ook nog eens door KPN gerekend met een CPI van slechts 2% in plaats van de huidige 7,6% (9,6% - 2 %).[61]

Alleen al gezien het voorgaande is het onbegrijpelijk dat de ACM aanneemt dat de retailprijzen als gevolg van de toezeggingen omlaag zullen gaan. De gevraagde/aangeboden snelheden zullen toenemen tijdens de geplande looptijd van de toezeggingen (zie hiervoor) en T-Mobile zal de daaraan verbonden hogere wholesalekosten moeten laten doorwerken in de retailtarieven, temeer omdat KPN de lagere snelheden op eigen initiatief kan termineren (zie ook hierna).

Een andere belangrijke implicatie hiervan is dat de retailtarieven van diensten geleverd op basis van VULA of WBT duurder blijven dan die geleverd op basis van ODF en dat daarom ook de zgn. KPN-taks in stand gehouden zal moeten worden: Immers, bij afname van ODF[62] kan T-Mobile tegen hetzelfde ODF-lijntarief binnen de technische limieten zelf bepalen welke snelheden zij op basis daarvan aanbiedt. Aanbieden van 10 Gbps is als zodanig niet duurder dan 1 Gbps kijkend naar de benodigde apparatuur en/of werkzaamheden. Bij aanbieden op basis van VULA of WBT wordt dat op basis van de toezeggingen ineens heel anders want daar moeten toegangsvragers KPN/Glaspoort (fors) extra betalen voor afname van hogere snelheden. Die extra kosten in VULA en WBT-gebieden vertalen zich natuurlijk – net als nu het geval is – in afwijkende en noodzakelijk hogere retailtarieven per gebied.

Zie wat dit betreft slide 8 van de *Benchmark Analysis* (Bijlage 3), waaruit volgt dat de *active layer costs* (alle relevante maandelijks terugkerende tariefelementen minus het lijntarief) die KPN in rekening brengt niet alleen sowieso al veel hoger zijn dan de onderliggende kosten, maar ook dat die kosten meer dan verdubbelen bij afname van 10 Gbps in plaats van 1 Gbps, terwijl daar voor KPN geen hogere kosten tegenover staan:

XXX

Deze bandbreedteopslag bij VULA PON en WBT-lokaal leidt tot zeer hoge wholesaletarieven voor hogere snelheden en leidt er ook nog eens toe dat de KPN-taks alleen maar zal toenemen. Zie wat dat betreft slide 6 van de *Tariff Analysis* (Bijlage 4), hieronder deels opgenomen (zie met name 5 Gbps en 10 Gbps snelheden):[63]

60 Weliswaar is dit een door KPN gepresenteerd fictief voorbeeld, maar het illustreert duidelijk KPN's intentie alsmede de speelruimte die KPN hier heeft.

61 Op de te ruime mogelijkheden voor KPN/Glaspoort om de tarieven te indexeren – inclusief de genoemde 7,6% - wordt nader ingegaan bij de bespreking van Omissie 4.

62 Bij KPN of een andere wholesalepartij.

63 Hierbij geldt weer dat de opbouw van het genoemde ODF-tarief wordt uitgewerkt bij de bespreking van Omissie 7 hierna.

Het mag duidelijk zijn dat deze verschillen te groot zijn om te absorberen, en een gelijke tariefstelling zou tot gevolg hebben dat klanten die aangesloten worden op basis van ODF te veel moeten betalen voor hun aansluiting. Dit bevestigt nogmaals dat de veronderstelling van ACM dat T-Mobile in staat is om met de toezeggingen deze "taks" af te schaffen onjuist is.

(ii) Koppeling tarieven hogere bandbreedtes aan KPN's internet-only tarief leidt tot strategisch gedrag

Als gezegd bepaalt artikel 1.13 van zowel het VULA PON Amendement als het WBT lokaal Amendement dat als KPN op de retailmarkt een *internet only* aanbod met een bandbreedte van meer dan 1 Gbps aanbiedt, de tarifering van dat aanbod doorwerkt in de VULA PON- en WBT-lokaal-lijntarieven.

Het VULA PON-artikel bepaalt expliciet dat dit uitsluitend ziet op een internet aanbod "*zonder TV, OTT en andere extra diensten*". Voor bundelaanbiedingen geldt eenzelfde tariefconstructie dus niet. Het staat KPN dan ook geheel vrij om een scherp geprijsd bundelaanbod in de retailmarkt te zetten met snelheden hoger dan 1 Gbps. Dat werkt niet door in de wholesaletarieven, die kan zij dan nog steeds vrijelijk vaststellen. KPN prijst hiermee niet alleen haar concurrenten uit de markt maar zorgt er ook voor dat eindgebruikers meer diensten – de bundel – bij KPN zullen afnemen. De wholesaleafnemers of beter gezegd de retailconcurrenten van KPN hebben het nakijken.

Alleen als KPN(/Glaspoort) een goed geprijsd retail internet only-aanbod met een snelheid van meer dan 1 Gbps in de markt zal zetten, zouden wholesaleafnemers daar baat bij hebben conform het mechanisme van genoemde artikel 1.13. Er is echter geen reden om aan te nemen dat KPN dat zal doen, althans daar mag de ACM niet op vertrouwen. Daarmee zou KPN immers wholesaleafnemers helpen, terwijl zoals de ACM zelf aangeeft KPN juist incentives heeft om juist toegang met hoge snelheden onaantrekkelijk te maken.

En dan nog: zelfs als KPN een scherp geprijsd retail internet only-aanbod in de markt zou willen zetten, dan kan zij dat doen in de vorm van een actietarief ten opzichte van haar basistarief. Ook een actietarief werkt namelijk niet door in de wholesaletarieven, blijkens artikel 1.13 van het VULA PON-aanbod: Alleen het basismaandtarief "*dat wil zeggen zonder enige actie- of bundelkorting en uitgaande van een minimumcontractduur van 12 maanden*", zou dat immers doen.

Zoals ook blijkt uit Annex C bij het Ontwerp TZB, tabel 2 wordt internet only slechts afgenomen door 8% van de consumenten en volgt uit rn. 31 daaronder ook nog eens dat dat relatief weinig klanten van KPN betreffen.

Afsluitend wat artikel 1.13 betreft: dit artikel is zo geformuleerd dat de gehanteerde retailtarieven voor een bepaalde internet-only snelheid boven 1 Gbps niet doorwerken in de wholesaletarieven. Het verschil tussen de retailprijs van de 1 Gbps- en de snellere aanbiedingen is daarvoor bepalend. Niets staat KPN dan ook bijvoorbeeld in de weg om 2 Gbps internet only te introduceren, en vervolgens een jaar later de retailprijs van het 1 Gbps internet only-aanbod in prijs te laten zakken. Volgens het pricing mechanisme zou het wholesaletarief van 2 Gbps dan stijgen echter zónder dat dan ook KPN's retailtarief van 2 Gbps internet only-aanbod stijgt.

Wholesaleafnemers dreigen volledig buitenspel te worden gezet in het segment met hogere snelheden, wat (al spoedig) het overgrote deel van de huishoudens afnemen. De bundelmarkt is nu al cruciaal voor T-Mobile en zeker de groei van FMC-bundeling is noodzakelijk om ook op mobiel concurrerend te kunnen blijven.

Conclusie

KPN heeft dus twee keuzes:

1. KPN kiest ervoor om artikel 1.13 **niet** te omzeilen: in dat geval kan KPN haar wholesaletarieven op een anticompetitief niveau zetten maar alleen als haar internet-only tarief ook op een heel hoog niveau wordt geprijsd. T-Mobile krijgt in dit scenario hoe dan ook te maken met een (stevige) bandbreedteopslag, en moet dus wederom een KPN-taks hanteren. Op basis van de retail-minus constructie kan T-Mobile alleen nog maar KPN's prijspunten volgen en daarmee is alle prijsconcurrentie ten gevolge van de bandbreedteopslag bij voorbaat uitgesloten. De markt dreigt dus aan de bovenkant onvermijdelijk op slot te gaan.
2. KPN omzeilt artikel 1.13 **wel** (door op retailniveau te bundelen of met actiekortingen te spelen want die tarieven werken niet door in de wholesaletarieven): Zij vraagt dan zeer hoge wholesaletarieven voor >1 Gbps bandbreedtes. Tegelijkertijd introduceert KPN retailtarieven voor >1 Gbps bandbreedtes die voor T-Mobile niet te repliceren zijn. In dat geval wordt T-Mobile in het gunstigste geval geconfronteerd met een margesqueeze, en in het ongunstigste geval met de facto foreclosure.

Zeker nu er geen enkele aanleiding is om aan te nemen dat het aanbieden van hogere snelheden (significant) duurder is voor KPN/Glaspoort, had in het KPN/Glaspoort-aanbod op zijn minst een helder mechanisme opgenomen moeten worden dat er voor zorgdraagt dat nieuwe/snellere wholesalediensten – ongeacht of die *standalone* of als onderdeel van een bundel worden aangeboden – tijdig én tegen een competitief tarief worden aangeboden. Dat ontbreekt nu volledig, een reden dat dit aanbod onvoldoende waarborgen bevat tegen anti-competitieve prijsstelling.

Gezien het voorgaande zal de situatie die de ACM juist zegt ook te willen vermijden – gebrek aan concurrentie bij hogere snelheden en voorkomen van marktrisico's in de toekomst – niet worden voorkomen met de toezeggingen. Sterker nog, het mechanisme van artikel 1.13 waar de ACM nu akkoord mee dreigt te gaan, leidt tot minder concurrentie en uit- of afstel van introductie van hogere

internetsnelheden. Immers, het verleden heeft uitgewezen dat het vaak niet KPN is die nieuwe diensten introduceert tegen attractieve retailprijzen omdat zij belang heeft bij het zo lang mogelijk beschermen van de cashflows van bestaande diensten. Het zijn partijen als T-Mobile die de markt willen opschudden met innovatieve aanbiedingen en dat kunnen zij met deze toezeggingen niet langer meer doen.

4.5 Omissie 3: KPN kan vrijelijk entry products van de markt halen

Niet alleen kan KPN de markt voor diensten met snelheden groter dan 1 Gbps op slot zetten (zie Omissie 2 hiervoor), op grond van artikel 1.12 van zowel het VULA PON als het WBT-lokaal Amendement, kan KPN/Glaspoort het 100 Mbps (of het snellere ter vervanging van dat aanbod geïntroduceerde later in de markt staande) aanbod op elk moment schrappen. KPN kan dus zowel de markt voor snelle (Omissie 2) als die voor langzamere glasdiensten op slot zetten (Omissie 3).

Gevolg van dat laatste is dat T-Mobile gedwongen zou kunnen worden om eerst haar koperklantenbase naar 100 Mbps glas te migreren, waarna zij (snel) die klanten moet (door)migreren naar sneller en (nog) duurder glas omdat KPN haar wholesale entry-product vervangt. T-Mobile zal die hogere wholesaletarieven moeten doorberekenen wat weer leidt tot een stijging van de retailtarieven. Aangezien de laagste snelheden met name worden afgenomen door consumenten met een kleine portemonnee, worden zij hier onevenredig hard door geraakt.

Er zijn nu dus twee zaken die de onderkant hard gaan raken: koperuitfasering (klanten die vooral goedkoop internet willen en niet geven om hogere bandbreedtes (vb. omdat ze satelliet TV hebben) worden gedwongen naar duurdere diensten met functionaliteit die ze niet nodig hebben) en dan kan KPN ook nog eens naar believen het entry-glasproduct weghalen. Ook aan de onderkant van de markt moeten toegangsvragers dus KPN volgen, en verdwijnt de voor partijen die zich richten op onderkant van de markt (Online, Budget en Youfone en, Telfort heeft KPN zelf al weggehaald). Dit is slecht nieuws voor mensen met een kleine portemonnee die hun vaste lasten voor nuts-voorzieningen in de komende jaren toch al fors zien stijgen, vooral door energieprijzen.

Het bovenstaande is niet denkbeeldig: KPN wil prijsvechters aan de onderkant voorkomen en tevens klanten naar proposities duwen die ze helemaal niet nodig hebben.

Dat alles is een ontoelaatbare verslechtering ten opzichte van de huidige situatie, want op basis van de huidige met KPN gesloten wholesale contracten is dat niet mogelijk. Dit gegeven heeft de ACM wat T-Mobile betreft onvoldoende meegenomen.

4.6 Omissie 4: Ruime mogelijkheden om de tarieven voor VULA PON en WBT-lokaal, alsmede voor ODF, te indexeren

Uit de VULA PON en WBT-lokaal amendementen volgt dat KPN en Glaspoort gerechtigd zijn om alle tariefcomponenten die onderdeel uitmaken van de VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven[64] jaarlijks te verhogen voor inflatie. Dit mag met maximaal 2% bij een CPI (cijferreeks ‘CPI alle huishoudens’) van

[64] Voor VULA PON geldt hierop als uitzondering dat dit niet geldt voor de vaste vergoeding per individueel poortenblok.

4% of lager, en met die CPI minus 2 procentpunten bij een CPI hoger dan 4%.[65] Hiermee wordt KPN/Glaspoort veel te veel ruimte geboden om de tarieven jaarlijks te verhogen.

Indexering kan immers slechts redelijk zijn als er sprake is van kostengeoriënteerde tarieven die worden aangepast als gevolg van een stijging van de relevante kosten van de toegangsaanbieder.

Bij vaststelling van de huidige wholesaletarieven voor VULA PON en WBT glas heeft echter ten eerste geen toetsing plaatsgevonden of deze tarieven een goede weergave vormen van de onderliggende kostprijs. Op basis van benchmarktarieven die T-Mobile tot haar beschikking heeft – zie slides 8 en 9 van de *Benchmark Analysis* (Bijlage 3) kan zij niet anders dan met de ACM – zie rn. 60 van het Ontwerp TZK – concluderen dan dat die tarieven ver boven de kostprijs (plus een redelijk rendement) liggen. Zolang dat het geval is, ziet T-Mobile sowieso niet in waarom die nog verder zouden moeten of mogen stijgen.

Ten tweede worden KPN en Glaspoort voor hun (bestaande) glasvezelnetwerk ook niet of nauwelijks geconfronteerd met kostenstijgingen en al helemaal niet met stijgingen die ook maar in de buurt komen van de volledige CPI (-2%). Immers, het bestaande glasvezelnetwerk is gereed en de (loon-vergunnings- & materiaal-)kosten daarvoor zijn dus al gemaakt. Voor nieuwe uitrol geldt dat KPN nog zeer recent op 29 april 2022 – tijdens de presentatie van haar Q1 2022 resultaten – heeft bevestigd dat zij niet verwacht dat de uitrolkosten (significant) zullen stijgen:

> "***Chris Figee (CFO, KPN)****: Okay. Keval, thanks. On inflation, let me go through a few components. On wages, we have a CLA agreement that we set up last year in December. That talks about a 2.7% CLA annual increase plus people growing pay scale around 1.1%. So total wage costs will grow about 3.5% to 3.7% during the year. On energy, we think the net effect is between € 6m and € 8m for the year since we procured most of our energy for the year already forward. So, in terms of inflation these are the two most important components. Other costs are reasonably fixed. So when it comes to our opex, I see of course, € 6m to € 8m of energy cost increase. That is something that we should absorb but we will absorb that in the EBITDA. Other areas of inflation mostly result in Capex, not on opex, where you see higher prices for set-top boxes, modems, et cetera, but we think we can absorb it within the current € 1.2bn budget. So for this year, the impact is relatively limited. As I said, our wages are locked in and energy prices are also locked in. The remainder of cost increases, we think, we can also absorb with lower volumes. For example, our FTE base is shrinking quite rapidly. We have lost year-on-year about 800 FTEs. Natural attrition is going up, so that should help, productivity improvements should help absorb the inflation.*"[66]
>
> "*Joost Farwerck (CEO, KPN): On fiber, we build a plan, which goes until the end of 2026, and we build these plans together with the building companies, the contractors. And on the future, you see some pressure on salary costs, of course, but we also are innovating a lot together with these partners to make the whole process more efficient. So it is our ambition to avoid cost increasing on fiber rollout. And we did not build a plan to connect 10,000 households but we built a plan to connect 3 million, on top of the 3 million we already did. So that is a long-term agreement we made with these contractors to create value. And the portfolio, the order*

[65] Zie ook Annex A – VULA PON Amendement, artikel 1.9 en Annex B – Glaspoort WBT lokaal tarieven, artikel 1.9.

[66] https://ir.kpn.com/download/companies/koninkpnnv/Results/KPN_Q1_2022_Results_Transcript.pdf, p. 9

inflow on their side is super important 49ort hem. So we are in a good conversation with our partners to keep the costs more or less stable on the fiber rollout, despite the inflation we currently see. (…)"[67]

Het gestelde is wat T-Mobile ook om de volgende redenen logisch:

a) Voor uitrol die reeds heeft plaatsgevonden is er überhaupt niet/nauwelijks een economische rechtvaardiging voor indexatie;
b) De huidige inflatie wordt voor een belangrijk deel veroorzaakt door stijgende energieprijzen en wholesaleafnemers dragen die kosten grotendeels zelf bij afname van de wholesalediensten;
c) Andere stijgingen van kosten liggen ook niet in de rede en hebben – voor zover überhaupt van toepassing – slechts betrekking op een heel klein deel van de totale kosten voor aanleg en onderhoud van een actief & passief glasvezelnetwerk. T-Mobile's eigen ervaringen met glasuitrol leiden tot de conclusie dat hooguit xx% van de glasinvesteringen in theorie in enige mate geraakt worden door inflatie:

Kostencomponent	% van uitrolkosten dat die component voor rekening neemt	% van die component geraakt door inflatie	% uitrolkosten geraakt door inflatie
Duct rentals, landlord agreements etc	5%	xx%	xx%
Staff costs for maintenance, installation, service, G&A etc	15%	xx%	xx%
IT/platforms /systems	10%	xx%	xx%
Financing costs	10%	xx%[68]	xx%
CAPEX/Depreciation	25%	xx%[69]	xx%
Profit and Return on investment	35%	xx%	xx%
	100%		**xx%**

Zoals door KPN ook is bevestigd zijn de overeenkomsten met de bouwbedrijven lange termijn overeenkomsten met incentives voor efficiënter werken, waardoor de reële effecten lager zijn. Er is dus geen enkele noodzaak om een nagenoeg ongeclausuleerde inflatiecorrectie over het gehele tarief door te voeren, simpelweg omdat lang niet alle onderliggende parameters van een tarief 'last' hebben van inflatie.

Al het voorgaande is overigens ook van toepassing op de door de ACM geaccepteerde indexatie van de ODF-tarieven. De ruimte daarvoor is weliswaar beperkter dan bij VULA PON en WBT-lokaal, namelijk maximaal 2%, maar ook daarvoor geldt dat de ACM ten onrechte een koppeling accepteert tussen de (grotendeels reeds gemaakte) onderliggende kosten voor ODF-dienstverlening en de CPI.

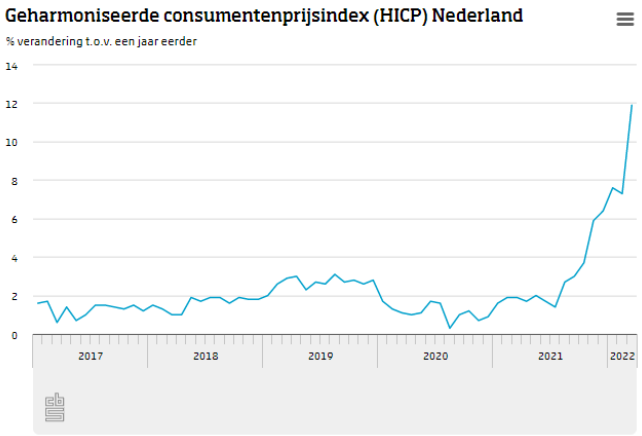
Ook is het in de markt gebruikelijk dat een eventuele inflatiecorrectie pas een aantal jaar of in elk geval niet eerder dan één jaar na de ingangsdatum van de betreffende (gewijzigde) overeenkomt wordt doorgevoerd en zeker niet al binnen een paar maanden na inwerkingtreding van de

[67] Ibid, p. 12.
[68] KPN-voetnoot: Depends on Euribor development, likely hedged.
[69] KPN-voetnoot: Happens the first 0-3 years of a 30-40 year lifetime – Hence NO CPI impact over lifetime.

overeenkomst. In overeenkomsten met consumenten mag dit niet eens en is dit een zgn. zwarte lijst bepaling.

Stel het toezeggingsbesluit zou in juli of augustus dit jaar in werking treden, dan zou KPN al eind september een forse tariefsverhoging van de wholesaletarieven mogen communiceren (zie hierna).[70] In ieder geval geldt in geval van nieuwe/gewijzigde contracten tussen partijen bijna standaard dat de geldende tarieven gedurende het eerste jaar van het contract niet gewijzigd mogen worden, ook niet t.a.v. inflatiecorrectie. Voor consumenten geldt ook dat de wet snelle tariefsaanpassingen niet toestaat. KPN doet dit ook niet, zie artikel 9.1 van de door KPN zelf gehanteerde voorwaarden[71] voor dienstverlening aan consumenten geldig sinds 1 december 2020. Dat is ook lijn met consumentenwetgeving (artikel [6:236 onder i BW]) waarin is bepaald dat voor consumenten geldt dat tarieven gedurende de eerste periode niet gewijzigd mogen worden. Gezien het voorgaande zijn er ook voor maar beperkte mogelijkheden om gewijzigde wholesaletarieven (per direct/op korte termijn) door te rekenen in haar bestaande retailbase, leidend tot squeeze.

Dit alles is te meer kwalijk nu de CPI-correctie die KPN/Glaspoort mag doorvoeren gezien de huidige inflatiecijfers al heel snel de als verlaging gepresenteerde wijziging van de tarieven zal overtreffen. De huidige inflatie is immers – als bekend –erg hoog:



Voornoemde jaarmutatie CPI bedroeg in april 2022 maar liefst 9,6%[72],. Op basis van het huidige Ontwerp TZB kan KPN eind september 2022 – dus binnen 3 maanden na inwerkingtreding van TBZ - voor 2023 de tarieven met circa 7,6% verhogen. Dat is onacceptabel hoog en kan niet gezien worden als dat "*de tarieven een gematigde aanpassing van de consumentenprijsindex volgen*", zoals wordt genoemd in het persbericht van de ACM d.d. 1 april 2022.[73] Dit doet voorts geen recht aan het feit dat een dergelijk percentage, als hiervoor uitgewerkt, op geen enkele wijze wordt gereflecteerd door stijgende onderliggende kosten en het niet logisch is dat wanneer net nieuwe tarieven van toepassing worden deze al binnen 6 maanden omhoog zullen gaan.

---

70 Hierbij geldt overigens dat het ontwerp TZB noch de relevante WFA-amendementen bepalen wanneer die verhoging in werking treedt. T-Mobile neemt aan dat dit niet eerder dan 12 maanden na daadwerkelijke inwerkingtreding zal zijn.

71 www.kpn.com/algemeen/algemene-voorwaarden/internet

72 Zie https://www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/83131NED.

73 https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-betekenisvolle-voorstellen-kpn-en-glaspoort-voor-goedkopere-toegang-glasvezelnet.

De(ze) inflatiecorrectie is niet alleen onnodig en overtreft al snel de 'verlagingen', maar heeft (daardoor) ook twee concrete gevolgen die de ACM juist zegt te willen voorkomen door het vastleggen van de toezeggingen: i) marge-uitholling en ii) het in stand moeten houden van de KPN-taks door T-Mobile:

(i) Marge-uitholling

Als gezegd kan KPN haar VULA-PON wholesaletarieven verhogen met het volledige inflatiecijfer over 2022 minus twee procentpunten (idem voor Glaspoort WBA-Lokaal). Tegelijkertijd verhoogt zij haar retailtarieven niet met de volledige inflatie. Dat is recentelijk nog bevestigd door KPN tijdens haar recente presentatie van de Q1 2022 resultaten:

> *"Regarding the CPI increase, that is, by the way, an announcement we will do next week. It is not a CPI increase; it is more a price increase we do every year. We look at what we do on the CLA and we were also looking at what is happening on the CPI. Of course, we will not follow the inflation rate of today when it comes to price increases, but we will make a step and announce that next week."*[74]

Zie ook bijvoorbeeld het recente artikel op de Pricewise website waaruit volgt dat de door KPN recent aangekondigde / doorgevoerde retail prijsverhogingen ver onder het inflatiecijfer liggen:

> *"Ondanks dat de prijs gemiddeld stijgt, zijn niet alle pakketten onderhevig aan een verhoging. Zo blijven de tarieven voor de hoogste bandbreedte 1GB, digitenne en vaste belminuten gelijk. KPN verhoogt de pakketten met gemiddeld 3,5% en kiest er bewust voor niet mee te gaan in het actuele inflatiecijfer (11,2%) dat een aanzienlijke verhoging teweeg zou brengen."*[75]

Zie ook het onderstaande overzicht van de recentelijk door zowel KPN als VodafoneZiggo aangekondigde retailprijsverhogingen. Daaruit wordt te meer duidelijk dat in de markt bij lange na geen ruimte is voor tariefverhogingen gelijk aan de CPI minus 2%. VodafoneZiggo verlaagt zelfs de retailtarieven voor haar snelste diensten:

Ziggo

- Start 75 Mbit/s download 10 Mbit/s upload*
- Complete 300 Mbit/s download 30 Mbit/s upload*
- Max 600 Mbit/s download 40 Mbit/s upload
- Giga 1000 Mbit/s download 50 Mbit/s upload

Ziggo Alles-in-1	Current rate	As of July first, 2022	Delta
Alles-in-1 Start	€ 55,50	€ 59,00	€ 3,50
Alles-in-1 Complete	€ 71,00	€ 74,00	€ 3,00
Alles-in-1 Max	€ 91,00	€ 93,50	€ 2,50
Alles-in-1 Giga	€ 96,00	€ 95,00	€ -1,00
Ziggo Internet en TV	**Current rate**	**As of July first, 2022**	**Delta**
Internet & TV Start	€ 53,00	€ 55,50	€ 2,50
Internet & TV Complete	€ 68,50	€ 70,50	€ 2,50
Internet & TV Max	€ 88,50	€ 90,00	€ 1,50
Internet & TV Giga	€ 93,50	€ 91,50	€ -2,00

Ziggo Internet, (kabel TV) & Bellen	Current rate	As of July first, 2022	Delta
Internet Start, (kabel TV) & Bellen	€ 51,00	€ 52,50	€ 1,50
Internet Complete, (kabel TV) & Bellen	€ 61,45	€ 62,50	€ 1,05
Internet Max, (kabel TV) & Bellen	€ 69,00	€ 70,00	€ 1,00
Internet Giga, (kabel TV) & Bellen	€ 74,00	€ 71,50	€ -2,50
Ziggo Internet & Kabel TV	**Current rate**	**As of July first, 2022**	**Delta**
Internet Start & Kabel TV	€ 48,50	€ 49,00	€ 0,50
Internet Complete & Kabel TV	€ 58,95	€ 59,00	€ 0,05
Internet Max & Go Kabel TV	€ 66,50	€ 66,50	Unchanged
Internet Giga & Kabel TV	€ 71,50	€ 68,00	€ -3,50

Ziggo Internet Only	Current rate	As of July first, 2022	Delta
Internet Start	€ 42,50	€ 43,00	€ 0,50
Internet Complete	€ 52,95	€ 53,00	€ 0,05
Internet Max	€ 60,50	€ 60,50	Unchanged
Internet Giga	€ 65,50	€ 62,00	€ -3,50
Ziggo Bellen Only	**Current rate**	**As of July first, 2022**	**Delta**
Vast bellen (inclusief kabel TV)	€34,95	€34,95	Unchanged
Volop bellen	€12,95	€13,95	€1,00

kpn

KPN	Current rate	As of July first, 2022	Delta
Internet 50 Mbit/s	€ 42,50	€ 44,00	€ 1,50
Internet 100 Mbit/s	€ 47,50	€ 49,00	€ 1,50
Internet 200 Mbit/s	€ 50,00	€ 52,00	€ 2,00
Internet 1.000 Mbit/s	€ 57,50	€ 57,50	Unchanged

- Landline calls more expensive As of August first, 2022, the rates for fixed calls at KPN will also increase. However, this only applies to individual calling subscriptions and not in combination with fixed internet. The "BelVrij" and "BelBasis" subscriptions will all be €1,- more expensive per month.

T-Mobile wordt dus geconfronteerd met ruime verhogingen van de wholesaletarieven (7,6%; en blijkens voorgaand citaat zelfs 9.2% (11,2%-2%), maar als ze haar retailtarieven met eenzelfde

74 https://ir.kpn.com/download/companies/koninkpnnv/Results/KPN_Q1_2022_Results_Transcript.pdf, p. 10.
75 https://www.pricewise.nl/blog/nieuwe-tarieven-kpn-juli-2022/.

percentage zou verhogen prijst zij zichzelf uit de markt omdat KPN haar retailtarieven 'slechts' met 3,5% verhoogt. Als gevolg van de toezeggingen kan T-Mobile kan kiezen tussen accepteren dat haar marges sterk worden uitgehold of zichzelf uit de markt prijzen.

Van belang is hier ook dat – zo blijkt ook uit voornoemd citaat – KPN haar retailtarieven voor 1 Gbps internet helemaal niet verhoogt, terwijl T-Mobile als bekend juist vol inzet op het aanbieden van deze snelheid en het belang van die snelheid (of zelfs hogere snelheden) alleen maar groter wordt. Bij hogere snelheden is en wordt de squeeze dus nog groter, of in geval van een positieve marge zal die spoedig verdampen omdat de wholesalekosten en retailtarieven snel naar elkaar toe groeien. De afwezigheid van een verhoging op de 1 Gbps retailtarieven kan T-Mobile niet anders dan kwalificeren als strategisch gedrag richting haar concurrenten.

Overigens blijkt uit communicatie van KPN zelf dat haar retailprijsverhogingen (die dus beduidend lager zijn dan CPI) niets te maken hebben met stijging van onderliggende (uitrol-)kosten maar met verbeteringen in haar eigen retaildienstverlening.[76]

(ii) T-Mobile moet KPN-taks ook vanwege dit punt in stand houden en waarschijnlijk verhogen voor bestaande en nieuwe producten

De ACM stelt als gezegd in het Ontwerp TZB dat T-Mobile als gevolg van de toezeggingen haar KPN-taks (zie o.a. het einde van de bespreking van Omissie 1 en Hoofdstuk 6) zal kunnen afschaffen.[77] Ook gezien het feit dat KPN de ODF-tarieven op grond van de toezegging met maximaal 2%[78] mag verhogen, terwijl die van VULA PON en WBT-lokaal met – kort gezegd – de volle CPI (minus 2% indien CPI hoger dan 4% is) verhoogd mogen worden, is die stelling van ACM onjuist. Daardoor gaan de verschillende wholesaletarieven immers nog verder uiteenlopen en dus zal zij eerder genoodzaakt zijn de KPN-taks te verhogen (want op het startpunt is het verschil al aanzienlijk).

T-Mobile heeft een aantal CPI/inflatie-scenario's (gelijk, medium, hoog) doorgerekend om te bepalen wat de effecten daarvan zijn op de verhoudingen tussen de ODF- en VULA PON/WBT-lokaal-tarieven, waarbij in alle gevallen zelfs nog is aangenomen dat de inflatie na 2023 zal dalen t.o.v. het niveau van 2022. De conclusie is duidelijk: De KPN-taks zal alleen nog maar toenemen in alle scenario's zoals hieronder aangegeven in de verkorte weergave van slide 7 van de *Tariff Analysis* (Bijlage 4):

XXX

[76] KPN stelde recentelijk: "*Ondanks dat het gebruik van het netwerk gigantisch is toegenomen, voert KPN een gematigde prijsverhoging door. Dankzij deze prijsverhoging kan KPN blijven investeren in de kwaliteit van het netwerk en de veiligheid voor klanten. Denk daarbij aan een betere bescherming tegen cybercriminelen met KPN Veilig en het Malwarefilter.*" En: *"Zo heeft KPN onlangs KPN Cloud geïntroduceerd, een eigen plek om tot 10GB aan bestanden op te slaan. Hiermee kunnen bestanden eenvoudig met anderen worden gedeeld of worden samengewerkt aan een document. Veiligheid staat hierbij voorop: bestanden zijn veilig opgeslagen op servers in Nederland."*

[77] Zie het hiervoor al volledig geciteerde rn. 126 van het ontwerp TZB: "(…) *Daarbij kan T-Mobile in ieder geval de in Tabel 1 getoonde tariefopslagen in WBT-gebieden €10 (100 Mbit/s) tot €15 (1 Gbit/s) per maand verlagen tot de retailprijzen die zij hanteert in ODF-gebieden, waaronder de netwerken van Open Dutch Fiber. Met andere woorden, T-Mobile is door de toezeggingen in staat om op alle glasvezelnetwerken van KPN dezelfde retailprijzen en snelheden te hanteren als op de glasvezelnetwerken van haar eigen netwerkpartners.* (…)*"*

[78] Zie vb. rn. 97 van het Ontwerp TZB.

T-Mobile is – ook naar zij aanneemt gezien het voorgaande – niet bekend met enige andere autoriteit in Europa die voor vergelijkbare 'gereguleerde' diensten een dergelijke situatie toestaat.

4.7 Omissie 5: Penetratiekorting (bijna) onbereikbaar en te laag, ook in vergelijking met door andere aanbieders, en KPN zelf voorheen, bij ODF geboden kortingen

Voor ODF is de penetratiekorting in zijn geheel komen te vervallen, aldus het Ontwerp TZB. Als onderdeel van de VULA PON en WBT lokaal aanbiedingen, bieden KPN/Glaspoort een penetratiekorting aan. Het gaat om een vast bedrag van EUR 1,--, alleen voor lijnen van 1 Gbps en dan pas bij een penetratie van 55% (!).

Dergelijk hoge drempelwaarden ook specifiek gekoppeld aan een bepaalde snelheid zijn niet gebruikelijk en wijken af van penetratiekortingen die alternatieve aanbieders bieden. Zo biedt Open Dutch Fiber voor alle lijnen al kortingen vanaf xx% bezetting voor T-Mobile en maar liefst tot xx%. Een dergelijke bezettingsgraadkorting betekent dat T-Mobile niet alleen profiteert van meer eigen klanten maar ook meeprofiteert van de uptake door derden - en ongeacht wat de snelheid van de lijn is. Zie onderstaande verkorte weergave van slide 6 van de *Benchmark Analysis* (Bijlage 3):

XXX

Een bezettingsgraad van meer dan 55% is ook niet realistisch. Kijk naar de huidige glasvezelnetwerken in gebieden waar ook coax (in het bijzonder) Giganet, waar dat percentage ook bij lange na (nog) niet wordt gehaald. Dit geldt te meer nu de VULA PON- en WBT lokaal-footprint in de komende jaren nog zal moeten groeien en in die gebieden (in ieder geval) wordt gestart met een bezetting van 0%. Een introductiekorting die afname stimuleert ligt daarom meer voor de hand, maar dat biedt KPN evenmin.

Dit zeer beperkte penetratiekortingssysteem wijkt ook af van het model van oplopende en significantere penetratiekortingen die KPN zonder toezeggingen aanbiedt bij ODF (Capexklasse-model), waarbij echter direct wordt opgemerkt dat KPN het systeem van oplopende

penetratiekortingen voor ODF zoals zij dat thans hanteert, beoogt af te schaffen (zie daarvoor ook hierna, Omissie 7) en ok zo zijn eigen beperkingen kent.

Het is ook onbegrijpelijk dat de korting uitsluitend geldt voor 1 Gbps-lijnen en niet ook voor 100 Mbps lijnen. Beide diensten worden immers bediend met dezelfde componenten over het gehele netwerk. Er worden geen andere componenten in het netwerk gebruikt voor 100 of 1000 Mbps aansluitingen.

Er is dus duidelijk sprake van een algemene strategische keuze van KPN/Glaspoort om penetratiekortingen zo veel mogelijk in te perken en alleen zelf te profiteren door de lagere kosten af te romen als winst voor KPN in plaats van de toegangsvragers en daarmee ook de consument te laten profiteren.

De beperkte hoogte van de korting en de drempels dragen er in ieder geval ook aan bij dat de tarieven in algemene zin ongerechtvaardigd hoog blijven. Zie ter illustratie ook de volgende figuur, slide 10 *Benchmark Analysis* (Bijlage 3):

XXX

4.8 Omissie 6: Geen beperking opgelegd aan KPN om de ratio aanbiedingen via KPN/Glaspoort te wijzigen, terwijl WBT lokaal veel duurder is en geen toegevoegde waarde biedt

Bij Omissie 1 tot en met 5 zijn KPN's VULA PON en Glaspoort's WBT-lokaal aanbiedingen samen besproken. Dat laat zich simpel verklaren. Voor T-Mobile zijn de diensten functioneel equivalenten – T-Mobile gebruikt bij afname zelfs hetzelfde aansluitsysteem – en daarnaast concludeert T-Mobile dat ook de amendementen van KPN en Glaspoort identiek zijn.

In Hoofdstuk 5 hierna zal T-Mobile nog verder uitwerken dat de door KPN aangeboden VULA-dienst, geen 'echt' VULA is in de zin van de definitie van de Europese Commissie (gegeven in het kader van de Aanbeveling Relevante Markten (2014)) en identiek is aan het WBT lokaal-aanbod van Glaspoort. Afname van WBT-lokaal vergt bijvoorbeeld niet minder eigen investeringen van T-Mobile dan VULA PON. Ten onrechte plakt KPN het label 'VULA' op een wholesaledienst welke die kwalificatie in het geheel niet verdient. Terecht heeft Glaspoort voor dezelfde wholesaledienst daarom de naam WBA-Lokaal gekozen.

Niettemin ziet T-Mobile zich wel geconfronteerd met een aanzienlijk prijsverschil tussen VULA PON van KPN en WBT-lokaal van Glaspoort. Kijkend naar de all-in tarieven geldt dat WBT-lokaal van

Glaspoort bij beide snelheden EUR 2,97 duurder is dan VULA PON van KPN. Zie ook slides 4 en 5 van de *Tariff Analysis* (Bijlage 4):

XXX

XXX

De ACM motiveert het prijsverschil tussen KPN en Glaspoort in rn. 128 van het Ontwerp TZB – zonder overigens die bedragen te noemen en bovendien alleen naar de lijntarieven te verwijzen – als volgt:

> *"Glaspoort rolt haar glasvezelnetwerken uit naar dorpen en dunbevolkte gebieden, niet naar stedelijke (dichtbevolkte) gebieden. Hierdoor zijn de aanlegkosten van Glaspoort (uitgedrukt in kapitaalkosten per aansluiting – zogenoemde CAPEX-klassen) significant hoger[52] [52 [**vertrouwelijk KPN**: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXX**]**] dan de aanlegkosten van KPN, die voornamelijk uitrolt in stedelijke gebieden. Om die reden hanteert Glaspoort in haar toezeggingen een hoger tarief dan de VULA lijntarieven van KPN.*

Van belang hierbij is dat er juist aanleiding is om aan te nemen dat de overall uitrolkosten van Glaspoort *lager* zijn dan die van KPN. Immers, Glaspoort is voor de helft gefinancierd door een pensioenfonds – ABP – en als gevolg daarvan moeten de financieringskosten van Glaspoort lager zijn dan die van KPN zelf. De internal rate of return (IRR) van een pensioenfonds ligt tussen de 8 en 9%, terwijl die voor commerciële bedrijven/private equity funds tussen de 16 en 20% ligt, hetgeen zich in een 50%-50% JV vertaalt in ongeveer een kwart lagere financieringskosten. Dit zou zich weer moeten

vertalen in significant lagere CAPEX/lijntarieven voor Glaspoort. Zie ook de tabel onderdeel van de bespreking van Omissie 4.

Het huidige significante verschil in de tarieven van VULA PON en WBT-lokaal kan er toe leiden dat KPN telkens (strategisch) zal afwegen welke entiteit in een bepaald gebied gaat uitrollen. In paragraaf 4.2 van het Ontwerp TZB stelt de ACM ook dat Glaspoort een strategisch aan KPN verbonden onderneming is, zodat die ruimte dus bestaat én gebruik daarvan ook voor de hand ligt.

Het feit dat KPN namens Glaspoort de uitrol beheert en (daarom) werkt met een geïntegreerde (KPN en Glaspoort) roll-out planning en gebiedsallocatie, werkt dit alleen maar in de hand. Niets staat KPN dus in de weg om te besluiten dat Glaspoort (toch) in een relatief goedkoop gebied gaat uitrollen, waarbij toegangszoekers zoals T-Mobile dus een hogere wholesaleprijs aangerekend krijgen voor exact dezelfde dienst op deze adressen. Dit is in de praktijk ook al meermaals gebeurd en dus geen theoretisch risico. Bijvoorbeeld in de gemeenten Barendrecht, Heusden, Nieuwegein, Nissewaard, Oldambt, Purmerend, Pijnacker, Roermond, Rijswijk, Waddinxveen en IJmuiden zijn door KPN reeds aangekondigde uitrolplannen overgeheveld naar Glaspoort.[79] Deze gebieden zijn niet aan te merken als dunbevolkte gebieden met navenant hogere Capex.

Gevolg is dat in gebieden waar glas nog wordt uitgerold, afhankelijk van KPN's strategische keuzes, T-Mobile bijna EUR 3,-- per lijn duurder uit kan zijn per maand (voor als gezegd voor haar identieke diensten) en dus genoodzaakt zal zijn een Glaspoort-taks in te voeren boven op de huidige KPN-taks in haar retailtariefstructuur. Deze problematiek had onderdeel van de beoordeling van de ACM moeten zijn.

De ACM lijkt met dit alles bij haar analyse waaruit volgt dat er op basis van VULA PON en WBT-lokaal altijd een business case zal zijn voor toegangszoekers, geen enkele rekening te hebben gehouden met deze strategische mogelijkheid die een prijsopdrijvend effect heeft voor toegangszoekers en een winstverhogend effect voor KPN.
Hierbij geldt ook dat T-Mobile niet begrijpt waarom de ACM in rn. 130 van het Ontwerp TZB spreekt van een "*beperkte tariefopslag van Glaspoort*" die "*de business case van toegangsvragers niet doorslaggevend beïnvloedt*." De ACM bevestigt immers in dat randnummer ook dat daarmee FMC-bundels een (nog) negatievere contributiemarge zullen hebben, maar kan dat blijkbaar billijken omdat voor internet only producten – met een consumptieaandeel van 8% – dan nog steeds een positieve marge zou bestaan. Een onbegrijpelijke redenering, te meer nu (FMC-)bundels alleen nog maar in belang toenemen.

De oplossing is vrij eenvoudig en logisch: de tarieven van VULA PON van KPN en WBT-lokaal van Glaspoort dienen gelijkgetrokken te worden (naar het VULA PON-niveau) teneinde dergelijk strategisch handelen te voorkomen. De consument zal hier anders de dupe van worden. Een alternatieve oplossing zou kunnen zijn het 'vastklikken' van het percentage huishoudens dat KPN met VULA PON en Glaspoort met WBT lokaal zal aansluiten, omdat daarmee strategisch ontwerp/handelen om de toezeggingen te omzeilen in ieder geval deels worden vermeden. In dat laatste geval moet echter nog steeds een mechanisme wordt opgenomen om zeker te stellen dat de hogere WBT lokaal tarieven wel gerechtvaardigd worden door hogere onderliggende kosten.

[79] T-Mobile is graag bereid dit nader toe te lichten.

4.9 Omissie 7: De verlaging van de ODF-tarieven is voor T-Mobile veel lager dan de door de ACM geclaimde EUR 2,-- per lijn als gevolg van (i) het schrappen van de Capexklassen en (ii) het afschaffen van de penetratiekorting.

In paragraaf 4.2 heeft T-Mobile al in algemene zin uiteengezet waarom ook de toegezegde ODF-tarieven veel te hoog zijn en op geen enkele manier verband houden met de onderliggende kosten kijkend naar de sterk gedaalde uitrolkosten en de verhoogde penetratiegraad sinds 2008. Een (relatief willekeurig) gekozen daling van EUR 2,-- is in het licht van de onderliggende kosten onvoldoende om een zodanig verschil te maken dat wholesaleafnemers werkelijk met KPN kunnen gaan concurreren op de retailmarkt c.q. de door de ACM ook onderkende mededingingsproblemen te remediëren.

Echter, de door KPN voorgestelde verlaging van EUR 2,-- is in werkelijkheid beduidend lager dan voorgesteld. Dit komt doordat (i) KPN uitgaat van het landelijk tarief en het regionale Capexklassen model afschaft, alsmede (ii) de systematiek van – oplopende – penetratiekortingen afschaft voor ODF-toegang. Deze punten worden hierna uitgewerkt.

(i) ODF-lijntarieven worden niet met EUR 2,-- verlaagd

In het ontwerp TZB wordt het gepresenteerd alsof alle ODF-tarieven van KPN met EUR 2,-- dalen. Dat is niet zo. Die korting geldt namelijk alleen voor het landelijk tarief en dat is niet het tarief dat in de markt – in ieder geval door T-Mobile als grootste afnemer – wordt betaald.

Het huidige tariefmodel van Reggefiber geeft afnemers van ODF namelijk twee opties, zo volgt onder andere uit de huidige tarievenannex van Reggefiber (versie 3.1.12), p.8:

> REGGEFIBER biedt OPERATOR de keuze uit twee tariefstelsels:
> - Bij het "individuele aansluitgebied ODF-tarief" is het VVA tarief voor de huur van een Aansluiting gebaseerd op de totale investeringen (CAPEX) gedeeld door het aantal Homes Connected binnen het betreffende Aansluitgebied.
> - Bij het "landelijk gemiddeld ODF-tarief" is het VVA tarief voor de huur van een Aansluiting gebaseerd op het gewogen gemiddelde met als wegingsfactor Homes Passed van de tarieven uit het "individuele aansluitgebied ODF-tarief".

Bij de eerste variant, het 'individuele aansluitgebied ODF-tarief', worden 23 Capexklassen (van EUR 500 tot en met EUR 1600) onderscheiden, met bijbehorende lijntarieven die variëren van EUR 12,22 tot EUR 32,56. In dit tariefmodel biedt KPN penetratiekortingen aan die oplopen tot 20% afhankelijk van het aantal geactiveerde huishoudens in een gebied.[80]

Voor de tweede variant, het 'landelijk gemiddeld ODF-tarief', geldt momenteel – na de standaardkorting van 11,59% – één tarief van EUR 18,56.

XXXXXX.

In de toezegging wordt echter het Capexklasse-model geschrapt en blijft uitsluitend de tweede variant over. De korting van EUR 2,-- geldt dan ook alleen op dat landelijke tarief. Voor zover T-Mobile weet, wordt ODF van KPN uitsluitend afgenomen op basis het Capexklasse-model, zodat alle afnemers

[80] Zie huidige tarievenannex van Reggefiber (versie 3.1.12), par. 3.2.

worden gedwongen te switchen naar het voor hen dus duurdere model om daar dan vervolgens weer een beperkte korting op te krijgen.

Voor T-Mobile betekent dit het volgende: Haar ODF-tarieven dalen niet met EUR 2,-- XXXX. Deze beperkte verlaging geldt ongeacht of er gekeken wordt naar het lijntarief of het all-in tarief. In beide gevallen is de verlaging maar EUR XXX. Zie ook verkorte weergave van slide 2 van de *Tariff Analysis* (Bijlage 4), zoals hierna deels weergegeven:

XXX

Het betreft dus slechts XXX van de korting waar de ACM melding van maakt in haar persbericht d.d. 1 april 2022 (10%):

> "*KPN stelt onder meer voor om het zogeheten ODF-aanbod (waar concurrenten alleen het laatste stukje glasvezel van de straatkast naar de abonnee huren van KPN) te vereenvoudigen naar één landelijk tarief, waarbij de lijnprijs voor concurrerende telecomaanbieders daalt met ruim 10 procent (van € 18,56 naar 16,56 euro per lijn)*."

T-Mobile wijst er op dat ook andere ODF-aanbieders (ODF, Primevest) een Capexklasse-systeem gebruiken, ook met verschillende tarieven. KPN's 'vereenvoudiging' door alleen een landelijk tarief aan te bieden lijkt dus strategisch te zijn ingegeven, zeker nu een Capexklasse-systeem als besproken in paragraaf 3.2 juist de voorkeur heeft wat betreft de bevordering van de mededinging, de innovatie en de eindgebruikersbelangen (zie ook rn. 24 van het Ontwerp TZB). Gevolg is dat de gepresenteerde korting voor ca. de helft puur cosmetisch is en in de praktijk geen enkel effect zal sorteren.

(ii) Afschaffen penetratiekorting betekent dat de voorgestelde tariefdaling nog minder is dan KPN wil doen geloven

Het voorgaande vormt als gezegd niet het hele verhaal. Die verlaging van het ODF-tarief met xx% is nog een te positieve weergave van de toezeggingen, omdat in de toezegging ook de oplopende penetratiekorting in zijn geheel komt te vervallen.

XXXXXX.[81]

[81] T-Mobile zegt hier overigens niet dat dit oude Capexklasse-model kortingssysteem optimaal was.

Zie hiervoor onderstaande tabel uit de huidige Reggefiber-tariefannex die voor T-Mobile van toepassing is: [82]

Korting bij individuele aansluitgebied ODF-tarief	
# Gepatchte Aansluiting in Aansluitgebied	**Korting op huurtarief Aansluiting**
2.000	2,5%
3.500	5,0%
4.500	7,5%
6.000	10,0%
9.000	12,5%
13.000	15,0%
18.000	17,5%
26.000	20,0%

De verwachting is dat die penetratie de komende tijd – alleen al gezien de gedwongen kopermigratie – inderdaad significant zal stijgen, zodat T-Mobile in aanmerking zou komen voor steeds hogere kortingen. Als het Capexklasse-model inclusief de bijbehorende penetratiekortingen dus in stand gehouden zou zijn, dan zou het verschil met het landelijk gemiddelde tarief dus alleen nog maar oplopen. Dit omdat het door T-Mobile betaalde Capexklasse-tarief zou blijven dalen vanwege de stijgende penetratie, terwijl dat niet het geval zou zijn bij afname van het landelijk gemiddelde tarief omdat daar een vast kortingspercentage van 11,59% geldt, ongeacht de penetratie.

XXXXXXX

De twee genoemde aspecten zoals hierboven nader uitgewerkt tonen te meer aan dat KPN's 'korting' niet is wat KPN beweert en grotendeels cosmetisch is.

Het met het beëindigen van het Capexklasse-systeem tevens wegvallen van de oplopende penetratiekorting betekent dat de ACM van een onjuiste veronderstelling is uitgegaan van de effecten vóór en na de toezeggingen. Bovendien werkt de afwezigheid van de penetratiekortingen dus in de hand dat de toegangsvragers blijvend hoge tarieven betalen en KPN haar winstmarges ziet toenemen en deze naar believen op de retailmarkt kan inzetten.

Samenvattend

Ook voor ODF is bij lange na geen sprake van de tariefverlaging (van EUR 2,-- / 10%) waar de ACM vanuit gegaan lijkt te zijn nog daargelaten dat het ODF tarief integraal getoetst had moeten worden nu dit veel hoger ligt dan de onderliggende kosten zoals de nationale benchmarkexercitie laat zien. Bovendien vervalt de bestaande penetratiekorting in zijn geheel op basis van de toezeggingen en zullen de marges van ODF-toegangsvragers helemaal niet stijgen. Hiermee valt het fundament onder ACM's conclusie weg dat de ODF-mededingingsproblemen met de toezegging voldoende zouden zijn geremedieerd. Zie rns. 134 en 135 van het Ontwerp TZB:

[82] Zie huidige tarievenannex van Reggefiber (versie 3.1.12), par. 3.2.

"134. Bovendien zegt KPN toe het ODF-tarief landelijk met €2 per lijn per maand te verlagen. Dit heeft tot direct gevolg dat de contributiemarge van ODF-afnemers stijgt met ditzelfde bedrag. Uit de telecommonitor van de ACM blijkt dat KPN eind 2021 in totaal voor circa ***[vertrouwelijk:*** *XXXXXX****]*** *lijnen ODF-toegang verleende aan toegangsvragers. Dit betekent dat de kosten van ODF-afnemers circa €****[vertrouwelijk:*** *XXX****]*** *mln. Per jaar worden verlaagd als gevolg van de toezeggingen van KPN. (…)*

135. De ACM constateert dat deze verlaging van het ODF-tarief ertoe leidt dat toegangsvragers in staat zijn om scherpe retailtarieven te hanteren voor alle snelheden. Dit maakt dat zij significante concurrentiedruk kunnen uitoefenen op KPN en kabelaanbieders. (…)"

4.10 Omissie 8: De keuze van de ACM om de uitfasering van koper 'out-of-scope' te plaatsen

In Hoofdstuk 3 hiervoor en paragraaf 5.5 hierna werkt T-Mobile nog verder uit dat xxx van haar klantenbestand momenteel wordt bediend op basis van bij KPN afgenomen kopertoegang tegen zeer scherpe retailtarieven. Zoals het zich nu laat aanzien, wordt T-Mobile gedwongen om al die klanten op korte termijn (te proberen) te migreren naar glas. Een fundamenteel gebrek in de toezeggingen is dat in strijd met de Telecomcode en de Tw in het geheel voorbij wordt gegaan aan deze koperuitfasering.

De goedkoopste glasdienst (100 Mbps) is en blijft fors duurder dan kopertoegang voor dezelfde snelheid. Dit volgt sprekend uit slide 8 van *de Tariff Analysis* (Bijlage 4), als hieronder deels opgenomen:

XXXX

Toegang op basis van glas is dus bij migratie van consumenten naar VULA PON in ieder geval maar liefst XXX% duurder dan koper en bij migratie naar Glaspoort's WBT-lokaal zelfs xx%. Hierbij heeft T-Mobile gerekend met kopertoegang op basis van T-Mobile's WBT-koper (OWM) en Tele2's VULA-koper tarieven wat xxx van T-Mobile dat gebruik maakt van KPN's kopernetwerk (bijna xxx adressen per eind april 2022). Indien KPN haar entry product (nu 100Mps) weghaalt, zal deze stijging nog verder toenemen. Daarnaast vallen deze stijgingspercentages nog aanzienlijk hoger uit indien het de migratie van zakelijke en wholesaleklanten betreft.

Als gekeken wordt naar de migratie van Tele2 MDF klanten (B2C) naar KPN's glasnetwerk ziet het plaatje er nog minder rooskleurig uit. Het gaat hier nog altijd om zo'n xxx adressen die goedkoop internet met en lage bandbreedte afnemen bij Tele2. Gevolg is dat T-Mobile geen andere keuze heeft om dan – voor zover überhaupt mogelijk – die hogere kosten door te berekenen aan de te migreren retailklanten, met (zo laat de pilot zien) een significante churn tot gevolg (xx% als ook in paragraaf 3.2 uitgewerkt). T-Mobile's business case wordt hierdoor ernstig verzwakt aangezien de vaste kosten over minder klanten uitgesmeerd moeten worden en zij hierdoor aan concurrentiekracht inboet.

Met name de zeer prijsbewuste consumenten – vaak de consumenten met de kleinste portemonnee, waarbij het gaat om een (nog altijd groeiend) aantal van ongeveer een miljoen Nederlandse huishoudens – worden hierdoor dus gedwongen om meer te betalen voor hun internettoegang. Daar krijgen ze vaak niet eens – voor zover ze daar al op zitten te wachten – hogere snelheden voor terug.

De ACM abstraheert in het ontwerp TZB geheel ten onrechte volledig van de gedwongen kopermigratie en vooral de financiële impact daarvan op zowel T-Mobile alsmede (haar) retailklanten en het ontbreken van regulering omtrent de uitfasering. Door die impact niet als onderdeel van de toezeggingen te mitigeren, gaan zowel T-Mobile en daarmee haar eindgebruikers beduidend meer betalen zodat ook van de gestelde daling van de wholesaletarieven en retailtarieven alleen al hierom geen sprake is. Die verhoogde inkoopkosten voor de bestaande klanten van T-Mobile zullen voor zover deze niet doorberekend kunnen worden in de retailtarieven dus ook over een langere periode terugverdiend moeten worden door T-Mobile waardoor er geen ruimte is voor verdere verlagingen.

Gevolg is dat het dus niet zo is dat T-Mobile "*op alle glasvezelnetwerken van KPN op alle snelheden*" duurzaam kan concurreren, zeker niet wanneer de ODF tarieven daarvoor als uitgangspunt genomen wordt.

4.11 Conclusie: Omissies individueel en zeker gezamenlijk bezien leiden tot de conclusie dat doelen van de ACM niet worden bereikt met de toezeggingen

In paragraaf 4.3 t/m 4.10 hiervoor heeft T-Mobile acht fundamentele gebreken in de toezeggingen besproken die de ACM niet (goed) in ogenschouw heeft genomen.

Deze leiden er zowel individueel als in totaliteit bezien toe dat de conclusie van de ACM dat als gevolg van de toezeggingen effectieve concurrentie met KPN mogelijk is, evident onjuist is. Na eventuele inwerkingtreding van de toezeggingen dalen de wholesaletarieven amper (ODF en VULA PON/WBT lokaal 1 Gbps) of stijgen ze zelfs (VULA PON/WBT lokaal 1 Gbps). Op langere termijn en bij hogere snelheden is er zonder meer sprake van tariefstijgingen.

Gevolg van dit alles is dat – als nader uitgewerkt in Hoofdstuk 6 – de retailtarieven dan ook niet zullen dalen en T-Mobile geen andere keuze heeft dan de KPN-taks in stand te houden. Er zullen geen consumentenbesparingen gerealiseerd worden als gevolg van de toezeggingen, althans zeker niet in de mate die ACM becijferd heeft.

5. ONTBREKENDE VERPLICHTINGEN VOOR TOEGANG TOT GLAS, KOPER; OOK OVERIGENS ONVOLDOENDE WAARBORGEN

5.1 Inleiding

Hiervoor is T-Mobile ingegaan op onjuistheden die maken dat op basis van de door KPN en Glaspoort toegezegde tariefverlagingen voor glastoegang (voor zover al van verlagingen kan worden gesproken) geen effectieve concurrentie mogelijk is. Bestaande mededingingsproblemen worden niet opgelost maar zullen verergeren. Duidelijk is dus dat de voorgelegde tarieven in deze vorm niet kunnen worden geaccepteerd.

De problemen behelzen echter veel meer dan een tariefkwestie. Niet alleen de tarieven van KPN/Glaspoort vereisen een verdere ingreep door de ACM, ook andere verplichtingen zijn noodzakelijk om concurrentie een kans te geven, en werkelijk ervoor te zorgen dat de eindgebruiker (consument én zakelijke klant) in de nabije toekomst gaat profiteren van breedbandproducten tegen redelijke prijzen, aangeboden in een gezond werkende retailmarkt.

In dit hoofdstuk ligt de focus op de andere noodzakelijke verplichtingen. T-Mobile doet dat relatief kort, omdat veel van de punten ook aan de orde zijn gekomen bij bespreking van de mededingingsproblemen (Hoofdstuk 3) respectievelijk de bedenkingen bij de tariefvoorstellen, die immers niet los kunnen worden gezien van het bredere plaatje.

5.2 Waarborgen ontbreken dat afnemers op korte termijn gebruik kunnen maken van de toezeggingen

De ACM gaat uit van een besparing van EUR 200 miljoen, en wel in het jaar 2026. Dat is op zich al merkwaardig: op het moment dat de vermeende besparing zich volledig materialiseert, is de helft van de periode waarin het toegangsaanbod van toepassing is, dus al verstreken. Hoewel de problematiek op de eindgebruikersmarkt noodzaakt tot onmiddellijk ingrijpen, stelt de toezichthouder zich blijkbaar tevreden met toezeggingen op basis waarvan de besparing voor consumenten uiteindelijk ***oploopt*** tot die maximale (theoretische) 200 miljoen in 2026.

De ACM bedoelt hier weliswaar niet te zeggen dat afnemers ook pas in 2026 daadwerkelijk gebruik kunnen maken van het aanbod. Echter is het helaas wel de realiteit dat het Ontwerp TZB nauwelijks waarborgen bevat dat afnemers als T-Mobile op de kortst mogelijke termijn na de evt. inwerkingtreding van een bindendverklaring van de toezeggingen kunnen profiteren.

Uitgezonderd de - beperkte verlaging - van de ODF-FttH tarieven, kan T-Mobile allerminst op afzienbare termijn gebruik maken van de toezeggingen.[83] Voor T-Mobile geldt dat zij eerst de volgende activiteiten uit te voeren:

[83] T-Mobile wijst er ten aanzien van dit punt dat de tariefsverlaging niet automatisch lijkt te gaan gelden. KPN heeft aangegeven dat T-Mobile het aanbod 'tijdig dient te accepteren'. Zie voor dit punt ook hierna par. 5.8.

	Toezeggingen		
	ODF-Backhaul	**VULA-PON**	**WBA-Lokaal**
Noodzakelijke contractuele aanpassing	Ondertekening: - ODF backhaul amendement	Ondertekening: - VULA PON amendement - VULA FttH P2P amendement - VULA koper amendement	Ondertekening: - Glaspoort Raamovereenkomst
Noodzakelijke netwerkaanpassing	Aanpassen van TMNL core-netwerk + Uitrol naar enkele honderden PoPs in KPN's P2P footprint	Aanpassen van TMNL core-netwerk + realiseren LWAP interconnectie op 161 MC locaties	Zie netwerkaanpassingen voor VULA-PON
Noodzakelijke klantmigratie	Migratie van WBA OWM klanten naar ODF-FttH Migratie van koper klanten naar ODF-FttH	Migratie van WBA OWM klanten naar VULA-PON Migratie van koper klanten naar VULA-PON	Migratie van koper klanten naar WBA FttH-Lokaal
Lead-time ***Met medewerking van KPN***	1 - 2 jaar (excl. migratie koper klanten)	1 - 2 jaar (excl. migratie koper klanten)	1 - 2 jaar (excl. migratie koper klanten)

Voor alle bovenbeschreven activiteiten die noodzakelijk zijn om überhaupt van de toezeggingen gebruik te kunnen maken, is de volledige medewerking van KPN essentieel. Zoals de ACM echter bekend is, heeft KPN zich de afgelopen jaren meermaals allerminst meewerkend getoond. Het Ontwerp TZB waarborgt niet dat de noodzakelijke medewerking van KPN nu wel zal plaatsvinden indien T-Mobile of een andere toegangsvrager de VULA PON en/of WBT-lokaal amendementen ondertekenen. Hier wringt zich in het bijzonder ook dat er vanwege het feit dat wordt gekozen voor een procedure ex artikel 12h Instellingswet ACM waardoor er niet of nauwelijks een juridische basis voor de ACM is om in te grijpen indien KPN wederom vertragingstactieken gaat toepassen. Geschilbeslechting ex artikel 12.2 Tw is immers niet mogelijk.

Dergelijke waarborgen mogen dus hoe dan ook niet ontbreken.

5.3 Ten onrechte geen passieve toegang tot PON-netwerken

KPN zal alleen nog glasvezelgebieden aanleggen waarbij PON-apparatuur wordt ingezet. Wat die glasvezelgebieden betreft biedt KPN géén passieve toegang (ODF) maar uitsluitend een vorm van VULA (VULA PON).

T-Mobile stelt voorop dat zij de noodzaak van de switch van uitrol op basis van PtP naar PtMP (PON) die KPN meent te zien niet begrijpt. Andere aanbieders als Open Dutch Fiber rollen uit op basis van PtP en blijven dat ook doen. Het komt T-Mobile voor dat het KPN primair te doen is om het aanbieden van ontbundelde toegang te voorkomen (strategisch productontwerp) en de differentiatie mogelijkheden (en dus concurrentiemogelijkheden) van toegangszoekers te beperken. Daarbij verschuilt KPN zich ten onrechte achter vermeend technische aspecten: passieve toegang zou bij glasvezelnetwerken op basis van PON technisch en/of economisch niet haalbaar zijn.

Dat is echter aantoonbaar onjuist. KPN stelt dat ontbundelde toegang tot nieuwe PON roll-out niet mogelijk is, omdat dit netwerk PtMP (dus PON) gebaseerd gebouwd wordt. Passieve toegang (tot de

splitter) is technisch en praktisch echter zonder meer mogelijk, zoals T-Mobile ook al eerder aan de ACM heeft uitgelegd. Die argumenten zijn niet gewijzigd. T-Mobile vertrouwt de ACM met deze standpunten bekend maar is desgewenst bereid de stukken waarin deze zijn uitgewerkt na te zenden.

In het kort: het netwerk van KPN wordt ook als zij PtMP gaat aanleggen nog steeds op basis van een PtP-fiber tussen de OAP en een klantaansluiting gebouwd. KPN activeert vervolgens boven op deze PtP-fiber de PtMP (PON)- technologie. Bij een dergelijke constructie is passieve toegang gewoon mogelijk. KPN zou eenvoudig kunnen kiezen voor een straatkast waarin een patchpaneel en een splitter van een toegangsvrager kan worden geplaatst. Dergelijke straatkasten worden in Nederland door andere operators al ingezet. Daarvoor bestaat (anders dan bijvoorbeeld bij SDF-access het geval was) ook zonder meer een business case (het gaat namelijk anders dan bij SDF niet om kostbare materiaalkeuzes of dure backhaul). Ook in diverse andere landen bestaan voorbeelden passieve toegangsvormen bij PtMP-netwerken. Ook deze voorbeelden heeft T-Mobile al herhaaldelijk bij de ACM onder de aandacht gebracht en acht T-Mobile dus bij de ACM bekend. Het probleem zit hem zuiver in de onwil van KPN. KPN wil niet, en de enige mogelijkheid om KPN ertoe te bewegen zonder meer te realiseren passieve toegang te leveren, is een verplichting voor KPN om toegangszoekers toe te staan om splitters in elke OAP te plaatsen. Zo kan T-Mobile een identieke kopie te bouwen van het KPN-netwerk en kan zij concurreren op de wijze waarop bij passieve toegang altijd was (en is) bedoeld, namelijk op basis van ODF.

Eveneens kan KPN ervoor kiezen om eenvoudigweg haar huidige aanlegmethodiek, op basis van PtP-topologie, te continueren. Ook in deze set-up kan PON-technologie worden toegepast, zoals in de praktijk al op vele PoP locaties van KPN plaats vindt. Dat leidt nauwelijks tot extra kosten voor KPN. Zie daarvoor ook WIK, *Study into the current and future technological access options to all fixed telecommunication infrastructures in the Netherlands (2017)*, p.34.[84] Ook het gebrek aan een kostenvoordeel – KPN stelt het wel maar toont dat niet aan – illustreert volgens T-Mobile het strategisch, anticoncurrentieel karakter van de keuze van KPN voor PON.

In het Ontwerp TZB gaat de ACM echter voorbij aan zowel de technische mogelijkheden als de noodzaak van een dergelijke verplichtingen. De ACM lijkt zonder veel over de kwestie te hebben nagedacht de uit strategische overwegingen door KPN gepresenteerde stellingen dat passieve toegang niet mogelijk is bij PON, en alternatieve aanbieders genoegen dienen te nemen met VULA PON. Als gezegd ten onrechte, en de ACM dient op dit punt ten minste gedegen onderzoek te verrichten.

Passieve toegang tot het glasnetwerk van KPN, of dit nu PtP of PtMP betreft is dus mogelijk en vooral een ook een absolute noodzaak om daadwerkelijk te kunnen concurreren met KPN. Dit is des te pregnanter nu het VULA PON-aanbod van KPN geen werkelijk VULA-aanbod is in de definitie van de Europese Commissie en afnemers onvoldoende in staat stelt daadwerkelijk te concurreren. Niet alleen vanwege de tariefstelling (zie Hoofdstuk 4) maar ook om andere redenen. Die bespreekt T-Mobile hierna in paragraaf 5.3, welke paragraaf niet los van deze paragraaf kan worden gezien.

Resumerend: volgens T-Mobile moet het vanuit oogpunt van concurrentie één van twee zijn: dan wel wordt PtMP (al dan niet door ingrijpen van de ACM) (technisch en economisch) ontbundelbaar, dan

[84] "A combination of both, using GPON equipment over a PtP fibre topology with the splitters deployed at the local exchange sites, seems to be an ideal compromise allowing a high flexibility at less than 1% additional cost." Te raadplegen via https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/17463_acm-access-options-2017.pdf.

wel wordt KPN ertoe gehouden door te gaan met het aanleggen van glasnetwerken op basis van het hoe dan ook ontbundelbare PtP. Ten aanzien van dat laatste wordt opgemerkt dat dit sowieso een enorme winst voor de concurrentie zou zijn, terwijl de extra kosten voor KPN ten opzichte van PtMP als gezegd verwaarloosbaar zijn. Ook het gebrek aan een kostenvoordeel – KPN stelt het wel maar toont dat niet aan – illustreert volgens T-Mobile het strategisch, anti-concurrentieel karakter van de keuze van KPN voor PON.

5.4 VULA-aanbod KPN is geen werkelijk VULA-aanbod en schiet alleen daarom al te kort. Onvoldoende differentiatiemogelijkheden

In het voorgaande is besproken dat passieve toegang tot netwerkgebieden die met PON-technologie technisch mogelijk is, en vanuit oogpunt van de wens om meer concurrentie (en dus consumentenvoordeel) te creëren noodzakelijk is. Dat wordt de te pregnanter nu het VULA-aanbod van KPN (zowel VULA-FttH als VULA-PON) geen werkelijk virtueel alternatief is voor ontbundeling en afnemers onvoldoende concurrentiemogelijkheden biedt.

De ACM benadrukt zelf in rn. 24 en 25 van het Ontwerp TZB dat van ODF de meeste concurrentiedruk uitgaat, omdat het toegangsvragers in staat stelt om zoveel mogelijk zelf de internetsnelheid, de overige productkenmerken en de retailprijs te bepalen voor de consument. De afwezigheid van passieve ontbundeling van een netwerk op basis van PON zou volgens de ACM niet problematisch hoeven zijn, omdat VULA zo vormgegeven zou kunnen worden dat toegangsvragers zich vergelijkbaar met ODF zouden kunnen onderscheiden.

In beginsel is dat uitgangspunt al incorrect, toegangsvragers kunnen immers niet bepalen wanneer nieuwe PON-standaarden worden geïntroduceerd. Belangrijker nog is het feit dat KPN een de facto WBA aanbod in de markt heeft gezet en daar vervolgens een VULA label op heeft geplakt. Het voorgelegde “VULA-aanbod” van KPN kwalificeert niet als VULA zoals de Commissie dat in de Aanbeveling relevante markten 2014 heeft gedefinieerd; het is in feite een veredeld WBA-product. Van met passieve toegang vergelijkbare mogelijkheden is in de verste verte geen sprake.

Uit het Ontwerp TZB – en Annex A daarbij – volgt bijvoorbeeld dat afnemers op basis van het VULA PON aanbod van KPN slechts de keuze hebben uit twee snelheden:

- FttH met 100/100 Mbit/s Best Effort EVC; of
- FttH met 1000/1000 Mbit/s Best Effort EVC.

Andere, hogere, snelheden – waaronder dus het voor T-Mobile zeer belangrijke wide open-aanbod – ontbreken.[85] Dit ondanks dat de apparatuur die KPN momenteel inzet in haar netwerk dergelijke hogere snelheden ondersteunt. Op KPN’s roadmap[86] is bijvoorbeeld al de introductie van >1Gbps snelheid aangekondigd. KPN beperkt het aanbod (in de toezegging) dus bewust tot bepaalde (lagere) snelheden om zodoende de meer premium diensten voor zichzelf te houden, en/of in een later stadium een hoog wholesaletarief te hanteren dat niet onder de controle van de ACM valt. Daarmee beperkt ze dus even bewust de mogelijkheden om daadwerkelijk te concurreren en blijft het VULA

[85] Ten aanzien van wide open valt overigens op dat KPN in haar reactie op vragen van T-Mobile d.d. 10 mei 2022 heeft aangeven dat wide-open niet synoniem is aan flat-rate. In voornoemd WIK-rapport concludeert WIK juist dat flat rate wel best practice is: “VULA charges should ideally be set on a flat-rate (bandwidth independent) basis (…).”

[86] Zoals door de KPN gepresenteerd in het kader van het FIST-overleg op 9 november 2021, zie hiervoor par. 4.3.

PON-gebied van KPN (en zeker het WBT lokaal-gebied van Glaspoort) waarschijnlijk qua innovatie achter op de gebieden waar wel ODF afgenomen kan worden. Uit Hoofdstuk 4 volgt dat het feit dat KPN zich in enige mate heeft gecommitteerd om hogere snelheden dan 1 Gbps ook voor wholesaleafnemers aan het voorgaande niets afdoet: KPN heeft immers grote vrijheid om de tarieven op een anticompetitief niveau te zetten en het 'internet-only'-criterium met betrekking tot nieuwe diensten biedt haar veel ruimte om daadwerkelijke concurrentie te voorkomen.

Het beperkte, niet wide open VULA-aanbod van KPN voldoet zoals eerder al kort werd genoemd niet aan de VULA-criteria van de Europese Commissie. Het is in feite niet veel meer dan een 'gewoon' WBT-aanbod. Uit de Aanbeveling relevante markten 2014[87], en dan specifiek de *explanatory note* daarbij (p. 49), volgt dat zo veel mogelijk een functioneel equivalent dient te zijn van fysiek ontbundelde toegang. Dat is pas het geval als aan de zogenaamde VULA-criteria is voldaan:

> *"VULA should as far as possible be functionally equivalent to physical unbundling. In technical terms this means that access should, (i) in principle occur locally; (ii) be generic and provide access seekers with a service-agnostic transmission capacity which is uncontended in practice; and (iii) provide access seekers with sufficient control over the transmission network to allow for product differentiation and innovation similar to LLU. In addition, effective migration processes towards VULA from physical unbundling should be implemented to foster take-up, and ensure that competition is preserved where technological solutions force a migration from unbundled access to VULA."*[88]

KPN's VULA-aanbiedingen – ook het VULA PON-aanbod – voldoen niet aan het tweede (ii) en derde (iii) criterium. Het is niet *generic* en *uncontended,* want niet wide open en tegen een flat fee beschikbaar. Het geeft geen afdoende controle over het transmissienetwerk en de mogelijkheid tot productdifferentiatie en innovatie vergelijkbaar met ULL. Afnemers dienen simpelweg de keuzes van KPN te volgen. KPN's VULA-aanbod kwalificeert veeleer als een lokaal WBT-aanbod, waarbij de keuze- en differentiatiemogelijkheden evenzeer beperkt zijn. Naast het feit dat een afnemer niet zelf kan bepalen welke snelheidsprofielen hij aanbiedt en tegen welke prijs, kan nog worden genoemd dat op basis van KPN's VULA PON-aanbod het aanbieden van zakelijke toepassingen aanzienlijk wordt gelimiteerd. Zo worden bijvoorbeeld restricties aangebracht ten aanzien van bandbreedte-Quality of Service combinaties, waardoor wholesale afnemers worden gedwongen de (veel duurdere) WEAS dienstverlening af te nemen. Eveneens worden toegangsvragers beperkt in de afname van PtP-VLAN's (deze zijn weliswaar wel technisch beschikbaar, maar vanwege prohibitieve prijsstelling, economisch onbereikbaar).

Ook is het onmogelijk voor T-Mobile om op basis van het voorgelegde VULA-aanbod wholesalediensten aan te bieden. Dat laatste heeft zij uitgebreid toegelicht in paragraaf 3.5, waarnaar T-Mobile verwijst.

---

87 Aanbeveling 2014/710/EU.

88 Zie bijvoorbeeld ook p. 4 van het in opdracht van de Europese Commissie door WIK opgestelde rapport 'Assessment of the technicalities of VULA products in the context of a State aid investigation' uit 2018 waarin een uitgebreide beschrijving is opgenomen van de kenmerken van 'best practice' VULA. Het VULA PON-aanbod van KPN voldoet hier bij lange na niet aan. Dit rapport is te vinden op: https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0418126enn.pdf.

Dat KPN's VULA PON in feite een WBT-product is volgt ook uit het feit dat de VULA-aanbiedingen contractueel zijn ingestoken als amendement bij de WBA-raamovereenkomst. Dat geldt voor de bestaande VULA-aanbiedingen alsook voor het concept VULA PON-aanbod. Ook de contractuele documenten zijn wat betreft de dienstbeschrijving, technische beschrijving en SLA's voor het WBA- en VULA- (inclusief het VULA PON-) aanbod identiek. Die zijn namelijk telkens in respectievelijk – de dus telkens identieke – Annex 1, 2 en 3 bij de WBA-Raamovereenkomst opgenomen.[89] Dit onderstreept dat een afnemer qua differentiatie niet meer met VULA PON kan dan met WBT, in dit geval WBT Lokaal.

Bij KPN's VULA PON-aanbod is er dus geen mogelijkheid tot productdifferentiatie en innovatie. Slechts in theorie is het voor T-Mobile mogelijk om hogere snelheden (tot 10 Gbps, echter slechts indien door KPN aangeboden) aan te vragen bij KPN. De tarieven daarvoor zijn echter prohibitief hoog. KPN's invulling van VULA PON staat dus haaks rn. 58 van het Ontwerp TZB, waarin juist staat dat toegangsvragers met VULA "*zich hiermee in grotere mate in prijzen en producten kunnen onderscheiden van KPN en dus meer prijsdruk uitoefenen*." Anders gezegd: wat de ACM hier stelt klopt eenvoudigweg niet.

Gevolg van dit alles is dat niets in het Ontwerp TZB KPN zal beperken om te voorkomen dat afnemers van VULA PON, KPN's eigen retailaanbiedingen kunnen repliceren. Met name de wholesalediensten waar op retailniveau premium-diensten mee aangeboden kunnen worden, kunnen ofwel helemaal niet, ofwel alleen tegen niet-competitieve tarieven door KPN aangeboden worden. Dit wringt te meer, nu dat nu precies belangrijke problemen zijn die de ACM in het Ontwerp TZB zegt te willen voorkomen. Het tegendeel is echter het geval.

Glaspoort biedt al helemaal geen 'VULA', maar een WBT-lokaal aanbod. Als gezegd is dit aanbod opvallend genoeg identiek aan het VULA-aanbod van KPN, hetgeen op zichzelf een veelzeggende illustratie is van het feit dat het KPN-aanbod in feite ook geen daadwerkelijk VULA-aanbod is. Ook dit aanbod biedt evident te weinig differentiatiemogelijkheden voor een afnemer, nog los van de te hoge prijsstelling, die door T-Mobile in Hoofdstuk 4 al is toegelicht.

Ook voor de zakelijke markt biedt het door KPN voorgelegde VULA volstrekt te weinig differentiatiemogelijkheden. Verwezen wordt naar hetgeen in Hoofdstuk 3 is gesteld over de mededingingsproblemen op deze markt. Het VULA-aanbod van KPN – zowel wat de tarieven betreft als wat de overige voorwaarden betreft – leidt ertoe dat deze mededingingsproblemen zullen blijven bestaat, en zullen verergeren.

Voor een relevante propositie van T-Mobile voor het B2B segment is economische en technische gelijkwaardigheid tussen ODF en actieve wholesale inputs (zoals VULA of WBA lokaal) cruciaal. KPN's VULA-PON dienstverlening vertoont echter nauwelijks eigenschappen van ontbundeling; noch qua functionele eigenschappen, noch qua economische eigenschappen. KPN's VULA en ODF aanbiedingen wijken, wat functionaliteit betreft, significant af. Zie daartoe het volgende overzicht:

---

[89] Zie de WBA-pagina op KPN-wholese.com: https://www.kpn-wholesale.com/producten-diensten/breedband/wba.htm. Specifiek de actuele aangeboden Raamovereenkomst (versie 3.3, augustus 2015): https://www.kpn-wholesale.com/w3/file?uuid=41215ffd-e789-4d70-abbc-dc17bd9f85c8&owner=a7c50efb-c547-48a2-99c7-81c55be15337&contentid=12204

	ODF	VULA PON / GP
Wide open bandbreedte obv eenheidsprijs	Ja	Nee
Max premium EVC bandbreedte	1000Mbps	20Mbps
Max best effort EVC bandbreedte indien >1 dienst	Geen harde max, restant access capaciteit	100Mbps
Quality of Service	Ja	Nee
Technische/financiele beperking voor Wholesale gebruik	Nee	Ja, PtP only + TI's kopen
Ethernet L2 propositie voor eindklanten mogelijk	Ja	Nee
Premium SLA op hersteltijd ondergrondse kabelbreuk	99.9% <48 uur	Niet beschikbaar
Max indexatie	2%	CIP >4%; actual -2%
Gestandaardiseerde pricing/meter voor Near-net aansluiting	Ja	Nee

Er is sprake van een beperking van mogelijkheid tot onderscheiden vermogen en features welke de propositie van T-Mobile negatief beïnvloeden:

- In tegenstelling tot bij ODF dient bij VULA PON elk van het referentieaanbod afwijkend profiel (bijv. <100Mbps, Premium etc.) aanvullend te worden ingekocht.
- Profielen van aanvullende EVC's bij VULA PON en WBA Lokaal worden beperkt ten opzichte van ODF:
  - Premium EVC's worden beperkt tot maximaal 20Mbps; en
  - Best Effort EVC's worden beperkt tot 100Mbps (en uitsluitend verkrijgbaar op basis van prohibitief geprijsde PtP-VLAN variant).
- xxx

Afrondend: het voorgestelde aanbod van KPN is wat de aangeboden toegangsvormen betreft duidelijk inadequaat om effectieve concurrentie mogelijk te maken. Essentiële en - zeker Europees gezien- basale, toegangselementen, zoals VULA wide open, worden door KPN bewust buiten het aanbod gehouden.

5.5 Ontbrekende non-discriminatie- en transparantieverplichting

Een essentieel onderdeel van effectieve regulering voor de bestaande mededingingsproblemen betreft een non-discriminatieverplichting tussen externe wholesaleklanten en KPN's eigen retailafdeling: zowel wat betreft de verstrekking van informatie, de timing waarop informatie verstrekt wordt, als wat betreft de inhoud van het wholesaleaanbod. De non-discriminatieverplichting wordt daarbij gecombineerd met een transparantieverplichting, zodat het wholesaleaanbod en wijzigingen daarvan voorspelbaar, inzichtelijk en verifieerbaar zijn.

Dit is een essentieel onderdeel, in samenhang met de verplichting om redelijke voorwaarden en tarieven te hanteren, om marktpartijen in staat te stellen duurzaam met KPN te kunnen concurreren, en te voorkomen dat marktpartijen voortdurend achter de feiten aanlopen. Dat dit dreigt te gebeuren (en gebeurt) blijkt uit de aanbieding van nieuwe producten/hogere bandbreedtes, en de migratie van dienstverlening door KPN.

In dat verband verwijst T-Mobile in het bijzonder naar de uitzonderingenlijst die KPN hanteert voor koperlocaties (adressen die op de nominatie stonden om te worden uitgefaseerd maar waar de koperdienstverlening vooralsnog toch wordt voortgezet). Hier bestaat het reële risico op discriminatie ten nadele van wholesaleafnemers. In het bijzonder omdat het risico bestaat dat eindgebruikers van KPN die nog via het kopernetwerk worden bediend in aanmerking komen voor een abonnement op

basis van glastoegang tegen de gebruikelijke (lagere) tarieven, terwijl klanten van T-Mobile die gebruik maken van koper daarvoor niet in aanmerking komen. Bijvoorbeeld kan het daarbij gaan om near-net FttH-aansluitingen. Het betreft hier 'aftakkingen' vanuit het FttH-netwerk die KPN wel voor zichzelf, maar niet voor toegangsvragers realiseert. Tegelijkertijd is er ook het risico dat het omgekeerde gebeurt: dat KPN op bepaalde locaties kopertoegang voor de eigen klanten zal continueren (tegen zeer aantrekkelijke tarieven voor de betreffende eindgebruikers), terwijl wholesaleafnemers niet meer in aanmerking komen voor kopertoegang op die locaties en eindgebruikers dus niet dergelijke voordelige abonnementen kan bieden. Dan kan T-Mobile dus niet meer met lage prijzen concurreren om de prijsbewuste klant. Beide opties zijn meer dan realistisch en in beide gevallen ontstaat een duidelijke concurrentieachterstand voor T-Mobile.

Ook ten aanzien van KPI's, die bijvoorbeeld zien op aansluittijd oplossingstijd van storingen (inclusief penalties), is een non-discriminatieverplichting – in combinatie met transparantie – cruciaal voor afnemers om met KPN te kunnen concurreren op de retailmarkt en voorkomen wordt dat klanten bij KPN een snelle aansluiting weten te verkrijgen en bij de concurrenten wekenlang daarop moeten wachten omdat KPN de hiervoor noodzakelijke activiteiten onnodig vertraagd. Hier wordt overigens ook opgemerkt dat een non-discriminatieverplichting ook opgelegd moet worden om te voorkomen dat T-Mobile – met al haar investeringen – de facto meer zou gaan betalen dan kleinere wholesalaafnemers op basis van gunstigere afspraken die zij mogelijk met KPN zouden kunnen maken.

Ook wijst T-Mobile in dat verband op de noodzaak van een vooraankondigingsverplichting voor nieuwe gebieden voor KPN, en wel van (minimaal) drie maanden, zoals deze ook in het verleden onder de regulering heeft gegolden. Een dergelijke termijn waarborgt dat T-Mobile in staat is marketingcampagnes te voeren en tegelijk met KPN retail een aanbieding kan doen aan de eindgebruiker. Zonder een dergelijke termijn loopt T-Mobile altijd achter de feiten aan en zal KPN de facto altijd haar voorsprong kunnen benutten ondanks dat nieuwe gebieden op papier "tegelijkertijd" beschikbaar komen. Hetzelfde geldt in feite voor het aanbod op hogere snelheden. Ook hier is een aankondigingstermijn op zijn plaats teneinde toegangsvragers gelegenheid te bieden een aanbod te kunnen doen aan eindgebruikers.

5.6 Geen waarborgen om marge-uitholling te voorkomen

Een absoluut noodzakelijke maatregel is daarnaast een verbod op marge-uitholling (prijssqueeze-toets). Dit dient een wholesale-retailtoets te zijn, omdat alleen op die manier is gewaarborgd dat concurrenten retail-aanbiedingen van KPN prijstechnisch zal kunnen repliceren.

T-Mobile heeft in Hoofdstuk 3 bij haar beschrijving van de mededingingsproblemen aan de hand van een duidelijke cijfermatige onderbouwing toegelicht dat om diverse redenen marge-uitholling zal ontstaan en dat verbindendverklaring van de door KPN voorgelegde tarieven daar zonder meer toe zal leiden. O.m. doordat:

- Wholesaletarieven significant zullen stijgen na migratie van koper naar glasvezel;
- De op CPI gebaseerde indexering leidt tot ongerechtvaardigde wholesale tariefstijgingen die T-Mobile zal moeten doorberekenen aan eindklanten, terwijl KPN's retailprijzen niet met een dergelijk percentage zullen stijgen (want kosten KPN zijn niet CPI-conform gestegen maar veel minder);

- De op een *internet only*-aanbod gebaseerde prijsnorm voor nieuwe diensten zal KPN ertoe bewegen snellere nieuwe diensten in een bundel aan te bieden, welke wholesale-afnemers niet zullen kunnen repliceren omdat zij dergelijke snelle diensten hoogstwaarschijnlijk tegen een hoog wholesaletarief (gebaseerd op een duur stand alone internet-only aanbod van KPN) zal moeten inkopen;
- Het gebrek aan een flat fee VULA wide open aanbod leidt ertoe dat afnemers hogere bandbreedtediensten niet prijstechnisch kunnen repliceren

Uiteraard zullen dergelijke mededingingsproblemen deels worden geremedieerd in geval effectieve toegangsverplichtingen (zie par. 5.2 en 5.3) en daarbij kostengeoriënteerde tarieven worden opgelegd. Dat zal echter onvoldoende zijn om het probleem van marge-uitholling te voorkomen, omdat ook in dat geval de prijstechnische repliceerbaarheid niet is gewaarborgd. KPN kan dan bijvoorbeeld diensten onder (wholesale) kostprijs aanbieden om concurrenten uit de markt te drukken.

Daarmee is de noodzaak van een effectieve margetoets (ter operationalisering van het verbod op marge-uitholling dat aan KPN en Glaspoort dient te worden opgelegd) essentieel.

5.7 Regulering kopertoegang ontbreekt geheel. Dat had op zich al reden moeten zijn de aanvraag van KPN af te wijzen.

In Hoofdstukken 1 en 2 is er al op gewezen dat de Telecomcode en de Tw de ACM er toe verplichten de situatie omtrent kopertoegang te analyseren en passende maatregelen te treffen, in het bijzonder wat betreft de uitfasering van kopertoegang. In Hoofdstuk 3 (in het bijzonder par. 3.2) zijn vervolgens uitgebreid de mededingingsproblemen als gevolg van de koperuitfasering (en het ontbreken van een gelijkwaardig aanbod op glas beschreven. Aldus kan er feitelijk geen andere conclusie bestaan dan dat een effectieve maatregel, in welke vorm dan ook, altijd passende regulering van kopertoegang moet omvatten, in het bijzonder wat de uitfasering van het KPN-kopernetwerk betreft. Zónder adressering van de in detail in Hoofdstuk 3 omschreven problematiek, blijven de mededingingsproblemen ten aanzien van (de uitfasering van) koper bestaan, en is effectieve concurrentie voor een partij als T-Mobile simpelweg onmogelijk.

Kort gezegd is het volgende aan de orde:

- Migratie van koper naar glas leidt tot significante verhoging van de wholesaletarieven (terwijl uitfasering voor KPN juist tot significante kostenbesparingen leidt), én dus tot hogere retailtarieven voor de eindgebruikers die gemigreerd worden – zie ook hiervoor inzake marge-uitholling;
- Migratie leidt (logischerwijs, gezien het vorige punt) tot hoge churn; in de zes pilotgebieden bedroeg de churn gemiddeld 40%;
- Migratie heeft tot heden steeds tot aan KPN te wijten complicaties geleid;
- KPN heeft daarbij de redelijke uitfaseringsvoorschriften uit het ULL-besluit 2015 en het WFA-besluit niet in acht genomen (zie overzicht in par. 3.2);

- KPN discrimineert: zij behoudt voor zichzelf de mogelijkheid voor om een 'koperadres' niet uit te faseren; voor een afnemer geldt dan wel. Het gaat om maar liefst bijna 100.000 KPN adressen van eindgebruikers; en
- Op tenminste 20% van de koperadressen is bovendien nog geen alternatieve glasvezel beschikbaar (NLS 7 en NLS 8). KPN heeft verzuimd deze adressen tijdig op het glasvezelnetwerk aan te sluiten, met als gevolg dat T-Mobile geen passend migratietraject kan doorlopen. KPN houdt zich wat type aansluitingen NLS 7 en NLS 8 betreft niet aan de door haar zelf gepropageerde (te korte) minimale migratieperiode van één jaar.[90] Volgens T-Mobile dienen deze aansluitingen voorlopig uitgezonderd moeten worden van de uitfasering. Na aansluiting van het adres kan de, door KPN toegezegde, migratietermijn van één jaar ingaan

Kortom: elk aanbod tot toezegging van KPN dat geen redelijke koper(uitfaserings-)voorschriften bevat, kan hoe dan ook niet worden goedgekeurd.

5.8 Bindendverklaring leidt tot 'zwart-wit'-situatie, accepteren of niet. Non-acceptatie betekent geen aanspraak op lagere wholesaletarieven.

Men zou aannemen dat de tarieven die KPN nu aan de ACM heeft voorgelegd, na een evt. bindendverklaring, zonder nadere (rechts)handelingen voor een (potentiële) afnemer gaan gelden en dat een dergelijke afnemer daar dus hoe dan ook een beroep op kan doen. Zeker waar het de ODF-tarieven betreft aangezien dit een dienst is die T-Mobile reeds afneemt.

Inmiddels blijkt uit correspondentie tussen T-Mobile en KPN over onduidelijkheden in het KPN-aanbod, dat KPN lijkt uit te gaan van 'take-it-or-leave-it'. Dat wil zeggen: een partij als T-Mobile moet uitdrukkelijk kiezen voor de nieuwe tarieven én alle bijbehorende contractvoorwaarden, en moet dat bovendien tijdig doen. Zelfs voor ODF. Als dat niet het geval is, dan heeft een wholesaleafnemer geen aanspraak op die dan 'bindende' tarieven en is zij gedwongen onder de vigerende contracten diensten afnemen: blijkbaar zónder de betreffende tariefverlagingen.[91]

> 2. In het scenario dat ACM inderdaad tot een finaal TZB beslist en KPN haar aanbod ongewijzigd gestand zal doen, gaan wij ervan uit dat de ODF-FttH tarieven automatisch van toepassing zullen worden toegepast op de eerst volgende factuur na een finaal TZB. Klopt dat?
>
> Het oude tariefmodel vervalt niet automatisch. Indien TMT tijdig opteert voor het nieuwe tariefmodel, zullen de nieuwe tarieven van kracht worden met ingang van de datum van inwerkingtreding van het TZB.

Ook daar schiet het Ontwerp TZB dus onmiskenbaar te kort. Op zijn minst moet een dergelijk besluit van de ACM als rechtsgevolg hebben dat een wholesaleafnemer hoe dan ook – dus juist ook onder de bestaande contracten – automatisch recht heeft op de lagere bindendverklaarde tarieven. Zou dat anders zijn, dan krijgt KPN in feite, behoudens de betreffende tariefregulering, een contractuele carte blanche: afnemers moeten dan om aanspraak te maken op de lagere tarieven allerlei andere bijbehorende contractuele voorwaarden – zónder dat deze door de ACM zijn beoordeeld – voor lief

[90] Zie het Whitepaper van KPN 'Uitfaseren koper of FttH-adressen' d.d. 25 maart 2022, pagina 3.
[91] Reactie KPN d.d. 10 mei 2022 op vragen T-Mobile d.d. 24 april 2022.

te nemen. Veelzeggend is dat KPN alleen tarieven heeft voorgelegd aan de ACM. Het is dus de vraag wat marktpartijen staat te wachten aan contractuele voorwaarden.

Te meer wringt dit punt omdat het na acceptatie niet mogelijk is om eventuele geschillen (bijvoorbeeld omtrent de redelijkheid van bepaalde bepalingen, over discriminatie etc., over onredelijke migratie van koper naar glas) aan de ACM voor te leggen als het issue geen onderdeel is van de toezeggingen. Dat creëert niet alleen een rechtsvacuüm, het is ook in strijd met de Telecomcode (art. 26), welke de toegang tot een dergelijke geschilbeslechtingsmechanisme door de nationale regelgevende instantie vereist. Ook dit punt leidt tot de conclusie dat de ACM op basis van dit aanbod van KPN nimmer tot een positief besluit kan komen.

6. GEEN CONSUMENTENVOORDEEL VAN EUR 200 MILJOEN. WELVAARSTANALYSE ANNEX C GAAT UIT VAN ONJUISTE EN ONVOLLEDIGE INFORMATIE. HET MODEL IS OOK LOS DAARVAN GEBASEERD OP DIVERSE MODELMATIGE ONJUISTHEDEN

6.1 Inleiding

Nadat de ACM in hoofdstuk 6 van het Ontwerp TZB de toezeggingen beschrijft en in hoofdstuk 7.2 beoordeelt of op basis van de toezeggingen effectieve concurrentie mogelijk is door alternatieve aanbieders, beschrijft zij in hoofdstuk 7.3 – onder verwijzing naar Annex C, de effectentoets – de effecten die de toezeggingen volgens haar zullen hebben op consumenten.

De ACM oordeelt daar dat consumenten als gevolg van de toezeggingen een besparing realiseren van 4.1% en een gemiddeld 5,5% hogere geconsumeerde downloadsnelheid. Als gevolg zou een voordeel voor de consument van ongeveer EUR 200 miljoen per jaar worden gerealiseerd. Deze cijfers zijn door de ACM in het model prospectief berekend voor het jaar 2026, waarbij de situatie anno 2026 mét toezeggingen van KPN is afgezet tegen een situatie voor 2026 zónder toezeggingen. Aangezien de situatie in 2026 wordt bekeken, zijn door de ACM in dit model diverse aannames gedaan omtrent de netwerkconfiguraties van vaste aanbieders. Vooraf ligt de vraag reeds voor of (los van de juistheid) of het door de ACM gepresenteerde winstcijfer van EUR 200 miljoen niet reeds de onaanvaardbaarheid van de voorgelegde maatregel uitdrukt, nu de ACM op basis van hetzelfde model op 13 oktober 2021 concludeerde dat op basis van een AMM-besluit een voordeel van EUR 300 miljoen zou kunnen worden gerealiseerd: maar liefst 50% hoger dan de EUR 200 miljoen die de ACM op grond van het Ontwerp TZB verwacht! Tevens illustreren deze getallen (wederom los van de vraag of ze kloppen) dat de huidige marktsituatie hoe dan ook om ingrijpen schreeuwt: de Nederlandse consument betaalt als gevolg van marktfalen elk jaar honderden miljoenen te veel.

Dat gezegd hebbende: ACM's conclusies ten aanzien van de welvaartswinst als gevolg van KPN's toezeggingen zijn onhoudbaar. Het verschil met de voor de hand liggende (en volgens T-Mobile wettelijk vereiste) AMM—ingreep is dus nog veel groter.

Dat de EUR 200 miljoen niet klopt, vergt gezien het gestelde in (in het bijzonder) Hoofdstuk 4 weinig toelichting: de door de ACM verwachte prijsverlagingen op basis van de in het Ontwerp TZB opgenomen wholesaletarieven van aanbieders zoals T-Mobile zijn volstrekt irreëel. Daar gaat dus geen prijsdruk vanuit, zodat andere aanbieders ook niet zullen volgen met prijsverlagingen en de twee allergrootste aanbieders KPN (en/of VodafoneZiggo) ook niet gaan volgen met prijsverlagingen. Als gevolg daarvan zal ook de gemiddelde downloadsnelheid van de consument (omdat hij door de lagere tarieven vaker voor een sneller abonnement zal kiezen) niet toenemen.

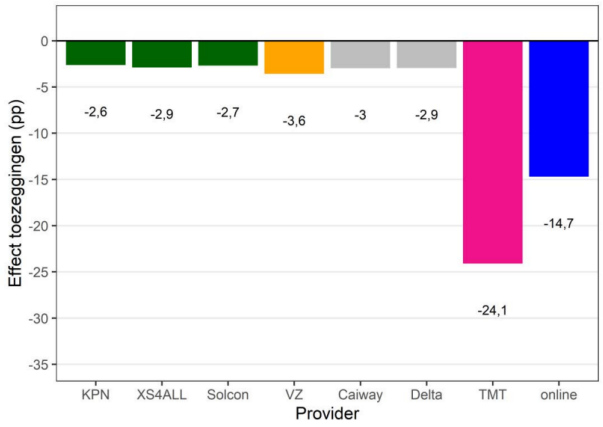
T-Mobile stipt de onjuistheden hierna kort aan. Daarbij gaat het om verkeerde aannames die tot onjuiste input in het model heeft geleid (par. 6.2) en om onjuistheden in de modellering zelf die zorgen voor een te rooskleurige uitkomst (par. 6.3). Daarbij verwijst T-Mobile ook naar het als **Bijlage 6** aangehechte rapport van RBB Economics 'ACM/22/177152 – Reactie op ontwerptoezeggingsbesluit', dat als integraal onderdeel van deze zienswijze moet worden gezien.

6.2 Verkeerde input in het model: onjuiste aannames ACM

<u>Onjuiste aanname 1</u>: Geen/nauwelijks verlaging retailtarieven T-Mobile of andere aanbieders

Cruciaal in de redenering van de ACM is dat T-Mobile als gevolg van de vermeend serieuze daling van de wholesale glastarieven haar eigen retailtarieven evenzo serieus zal laten dalen aangezien dat ook haar winsten zou moeten maximaliseren.

Op een voor T-Mobile niet te reconstrueren wijze neemt de ACM aan dat de retailtarieven van T-Mobile met maar liefst 24,1% zouden dalen én dat zij de KPN taks zal afschaffen (zie rn. 126 Ontwerp TZB). Dat zou een zodanige prijsdruk opleveren, dat andere partijen dan wel zouden moeten volgen om te blijven concurreren. Online.nl zou haar tarieven bijvoorbeeld met bijna 15% laten dalen en KPN en VodafoneZiggo met 2,6 respectievelijk 3,8%. Zie figuur 11, hoofdstuk C.8 randnummer 169 Annex C van het Ontwerp TZB:



Als uitgewerkt in Hoofdstuk 4 – de bespreking van een achttal omissies – is dit volstrekt onhoudbaar:

- De VULA PON- en WBT lokaal- tarieven dalen veel minder dan KPN wil doen geloven of stijgen zelfs, in het bijzonder is relevant:
  - Bij 1 Gbps is de daling van de tarieven als gevolg van de toezeggingen bij VULA PON xx% en bij WBT-lokaal xx%. Dus bij lange na niet de 50% daling waar de ACM vanuit is gegaan.
  - Bij 100 Mbps is er zelfs sprake van een stijging van de tarieven van xx% bij VULA PON en xx% bij WBT-lokaal.
- XXXX

Wat de KPN-taks betreft wordt nog het volgende opgemerkt. De ACM stelt in rn. 126 van het Ontwerp TZB het volgende:

> *"126. De ACM constateert dat de door KPN toegezegde VULA-tarieven T-Mobile een positieve business case geven om op alle glasvezelnetwerken van KPN op alle snelheden duurzaam te concurreren. Daarbij kan T-Mobile in ieder geval de in Tabel 1 getoonde tariefopslagen in WBT-gebieden €10 (100 Mbit/s) tot €15 (1 Gbit/s) per maand verlagen tot de retailprijzen die zij hanteert in ODF-gebieden, waaronder de netwerken van Open Dutch Fiber. <u>Met andere woorden, T-Mobile is door de toezeggingen in staat om op alle glasvezelnetwerken van KPN</u>*

<u>dezelfde retailprijzen en snelheden te hanteren als op de glasvezelnetwerken van haar eigen netwerkpartners</u>. Dit adresseert de risico's zoals omschreven in randnummers 64 tot en met 77."

Die aanname dat de KPN-taks afgeschaft zou kunnen worden als gevolg van de toezeggingen[92] lijkt dus een doorslaggevende reden voor de ACM geweest te zijn om akkoord te kunnen gaan met de toezeggingen en lijkt ook bepalend geweest te zijn voor het vermeende voordeel van EUR 200 miljoen. Uit de in Hoofdstuk 4 besproken omissies volgt dat de KPN-taks niet afgeschaft zal worden omdat de wholesaletarieven en bijbehorende voorwaarden uit het Ontwerp TZB hier simpelweg de ruimte niet voor bieden. XXX. Daar is onder andere uitgewerkt dat dat geldt als gevolg van de door de toezeggingen geïntroduceerde backhaul- en verkeersopslag (Omissie 1), bandbreedtetoeslag bij > 1 Gbps (Omissie 2), de hogere CPI-correctie bij VULA PON en WBT lokaal dan bij ODF (Omissie 4) en het feit dat de tarieven van WBT lokaal hoger zijn dan de equivalente VULA PON-diensten (Glaspoort-taks; Omissie 4).

De ACM heeft gezien het bovenstaande dus onjuiste informatie in het model gestopt, zodat de uitkomsten evenzo onjuist zijn. Een genuanceerde input zou betekenen dat er geen ruimte is voor een tariefverlagingen van T-Mobile, als daar überhaupt als sprake van zou kunnen zijn en dus geen positieve welvaartseffecten op basis van dit Ontwerp TZB.

<u>Onjuiste aanname 2</u>: andere aanbieders zullen evenmin hun retailaanbiedingen gaan verlagingen

Hoewel T-Mobile uiteraard niet weet of kan voorspellen wat de tariefontwikkeling van andere aanbieders dan zijzelf zal zijn, leidt zij uit het model af dat van T-Mobile (als grootste alternatieve aanbieder naast KPN en VZ) en vanwege de vermeend grootste prijsdaling van maar liefst 24,1% een zodanig grote prijsdruk uitoefent dan andere aanbieders hun prijzen ook zullen verlagen.

Er is – aldus ACM - sprake van een soort vliegwiel-effect. Nu uit Onjuiste aanname 1 volgt dát T-Mobile's tarieven als gevolg van de voorgestelde tariefverlagingen nooit in zulke mate zullen kunnen dalen (als ze dat überhaupt al zouden doen), ontstaat ook die vermeende prijsdruk niet. Dat betekent dat ook andere aanbieders dus niet zullen volgen met dergelijke (significante) tariefsverlagingen op retailniveau zoals de ACM die ziet. De welvaartswinst verdampt daardoor als sneeuw voor de zon.

Overigens geldt dat andere aanbieders T-Mobile's tarieven überhaupt niet hoeven te volgen. Online.nl – de andere partij die haar tarieven flink zou laten dalen volgens de ACM – heeft geen zelfstandige incentives om als gevolg van de toezeggingen haar eigen tarieven te laten dalen. Online.nl neemt immers geen van de wholesalediensten af die onder de scope van de toezegging valt en zal dat naar mag worden aangenomen ook niet gaan doen gezien haar huidige marktaandeel en concurrentiekracht ten opzichte van benodigde investeringen. Voor kleine aanbieders als Online.nl is er ook geen positieve business case om zelf grootschalig ODF of VULA (FttH en PON) af te gaan nemen. Zij zien zich dus gedwongen WBT af te blijven nemen met relatief hoge wholesaleprijzen. Als gevolg hiervan zullen zij geen ruimte hebben hun retailprijzen te verlagen. Te meer geldt dit nu WBT van KPN geen onderwerp is van de toezeggingen. Daar heeft KPN dus ruimte voor margesqueeze. Dergelijke partijen zullen evenmin de mogelijkheid hebben om WBT bij T-Mobile af te nemen.

[92] Zie rn. 126: "*ACM constateert dat de door KPN toegezegde VULA-PON tarieven T-Mobile een positieve business case geven om op alle glasvezelnetwerken van KPN op alle snelheden duurzaam te concurreren*".

De ACM gaat er in met model overigens wel vanuit dat T-Mobile zelf wholesale-diensten zal aanbieden maar dat is hoogst twijfelachtig. De ACM heeft dit bovendien ook niet geverifieerd bij T-Mobile. KPN zal wat haar WBT-aanbod betreft dus ook niet worden gedisciplineerd omdat er geen serieus concurrerend WBT-aanbod van concurrenten als T-Mobile in de markt zal komen.

Onjuiste aanname 3: ook de gemiddelde downloadsnelheid zal niet stijgen op de wijze die ACM voorspelt

Deze onjuiste aanname volgt rechtstreeks uit Onjuiste aannames 1 en 2 en vereist nauwelijks toelichting. De consument wordt niet verleid met lager geprijsde aanbiedingen en zal zijn *willingness to pay* niet uitdrukken in de aanschaf van abonnementsvormen met hogere bandbreedtes. Hij/zij kan zijn geld maar 1x uitgeven en blijft dus bij abonnementen die bij zijn (niet gewijzigde) budget passen. Geen noemenswaardig hogere downloadsnelheden dus; hoogstens omdat KPN en VZ – die geen last hebben van de impact op de wholesaletarieven – hun snelheid verhogen. Dat (exogene) gevolg kan echter nimmer de verwachte welvaartswinst verklaren, waarbij geldt dat de incentive voor KPN en VZ om snelheden te verhogen suboptimaal is, aangezien de concurrentiekracht van alternatieve aanbieders ongewijzigd minimaal blijft.

Conclusie onjuiste aannames als gevolg van incorrecte input in het model

Daarmee eindigt wat T-Mobile betreft het hele verhaal al. Geen (noemenswaardige) wholesale- of retailtariefdalingen (eerder tariefstijgingen) ten opzichte van de situatie zonder toezeggingsbesluit. De KPN-taks blijft in stand, gaat omhoog en zal onvermijdelijk worden uitgebreid met een Glaspoort-taks. De EUR 200 miljoen aan jaarlijkse besparingen voor de consument, zal zich dus niet voordoen.

Overigens gaat de ACM wat betreft de vermeende prijsdruk die uit zou gaan van de verlaging van de retailtarieven van T-Mobile (met 24,1%) ook uit van onjuiste veronderstellingen. De ACM komt in het eerder geciteerde rn. 126 tot de conclusie dat het (enige) effect van de wholesale tariefdalingen zal zijn dat T-Mobile de thans bestaande KPN-taks niet langer hoeft door te berekenen en in het gehele land uniforme tarieven kan hanteren. Dat dit niet het geval zal zijn heeft T-Mobile hierboven al toegelicht en illustreert ook de *Tariff Analysis* zoals opgenomen in Bijlage 4 duidelijk.

Maar zelfs als dat wel zo die KPN-taks wel afgeschaft worden, dan leidt dat niet tot noemenswaardige extra prijsdruk. Hoogstens zou T-Mobile dan in de gebieden waar T-Mobile nu in feite geen enkele prijsdruk kan uitoefenen in dezelfde positie komen ten opzichte van KPN en VZ als in de ODF-gebieden van KPN. Wat daar verder van zij, de retailtarieven van T-Mobile zúllen niet dalen en het welvaartsvoordeel zal zich dus ook niet voordoen. Hier roept T-Mobile ook de op 31 augustus 2020 met de ACM gedeelde presentatie “Economic viability of wholesale agreements with KPN” in herinnering:

XXX

Om daadwerkelijk effect te sorteren, moet de regulering T-Mobile dus niet alleen in staat stellen om de tarieven van KPN te matchen, zij moet op basis daarvan ruim onder de tarieven van KPN kunnen aanbieden. Pas dán zal er meer concurrentie zijn en er welvaartsvoordeel ontstaan. Dat is nu geenszins het geval.

6.3 Onvolledigheden en onjuistheden in het model zelf

Een economisch model is uiteraard altijd een simplificatie van de werkelijkheid en is afhankelijk van een kwalitatief goede dataset. Echter schiet het model ook wat deze punten betreft te kort.

T-Mobile verwijst ter toelichting naar Hoofstuk 6 van het rapport van RBB. RBB wijst, samengevat, op het volgende:

> *(i) Een inherent gevolg van de modelkeuze is dat strategisch gedag niet kan worden gemodelleerd. Terwijl het juist de strategische gedragingen van KPN zijn die een drukkende invloed hebben op de welvaartseffecten. KPN's voorgelegde toegangstarief is om strategische redenen voorgelegd (vermijden van regulering), met als achterliggende doelstelling dat concurrenten (binnen de reikwijdte van wat de ACM zou kunnen accepteren) zo min mogelijk concurrentieruimte zal worden geboden. Dat strategische aspect komt ook terug in de nauwelijks aanwezige waarborgen ter zake van nieuwe snelle diensten (zoals de ineffectieve internet-only gebaseerde prijsnorm), de diverse (niet gemodelleerde) verborgen kosten (backhaul, inflatiecorrectie zonder onderliggende kostenreflectie), de afwezigheid van kopertoezeggingen etc. etc. Dergelijke strategische aspecten en mogelijk ander strategisch gedrag (waartoe KPN zonder meer prikkels heeft) hebben hoe dan ook een drukkend effect op het welvaartsvoordeel. Zie verder par. 6.3 RBB.*
>
> *(ii) De geschiktheid van de dataset (2020) om een voorspelling te doen over de situatie 2026 staat niet vast. Zie par. 6.4.1 RBB. T-Mobile wijst er hierbij op dat vooral het feit dat er in 2020 nog geen 1 Gbps-proposities aangeboden werden tot een cruciaal gebrek leidt: dat betekent namelijk dat snelheden hoger dan 1 Gbps niet in het model zijn meegenomen. Terwijl het evident is dat consumenten (zeker in 2026!) die snelheden verlangen. En juist bij die hoge(re)*

snelheden (1 Gbps en hoger) manifesteren de mededingingsproblemen zich het sterkst. Juist die proposities kan T-Mobile (noch andere toegangszoekers) niet matchen o.m. van duidelijke margesqueezes.

(iii) De substitutie is zeer eenvoudig gemodelleerd met mogelijk als gevolg te positieve uitkomsten. Zie par 6.4.2 RBB.

(iv) Het model doet geen recht aan hoe feitelijk de concurrentie verloopt in een markt zoals deze nu is. Te eenvoudig neemt de ACM aan dat zich prijsdalingen zullen voordoen. Zie RBB par. 6.4.3.

(v) Potentiële verandering van consumentenvoorkeuren (bijvoorbeeld behoefte aan hogere snelheden) worden genegeerd. Zie RBB 6.4.4.

(vi) Het model is statisch en vergelijkt twee evenwichtssituaties met elkaar (situatie 2026 met vs. zonder toezegging). Geen aandacht is er daarbij voor langere termijndoelstellingen. Bijvoorbeeld: wholesaleprijsverlagingen niet 1-op-1 doorgeven aan consument maar tevens investeren voor de langere termijn. Dit leidt tot een te positieve voorstelling van zaken. Zie par. 6.4.5 RBB.

(vii) Zeer beperkte robuustheidscheck. Zie par. 6.4.6 RBB.

Los van het bovenstaande wordt nog gewezen op het feit dat de ACM in het kader van dit model uitgaat van de onjuiste premisse dat er voor T-Mobile een business case bestaat voor het leveren van wholesaledienstenn, met als gevolg dat (kleinere) alternatieve aanbieders ook zullen profiteren van de tariefverlagingen van KPN/Glaspoort (wat dan weer een hogere prijsdruk en uiteindelijk meer voordeel voor de consument als gevolg heeft). Die aanname is om verschillende redenen onjuist, zie daarvoor ook Hoofdstukken 3 en 4. Voor T-Mobile is het op basis van de voorgelegde tarieven in het Ontwerp TZB niet realistisch om serieuze wholesaleaanbiedingen te doen aan consumer ISP's., nog los van de investeringen die zij dus moet doen om op de KPN netwerken wholesaletoegang ten behoeve van consumer ISP's te bieden. De business case daarvoor ontbreekt als gevolg van de geschetste problemen in Hoofdstuk 3 en 4. Los daarvan had ACM moeten checken bij T-Mobile of zij hier überhaupt voor zou open staan. Dat andere partijen profiteren van de voorgestelde tariefverlagingen is dus onwaarschijnlijk: voor hen bestaat vanwege hun schaal/marktaandeel immers evenmin een zelfstandige business case voor uitrol op basis van ODF/VULA PON.

7. COMMUNICATIE MET KPN

Uit de voorgaande hoofdstukken wordt duidelijk dat aan de aan de ACM voorgelegde wholesaletarieven belangrijke bezwaren kleven. De aanname dat sprake zou zijn van significante verlagingen is aantoonbaar onjuist. Daarnaast is sprake van veel vragen, onduidelijkheden en open eindjes.

T-Mobile heeft aan KPN meer duidelijkheid gevraagd omtrent de dienstverlening in het licht van de voorgelegde tarieven te verkrijgen.

Zo heeft T-Mobile op 24 april jl. een twintigtal vragen aan KPN gesteld. In het bijzonder betrof het de volgende onderwerpen:

- De 'verborgen kosten' voor backhaul;
- De vraag waarom het KPN ODF-tarief zoveel boven de tarieven van andere aanbieders ligt;
- De vraag of in geval de ACM een finaal toezeggingsbesluit zou nemen, de tarieven dan automatisch zouden gaan gelden;
- Wat de verdeling tussen KPN en Glaspoort zal zijn bij de verdere verglazing tot 2026;
- Of VULA wide open tegen een flat rate wordt aangeboden;
- Of een andere indexatie dan CPI bespreekbaar is, nu CPI losstaat van KPN's werkelijke kostenstijgingen;
- Of de 'internet only'-beperking inzake de tariefsetting betekent dat KPN bij bundelaanbiedingen niet beperkt is;
- De problemen omtrent de koperuitfasering.

KPN heeft de vragen van T-Mobile op 10 mei jl. beantwoord. T-Mobile legt de vragen van T-Mobile (in zwart) en de antwoorden van KPN (in rood) hierbij over als Bijlage 7.

De antwoorden van KPN illustreren en bevestigen de problemen die T-Mobile in de voorgaande hoofdstukken heeft omschreven. Kort gezegd:

- Bestaat bij KPN en Glaspoort geen enkele bereidheid om te spreken over aanpassingen van de "toezeggingen".
- KPN weigert op veel vragen in te gaan. O.a. gaat het om de vraag aan KPN om uit te leggen waarom haar ODF-tarieven zoveel hoger zijn dan die van andere ODF-aanbieders. Evenmin wil KPN inzicht geven over wat de verdeling zal worden tussen KPN en Glaspoort wat betreft nieuwe glasgebieden.
- Ook weigert KPN in feite in te gaan op (vrijwel) alle vragen omtrent de koperproblematiek, en wijst KPN erop dat 'koper' geen onderdeel is van de aangevraagde toezegging, dan wel verwijst zijn naar eerdere correspondentie, zonder te noemen welke.
- KPN geeft uitdrukkelijk aan dat na een evt. finaal toezeggingsbesluit de tarieven niet automatisch gaan gelden, maar dat T-Mobile "tijdig" daarvoor moet "opteren". Als T-Mobile dat niet of niet tijdig doet, zo stelt KPN in feite, heeft zij überhaupt geen aanspraak meer op die lagere tarieven. Ook volgt uit de conversaties met KPN dat T-Mobile, om aanspraak te maken op die tarieven, ook (nadere of nieuwe) contracten moet tekenen:

alle andere voorwaarden dienen daarbij klaarblijkelijk maar gewoon te worden geaccepteerd.

- KPN geeft aan dat VULA niet wide open (tegen een flat rate) wordt geleverd, en lijkt kunstmatig een onderscheid te willen maken tussen wide open-variante en flat rate. Terwijl het nationaal en internationaal standaard is aangenomen dat VULA-diensten wide open en tegen een flat rate worden aangeboden, e.e.a. conform de definitie van de Commissie in de Aanbeveling relevante markten (2014).
- KPN heeft zonder meer erkend dat de aan internet-only-diensten gekoppelde tariefsetting-beperking voor nieuwe (snelle) diensten, KPN niet beperkt in het aanbieden van dergelijke nieuwe snelle diensten in bundels.
- KPN acht de indexatiegrondslag (CPI) niet bespreekbaar.

Ook ten aanzien van andere gestelde vragen valt op dat KPN defensief antwoordt en weinig bereidheid toont voor verduidelijking of bespreekbaarheid. Dit alles onderstreept de problemen met het voorgelegde aanbod in de breedste zin. Te meer is dit nijpend, nu (zoals aangegeven) het in geval van een definitief toezeggingsbesluit niet mogelijk zal zijn om punten waarmee afnemers het niet eens zijn via geschilbeslechting aan de ACM voor te leggen; zelfs voor verduidelijkingen op onduidelijke punten bestaan geen waarborgen. Bovendien illustreert KPN's attitude eens te meer het levensgrote probleem van de koperuitfasering. KPN houdt wat de in dat verband opgeworpen punten grotendeels de deur gesloten.

T-Mobile gaat KPN nog een aantal aanvullende vragen stellen ter validatie van een aantal inzichten. Relevante updates zal T-Mobile met de ACM delen.

8. CONCLUSIE

T-Mobile concludeert dat het Ontwerp TZB de mededingingsproblemen niet of onvoldoende remedieert. Het positieve welvaartseffect van EUR 200 miljoen wordt bij lange na niet gerealiseerd en in plaats daarvan dreigt de mededinging, die als gevolg van de mededingingsbeperkende gedragingen van KPN sinds de vernietiging van het WFA-besluit toch al verder onder druk is komen te staan, gedurende de (lange) looptijd van het Ontwerp TZB verder te worden ondermijnd.

Artikel 12h Instellingswet ACM is – zoals toegelicht in Hoofdstuk 2 van deze zienswijze – wat T-Mobile betreft niet de juiste juridische grondslag om remedies op te leggen en vormt al helemaal geen reden om de AMM-analyse te vertragen of geen AMM-besluit te nemen.

De toezegging van KPN kan in deze vorm dan hoe dan ook niet worden toegewezen. Primair meent T-Mobile dan ook dat de aanvraag van KPN zoals deze er nu ligt, dient te worden afgewezen. Tegelijkertijd bestaat er een urgentie om snel tot ingrijpen in de markt te komen. In de huidige situatie is de concurrentie ernstig belemmerd en is – uiteindelijk – de consument onnodig slecht af. De DESI-rapporten spreken in dat opzicht boekdelen.

Effectieve en snelle besluitvorming van de ACM is dus hoogst nodig want de mededingingsproblemen duren voort en worden groter, en T-Mobile wacht na indiening van haar reguleringsverzoeken bij de ACM inmiddels al bijna anderhalf jaar op een besluit. In dat verband geldt het volgende. Om de marktproblemen in het Ontwerp TZB en de aanvullende mededingingsproblemen te remediëren, zullen (zoals toegelicht in de Hoofdstukken 4 en 5 van deze zienswijze) minimaal de volgende (aanvullende) remedies moeten worden opgelegd:

i) De verplichting voor KPN/Glaspoort om redelijke en toekomstvaste vormen van toegang aan te bieden tegen redelijke voorwaarden, die zo nodig kunnen worden aangepast indien de marktontwikkelingen of gedragingen van KPN/Glaspoort daartoe aanleiding geven. Dit betekent ook dat verleende toegang niet eenzijdig door KPN mag worden beëindigd. Waarborgen indien KPN toegangsdiensten wenst uit te faseren zoals gebruikelijk in AMM-besluiten kunnen niet worden gemist.

ii) Een brede non-discriminatie verplichting, ook tussen KPN's eigen retailafdeling en externe wholesaleafnemers, zowel wat betreft de inhoud en kenmerken van het toegangsaanbod als wat betreft de informatieverstrekking.

iii) Een transparantieverplichting en de verplichting om een referentieaanbod te publiceren.

iv) Tariefregulering, waarbij maximumtarieven worden vastgesteld:

   a. op basis van kostenoriëntatie aangezien dit de enige manier is om daadwerkelijk de mededinging en de eindgebruikersbelangen te bevorderen; en

   b. En op zodanige wijze dat in ieder geval de eerdergenoemde knelpunten worden opgelost:

Ten aanzien van ODF access:

1. Automatische en daadwerkelijke verlaging van het ODF-tarief naar het (kostengeoriënteerde) niveau van range xx EUR – zie onder 4 hierna en de verwijzing naar slide 9 van de *Benchmark Analysis* (Bijlage 3) aldaar – per direct en waarbij rekening wordt gehouden met hogere bezetting doordat een serieuze bezettingsgraadkorting toegevoegd wordt aan de toezeggingen in lijn met eerdere KPN ODF kortingspercentages'.
2. Verduidelijking dat conform uitspraken van KPN ODF-backhaul gratis wordt en blijft worden aangeboden;
3. Waarborgen dat indexatie beperkt blijft tot maximaal de werkelijk gestegen kosten.

Ten aanzien van VULA PON—en WBT lokaal-tarieven:

4. Automatische en daadwerkelijke verlaging van de all-in tarief tarieven naar range xx EUR per direct voor beide snelheden op KPN en op Glaspoort, waarbij rekening wordt gehouden met hogere bezetting doordat een serieuze bezettingsgraad korting toegevoegd wordt aan de toezeggingen in lijn met eerdere KPN ODF kortingspercentages. Zie slide 9 van de *Benchmark Analysis* (Bijlage 3) waarin beide bedragen worden onderbouwd, hierna deels weergegeven:

XXX

5. Elimineren van Elimineren van nieuwe en additionele virtuele backhaulkosten (OAP);
6. Voor de bepaling van het transporttarief dient te worden uitgegaan van een realistisch verkeersprofiel op basis van uitsluitend glas en niet een combinatie glas/koper. Dat betekent dat het huidige transporttarief naar beneden zal moeten bijgesteld en in ieder geval niet kan stijgen.
7. Geen opslag voor hogere bandbreedteproducten die geen verband houden met daadwerkelijke extra of hogere kosten ten behoeve van hogere bandbreedte.
8. Geen mogelijkheid voor KPN om VULA PON en WBT lokaal-aanbiedingen naar eigen inzicht te schrappen en te vervangen door duurdere diensten
9. Indexatie gelijktrekken met de methode voor ODF en waarborgen dat deze beperkt blijft tot maximaal de werkelijk gestegen kosten. De gestegen consumentenprijsindex is wat dat betreft niet geschikt want is niet representatief voor door KPN gemaakte kosten voor wholesaletoegang.

10. Voorkomen dat KPN en Glaspoort nieuwe glasvezelgebieden strategisch verdelen, zodat afnemers gedwongen worden om zonder onderliggende kostenrechtvaardiging het duurdere WBT-lokaal van Glaspoort af te nemen. Dit betekent dat ofwel de Glaspoort-footprint wordt vastgeklikt ter voorkoming van strategisch gedrag, of wel dat gelijke tarieven worden opgelegd voor de KPN en Glaspoort-footprint, hetgeen ook logisch zou zijn gezien de significant lagere cost of capital van Glaspoort.

v) Verplichte margesqueezetoets

vi) Regulering van de koperuitfasering, met de in AMM-besluiten gebruikelijke redelijke uitfaseringsvoorschriften. Daarbij hoort ook een migratietarief voor alle diensten gedurende een redelijke termijn, en wel 36 maanden na EOL het huidige kopertarief, zodat daadwerkelijk sprake is van een gelijkwaardig alternatief.

vii) Geschilbeslechting, mede geschikt om open normen in te vullen en een loyale uitvoering door KPN van de remedies te kunnen borgen.

T-Mobile concludeert aldus dat het Ontwerp TZB in de huidige vorm niet verbindend dient te worden verklaard. In plaats daarvan dienen alsnog de hiervoor genoemde remedies aan KPN te worden opgelegd met betrekking tot de toegang tot het glasnetwerk en het kopernetwerk van KPN, en wel

- primair in de vorm van een AMM-besluit of,
- subsidiair, indien KPN haar toezeggingen dienovereenkomstig aanpast, in de vorm van een toezeggingsbesluit binnen het kader van een AMM-besluit op grond van artikel 6a.4^{e} van de Telecommunicatiewet,
- meer subsidiair, via een aangepaste toezegging in de zin van artikel 12h Instellingswet ACM, waarbij dan zou moeten worden voorzien in een vrijwillige acceptatie van de geschilbeslechting op grond van hoofdstuk 12 Tw.

***

BIJLAGENOVERZICHT
BIJ ZIENSWIJZE T-MOBILE INZAKE ONTWERP TZB D.D. 15 APRIL 2022

Bijlage 1 **Numerieke onderbouwing tariefsverlaging**

Op basis van de jaarlijkse Digital Economy and Society Index ("**DESI**") rapportage van de Europese Commissie wordt onderbouwd dat een veel hogere verlaging van de consumententarieven nodig is om Nederland in de middenmoot van de DESI-ranking te laten belanden.

Bijlage 2 **Overzicht stukken kort geding uitfasering kopernetwerk**

Overzicht van stukken uit de kort geding procedure met betrekking tot de uitfasering van het kopernetwerk door KPN.

Bijlage 3 **T-Mobile d.d. 28 mei 2022 'Zienswijze *TZB – Benchmark Analysis*'**

In dit document heeft T-Mobile de huidige en toegezegde tarieven en kortingsmechanismen voor de verschillende glasdiensten van KPN/Glaspoort gebenchmarkt tegen i) de tarieven van alternatieve aanbieders, ii) de tarieven die volgen uit een bottom-up kostprijsberekening en iii) de tarieven gehanteerd elders in West-Europa.

Bijlage 4 **T-Mobile d.d. 28 mei 2022 'Zienswijze *TZB – Tariff Analysis*'**

In dit document heeft T-Mobile berekend in hoeverre haar kosten voor inkoop van wholesalediensten daadwerkelijk dalen als gevolg van de toezeggingen tan aanzien van de ODF-, VULA PON- en WBT-lokaal-tarieven. Hierbij is niet alleen gekeken naar de maandelijkse lijntarieven, maar zijn ook de andere relevante kostenelementen meegenomen, waaronder de op grond van de toezeggingen toegestane indexeringen en bandbreedte- en verkeerstoeslagen.

Die daadwerkelijke impact is ook afgezet tegen de door de ACM geclaimde forse daling van de wholesaletarieven (voor T-Mobile).

Bijlage 5 **Rapportage DirectResearch d.d. 29 oktober 2021 'Propositie MultiGigabit'**

Uit deze rapportage volgt dat er – ook al op korte termijn – vraag is van consumenten naar een MultiGigabit aanbod, met name als dat wordt aangeboden tegen redelijke tarieven.

Bijlage 6 **Rapport RBB Economics 'ACM/22/177152 – Reactie op ontwerptoezeggingsbesluit' d.d. 27 mei 2022**

In dit rapport werkt RBB Economics vanuit een economisch perspectief uit van welke onjuiste aannames de ACM is uitgegaan en welke effecten dat heeft op de conclusies van de ACM, ook wat betreft de gestelde daling van de retailtarieven en consumentenbesparingen.

Daarbij wordt ook specifiek ingegaan op onjuistheden in het simulatiemodel dat de ACM heeft gebruikt om te bepalen wat de effecten van de toezeggingen zijn, als door de ACM met name

besproken in '*Annex C: Kwantitatief onderzoek naar de effecten van de toezeggingen op consumenten*' bij het Ontwerp TZB.

<u>Bijlage 7</u> **Vragenlijst T-Mobile en reactie KPN d.d. 10 mei 2022**

T-Mobile heeft op 29 april 2022 een vragenlijst toegestuurd aan KPN met daarin vragen over het toezeggingsaanbod. KPN heeft deze vragen op 10 mei 2022 beantwoord. De vragen van T-Mobile zijn weergegeven in het zwart en de antwoorden van KPN zijn door KPN zelf in het rood ingevoegd