

Marktanalyse Breedband

Ontbundelde toegang op wholesale-niveau

- Besluit -

Besluit betreffende het opleggen van verplichtingen voor ondernemingen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in hoofdstuk 6A van de Telecommunicatiewet



Den Haag, 19 december 2008
OPTA/AM/2008/202719
OPENBARE VERSIE

Inhoudsopgave

1	Inleiding en samenvatting	4
1.1	Inleiding	4
1.2	Hoofdpunten van het besluit	4
1.3	Advies NMa	7
2	Juridisch kader	8
2.1	Inleiding	8
2.2	De Europese regelgeving	9
2.3	De nationale regelgeving	12
2.4	De consultatie	16
3	Gehanteerde benadering bij de marktanalyses	19
3.1	Inleiding	19
3.2	Samenhang met het algemene mededingingsrecht	19
3.3	De bepaling van de relevante markten (marktdefinitie)	22
3.4	Het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht	30
3.5	Het opleggen van passende verplichtingen in het licht van de geconstateerde (potentiële) mededingingsproblemen en van de doelstellingen in de wet	32
3.6	Het intrekken van verplichtingen	39
4	Beschrijving van de gevolgde procedure	41
4.1	Betrokkenheid marktpartijen	41
4.2	Externe onderzoeken	43
4.3	Structurele monitoring markten	44
4.4	Andere bronnen	45
4.5	Advies NMa	45
4.6	Opmerkingen Europese Commissie	45
5	Leeswijzer	46
5.1	Inleiding	46
5.2	Regulering op grond van marktanalysebesluit 2005	46
5.3	Belangrijkste ontwikkelingen	47
5.4	Samenhang met andere marktanalyses	54
5.5	Stappenplan	55
6	Analyse van retailmarkt breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering	57
6.1	De relevante productmarkt	58
6.2	Relevante geografische markt	80
6.3	Conclusie marktafbakening breedbandinternettoegang	82
7	Dominantieanalyse van retailmarkt breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering	83
7.1	Huidige marktaandelen	84
7.2	Aard van de concurrentie	88
7.3	Controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur	92

7.4	Schaal- en breedtevoordelen	94
7.5	Een sterk ontwikkeld distributie en verkoopnetwerk	95
7.6	Product- en dienstendiversificatie	95
7.7	Conclusie omtrent AMM positie.....	99
8	Marktafbakening ontbundelde toegang.....	101
8.1	Inleiding.....	101
8.2	Uitgangspunten marktafbakening ontbundelde toegang	102
8.3	Productmarkt ontbundelde toegang	102
8.4	Onderliggende wholesale- en retailmarkten	106
8.5	Afbakening productmarkt	110
8.6	Afbakening geografische markt.....	126
8.7	Conclusie	128
9	Dominantieanalyse ontbundelde toegang.....	130
9.1	Inleiding.....	130
9.2	Marktaandeel	131
9.3	De controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur	132
9.4	Verticale integratie	134
9.5	Het ontbreken van kopersmacht die een tegenwicht kan vormen	135
9.6	Indirecte concurrentiedruk via de retailmarkten.....	136
9.7	Conclusie	136
10	Potentiële mededingingsproblemen ontbundelde toegang	138
10.1	Inleiding.....	138
10.2	Mededingingsproblemen op de markt voor ontbundelde toegang.....	139
10.3	Leveringsweigering/toegangsweigering	140
10.4	Niet-prijsgerelateerde mededingingsbeperkende gedragingen	141
10.5	Prijsgerelateerde mededingingsbeperkende gedragingen	147
10.6	Conclusie	151
11	Verplichtingen ontbundelde toegang	153
11.1	Inleiding.....	153
11.2	Prioritaire doelstelling van de regulering	154
11.3	Op te leggen passende verplichtingen	156
11.4	De verplichting tot het verlenen van toegang	159
11.5	De verplichting tot non-discriminatie	177
11.6	De transparantieplichting en het referentieaanbod.....	182
11.7	De verplichting tot tariefregulering.....	188
11.8	De verplichting tot gescheiden boekhouding.....	203
11.9	Conclusie	204
12	Effectentoets	206
12.1	Inleiding.....	206
12.2	Relatie met dominantie analyse en verplichtingen	207
12.3	De kosten van regulering	207
12.4	Statische markteffecten.....	208
12.5	Dynamische markteffecten.....	212
12.6	Overige effecten.....	213

12.7 Conclusie	213
13 Dictum	214
Annex 1 SDF-backhaul	223
Annex 2 Reactie NMa	240
Annex 3 ODF-backhaul	242
Annex 4 Nota van Bevindingen voor Ontbundelde toegang op wholesale- niveau	255
Annex 5 Opmerkingen Europese Commissie	370
Annex A Kostentoekening en financiële rapportages: algemeen	375
Annex B Kostentoekening en financiële rapportages: wholesale	385
Annex C Tariefregulering op basis van kostenoriëntatie	396

1 Inleiding en samenvatting

1.1 Inleiding

1. Op grond van hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) dient het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) bepaalde relevante markten in de elektronische communicatiesector te onderzoeken, teneinde vast te stellen of op die markten sprake is van daadwerkelijke concurrentie dan wel dat op de markten ondernemingen beschikken over aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM), op basis van een prospectieve analyse tot eind 2011. Aan de ondernemingen die beschikken over AMM legt het college passende verplichtingen op.
2. Het besluit betreft de markt voor (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesale niveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie (hierna: de markt voor ontbundelde toegang op wholesale niveau).
3. Als zodanig is dit besluit gebaseerd op het op 15 juli 2008 ter nationale consultatie voorgelegde (voor)ontwerpbesluit.¹ Naar aanleiding van de nationale consultatie zijn de door het college besloten aanpassingen – zoals neergelegd in het document “Nota van Bevindingen voor Ontbundelde toegang op wholesaleniveau” (hierna: Nota van Bevindingen) – in dit document opgenomen. Waar onderhavig besluit afwijkt van het ontwerpbesluit wordt dit aangegeven in een voetnoot waarin wordt verwezen naar de relevante passage in de Nota van Bevindingen, die als Annex 4 bij dit document is gevoegd. Tot slot is in Annex 5 bij onderhavig document de reactie van de Europese Commissie, naar aanleiding van de notificatie, opgenomen. Van andere lidstaten is geen reactie ontvangen.
4. In het besluit wordt KPN² verplicht om ontbundelde toegang (gedeeld of volledig ontbundeld) op het niveau van de hoofdverdeler (MDF-access), het niveau van het subnetwerk (SDF-access) en op het niveau van de optische verdeler (ODF-access) te leveren. Dit biedt alternatieve aanbieders de mogelijkheid om aan eindgebruikers verschillende retaildiensten aan te bieden.

1.2 Hoofdpunten van het besluit

5. In deze marktanalyse speelt een belangrijke rol dat KPN eind 2005 bekend maakte haar netwerk de komende jaren te willen migreren naar een zogenaamd ‘Next Generation Network’. KPN noemt deze operatie ‘All-IP’. Met All-IP vervangt KPN haar huidige netwerk, dat bestaat uit

¹ Kenmerk: OPTA/AM/2008/201535.

² Overall waar in dit besluit “KPN” wordt vermeld dient hieronder te worden verstaan: “Koninklijke KPN N.V., haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 Burgerlijk Wetboek, alsmede Reggefiber Group B.V., waarin KPN N.V. gezamenlijke zeggenschap heeft (hierna ‘KPN’), voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk”.

(deels) aparte netwerken voor (mobiele of vaste) telefonie, huurlijnen, datacommunicatiediensten en internetdiensten door één geïntegreerd breedbandig IP-netwerk.

6. All-IP heeft ondermeer betrekking op het vervangen van een deel van het huidige koperen aansluitnetwerk door glasvezel. Door glasvezel dichterbij de eindgebruiker te brengen is het mogelijk om via het resterend deel van het koperen aansluitnetwerk hogere snelheden te leveren aan eindgebruikers. Om dit mogelijk te maken verplaatst KPN tevens de actieve apparatuur waarmee aan andere aanbieders breedbandige toegang wordt geleverd over de aansluitlijn van de MDF-locaties naar de straatkasten. In de uiteindelijke situatie zullen de MDF-locaties uitgefaseerd worden en moeten huidige aanbieders adequaat worden gemigreerd. Overigens heeft KPN aangegeven in een aantal gebieden mogelijk direct over te gaan op dienstverlening op basis van Fiber-to-the-Home. Dit betekent dat glasvezel tot aan de huisaansluiting van de eindgebruiker wordt gebracht waardoor nog hogere snelheden mogelijk zijn.

7. De relevante productmarkt voor ontbundelde toegang op wholesale niveau omvat zowel het koperen aansluitnetwerk van KPN alsmede de glasvezelaansluitnetwerken. De relevante geografische markt is nationaal en omvat dus geheel Nederland.

8. Op de markt voor ontbundelde toegang via het koperen aansluitnetwerk is alleen KPN actief. Op dit moment wordt nog nauwelijks ontbundelde toegang op bestaande glasvezelaansluitnetwerken door aanbieders afgenomen. Het college stelt op grond van de dominantieanalyse vast dat KPN over AMM beschikt op de markt voor ontbundelde toegang op wholesale niveau. Als gevolg van de dominante positie van KPN op deze markt kunnen de volgende mededingingsbeperkende gedragingen zich voordoen:

- toegangsgelateerde mededingingsproblemen, zoals leveringsweigering/toegangswegering, strategisch gebruik van informatie, vertragingstactieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, strategisch productontwerp en bundeling/koppelverkoop.
- prijsgerelateerde mededingingsproblemen, zoals prijsdiscriminatie, marge-uitholling en buitensporig hoge prijzen.

9. Het college is van mening dat een situatie van duurzame concurrentie het best kan worden bereikt door, daar waar mogelijk, in de keuze van verplichtingen voorrang te geven aan maatregelen die infrastructuurconcurrentie bevorderen. Dit betekent dat het college de voorkeur geeft aan toegangsdiensten die marktpartijen nog zoveel mogelijk een prikkel tot investeren in eigen infrastructuur geven.

10. Ter voorkoming van de geconstateerde mededingingsbeperkende gedragingen en met het oog op het doel van de regulering, legt het college KPN op de markt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau de volgende verplichtingen op:

- De verplichting te voldoen aan redelijke verzoeken tot ontbundelde toegang (gedeeld of volledig ontbundeld) en bijbehorende faciliteiten tot het koperen aansluitnetwerk (MDF-access

en SDF-access) en het glasvezelaansluitnetwerk (ODF-access) oftewel tot het aansluitnetwerk;

- De verplichting tot non-discriminatie: de verplichting om ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN onder gelijke omstandigheden gelijke voorwaarden hanteert ten aanzien van leveringen aan externe afnemers als die voorwaarden die zij hanteert bij de levering aan haarzelf.
- De verplichting tot transparantie: het referentieaanbod dient te zijn opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang tot het aansluitnetwerk en dient voldoende kenbaar te maken welke tarieven en andere voorwaarden KPN hanteert voor haar wholesale afnemers;
- De verplichting tot tariefregulering: ten aanzien van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten is KPN gehouden aan kostenoriëntatie, waarbij een meerjarige wholesale price cap van toepassing is. Ten aanzien van ontbundelde toegang tot het glazen aansluitnet en bijbehorende faciliteiten geldt op grond van dit besluit voor KPN tevens een tariefverplichting.

11. De belangrijkste veranderingen in dit besluit ten opzichte van het marktanalysebesluit inzake ontbundelde toegang op wholesale niveau uit 2005 zijn als volgt:

- Een ruimere marktafbakening. Ontbundelde toegang via koper (MDF-access en SDF-access) behoort tot dezelfde relevante markt als ontbundelde toegang via glasvezel (ODF-access);
- Vanwege de voorgenomen uitfasering van KPN van MDF-access legt het college aan KPN voorwaarden op die KPN in het kader van de uitfasering van MDF-access en migratie van afnemers naar alternatieven in acht dient te nemen, indien zij wenst over te gaan tot intrekking van reeds verleende toegang tot faciliteiten op de betreffende locatie. De randvoorwaarden hebben tot doel om zeker te stellen dat de migratie naar één van de andere vormen van toegang (SDF-access, ODF-access en wholesale breedbandtoegang) kan plaatsvinden op een wijze die recht doet aan de belangen van zowel KPN als afnemers van MDF-access.

Onderliggende retailmarkten

12. In dit besluit heeft het college de retailmarkt voor breedbandinternettoegang onderzocht. De relevante markt voor breedbandinternettoegang omvat de dienst breedbandinternettoegang via DSL-, kabel- en glasvezelnetwerken. De relevante geografische markt is nationaal. De belangrijkste verandering ten opzichte van de retailanalyse breedbandinternettoegang uit 2005 is dat tevens breedbandinternettoegang via glasvezelaansluitnetwerken tot de relevante productmarkt wordt gerekend.

13. Het college stelt op grond van een dominantieanalyse vast dat in afwezigheid van wholesale regulering er een risico is dat KPN beschikt over AMM op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang. In afwezigheid van wholesale toegang zal de concurrentie zich afspelen tussen verticaal geïntegreerde aanbieders (KPN, de regionale kabelaanbieders en lokale aanbieders van diensten over glasvezel).

14. Het college heeft in het marktanalysebesluit vaste telefonie tevens vastgesteld dat in afwezigheid van wholesale regulering er een risico is dat KPN beschikt over AMM op de retailmarkten voor zakelijke en residentiële vaste telefonie. In het huurlijnenbesluit heeft het college vastgesteld dat in afwezigheid van wholesale regulering er een risico is dat KPN beschikt over AMM op de retailmarkt voor laagcapacitaire huurlijnen.

1.3 Advies NMa

15. De Raad deelt de conclusie van het college dat er sprake is van een relevante nationale wholesalemarkt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau. Tevens deelt de Raad de conclusie van het college dat KPN beschikt over een AMM op deze markt.

2 Juridisch kader

2.1 Inleiding

16. Het college neemt het onderhavige besluit op grond van de bepalingen van hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet.³ Daarbij wordt uitvoering gegeven aan het juridisch kader zoals dat ook op Europees niveau door de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement en de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Commissie) is vormgegeven.

17. Het Europese kader wordt onder meer gevormd door een vijftal harmonisatierichtlijnen, waarvan de zogenaamde kaderrichtlijn de kaders bevat voor de regelgeving voor elektronische communicatie.⁴ Daarbij spelen de door de Europese regelgever beoogde doelstellingen van harmonisatie en rechtszekerheid een belangrijke rol. Op grond van de artikelen 15 en 16 van de kaderrichtlijn dient het college dan ook zowel bij de marktdefinitie als bij de marktanalyse rekening te houden met het daartoe door de Commissie ontwikkelde beleid. De Commissie heeft het Europese reguleringskader nader uitgewerkt in richtsnoeren en een aanbeveling. Voorts dient het college rekening te houden met het door de European Regulators Group (hierna: ERG), waarin het college zitting heeft, opgestelde “ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”, alsmede de herziening daarvan van mei 2006 (hierna: Common Position).⁵ Hierna wordt in paragraaf 2.2 dit Europese kader nader uitgewerkt en toegelicht.

18. De Telecommunicatiewet, en in het bijzonder de bepalingen van hoofdstuk 6a daarvan, vormt voor een belangrijk deel de implementatie van dit Europese regelgevingskader. In dit hoofdstuk is uitgewerkt hoe het college achtereenvolgens markten definieert, analyseert en verplichtingen oplegt. In paragraaf 2.3 van dit besluit wordt dit nationale regelgevingskader verder uitgewerkt en toegelicht, waarbij tevens kort wordt ingegaan op de beleidsregels van de Minister van Economische Zaken. De door het college gehanteerde benadering bij de totstandbrenging van dit besluit en de uitwerking van de hiervoor genoemde stappen is in algemene zin verder uitgewerkt in hoofdstuk 3 van dit besluit.

19. Ten slotte wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de voor de totstandkoming van het hier relevante besluit te volgen procedure, zoals beschreven in hoofdstuk 6b van de Tw, waarbij zowel de nationale consultatie als de Europese consultatie en notificatie kort worden beschreven (paragraaf 2.4). Het college werkt het verloop van de procedure van het onderhavige besluit nader uit in hoofdstuk 4.

³ Stb. 2004, 189, inwerking getreden op 19 mei 2004, Stb 2004, 207.

⁴ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevend kader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), PbEG L 108/33 van 24 april 2002.

⁵ ERG, “Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”, ERG(03)30rev1, April 2004 en “Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework”, Final version, May 2006.

2.2 De Europese regelgeving

20. Zoals hiervoor aangegeven wordt het Europese kader onder meer gevormd door een vijftal harmonisatierichtlijnen, te weten:

- Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn), PbEG L 108/51 van 24 april 2002;
- Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn), PbEG L 108/21 van 24 april 2002;
- Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevend kader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), PbEG L 108/33 van 24 april 2002;
- Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn), PbEG L 108/51 van 24 april 2002; en
- Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), PbEG L 201/37 van 31 juli 2002.

21. De kaderrichtlijn bevat onder meer regels met betrekking tot de nationale regelgevende instanties, zoals het college en de wijze waarop zij met elkaar en met de Commissie samenwerken. Daarnaast is in deze richtlijn de procedure terzake van de marktdefinitie en de marktanalyse uitgewerkt. De verplichtingen die aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht worden opgelegd zijn uitgewerkt in de toegangsrichtlijn.

22. Bij de te volgen procedures voor respectievelijk de marktdefinitie en de marktanalyse dienen de nationale regelgevende instanties onder meer rekening te houden met de aanbeveling en de richtsnoeren van de Commissie. Daarnaast zullen zij ingevolge de artikelen 8, derde lid, onder d, en 7, tweede lid, van de kaderrichtlijn rekening houden met de door de ERG opgestelde Common Position.⁶

23. Hierna volgt een korte samenvatting van deze documenten. Voor een meer concrete uitwerking van de toepassing ervan door het college bij de totstandbrenging van de besluiten wordt verwezen naar hoofdstuk 3.

2.2.1 Richtsnoeren

24. Krachtens artikel 15, tweede lid, van de kaderrichtlijn heeft de Commissie richtsnoeren gepubliceerd voor de marktanalyse en de beoordeling van Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) (hierna:

⁶ Zie voetnoot 5.

richtsnoeren).⁷ In de richtsnoeren worden de beginselen geformuleerd die de nationale regelgevende instanties dienen toe te passen bij de analyse van de markten en daadwerkelijke mededinging in het bestek van het nieuwe regelgevingskader.⁸

25. Volgens de Commissie dienen de richtsnoeren als gids voor de nationale regelgevende instanties bij de uitoefening van hun nieuwe bevoegdheden bij het bepalen van de relevante markten en het beoordelen van AMM.⁹ Het doel van de richtsnoeren is onder meer de nationale regelgevende instanties te helpen de geografische dimensie af te bakenen van die product- en dienstenmarkten die in de aanbeveling¹⁰ worden genoemd en met behulp van de methode van hoofdstuk 3 van de richtsnoeren een marktanalyse te maken van de mededingingsomstandigheden op de genoemde markten.¹¹ Op grond van artikel 15, derde lid, van de kaderrichtlijn moeten de nationale regelgevende instanties zoveel mogelijk rekening houden met de richtsnoeren.

26. De volgende onderwerpen komen in de richtsnoeren aan bod: a) marktdefinitie, b) beoordeling van AMM, c) aanwijzing van ondernemingen met AMM, en d) procedurele kwesties in verband met deze onderwerpen.¹²

2.2.2 De aanbeveling betreffende relevante producten en dienstenmarkten

27. De Commissie heeft op 17 december 2007 de aanbeveling van de Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen¹³ (hierna: aanbeveling) goedgekeurd. De aanbeveling is tot stand gekomen op grond van artikel 15, eerste lid, van de kaderrichtlijn. Deze aanbeveling vervangt de eerdere aanbeveling van 11 februari 2003.

28. In de aanbeveling geeft de Commissie aan welke relevante product- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector voor ex ante regulering in aanmerking komen, omdat op die markten nog onvoldoende concurrentie bestaat. Aan de hand van een drietal cumulatieve criteria heeft de Commissie vastgesteld of de afgebakende markten zodanige kenmerken hebben dat het

⁷ Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PbEG C 165/03 van 11 juli 2002.

⁸ Richtsnoeren, randnummer 1.

⁹ Richtsnoeren, randnummer 6.

¹⁰ Zie hierna onder 2.2.2.

¹¹ Richtsnoeren, randnummer 9.

¹² Richtsnoeren, randnummer 8.

¹³ Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007, gepubliceerd op 28 december 2007, PbEG 2007, L344/65.

opleggen van wettelijke verplichtingen op de diverse markten gerechtvaardigd kan zijn.¹⁴ Deze criteria luiden als volgt:

a) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn. Deze kunnen een structureel, wettelijk of regelgevend karakter hebben;

b) de marktstructuur neigt niet naar een daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon. De toepassing van dit criterium houdt in dat moet worden nagegaan wat de stand van zaken op concurrentiegebied is „achter” de toegangsbelemmeringen;

c) het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen.

29. De Commissie verwacht dat nationale regelgevende instanties dezelfde basiscriteria en principes volgen bij het vaststellen van andere markten dan die welke in de aanbeveling worden genoemd. De nationale regelgevende instanties moeten daarbij tevens markten aanwijzen op basis van de mededingingsbeginselen die werden ontwikkeld in de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht¹⁵ en deze markten moeten consistent zijn met de hiervoor genoemde richtsnoeren van de Commissie.

30. In de aanbeveling van 17 december 2007 heeft de Commissie verder uitgewerkt op welke wijze wordt vastgesteld welke markten die in aanmerking komen voor ex ante regulering. Daarnaast beveelt zij aan op welke wijze nationale regelgevende instanties om kunnen gaan met onderwerpen als interne levering, bundeling, ‘nieuwe generatie netwerken’ (NGNs) en opkomende markten. Werden in de eerste aanbeveling nog 18 markten geïdentificeerd die voor ex ante regulering in aanmerking kwamen, in de nieuwe aanbeveling zijn dit er nog zeven, waarvan één markt op eindgebruikersniveau.

2.2.3 De Common Position van de European Regulators Group inzake verplichtingen

31. Op 1 april 2004 heeft de ERG de eerdergenoemde Common Position vastgesteld. De Common Position beoogt een consistente en geharmoniseerde aanpak te verzekeren bij het opleggen van verplichtingen door de nationale regelgevende instanties. Dit is in lijn met de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn.¹⁶ In het bijzonder gaat het hier om de doelstelling genoemd in artikel 8, derde lid, onder d, van de kaderrichtlijn, dat de nationale regelgevende instanties bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt, en wel door met elkaar en met de Commissie op transparante wijze samen te werken om de ontwikkeling van een consistente regelgevende praktijk en de consistente toepassing van de relevante richtlijnen te waarborgen. Bovendien geven de Commissie en de nationale regelgevende instanties hiermee uitvoering aan artikel 7, tweede lid, van de kaderrichtlijn,

¹⁴ Aanbeveling, overweging 5 tot en met 14.

¹⁵ PbEG 1997, C 372/5.

¹⁶ Kort gezegd luiden deze doelstellingen als volgt: bevorderen van de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, bijdragen aan de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van de burgers van de Europese Unie.

waarin deze zelfde doelstelling is neergelegd. In dit document worden standaard mededingingsproblemen op de markten voor elektronische communicatie geïdentificeerd en onderverdeeld. Verder bevat de Common Position een catalogus van de beschikbare (standaard)verplichtingen, beginselen om de nationale regelgevende instanties te leiden in de keuze voor passende verplichtingen en een onderdeel waarin de op te leggen verplichtingen worden gekoppeld aan de genoemde standaard mededingingsproblemen. Op 18 mei 2006 is door de ERG een wijziging op deze Common Position aangenomen. Hierbij is ingegaan op de volgende onderwerpen: opkomende markten en intensivering van investeringen, de investeringsladder, coherente prijsregulering, discriminatie anders dan op prijzen, differentiatie van verplichtingen binnen één markt of tussen markten voor gespreksafgifte, verbanden tussen markten en het intrekken van verplichtingen. Voor de uitwerking door het college van een aantal van deze onderwerpen wordt verwezen naar hoofdstuk 3. Voor het overige wordt naar deze stukken verwezen, voor zover relevant, in de uitwerking van de specifieke onderdelen van dit besluit.

2.3 De nationale regelgeving

2.3.1 De Telecommunicatiewet

32. In deze paragraaf wordt kort ingegaan op de Telecommunicatiewet (hierna Tw), voor zover het de marktdefinitie, marktanalyse en het in dat verband opleggen van verplichtingen aan ondernemingen met AMM betreft (hoofdstuk 6a van de Tw).

33. Hoofdstuk 6a van de Tw bevat een regeling inzake verplichtingen voor ondernemingen die beschikken over AMM. Over de achtergronden van dit hoofdstuk merkt de wetgever in de memorie van toelichting bij de Tw het volgende op:

“Dit wetsvoorstel heeft onder andere tot doel om op alle relevante markten van de elektronische communicatiesector daadwerkelijke concurrentie te bevorderen, zodat er voor eindgebruikers voldoende keuzevrijheid bestaat, ook voor wat betreft prijs en kwaliteit. Teneinde te bevorderen dat markten, waarop nog geen sprake is van daadwerkelijke concurrentie, daadwerkelijk concurrerend worden, kan het college op grond van hoofdstuk 6a verplichtingen opleggen. (...) Net als op grond van hoofdstuk 6 van de huidige Telecommunicatiewet kunnen deze verplichtingen alleen worden opgelegd aan aanbieders met aanmerkelijke marktmacht. (...) Van belang is dat het college een aantal procedurele stappen moet doorlopen voordat hij een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht verplichtingen kan opleggen. In een notendop zijn deze stappen:

- het bepalen van relevante markten waarop asymmetrische ex ante verplichtingen gerechtvaardigd kunnen zijn,*
- het onderzoeken van deze markten teneinde vast te stellen of hierop aanbieders actief zijn die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht en, zo ja,*

- welke verplichtingen, gelet op de omstandigheden op de desbetreffende markt, voor deze aanbieders passend zijn.¹⁷

34. Op grond van de artikelen 6a.1 en 6a.2 van de Tw dient het college kort gezegd achtereenvolgens in overeenstemming met het algemene Europese mededingingsrecht de relevante markten te definiëren en vast te stellen of op deze markten sprake is van ondernemingen met AMM.

35. De bepaling van de relevante markt speelt een fundamentele rol bij het beantwoorden van de vraag of een onderneming AMM bezit, omdat daadwerkelijke mededinging alleen kan worden beoordeeld in relatie tot de aldus omschreven relevante markt.¹⁸

36. Het college kan op grond van artikel 6a.1, tweede lid, van de Tw in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht andere relevante markten bepalen, indien hier naar zijn oordeel aanleiding toe is, of indien dit voortvloeit uit artikel 6a.4 of uit artikel 27 van de kaderrichtlijn. Indien het college een markt bepaalt die afwijkt van de markten die in de aanbeveling worden genoemd, dient het college te toetsen of deze markt zodanige kenmerken heeft dat het opleggen van wettelijke verplichtingen op deze markten gerechtvaardigd kan zijn. Dat dient hij te doen aan de hand van de drie hiervoor in randnummer 28 beschreven criteria.

37. Vervolgens onderzoekt het college deze markten (artikel 6a.1, derde of vierde lid, van de Tw) en stelt hij vast of de desbetreffende markten al dan niet daadwerkelijk concurrerend zijn en of hierop ondernemingen actief zijn die beschikken over AMM (artikel 6a.1, vijfde lid, onder a, van de Tw).

38. Indien uit het marktonderzoek blijkt dat een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder a, van de Tw vast welke ondernemingen beschikken over AMM.

39. Het begrip AMM, dat gedefinieerd is in artikel 1.1, onder s, van de Tw sluit aan bij het in het mededingingsrecht gehanteerde begrip 'economische machtspositie' en kan daaraan, aldus de wetgever, in deze wet worden gelijkgesteld. Van een economische machtspositie is in het mededingingsrecht sprake indien een onderneming alleen, of samen met andere ondernemingen, een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.¹⁹ De wetgever heeft hiermee gekozen voor een functioneel criterium in plaats van voor een getalscriterium. Bepalend is of een onderneming zich onafhankelijk op de markt kan gedragen, bijvoorbeeld door duurzaam haar prijzen te verhogen, zonder daarvan (per saldo) negatieve effecten te ondervinden. Bij de vaststelling van een AMM zal het

¹⁷ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 3, blz. 18.

¹⁸ Richtsnoeren, randnummer 34, alsmede zaak nr. C-209/98, *Entreprenørforenings Affalds*, Jurispr. 2000, blz. I-3743, r.o. 57 en zaak nr. C-242/95, *GT-Link*, Jurispr. 1997, blz. I-4449. r.o. 36. Volgens de Commissie dient te worden erkend dat de marktomschrijving geen doelstelling op zich is, maar deel uitmaakt van een proces, namelijk het nagaan hoe groot de marktmacht van een onderneming is.

¹⁹ Zaak nr. 27/76, *United Brands tegen de Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207.

college, in overeenstemming met het mededingingsrecht, rekening houden met meer factoren dan alleen marktaandeel.²⁰

40. Nadat het college heeft onderzocht of er op de relevante markt ondernemingen actief zijn die beschikken over een AMM, onderzoekt hij op grond van artikel 6a.1, vijfde lid, onder a, van de Tw welke verplichtingen passend zijn voor deze ondernemingen. Vervolgens legt het college, voor zover passend, de in hoofdstuk 6a van de Tw genoemde verplichtingen op, op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder a, van de Tw.²¹

41. In het derde lid van artikel 6a.2 van de Tw is beschreven wat onder 'passend' in de hiervoor bedoelde zin moet worden verstaan. Een verplichting is passend, indien deze gebaseerd is op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 proportioneel en gerechtvaardigd is. De in artikel 1.3, eerste lid, van de Tw genoemde doelstellingen zijn het bevorderen van concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, of bijbehorende faciliteiten, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.

42. Volgens de wetgever moet het college aan de hand van een analyse van de concrete marktomstandigheden bepalen welke verplichtingen passend zijn: een verplichting moet zijn gebaseerd op de aard van het geconstateerde probleem. Door deze aanpak kan maatwerk worden geleverd waardoor overregulering kan worden voorkomen. Door het opleggen van verplichtingen moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat zich problemen zullen voordoen die de ontwikkeling van de concurrentie op de betrokken markt in ernstige mate kunnen schaden of ertoe kunnen leiden dat de belangen van eindgebruikers ernstig worden geschaad. Ook indien het college op grond van de uitgevoerde marktanalyse tot de conclusie komt dat het aannemelijk is dat dergelijke gedragingen zich in de toekomst zullen voordoen, kunnen bepaalde verplichtingen worden opgelegd om dergelijke gedragingen zoveel mogelijk te voorkomen, aldus de wetgever.²²

43. Het college kan op grond van hoofdstuk 6a van de Tw verplichtingen opleggen op groothandels- en eindgebruikersniveau. Bij verplichtingen op groothandelsniveau gaat het om toegangsverplichtingen en daarmee samenhangende verplichtingen. Voor verplichtingen op eindgebruikersniveau geldt dat deze betrekking hebben op de levering van eindgebruikersdiensten. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de verplichting om kostengeoriënteerde eindgebruikerstarieven in rekening te brengen.²³ Het college kan slechts eindgebruikersverplichtingen opleggen voor zover verplichtingen op wholesaleniveau ontoereikend zijn om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken of de belangen van eindgebruikers te beschermen (artikel 6a.2, tweede lid, onder b, van de Tw).

²⁰ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 3, blz. 20. De wijze waarop het college hieraan invulling geeft wordt in Hoofdstuk 3 van dit besluit nader uitgewerkt.

²¹ Indien een markt niet daadwerkelijk concurrerend is, houdt het college volgens artikel 6a.2, eerste lid, onder b, van de Tw eerder opgelegde of in stand gehouden verplichtingen in stand. Artikel 6a.2, eerste lid, onder c, van de Tw bepaalt dat eerder opgelegde of in stand gehouden verplichtingen worden ingetrokken, indien deze niet langer passend zijn.

²² Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 3, blz. 21 - 22.

²³ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 3, blz. 22.

44. Op grond van artikel 6a.6 van de Tw gelden bijzondere voorwaarden voor het opleggen van toegangsverplichtingen. Een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot bepaalde vormen van toegang kan worden opgelegd, indien het weigeren van toegang of het stellen van onredelijke voorwaarden met eenzelfde effect de ontwikkeling van een door duurzame concurrentie gekenmerkte eindgebruikersmarkt zou belemmeren of niet in het belang van de eindgebruiker zou zijn.

45. Voor het opleggen van verplichtingen met betrekking tot de beheersing van tarieven of kostentoerekening geldt op grond van artikel 6a.7 van de Tw als aanvullende voorwaarde dat moet worden aangetoond dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van eindgebruikers.

46. Bij amendement²⁴ is in artikel 1.3, vierde lid, van de Tw bepaald dat het college, indien hij een besluit neemt dat aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt heeft, onderbouwt, onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare gevolgen, zowel in kwalitatieve als voor zover redelijkerwijs mogelijk in kwantitatieve zin, dat de maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van de in het eerste lid genoemde doelstellingen en dat een andere minder ingrijpende maatregel niet effectief is. De achtergrond van het amendement is dat vanwege de verdere uitbreiding van beleidsbevoegdheden van het college en de impact van de door het college op te leggen verplichtingen het noodzakelijk werd geacht een kenbaar en toetsbaar controlemiddel in het leven te roepen.

47. Het amendement is, voorzien van een gewijzigde toelichting, door de Tweede Kamer aangenomen. Vervolgens heeft de Minister van Economische Zaken (hierna: Minister) in de memorie van antwoord gesteld dat in verband met dit amendement van het college geen 'wetenschappelijk' waterdicht bewijs kan worden verlangd. Het college zal volgens de minister in voldoende mate aannemelijk moeten maken dat de voorgenomen maatregelen noodzakelijk zijn om de doelstellingen van artikel 1.3 van de Tw te bevorderen. Voor zover een kwantitatieve onderbouwing daarbij redelijkerwijs mogelijk is, zal het college een dergelijke onderbouwing moeten geven, aldus de Minister.

48. Artikel 6a.3 bepaalt dat het college ex ante verplichtingen dient in te trekken indien uit het onderzoek blijkt dat de relevante markt daadwerkelijk concurrerend is geworden (eerste lid), dan wel indien uit dit onderzoek blijkt dat een onderneming niet langer beschikt over aanmerkelijke marktmacht (tweede lid), dan wel indien blijkt dat de bestaande verplichtingen op eindgebruikersniveau niet langer nodig zijn en kan worden volstaan met verplichtingen op groothandelsniveau (derde lid).

2.3.2 De beleidsregels voor OPTA

49. Op 9 juni 2005 heeft de Minister de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken over de door het college uit te oefenen taken in de elektronische communicatiesector (hierna:

²⁴ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 9, gewijzigd bij Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 38 en Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 44.

beleidsregels) vastgesteld.²⁵ Dit zijn beleidsregels in de zin van artikel 19, eerste lid, van de Wet Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.²⁶ De beleidsregels hebben enerzijds betrekking op de wijze van interpretatie van de in de beleidsregels aangehaalde wetsartikelen (artikel 3 inzake efficiënte kosten en artikel 5 inzake tarieftransparantie) en anderzijds op de wijze waarop het college in zijn besluitvorming om dient te gaan met verschillende belangen (artikel 2 inzake duurzame concurrentie en artikel 4 inzake kwaliteit en toegang). Deze beleidsregels worden nader besproken in randnummer 132 van dit besluit.

2.4 De consultatie

50. Hoofdstuk 6b van de Tw heeft als titel “Consultatie”. Ingevolge dit hoofdstuk dient het college de besluiten waarin verplichtingen aan een onderneming met AMM worden opgelegd - en de daaraan ten grondslag liggende bepaling van de relevante markt(en) - zowel nationaal als Europees ter consultatie voor te leggen. Daaraan voorafgaand bestaat de verplichting voor het college om de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) te raadplegen.

2.4.1 Consultatie van de NMa

51. Zowel op grond van de kaderrichtlijn (artikel 3, vierde en vijfde lid) als op grond van de Tw (artikelen 18.3 en 18.19) bestaat voor het college en de NMa de verplichting om samen te werken bij aangelegenheden van wederzijds belang. Na de inwerkingtreding van de gewijzigde Tw in 2004 is ten behoeve van deze samenwerking het bestaande samenwerkingsprotocol herzien.²⁷

52. De in dit samenwerkingsprotocol uitgewerkte afspraken zien onder meer op de volgende verplichting: “elkaar te consulteren ten aanzien van de afbakening van markten voor elektronische communicatie, het vaststellen van de mate van effectieve mededinging op deze markten en de beoordeling van de vraag of op een dergelijke markt een machtspositie hetzij een positie van aanmerkelijke marktmacht bestaat”. De wijze waarop dit wordt vormgegeven is uitgewerkt in artikel 14 van het herziene samenwerkingsprotocol.

53. Het college en de NMa dienen op consistente wijze uitleg te geven aan de begrippen effectieve mededinging, machtspositie en aanmerkelijke marktmacht. Over en weer dienen NMa en OPTA elkaar binnen twee weken na de consultatie (met mogelijkheid tot eenmalige verlenging met eenzelfde periode) hun schriftelijk oordeel ten aanzien van de betreffende analyse te geven.

²⁵ Staatscourant 9 juni 2005, nr. 109, blz. 11.

²⁶ Stb. 1997, 320.

²⁷ Herzien samenwerkingsprotocol OPTA/NMa, Staatscourant 29 juni 2004, nr. 121, blz. 21.

2.4.2 De nationale consultatie

54. Overeenkomstig artikel 6b.1, eerste lid, van de Tw is op de voorbereiding van een besluit van het college als bedoeld in artikel 6a.2 van de Tw, de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing.

55. Het college stelt een ontwerpbesluit inzake de marktdefinitie, het onderzoek van de betrokken markt en de op te leggen (dan wel in te trekken) verplichtingen, op. Vervolgens legt het college het ontwerp, met de daarop betrekking hebbende stukken ter inzage (artikel 3:11 van de Awb). Voorafgaand aan de terinzagelegging geeft het college in één of meer dag-, nieuws-, of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze kennis van het ontwerp. Ook wordt een kennisgeving in de Staatscourant geplaatst (artikel 3:12, eerste en tweede lid, van de Awb). Belanghebbenden hebben gedurende een periode van zes weken (artikel 3:16 van de Awb) de gelegenheid om, schriftelijk of mondeling, hun zienswijze bij het college naar voren te brengen (artikel 3:15 van de Awb). Van mondeling naar voren gebrachte zienswijzen wordt een verslag gemaakt (artikel 3:17 van de Awb).

2.4.3 De Europese consultatie en notificatie

56. Indien een op grond van artikel 6a.2 van de Tw genomen besluit van invloed is op de handel tussen de lidstaten, legt het college op grond van artikel 6b.2, eerste lid, van de Tw een ontwerp van het desbetreffende besluit, en de gronden die daaraan ten grondslag liggen, voor aan de Commissie. Voorts dient het college ook de nationale regelgevende instanties, bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de kaderrichtlijn, te raadplegen, aldus hetzelfde artikel 6b.2, eerste lid, van de Tw. Zowel de Commissie als deze nationale regelgevende instanties kunnen gedurende een maand opmerkingen maken. Op grond van artikel 6b.2, tweede lid, van de Tw neemt het college het besluit niet eerder dan nadat deze termijn is verstreken.²⁸

57. Ingevolge artikel 6b.2, derde lid, van de Tw dient het college bij het nemen van het besluit zoveel mogelijk rekening te houden met de opmerkingen die de hiervoor genoemde instellingen over het ontwerp aan het college hebben medegedeeld.

58. Indien de Commissie van mening is dat het voorgelegde ontwerpbesluit een belemmering vormt voor de interne Europese markt of indien zij ernstige twijfels heeft over de verenigbaarheid van het genoemde ontwerp met het Gemeenschapsrecht, deelt zij dit mee aan het college binnen de hiervoor genoemde termijn van een maand.²⁹ In het geval dat de Commissie de hierboven genoemde mededeling doet, wacht het college op grond van artikel 6b.2, vierde lid, van de Tw ten minste twee maanden vanaf de datum van die mededeling met het vaststellen van zijn besluit.

59. De Commissie kan een beschikking geven waarin het college wordt gelast het ontwerpbesluit in te trekken. Een dergelijke beschikking gaat vergezeld van een gedetailleerde en objectieve analyse van de redenen waarom de Commissie van mening is dat het ontwerpbesluit niet moet worden genomen,

²⁸ Artikel 6b.2, tweede lid, van de Tw.

²⁹ Artikel 7, vierde lid, van de kaderrichtlijn.

tezamen met specifieke voorstellen tot wijziging.³⁰ Indien de Commissie een dergelijke beschikking heeft gegeven, brengt het college het ontwerp met betrekking tot de door de Commissie in de beschikking aangegeven voorstellen in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht, of besluit het college het desbetreffende ontwerpbesluit niet vast te stellen (artikel 6b.2, vijfde lid, onder a en b, van de Tw).

60. De procedure die nationale regelgevende instanties dienen te volgen indien zij op grond van artikel 7 van de kaderrichtlijn ontwerpmaatregelen ter consultatie voorleggen aan andere nationale regelgevende instanties en de Commissie is beschreven in de aanbeveling betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van de kaderrichtlijn.³¹

³⁰ Artikel 7, vierde lid (slot), van de kaderrichtlijn.

³¹ Aanbeveling van de Commissie van 23 juli 2003 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, PbEG L 190/13 van 30 juli 2003.

3 Gehanteerde benadering bij de marktanalyses

3.1 Inleiding

61. In dit hoofdstuk worden de uitgangspunten en de benadering van het college bij het bepalen van relevante markten, het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht en het opleggen van verplichtingen in algemene zin nader toegelicht.³² Het college onderscheidt hierbij de volgende drie stappen:

- stap 1: Het bepalen van de relevante markten: marktselectie en marktafbakening;
- stap 2: Het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht: marktanalyse; en
- stap 3: Het opleggen van passende verplichtingen in het licht van de geconstateerde potentiële mededingingsproblemen en de doelstellingen van de Tw.

62. Hierbij betreft het college een aantal begrippen en concepten uit het algemene mededingingsrecht, die hier eveneens nader worden uitgewerkt. Voorafgaand aan de uitwerking van de verschillende hiervoor genoemde stappen, gaat het college in op de door hem gehanteerde uitgangspunten inzake de samenhang van de het in hoofdstuk 2 beschreven regelgevend kader met het algemene mededingingsrecht.

3.2 Samenhang met het algemene mededingingsrecht

63. De regelgeving die de nationale regelgevende instantie op grond van het juridisch kader ten aanzien van de elektronische communicatiemarkten ten uitvoer dient te brengen geldt als een vorm van ex ante regulering. In het geval van ex ante regulering worden vooraf regels gesteld ter voorkoming van misbruik door ondernemingen met AMM op de betrokken markt. Een ex ante uitgevoerde marktanalyse is derhalve gebaseerd op een algehele prospectieve beoordeling van de structuur en het functioneren van de markt, om na te gaan of zich mededingingsproblemen kunnen voordoen. Hiermee verschilt ex ante toezicht wezenlijk van ex post toezicht waarbij *achteraf* – nadat het misbruik zich daadwerkelijk heeft voorgedaan – wordt ingegrepen.

64. Een belangrijk onderscheid tussen de regulering op grond van het juridisch kader ten aanzien van de elektronische communicatiemarkten en het algemene mededingingsrecht is gelegen in de doelstellingen, die zijn opgenomen in artikel 8 kaderrichtlijn en artikel 1.3 van de Tw – het bevorderen van duurzame mededinging, de ontwikkeling van de interne markt en het beschermen van de belangen van eindgebruikers. Deze doelstellingen zijn niet per definitie gelijk aan de doelstellingen die met het mededingingsrecht worden beoogd.

³² De uitgangspunten van het college met betrekking tot het opleggen van verplichtingen zijn voorts nader uitgewerkt in het 'Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen' van 22 december 2004 (kenmerk: OPTA/EGM/2004/204404).

65. De bovengenoemde verschillen, het prospectieve karakter en de doelstellingen van het sectorspecifieke kader, zijn medebepalend voor de wijze waarop dit zich tot het algemene mededingingsrecht verhoudt. Als gevolg van deze verschillen leidt de uitvoering van de in randnummer 61 genoemde stappen op basis van de regelgeving ten aanzien van de elektronische communicatiemarkten niet per definitie tot eenzelfde uitkomst als een marktanalyse op basis van het algemene mededingingsrecht, ondanks onder meer het definiëren van de markt conform het Europese mededingingsrecht en de gelijkschakeling van AMM aan het begrip economische machtspositie.

66. Algemeen uitgangspunt van het regelgevend kader is dat op basis daarvan ex ante regulering wordt toegepast als het algemene mededingingsrecht (nationaal en Europees) voor de geconstateerde problemen ontoereikend is. Dit uitgangspunt is neergelegd in overweging 27 van de kaderrichtlijn en weergegeven in de toelichting op de aanbeveling.³³

“De criteria voor het bepalen van markten ten behoeve van het ex ante regulering zouden een algemene beoordeling moeten omvatten aangaande de toereikendheid van het mededingingsrecht bij de aanpak van de slechte marktwerking in kwestie. Een dergelijke beoordeling bouwt voort op de ervaringen die zijn opgedaan bij de toepassing van het mededingingsrecht en het als aanvullend instrument opleggen van regulerende verplichtingen ex ante in de sector elektronische communicatie. Alleen markten waar het nationale en het communautaire mededingingsrecht op zich niet als afdoende worden beschouwd om slechte marktwerking te herstellen en om daadwerkelijke en duurzame mededinging gedurende een afzienbare periode te waarborgen, moeten eventueel voor regelgeving ex ante in aanmerking komen.”

En verder:

“Regelgeving ex ante zou als geschikte aanvulling op het mededingingsrecht worden beschouwd in omstandigheden waarin de toepassing van het mededingingsrecht niet voldoet bij de aanpak van de slechte marktwerking in kwestie. Dergelijke omstandigheden omvatten bijvoorbeeld situaties waarin de reguleringsmaatregel die noodzakelijke is om een bepaald marktfalen te remediëren niet kan worden opgelegd op grond van het mededingingsrecht (bijv. toegangsmaatregelen onder bepaalde omstandigheden en specifieke vereisten met betrekking tot het toerekenen van kosten), het naleven van de vereisten die zijn verbonden met een interventie die is bedoeld om een slechte marktwerking te herstellen, veelomvattend zijn (bijvoorbeeld de behoefte aan gedetailleerde administratieve verantwoording voor regelgevingsdoeleinden, evaluatie van kosten, controle van bepalingen en voorwaarden inclusief technische parameters) of waarin regelmatige en/of tijdige interventie onontbeerlijk is,

³³ Commission Staff working document, Explanatory Note. Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, (Second edition), {(C(2007) 5406)}, blz. 13.

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/proposals/sec2007_1483_final.pdf (hierna Toelichting op de aanbeveling)

of wanneer het tot stand brengen van rechtszekerheid van het allerhoogste belang is (bijv. meerjarige tariefcontrole verplichtingen). Verschillen tussen toepassing van het mededingingsrecht en ex ante regulering met betrekking tot de benodigde inzet van middelen om een bepaald markfalen te remediëren zouden in zichzelf niet relevant zijn.”

67. De regulering op grond van het juridisch kader ten aanzien van de elektronische communicatiemarkten en het algemene mededingingsrecht sluiten elkaar dus niet uit, maar zullen naast elkaar van toepassing zijn als het algemene mededingingsrecht alleen niet toereikend is om de geconstateerde mededingingsproblemen op te lossen, waarbij de genoemde doelstellingen van het juridisch kader ten aanzien van de elektronische communicatiemarkten in acht worden genomen. Daarbij geldt op grond van het bovenstaande citaat dat voor de vraag of het algemene mededingingsrecht toereikend is ook procedurele en praktische aspecten moeten worden meegewogen. Het is volgens de Commissie dus niet voldoende dat het soort van gedrag dat moet worden voorkomen, in theorie ook op grond van artikel 82 EG-verdrag zou kunnen worden aangepakt.³⁴

68. Met betrekking tot de praktische uitwerking hiervan is het college van mening dat beslissend is, of op basis van ex ante regulering een mededingingsverstoring als gevolg van AMM op een bepaalde markt *beter* kan worden geadresseerd dan op grond van het algemene mededingingsrecht. Het gaat in die optiek om de *relatieve* doelmatigheid van ex ante regulering ten opzichte van het algemene mededingingsrecht, gelet op de doelstellingen die met het regelgevend kader worden nagestreefd.³⁵ Om in een concreet geval ex ante regulering toe te passen overeenkomstig het Europese regelgevend kader is het daarom niet vereist dat optreden op grond van het algemene mededingingsrecht bij voorbaat onmogelijk is, al was het maar omdat de mogelijkheden die het algemene mededingingsrecht biedt om toezicht uit te oefenen, bijzonder ruim zijn. Waar het om gaat is of de geïdentificeerde mededingingsproblemen op een bepaalde markt *beter*, want bijvoorbeeld gerichter, preciezer of ook sneller, kunnen worden opgelost door middel van het opleggen van ex ante verplichtingen, met inachtneming van de specifieke doelstellingen van het regelgevend kader. Bij die afweging zullen ook procedurele en praktische aspecten moeten worden meegenomen.

69. Hoewel slechts op basis van een marktdefinitie en een analyse van de relevante markten in het concrete geval kan worden vastgesteld of er een mededingingsprobleem bestaat dat moet worden opgelost, heeft de communautaire wetgever de Commissie opgedragen om een deel van de analyse gecentraliseerd voor een ‘representatieve lidstaat’ uit te voeren en op voorhand en centraal vast te stellen welke markten in aanmerking komen voor ex ante regulering. Daarnaast heeft de communautaire wetgever ruimte aan de lidstaten gelaten om op grond van de hiervoor genoemde overwegingen inzake de relatieve doelmatigheid in een concreet geval hiervan af te wijken. Aan deze communautaire regelgeving, uitgewerkt in de kaderrichtlijn en de aanbeveling, zijn de lidstaten gebonden.

³⁴ Zie ook de aanbeveling artikel 2 en de overweging 13 bij deze aanbeveling.

³⁵ Zie artikel 8, leden 2, 3 en 4, van de kaderrichtlijn.

3.3 De bepaling van de relevante markten (marktdefinitie)

70. Zoals hiervoor aangegeven houdt het college bij de bepaling van relevante markten ten behoeve van dit ontwerpbesluit rekening met de aanbeveling en de richtsnoeren. Daarbij ziet de aanbeveling met name op de selectie van markten die in aanmerking komen voor ex ante regulering en gaan de richtsnoeren met name in op de criteria aan de hand waarvan de relevante markt wordt afgebakend. Deze aspecten worden hierna uitgewerkt.

3.3.1 Selectie van markten voor ex ante regulering

71. Zoals hiervoor onder 2.2. kort uiteengezet, heeft de Commissie, om uit te maken welke markten *a priori* in aanmerking komen voor ex ante regulering, in de aanbeveling de zogenoemde drie criteria toets ontwikkeld.³⁶ Het eerste criterium is een statisch criterium: het bestaan van hoge toetredingsdrempels van niet-voorbijgaande aard. Het tweede criterium is veeleer een dynamisch criterium: het vereist dat wordt onderzocht of binnen de relevante tijdshorizon de markt niet toch naar een daadwerkelijke mededinging neigt. Het derde criterium is *“dat toepassing van het [algemene] mededingingsrecht alleen de betreffende mededingingsverstoring(en) niet voldoende zou verhelpen”*. Het derde criterium herhaalt in wezen overweging 27 van de kaderrichtlijn. Het bevestigt het eerder genoemde uitgangspunt dat ex ante regulering alleen moet worden ingezet als toepassing van het algemene mededingingsrecht niet volstaat.

72. De Commissie heeft zelf van meet af aan het standpunt ingenomen dat zij voor elk van de markten die in de aanbeveling zijn afgebakend, de drie criteria dient toe te passen en ook heeft toegepast,³⁷ met als gevolg dat de nationale regelgevende instanties deze drie-criteria-toets niet meer voor elk van de te onderzoeken markten hoeven toe te passen. Dat standpunt is niet alleen pragmatisch, het strookt ook met de doelstellingen van het regelgevend kader. Immers, indien iedere nationale regelgevende instantie voor elke markt zou moeten uitmaken of aan de drie criteria is voldaan, is de kans groot dat van de door de communautaire wetgever beoogde harmonisatie weinig terecht zal komen. De ERG heeft zich bij dit uitgangspunt aangesloten.³⁸

73. Wanneer een nationale regelgevende instantie echter afwijkt van de in de aanbeveling geïdentificeerde markten zal zij wel aan de drie criteria moeten toetsen.³⁹

74. In de praktijk vereist de Commissie ook uitsluitend van een nationale regelgevende instantie dat deze toetst aan de drie criteria voor zover het een van de aanbeveling afwijkende markt betreft.

³⁶ Zie de overwegingen 5 tot en met 14 van de aanbeveling.

³⁷ Zie onder andere overweging 17 van de aanbeveling.

³⁸ Zie de Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06) 33, blz. 18-19: *“These three criteria were used by the Commission in identifying markets in the current Recommendation and will be used in future versions of the Recommendation. Thus, there is a presumption that ex ante regulation is appropriate on the 18 markets in the Recommendation if a position of SMP is found. It is therefore not necessary for national authorities themselves to determine whether competition law by itself would be sufficient to deal with competition issues in the markets included in the Recommendation.”*

³⁹ Ibidem.

75. Van een afwijking van de aanbeveling is onder meer sprake in een drietal situaties: een markt wordt enger afgebakend dan in de aanbeveling, een markt wordt breder afgebakend dan in de aanbeveling en er worden submarkten gevormd die tezamen een markt uit de aanbeveling beslaan. De I/ERG heeft zich eerder op het standpunt gesteld dat in die gevallen als volgt dient te worden gehandeld:⁴⁰

- Een markt wordt enger afgebakend dan in de aanbeveling; in dat geval zou de nationale regelgevende instantie slechts hoeven aan te tonen dat niet aan de drie criteria wordt voldaan voor die delen die geen onderdeel zijn van de betreffende markt (tenzij deze deel uitmaken van een andere relevante markt);
- Een markt wordt breder afgebakend dan in de aanbeveling; in dat geval zou de nationale regelgevende instantie de drie criteria test moeten toepassen op de gehele markt (en niet slechts op het aanvullende deel);
- Er worden submarkten gevormd, die tezamen een markt uit de aanbeveling beslaan; in dat geval zou de nationale regelgevende instantie alleen de drie criteria test moeten toepassen voor die submarkten waarvoor geen ex ante regulering wordt voorgesteld.

76. Het college sluit zich aan bij dit voorstel van de I/ERG. Naar de mening van het college zijn de drie criteria uitsluitend aan de orde in de eerste fase van de analyse: de aanwijzing van de markten die *a priori* voor ex ante regulering in aanmerking komen.

77. Tussen de aanwijzing van deze markten en de daadwerkelijke oplegging van verplichtingen aan AMM-partijen op die markten liggen verder nog de marktafbakening en de marktanalyse. In overweging 18 van de aanbeveling staat het als volgt:

“Het feit dat deze aanbeveling de producten- en dienstenmarkten aanwijst die voor regelgeving ex ante in aanmerking komen, houdt niet in dat regelgeving altijd nodig is of dat deze markten zullen worden onderworpen aan regelgevende verplichtingen zoals die in de specifieke richtlijnen zijn neergelegd. Meer in het bijzonder kan geen regelgeving worden opgelegd of moet de regelgeving worden ingetrokken wanneer er bij afwezigheid van regelgeving op deze markten daadwerkelijke mededinging heerst, dat wil zeggen wanneer geen enkele exploitant aanmerkelijke marktmacht heeft in de zin van artikel 14 van Richtlijn 2002/21/EG. Regelgevende verplichtingen moeten passend zijn en gebaseerd zijn op de aard van de problemen die zich voordoen. Zij moeten tevens evenredig en gerechtvaardigd zijn in het licht van de doelstellingen die in Richtlijn 2002/21/EG zijn neergelegd, in het bijzonder het maximaliseren van de voordelen voor gebruikers, het garanderen dat geen beperking of verstoring van de concurrentie plaatsvindt, het aanmoedigen van efficiënte investeringen in infrastructuur, het stimuleren van innovatie en het bevorderen van efficiënt gebruik en beheer van radiofrequenties en nummerruimte”

78. In de hiervoor genoemde reactie geeft de I/ERG aan dat als uitgangspunt zou moeten gelden dat, indien een volledige marktanalyse is afgerond en tot een AMM-aanwijzing is gekomen, daarmee impliciet ook aan de eerste twee criteria is voldaan.

⁴⁰ Zie I/ERG Input to the Draft Recommendation on relevant markets van 27 oktober 2006.

3.3.2 Criteria voor de afbakening van de relevante markt

79. Een relevante markt kent twee dimensies: de productdimensie en de geografische dimensie. Bij de vaststelling van de relevante productmarkt wordt bezien welke producten en diensten met elkaar in concurrentie staan en daarom tot dezelfde relevante productmarkt behoren. Bij de vaststelling van de relevante geografische markt wordt bezien binnen welk geografisch gebied aanbieders van de relevante producten en/of diensten in concurrentie met elkaar staan.

80. Een nationale regelgevende instantie dient bij het bepalen van de relevante markten zoveel mogelijk rekening te houden met de aanbeveling en de richtsnoeren. De richtsnoeren gaan expliciet in op de verhouding tussen het regelgevend kader en het mededingingsrecht.

81. In de richtsnoeren wordt er onder meer op gewezen dat een prospectieve analyse van de nationale regelgevende instantie in bepaalde gevallen kan leiden tot een andere marktanalyse dan die uitgevoerd op basis van gedragingen uit het verleden. Dit laat echter onverlet dat de nationale regelgevende instanties, waar mogelijk, dienen te streven naar coherentie tussen enerzijds de marktdefinitie die wordt ontwikkeld met het oog op ex ante regulering, en anderzijds de marktdefinitie die wordt ontwikkeld met het oog op de toepassing van de mededingingsregels.⁴¹

82. De relevante markt voor een product of dienst omvat alle producten of diensten die daarmee substitueerbaar of voldoende uitwisselbaar zijn, niet alleen op grond van hun objectieve kenmerken, waardoor ze geschikt zijn om in een constante behoefte van de consumenten te voorzien, de prijs of beoogde toepassing ervan, maar ook op grond van de mededingingsvoorwaarden en/of de structuur van vraag en aanbod op de betrokken markt. Producten die alleen in beperkte of relatief beperkte mate onderling uitwisselbaar zijn, behoren niet tot dezelfde markt.⁴²

83. De relevante geografische markt omvat het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat er duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden bestaan.⁴³

84. De grenzen van een relevante markt worden bepaald door de mate van concurrentiedruk op de prijsstelling van de producent(en) of dienstverlener(s) die de betrokken producten of diensten aanbieden. Bij de bepaling van relevante markten zijn er twee belangrijke bronnen van concurrentiedruk die onderzocht moeten worden: i) substitutie aan de vraagzijde en ii) substitutie aan de aanbodzijde. Een derde bron van concurrentiedruk is potentiële concurrentie. Het verschil tussen aanbods substitutie en potentiële concurrentie schuilt in het feit dat bij aanbods substitutie onmiddellijk wordt gereageerd op een prijsverhoging, terwijl potentiële concurrenten mogelijk meer tijd nodig hebben om tot de markt te kunnen toetreden. Om die reden wordt de concurrentiedruk die uitgaat van

⁴¹ Richtsnoeren, randnummer 37.

⁴² Richtsnoeren, randnummer 44.

⁴³ Richtsnoeren, randnummer 56.

potentiële markttoetreding onderzocht in het kader van de vaststelling of op een afgebakende relevante markt partijen zijn met AMM.⁴⁴

85. Substutueerbaarheid aan de vraagzijde is een maat voor de bereidheid van de consument om de betrokken dienst of het betrokken product te vervangen door andere diensten of producten. Substutueerbaarheid aan de aanbodzijde geeft aan in hoeverre andere leveranciers dan die welke de betrokken diensten of producten aanbieden, bereid zijn hun productlijn op zeer korte termijn om te schakelen dan wel de betrokken producten of diensten kunnen aanbieden zonder aanzienlijke extra investeringen.⁴⁵

86. Een methode om na te gaan of er sprake is van vraag- en/of aanbodsstitutie is de zogenaamde “hypothetische monopolist test” die in het mededingingsrecht wordt gebruikt.⁴⁶ Een set van producten wordt verondersteld een aparte relevante markt te zijn, indien een hypothetische monopolistische aanbieder van die producten een kleine maar significante,⁴⁷ duurzame prijsverhoging door kan voeren zonder daarbij zoveel verkopen te verliezen dat de prijsverhoging niet meer winstgevend is. Indien een prijsverhoging niet winstgevend zou zijn doordat vragers overstappen naar andere producten (vraagstitutie) of doordat aanbieders van andere producten zouden beginnen met het aanbieden van de betrokken producten (aanbodsstitutie), moet de marktafbakening worden verbreed door de andere producten en/of de andere aanbieders tot de markt te rekenen.⁴⁸

87. In beginsel is de test van de hypothetische monopolist alleen relevant voor producten of diensten waarvan de prijs in vrije concurrentie wordt vastgesteld en niet onderworpen is aan regulering. De werkhypothese zal dan ook zijn dat de actuele prijzen op concurrerend niveau worden vastgesteld. De richtsnoeren geven daarbij echter aan dat de SSNIP-test ook toepasbaar kan zijn indien het gaat om producten of diensten waarvan de prijs niet vrij wordt vastgesteld, omdat die aan regulering is onderworpen. Daarbij wordt, zonder blijk van het tegendeel, ervan uitgegaan dat de gereguleerde, op kosten georiënteerde, prijs is vastgesteld op wat in de afwezigheid van regulering een concurrerend niveau zou zijn.⁴⁹

88. In dit besluit worden markten in eerste instantie afgebakend op basis van overwegingen met betrekking tot vraagstitutie. Daarbij wordt onderzocht in hoeverre andere producten beschouwd kunnen worden als substituten door afnemers, indien een hypothetische monopolist een kleine maar significante, duurzame prijsverhoging boven het concurrerende niveau doorvoert. Daarna zal worden bezien in hoeverre mogelijkheden voor aanbodsstitutie extra beperkingen aan het prijsgedrag van de hypothetische monopolist opleggen die niet reeds zijn meegenomen in de analyse van vraagstitutie. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat aanbodsstitutie alleen een effectieve beperking aan het gedrag van een hypothetische monopolist oplegt, indien de toetreding van andere aanbieders

⁴⁴ Richtsnoeren, randnummer 38.

⁴⁵ Richtsnoeren, randnummer 39.

⁴⁶ Deze test wordt ook wel SSNIP (Small but Significant Non-transitory Increase in Price) test genoemd.

⁴⁷ Doorgaans wordt daarmee een prijsverhoging van 5 tot 10 procent bedoeld.

⁴⁸ Richtsnoeren, randnummers 40 en 41.

⁴⁹ Richtsnoeren, randnummer 42.

op zeer korte termijn⁵⁰ en zonder significante investeringen kan plaatsvinden en dat deze toetreding ook waarschijnlijk is.⁵¹

89. Er kunnen zich situaties voordoen waarin aanbieders van andere producten ook aanbieder zijn van vraagsubstituten voor de betrokken producten waarvoor een hypothetische monopolist een kleine maar significante, duurzame prijsverhoging heeft doorgevoerd. Deze aanbieders zijn niet relevant in het kader van de analyse van aanbodssubstitutie, aangezien zij reeds actief zijn in het aanbod van de betrokken producten. De concurrentiedruk die uitgaat van hun aanwezigheid is reeds meegewogen in de analyse van vraagsubstitutie en levert geen additionele concurrentiedruk op. Wel is het zo dat de effecten van een mogelijke expansie van hun productie van de betrokken producten kan worden meegewogen in de analyse van AMM.

90. In bepaalde gevallen kunnen producten of diensten, afnemers of geografische gebieden die op grond van alleen vraag- en aanbodssubstitutie-overwegingen tot aparte markten gerekend zouden worden, toch tot een zelfde relevante markt behoren. Hiervan kan sprake zijn, indien in meerdere op grond van vraag- en aanbodssubstitutie afgebakende markten een gemeenschappelijke overheersende factor zorgt voor prijsdruk.⁵² Dit wordt aangeduid als een gemeenschappelijke prijsbeperking. Onder bepaalde condities kan een bundel van producten of diensten een relevante markt op zichzelf vormen. Of dat het geval is er van afhankelijk of er significante verschillen in kosten voor consumenten bestaan tussen aankoop van producten en diensten in één bundel en separate aankoop van de onderdelen van de bundel. Een bundel kan een relevante markt op zich vormen indien afnemers van de bundel niet zouden overstappen naar afname van de losse onderdelen in reactie op een kleine maar significante, duurzame prijsverhoging van de prijs van de bundel ten opzichte van de prijzen van de losse componenten.

91. In de richtsnoeren en de bekendmaking inzake de afbakening van de relevante markt⁵³ wordt het begrip relevante geografische markt als volgt gedefinieerd:

“Volgens de jurisprudentie omvat de relevante geografische markt het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Voor de afbakening van de geografische markt wordt niet vereist dat de mededingingsvoorwaarden tussen de handelaars of dienstenaanbieders volstrekt homogeen zijn. Het volstaat dat ze op elkaar lijken of

⁵⁰ Doorgaans maximaal één jaar.

⁵¹ Richtsnoeren, randnummer 52.

⁵² Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan situaties waarin een en dezelfde grote partij op verschillende geografische markten actief is of situaties waarin het voor een aanbieder niet mogelijk of niet rendabel is prijzen voor verschillende afnemers te differentiëren.

⁵³ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb EG, 1997, C 372, blz. 5.

*voldoende homogeen zijn, zodat alleen zones waarin de concurrentievoorwaarden 'heterogeen' zijn, niet als een uniforme markt kunnen worden beschouwd.*⁵⁴

92. De bepaling van de relevante geografische markt omvat aldus een analyse van de overeenkomsten of homogeniteit van de concurrentievoorwaarden in verschillende gebieden. De criteria waarop een dergelijke analyse kan worden gebaseerd worden beschreven in artikel 9, zevende lid, van de Europese concentratieverordening.

"Bij de desbetreffende beoordeling wordt met name rekening gehouden met de aard en de kenmerken van de betrokken producten of diensten, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt of van voorkeuren van consumenten, alsmede het bestaan tussen het betrokken gebied en de aangrenzende gebieden van aanzienlijke verschillen in marktaandeelen van de ondernemingen of van wezenlijke prijsverschillen.^{55 56}

93. Op basis van deze criteria en de in de richtsnoeren genoemde criteria⁵⁷ kunnen geografische markten worden omschreven als lokaal, regionaal, nationaal of indien het grondgebied van twee of meer landen omvattend (pan-Europese, EER- of mondiale markten).

94. De afbakening van de relevante eindgebruikersmarkten gaat logischerwijs vooraf aan de bepaling van de relevante groothandelsmarkten, aangezien de vraag naar groothandelsdiensten een afgeleide vraag is van de vraag naar eindgebruikersdiensten. Een onderneming die diensten aanbiedt op een eindgebruikersmarkt dient daarvoor immers de noodzakelijke bestanddelen zelf te produceren dan wel in te kopen bij een aanbieder op de groothandelsmarkt. Om die reden worden eerst de relevante markten op eindgebruikersniveau afgebakend teneinde op basis daarvan de relevante markten op groothandels (wholesale) niveau te bepalen. Deze benadering is in overeenstemming met overweging 4 van de aanbeveling. Deze benadering wordt niet gehanteerd indien er geen directe relatie bestaat tussen de betrokken groothandels- en eindgebruikersmarkten.

Interne leveringen

95. Bij de afbakening van een groothandelsmarkt die in directe relatie staat tot een eindgebruikersmarkt kan de vraag zich aandienen of de groothandelsdiensten die aanbieders aan zichzelf leveren tot de betreffende groothandelsmarkt dienen te worden gerekend. In het geval dat uitsluitend sprake is van interne leveringen door aanbieders die in potentie ook groothandelsdiensten kunnen leveren kan het gerechtvaardigd zijn een wholesalemarkt te definiëren die alleen interne leveringen omvat. In het geval dat zowel sprake is van externe als interne leveringen kan het gerechtvaardigd zijn om interne leveringen door zowel de zittende onderneming als de

⁵⁴ Deutsche Bahn v Commission, op. cit., paragraaf 92, Zaak T-139/98 AAMS v Commission, [2001] ECR0000-II, paragraaf 39.

⁵⁵ Dit artikel betreft de voorwaarden waaronder een concentratie met een communautaire dimensie kan worden verwezen naar een nationale mededingingsautoriteit. Een van de voorwaarden is dat de concentratie gevolgen heeft (of dreigt te hebben) op een markt in die lidstaat welke alle kenmerken van een afzonderlijke markt vertoont.

⁵⁶ Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb EG, 2004, L24, blz. 1.

⁵⁷ Richtsnoeren, randnummers 59 en 60.

alternatieve aanbieders tot de markt te rekenen. Dit is in ieder geval gerechtvaardigd indien een aanbieder de mogelijkheid en de prikkel heeft om interne leveringen om te zetten in externe leveringen in reactie op een kleine maar significante, duurzame prijsverhoging van extern geleverde producten (aanbodsubstitutie). Het opnemen van interne leveringen in de marktdefinitie is ook gerechtvaardigd indien concurrentiedruk op de eindgebruikersmarkt er toe leidt dat een kleine maar significante, duurzame prijsverhoging van extern geleverde producten niet winstgevend kan zijn.

(Modified) Greenfield-benadering: door het college gehanteerde volgorde bij de bepaling van de relevante markt

96. De bepaling van de relevante markt vormt de basis voor het onderzoek naar de vraag of een bepaalde onderneming een AMM heeft op de relevante markt en, indien dat het geval is, te bepalen wat passende en proportionele ex ante verplichtingen zijn voor die aanbieder om de (potentiële) mededingingsproblemen op de markten als gevolg van die AMM te remediëren. Om die reden is het noodzakelijk om bij de initiële afbakening van de eindgebruikersmarkt (en de daaropvolgende afbakening van wholesalemarkt) uit te gaan van een situatie waarin er geen wholesaleverplichtingen aanwezig zijn.

97. Indien bij de afbakening van de eindgebruikersmarkt zou worden uitgegaan van een situatie waarin er wel verplichtingen op de betrokken wholesalemarkt zouden bestaan, zou de beoordeling van aanwezigheid van marktmarkt en daarmee de noodzaak van het opleggen van verplichtingen op die betrokken wholesalemarkt afhankelijk zijn van een afbakening van de eindgebruikersmarkt die is gestoeld op de aanwezigheid wholesaleverplichtingen. Dit zou een onzuivere en circulaire benadering zijn van het bepalen van relevante markten.⁵⁸

98. Bij de bepaling van de relevante markt ten behoeve van de beoordeling van AMM op lager gelegen niveaus moet echter wel rekening worden gehouden met de aanwezigheid van de voorgenomen verplichtingen op een hoger gelegen markt. De reden hiervoor is dat de aanwezigheid van regulering op de hoger gelegen relevante markt effecten kan hebben op de concurrentiesituatie op de lager gelegen markt doordat toetreding mogelijk wordt gemaakt of aanbodsubstitutie eenvoudiger wordt.

99. De hierboven beschreven benadering is in overeenstemming met artikel 6a.2, tweede lid, van de Tw, waarin is bepaald dat het college alleen verplichtingen kan opleggen aan ondernemingen met AMM op de eindgebruikersmarkt, indien wholesalemaatregelen en verplichtingen met betrekking tot carrier(voor)keuze ontoereikend zijn. De effecten van wholesalemaatregelen moeten dus worden meegewogen in de analyse van AMM op de eindgebruikersmarkt.

100. Het is logisch deze benadering ook toe te passen in de relatie tussen meerdere verticaal gerelateerde wholesalemarkten. De verplichtingen op een hoger gelegen wholesalemarkt zullen namelijk tot doel hebben om de concurrentie op een lager gelegen wholesalemarkt te faciliteren.

⁵⁸ Zie hiervoor ook bijvoorbeeld: OFCOM, Review of the retail leased lines, symmetric broadband origination and wholesale trunk segments markets, Explanatory Statement and Notification, 18 December 2003, paragraaf 2.15.

101. Het volgen van een dergelijke systematiek, waarbij de effecten van regulering op andere markten worden betrokken in de analyse van een bepaalde markt, kan worden aangeduid als een 'modified greenfield' benadering.⁵⁹ In plaats van dat wordt uitgegaan van een zogeheten strikte greenfield benadering, waarbij de effecten van alle AMM-regulering volledig buiten beschouwing worden gelaten, wordt bij een 'modified greenfield' benadering recht gedaan aan de effecten op de onderzochte markt van AMM-regulering op andere markten, voorzover deze substantieel zijn en onafhankelijk van de uitkomsten van de analyse van de onderzochte markt. In de praktijk betekent dit dat bij de analyse van een bepaalde markt wordt geabstraheerd van alle AMM-regulering op die betreffende markt, terwijl wel rekening wordt gehouden met de effecten op de concurrentiesituatie op de onderzochte markt van regulering op andere markten, en met de effecten op de concurrentiesituatie van regulering die geldt op die betreffende markt ongeacht de uitkomst van de marktanalyse.

102. Het college acht het noodzakelijk toe te lichten hoe in het kader van een (modified) greenfield analyse wordt omgegaan met de aanwezigheid op een bepaalde markt van eventuele verplichtingen die voortvloeien uit de Mededingingswet (hierna: Mw). Doordat de Mw en de Tw in beginsel naast elkaar van toepassing zijn op markten voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en het begrip AMM in de Tw in lijn is gebracht met het begrip economische machtspositie in de Mw, kan het voorkomen dat de Mw beperkingen oplegt aan het gedrag van AMM partijen. De vraag of een marktpartij al dan niet beperkt wordt in haar gedrag als gevolg van de Mw is echter niet relevant voor de vraag of deze partij beschikt over AMM of niet: nationale regelgevende instanties dienen op grond van een prospectieve, structurele beoordeling van de relevante markt op basis van de bestaande marktvoorwaarden vast te stellen of een partij in staat is zich onafhankelijk van concurrenten en afnemers te gedragen.

103. Of daadwerkelijk sprake is van onafhankelijk gedrag, doet voor de vaststelling van AMM niet ter zake, een economische machtspositie kan immers ook worden vastgesteld zonder dat sprake is van misbruik. Het college zal de waarschijnlijkheid dat een partij zich onafhankelijk van concurrenten en afnemers zal gedragen, voor zover relevant, meewegen bij de beoordeling van de proportionaliteit van reguleringsmaatregelen.

104. In de regel is met name het meewegen van voorgenomen regulering op hoger gelegen markten aan de orde, omdat regulering op hoger gelegen markten over het algemeen een substantieel effect heeft op een lager gelegen markt. Door aldus de effecten mee te wegen die regulering op een hoger gelegen markt heeft op de concurrentieomstandigheden op lager gelegen markten, wordt voorkomen dat lager gelegen markten onnodig worden gereguleerd.⁶⁰ Echter ook in de meer uitzonderlijke situatie waarin regulering op een naastgelegen markt substantieel effect heeft op de markt die onderwerp van analyse is, dient met deze regulering rekening te worden gehouden.

105. Gelet op het voorgaande volgt het college bij de bepaling van relevante markten de volgende werkwijze:

⁵⁹ Toelichting op de aanbeveling, blz. 13.

⁶⁰ Toelichting op de aanbeveling, blz. 13

- het college bakent alle relevante markten af in de afwezigheid van regulering, beginnend bij de laagst gelegen markt (de eindgebruikersmarkt) via eventuele tussengelegen markten, met als doel de bepaling van de hoogst gelegen relevante markt (de hoogst gelegen wholesalemarkt);
- het college onderzoekt de mate van concurrentie op de betrokken eindgebruikersmarkt die zou bestaan indien wordt geabstraheerd van bestaande AMM verplichtingen;
- het college onderzoekt de hoogst gelegen wholesalemarkt op de aanwezigheid van aanmerkelijke marktmacht en bepaalt, indien noodzakelijk, welke passende verplichtingen worden opgelegd op de hoogst gelegen wholesalemarkt;
- het college bakent een lager gelegen markt af in de aanwezigheid van verplichtingen op de hoger gelegen markt;
- het college onderzoekt die lager gelegen markt op de aanwezigheid van aanmerkelijke marktmacht en bepaalt, indien noodzakelijk, welke passende verplichtingen worden opgelegd op die lager gelegen markt;
- het college herhaalt stap vier en vijf tot op het niveau van de eindgebruikersmarkt.

106. Het college hanteert de hierboven beschreven volgorde in ieder geval als inhoudelijk uitgangspunt. Het kan voorkomen dat omwille van de duidelijkheid en leesbaarheid de verschillende stappen in het besluit in een andere volgorde worden gepresenteerd.

3.4 Het vaststellen van aanmerkelijke marktmacht

107. Het college dient op grond van artikel 6a.1, derde lid, van de Tw de bepaalde relevante markten zo spoedig mogelijk te onderzoeken. Het onderzoek dient er in ieder geval op gericht te zijn om vast te stellen of de desbetreffende markten al dan niet daadwerkelijk concurrerend zijn en of hierop ondernemingen actief zijn die beschikken over een AMM.

108. Het bovenstaande impliceert niet dat het college eerst moet vaststellen of een bepaalde relevante markt daadwerkelijk concurrerend is en daarna pas kan vaststellen of er op die markt ondernemingen AMM hebben. De conclusie dat een bepaalde markt daadwerkelijk concurrerend is, is equivalent aan de conclusie dat geen enkele onderneming individueel of gezamenlijk met een andere onderneming over een AMM op die markt beschikt. Dat betekent andersom gezien ook dat, indien op een bepaalde relevante markt één of meer ondernemingen individueel dan wel gezamenlijk over een AMM beschikken, die relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is.⁶¹

109. Uit de definitie van het begrip AMM blijkt dat op een bepaalde relevante markt één onderneming AMM kan hebben (een enkelvoudige machtspositie), maar ook dat meerdere ondernemingen gezamenlijk een positie van AMM op een bepaalde relevante markt kunnen innemen. De laatstgenoemde situatie wordt een collectieve machtspositie genoemd. In beide gevallen kunnen ondernemingen op grond van de Tw worden aangewezen als ondernemingen met AMM.

⁶¹ Zie hiervoor: richtsnoeren, randnummers 19 en 112, en memorie van toelichting bij de Tw, Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 3, blz. 113.

110. Verder kan er sprake zijn van AMM op een bepaalde markt indien een onderneming een dominante positie heeft op een nauw verbonden markt en deze positie aanwendt om haar marktmacht op de eerstgenoemde markt te vergroten.⁶² Dit kan zich voordoen bij een verticaal geïntegreerde onderneming die een sterke marktpositie heeft op de betrokken netwerkmarkt en die positie gebruikt om haar positie op de dienstenmarkt te versterken. In dat geval kan de onderneming met AMM worden aangewezen als onderneming met AMM op beide markten gezamenlijk.

111. Het bestaan van een machtspositie kan worden aangetoond aan de hand van een aantal criteria. De belangrijkste daarvan zijn beschreven in paragraaf 3.1 van de richtsnoeren. Het marktaandeel wordt vaak gebruikt als indicatie van de marktmacht. In de beschikkingspraktijk van de Commissie is er doorgaans pas sprake van gevaar voor een individuele machtspositie ingeval een onderneming een marktaandeel van meer dan 40% bezit. Bij een lager marktaandeel kan ook al een vermoeden bestaan van een machtspositie, aangezien een machtspositie ook mogelijk is zonder dat de betrokken onderneming een groot marktaandeel heeft. Volgens de jurisprudentie van het Europese Hof vormt een zeer groot marktaandeel — meer dan 50 % — op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten. Een onderneming met een groot marktaandeel mag geacht worden over aanmerkelijke marktmacht te beschikken — dus in een machtspositie te verkeren — wanneer haar marktaandeel over langere tijd stabiel is gebleven. Het feit dat een onderneming met een groot marktaandeel op een bepaalde markt geleidelijk marktaandeel verliest, kan erop wijzen dat de markt concurrerender wordt, maar hoeft niet uit te sluiten dat aanzienlijke marktmacht wordt vastgesteld.⁶³

112. Naast het marktaandeel worden in de richtsnoeren de volgende criteria genoemd op basis waarvan AMM kan worden aangetoond:

- de totale omvang van de onderneming;
- de controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur;
- de technologische voorsprong of superioriteit;
- het ontbreken van kopersmacht die een tegenwicht kan vormen;
- gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/financiële middelen;
- product-/dienstendiversificatie (bijvoorbeeld bundeling van producten of diensten);
- schaalvoordelen;
- breedtevoordelen;
- verticale integratie;
- een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk;
- het ontbreken van potentiële concurrentie;
- grenzen aan de expansie.

113. De in de richtsnoeren genoemde criteria kunnen niet worden beschouwd als een eenvoudige checklist om te beoordelen of er sprake is van AMM of van daadwerkelijke concurrentie. Een marktanalyse omvat in het onderhavige kader een algehele, toekomstgerichte analyse van de economische kenmerken van een bepaalde relevante markt, waarbij rekening wordt gehouden met de

⁶² Zogenaamde 'hefboomwerking', artikel 14, derde lid, van de kaderrichtlijn.

⁶³ Richtsnoeren, randnummer 75.

specifieke omstandigheden van het individuele geval. Derhalve zal AMM alleen kunnen worden geconstateerd door toepassing van en toetsing aan de hand van meerdere van de genoemde criteria. Om deze reden en vanwege de diversiteit van de betrokken markten, acht het college het niet passend om aan de verschillende criteria vooraf een bepaald gewicht toe te kennen. Welke criteria het college met name van belang acht, zal hij bekijken in de context van een bepaalde markt, daarbij rekening houdend met de specifieke kenmerken van die markt.⁶⁴

114. De bepaling van AMM in een toekomstgerichte analyse betekent dat niet alleen wordt gekeken naar de bestaande concurrentiesituatie, maar dat ook wordt gezien of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke concurrentie blijvend is.⁶⁵ De marktanalyse in dit besluit is uitgevoerd op een prospectieve wijze, waarbij toekomstige ontwikkelingen die de concurrentiesituatie op de onderzochte markten significant zullen beïnvloeden zijn meegewogen, voorzover zij redelijkerwijs voorzienbaar zijn in de periode tot de volgende marktanalyse. Gelet op artikel 6a.4 van de Tw hanteert het college daarvoor een periode van maximaal drie jaar.

3.5 Het opleggen van passende verplichtingen in het licht van de geconstateerde (potentiële) mededingingsproblemen en van de doelstellingen in de wet

3.5.1 Inleiding

115. Artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw bepaalt dat het college, indien hij heeft vastgesteld dat een onderneming op een bepaalde relevante markt beschikt over een AMM:

- a. aan die onderneming, voor zover passend, de in hoofdstuk 6a van de Tw nader uitgewerkte verplichtingen oplegt;
- b. eerder opgelegde verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in stand houdt indien zij nog steeds passend zijn, of
- c. eerder opgelegde of in stand gehouden verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, intrekt indien zij niet langer passend zijn.

116. Deze verplichtingen dienen 'passend' te zijn (artikel 6a.2, derde lid, van de Tw). Zoals in paragraaf 2.3.1 hiervoor aangegeven, wordt een verplichting als 'passend' aangemerkt "indien deze gebaseerd is op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 proportioneel en gerechtvaardigd is."

117. Het college is van oordeel dat het best kan worden voldaan aan de vereisten van de Tw inzake passendheid van verplichtingen door de Europeesrechtelijke proportionaliteitsnorm als uitgangspunt te hanteren. Dit algemene beginsel van gemeenschapsrecht is onder meer nader ingevuld door het Hof

⁶⁴ Zie ook: ERG Working paper on the SMP concept for the new regulatory framework, May 2003, paragraaf 6.

⁶⁵ Richtsnoeren, randnummer 20.

van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ).⁶⁶ Toepassing van deze norm ligt voor de hand om een aantal redenen. De norm is relatief duidelijk ingevuld door het Hof, de vereisten van artikel 6a.2. van de Tw zijn gebaseerd op bepalingen in de Europese richtlijnen (artikel 8 van de toegangsrichtlijn en artikel 17 van de universeledienstrichtlijn) die expliciet spreken over proportionaliteit, en de norm omvat in ieder geval het evenredigheidsbeginsel van de Awb.

118. Met het hanteren van de Europese proportionaliteitsnorm voldoet het college in ieder geval aan de vereisten van artikel 6a.2 van de Tw en aan de kwalitatieve motiveringsvereisten van artikel 1.3, vierde lid, van de Tw⁶⁷. Ten aanzien van de kwantitatieve motivering geldt dat ter onderbouwing van de proportionaliteitstoets 'waar redelijkerwijs mogelijk' een kwantificering van de verwachte relevante gevolgen dient plaats te vinden. Naar het oordeel van het college vormt deze aanvullende motiveringseis een integraal onderdeel van de proportionaliteitstoets.

119. Dit betekent dat de door het nieuwe kader voorgeschreven proportionaliteitstoets een motivering vereist die aantoont dat het toegepaste instrument voor het bereiken van de doelstellingen van het beleid:

- geschikt is voor het bereiken van de doelstellingen van artikel 1.3, eerste lid, van de Tw; en
- noodzakelijk is, dus dat:
 - a: zonder aanwending van het middel het doel hetzij in het geheel niet hetzij in onvoldoende mate zou worden bereikt; en bovendien
 - b: indien verschillende geschikte middelen bestaan, het gekozen instrument het minst zware effectieve middel is; en
- de voordelen die volgen uit de toepassing van het middel in termen van het bereiken van de doelstellingen opwegen tegen de mogelijke nadelen daarvan.

120. Daar waar redelijkerwijs mogelijk baseert het college de motivering van de bovengenoemde aspecten op beschikbare kwantitatieve informatie.

121. Bij de keuze van de verplichtingen hoeft *niet* nog eens te worden getoetst of de voorgestelde verplichting ook op grond van het algemene mededingingsrecht zou kunnen worden opgelegd. Het derde criterium ziet uitsluitend op de aanwijzing van de voor ex ante regulering in aanmerking komende markten. De nationale regelgevende instantie hoeft na de marktafbakening en de marktanalyse met inachtneming van de Europese regelgeving niet alsnog en apart de relatieve doelmatigheid van ex ante regulering te vergelijken met die van het algemene mededingingsrecht. Het college is dan ook niet gehouden om te onderzoeken en te motiveren waarom het algemene

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld HvJEG, Zaak C-331/88 van 13 november 1990, FEDESA, Jur 1990 I blz. 4023: Ingevolge het evenredigheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, zijn maatregelen waarbij economische activiteiten worden verboden, slechts wettig wanneer zij geschikt en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande, dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel.

⁶⁷ Dit lijkt ook te worden onderschreven door de Raad van State in haar advies met betrekking tot artikel 1:3, vierde lid, van de Tw, Kamerstukken Eerste Kamer, 2008-2009, 30 66, F.

mededingingsrecht niet volstaat om het geïdentificeerde mededingingsprobleem te verhelpen en heeft dit evenmin per afzonderlijke verplichting aan te tonen.

122. In het 'Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen'⁶⁸ heeft het college in algemene zin nader uiteengezet op welke wijze hij voornemens is de vereisten uit de Tw met betrekking tot de passendheid van op te leggen verplichtingen te interpreteren en toe te passen. In dit document is onder meer uitgewerkt hoe het verband tussen het op de relevante markt geconstateerde (potentiële) mededingingsprobleem, de in de Tw gehanteerde doelstellingen van regulering en de passendheid van de uiteindelijke verplichting door het college wordt vormgegeven.

123. Het gemeenschappelijk standpunt van de ERG inzake verplichtingen geeft een raamwerk om veel voorkomende mededingingsproblemen op de onderzochte relevante markten en mogelijke oplossingen daarvoor in kaart te brengen.⁶⁹ Het college sluit zich in zijn benadering bij dit standpunt aan.

124. In dit hoofdstuk wordt achtereenvolgens kort ingegaan op de (potentiële) mededingingsproblemen (paragraaf 3.5.2), de relatie met de in artikel 1.3 van de Tw genoemde doelstellingen (paragraaf 3.5.3) en het opleggen van passende verplichtingen (paragraaf 3.5.4).

3.5.2 (Potentiële) mededingingsproblemen

125. Op de relevante markten kunnen als gevolg van de aanwezigheid van een AMM verschillende mededingingsproblemen bestaan. Daarbij kan worden gedacht aan de volgende (potentiële) mededingingsproblemen.

Voorbeelden van mededingingsproblemen op retailniveau:

- roofprijzen;
- buitensporig hoge tarieven;
- marge-uitholling;
- prijsdiscriminatie;
- koppelverkoop;
- contractuele voorwaarden om overstapkosten van eindgebruikers te verhogen;
- inefficiëntie;
- lage kwaliteit.

Voorbeelden mededingingsproblemen op wholesaleniveau:

- leveringsweigering/toegangsweigering;
- discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie;
- vertragingstactieken;
- onbillijke voorwaarden;
- kwaliteitsdiscriminatie;

⁶⁸ OPTA, Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen, OPTA/EGM/2004/204404, 22 december 2004.

⁶⁹ Zie hoofdstuk 2.2.3. Zie voor verdere verwijzingen en uitwerking tevens en hierna onder 3.5.4.

- strategisch productontwerp;
- prijsdiscriminatie;
- buitensporige prijzen;
- marge-utholling;
- oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten;
- koppelverkoop.

126. De relevante mededingingsproblemen zijn beschreven in het ook door het college gebruikte raamwerk van het gemeenschappelijk standpunt van de ERG⁷⁰ en worden in de betreffende besluiten voor de onderzochte relevante markten nader uitgewerkt. De ERG beschrijft in haar gemeenschappelijk standpunt over verplichtingen een viertal typische marktconstellaties. Deze situaties zijn:

- het overhevelen van marktmacht in een wholesale-markt naar een verticaal gerelateerde wholesale-markt of retail-markt ('vertical leveraging'): problemen kunnen ontstaan door gedrag dat de kosten van concurrenten opdrijft en/of de verkoopmogelijkheden van concurrenten inperkt, met als doel de concurrentie op de betreffende wholesale- of retail-markt uit te sluiten ('foreclosure');
- het overhevelen van marktmacht naar een – niet verticaal gerelateerde – andere markt ('horizontal leveraging'): problemen die ontstaan uit gedrag dat er op gericht is concurrentie op de betreffende markt uit te sluiten;
 - het gebruik van enkelvoudige marktdominantie ('single market dominance') in de AMM markt zelf: problemen kunnen ontstaan door gedrag, gericht op het belemmeren van markttoetreding, door het gebruik van uitbuitingsprijzen en door het bestaan van productieve inefficiënties, in de betreffende AMM-markt;
 - specifieke situatie van 'two-way access' oftewel afwikkelen van verkeer: problemen kunnen ontstaan doordat (i) netwerken, als de facto monopolies voor het afwikkelen van verkeer op hun eigen netwerk, buitensporige prijzen hanteren; (ii) wederzijds afhankelijke partijen samenspannen ten koste van eindgebruikers (negatieve welvaartseffecten); of (iii) door uitsluitingsgedrag.

127. Voor elk van deze typische marktsituaties worden vervolgens het te verwachten marktgedrag door dominante marktpartijen en de potentiële mededingingsproblemen die daaruit voortvloeien beschreven. Enige overlap tussen deze vier situaties is niet uitgesloten.

3.5.3 De relatie met de in artikel 1.3 van de Tw genoemde doelstellingen

128. Om de hierboven beschreven proportionaliteitstoets goed te kunnen uitvoeren, acht het college het noodzakelijk om een aantal uitgangspunten te formuleren met betrekking tot de verhouding van de in artikel 1.3, eerste lid, van de Tw genoemde doelstellingen tot elkaar. Deze uitgangspunten worden in deze paragraaf kort weergegeven.

129. Het college heeft het ERG-standpunt gebruikt als raamwerk om te bepalen welke mededingingsproblemen te verwachten zijn op de onderzochte relevante markt en welke

⁷⁰ Zie ook het OPTA Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen, blz. 16-17.

verplichtingen mogelijkwerwijs geschikt zijn om de problemen te voorkomen dan wel op te lossen.⁷¹ Op dit standpunt wordt in dit hoofdstuk eveneens kort ingegaan.

130. In deze fase heeft het college aan de hand van de uitkomsten van het onderzoek van de relevante markt bepaald aan welke van de drie doelstellingen van artikel 1.3 van de Tw in het onderhavige geval de nadruk krijgt. Concreet gaat het daarbij om de vraag in welke mate de maatregelen van het college zich richten op de bevordering van op infrastructuur gebaseerde concurrentie, op de bevordering van dienstenconcurrentie dan wel de directe bescherming van de consument.

131. De sleutel in deze afweging vormt het begrip duurzame concurrentie. Het uiteindelijke doel van het reguleringskader is het tot stand brengen van een situatie van duurzame concurrentie, ofwel effectieve concurrentie die voor haar bestaan en effectiviteit niet (meer) afhankelijk is van het bestaan van sectorspecifieke regulering. Een situatie waarbij diverse ondernemingen met elkaar concurreren met gebruikmaking van eigen infrastructuur (infrastructuurconcurrentie) is zo gezien duurzamer dan een concurrentiesituatie die afhankelijk is van het bestaan van bijvoorbeeld toegangsverplichtingen.⁷²

132. In de toelichting bij artikel 2 van de beleidsregels wordt het volgende over duurzame concurrentie gesteld:

“De doelstelling van het nieuwe kader is om in de gehele elektronische communicatiesector daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken, zodat op termijn specifieke regels kunnen worden afgeschaft en volstaan kan worden met het algemene mededingingsrecht. Om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken is het noodzakelijk dat aanbieders van alternatieve infrastructuur, dat wil zeggen andere infrastructuur dan die van de onderneming met AMM gestimuleerd blijven om te investeren.”⁷³

133. Gelet op het voorgaande is het college van oordeel dat een situatie van duurzame concurrentie het best kan worden bereikt door, daar waar mogelijk, in de keuze van verplichtingen voorrang te geven aan maatregelen die infrastructuur concurrentie bevorderen. Deze lijn wordt ook in het gezamenlijk standpunt van de ERG over verplichtingen gekozen en wordt ondersteund door de afwegingen van de Commissie in de toelichting bij de aanbeveling:

“Het doel van het nieuwe regelgevende kader is uiteindelijk een situatie tot stand te brengen waarbij sprake is van een volledige infrastructuurconcurrentie tussen een aantal verschillende infrastructuren. Dit kan plaatsvinden binnen of tussen platforms. Regelgeving die de verplichte

⁷¹ ERG, “Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”, ERG(03)30rev1, April 2004.

⁷² Zie hiervoor bijvoorbeeld: OPTA, “Economic considerations on balancing infrastructure and services based competition”, Economic policy note No 1, December 2003, p 8: “An alternative infrastructure tackles competitive problems at their source, i.e. the market power held by the (fixed) network owner. Therefore, competition on services resulting from competition between infrastructures is preferable to competition on services delivered over the same infrastructure.” Zie ook: de ERG “Common Position”, paragraaf 4.2.3, blz. 66-70, “supporting feasible infrastructure investment”.

⁷³ Zie toelichting bij de beleidsregels.

*toegang tot bestaande netwerken oplegt, dient als overbruggingsmaatregel om te zorgen voor concurrentie tussen diensten en keuzemogelijkheden voor de consument, totdat er voldoende infrastructuurconcurrentie bestaat. Investerings in nieuwe netwerkinfrastructuur zullen ervoor zorgen dat des te sneller regelgeving ex ante betreffende deze markt kan worden ingetrokken.*⁷⁴

134. Alleen waar de infrastructuur waarover concurrerende diensten kunnen worden geleverd binnen de termijn van de herziening niet repliceerbaar is en waar niet spontaan groothandelsmarkten ontstaan, zodat op basis hiervan effectieve dienstenconcurrentie mogelijk is, wordt dienstenconcurrentie bevorderd en geïntroduceerd door middel van toegangsverplichtingen. Daarbij zijn twee situaties te onderscheiden. In de situatie waarin op in de voorstelbare toekomst na de termijn van de herziening de infrastructuur niet repliceerbaar zal zijn, is dienstenconcurrentie noodzakelijk om de effecten van duurzame concurrentie te helpen nabootsen. In de situatie waarin in de voorzienbare toekomst na de termijn van de herziening wel sprake kan zijn van repliceerbaarheid, zullen verplichtingen als toegang en prijsregulering zodanig worden vormgegeven dat investeringsprikkelens jegens marktpartijen niet negatief worden beïnvloed en zo mogelijk worden bevorderd.⁷⁵ In dat geval kan dienstenconcurrentie een opstap vormen naar infrastructuurconcurrentie. Op deze wijze geeft het college invulling aan de vereisten van artikel 2 van de beleidsregels.

135. Waar infrastructuur- en dienstenconcurrentie tekort schieten in het disciplineren van de AMM-aanbieder geldt ten slotte de doelstelling van eindgebruikersbescherming, dat wil zeggen het bevorderen van de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit. Dit betreft die gevallen waarin infrastructuurconcurrentie noch dienstenconcurrentie afdoende zijn om te verzekeren dat consumenten de voordelen van concurrentie genieten en waarin direct regulerend ingrijpen dus optreedt als een substituut voor marktdiscipline.

136. De in artikel 1.3 van de Tw genoemde doelstelling van de ontwikkeling van de interne markt is in beginsel het meest gediend met het slechten van toetredingsdrempels (en daarmee dus meer bij wholesalemaatregelen dan bij retailmaatregelen). De ontwikkeling van de interne markt is echter niet leidend bij de afweging voor de keuze tussen infrastructuur- en dienstenconcurrentie en/of wholesale- en retailmaatregelen. Naar het oordeel van het college vergt daarom de interne markt geen afzonderlijke maatregelen, maar de effecten daarop van de keuze tussen verschillende reguleringsmogelijkheden moeten bij de afweging wel worden meegenomen. Wanneer overeenkomstige marktomstandigheden dat rechtvaardigen, wordt gestreefd naar harmonisatie, waarbij het college de gemeenschappelijke standpunten die worden ontwikkeld door de ERG als uitgangspunt neemt.

137. Op basis van het onderzoek van de relevante markt bepaalt het college welke doelstelling voor die betreffende relevante markt de nadruk krijgt. Daarbij spelen met name de hoogte van de toetredingsbarrières, de mate van repliceerbaarheid van de infrastructuur waarover de diensten in de relevante markt geleverd worden en de mate van concurrentie een rol.

⁷⁴ Toelichting bij aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten, Publicatieblad EG 203, L114/45, blz. 29.

⁷⁵ Zie ook: de ERG "Common Position", paragraaf 4.2.3, blz. 66-70, "supporting feasible infrastructure investment".

3.5.4 Het opleggen van passende verplichtingen

138. Nadat de mogelijke mededingingsproblemen zijn geconstateerd, kiest het college de mogelijke verplichtingen, gebaseerd op de aard van het geconstateerde mededingingsprobleem. In de situatie dat er geen bestaande AMM-verplichtingen gelden op de betrokken markt tracht het college, waar redelijkerwijs mogelijk, de omvang van het probleem te kwantificeren (in elk geval in termen van orde van grootte). In andere gevallen beoordeelt het college de waarschijnlijkheid waarmee een potentieel mededingingsprobleem zich zal voordoen.

139. Het college gebruikt de benadering in het gezamenlijke standpunt van de ERG daarbij als startpunt van de analyse. Daarin wordt voor elk van de benoemde situaties aangegeven welke maatregelen geschikt kunnen zijn om de in die situatie waarschijnlijke mededingingsproblemen te voorkomen dan wel op te lossen.⁷⁶

140. Bij de vaststelling van passende verplichtingen houdt het college rekening met de door de minister vastgestelde beleidsregels.⁷⁷ Met name artikel 2 inzake duurzame concurrentie en artikel 4 inzake kwaliteit en toegang zijn van belang bij het opleggen van verplichtingen omdat de minister in deze artikelen ingaat op de wijze waarop het college in zijn besluitvorming om dient te gaan met de afweging van verschillende belangen. De wijze waarop het college rekening houdt met artikel 2 inzake duurzame concurrentie is hiervoor reeds besproken.

141. Het college begrijpt de beleidsregel kwaliteit en toegang zo dat deze relevant is in situaties waarin cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de kwaliteitsniveaus op het niveau van eindgebruikersmarkten zijn in concurrentie dan wel op grond van wettelijke vereisten ontstaan;
- de kwaliteit op wholesaleniveau kan worden gedifferentieerd ('ontbundeld') van de kwaliteit op eindgebruikersniveau; en
- het college is voornemens wholesalemaatregelen te nemen en wholesaletarieven vast te stellen die tot effect zouden hebben dat ondernemingen beperkt worden in hun mogelijkheden om op eindgebruikersniveau te concurreren op kwaliteit (bijvoorbeeld omdat een onderneming met AMM niet de werkelijk door hem gemaakte kosten voor het bestaande kwaliteitsniveaus in zijn wholesaletarieven mag doorberekenen).

142. Voor zover de hierboven beschreven situatie relevant is voor de in dit besluit behandelde relevante markten wordt daarop in dit besluit bij de vormgeving van de verplichtingen expliciet ingegaan.

143. De verplichtingen die kunnen worden opgelegd zijn uitgewerkt in hoofdstuk 6a van de Tw en betreffen onder meer enerzijds verplichtingen die met toegang verband houden (toegang, tariefmaatregelen, non-discriminatie, transparantie en gescheiden boekhouding), en anderzijds

⁷⁶ Zie de vier situaties genoemd in paragraaf 3.5.2.

⁷⁷ Zie paragraaf 2.3.2.

verplichtingen op eindgebruikersniveau (non-discriminatie, ontbundeling, transparantie, tariefmaatregelen).

144. Hoewel het gebruik van andere, nieuwere technologie op zichzelf geen reden vormt om andere verplichtingen te hanteren dan ten aanzien van diensten die op basis van meer traditionele technologie worden voortgebracht, kan het in specifieke gevallen gerechtvaardigd zijn om te differentiëren in verplichtingen op basis van de onderliggende technologie. Wanneer de verplichtingen die ten aanzien van de traditionele technologie zijn opgelegd voldoende zijn om mededingingsproblemen aanzien van de nieuwere technologie te voorkomen, kan worden afgezien van regulering van de diensten op basis van de nieuwere, meer innovatieve technologie. Wanneer ook ten aanzien van de nieuwere technologie mededingingsproblemen zullen blijven bestaan, zij het in mindere mate dan ten aanzien van traditionele technologie, dient te worden overwogen of met mildere regulering kan worden volstaan. Aldus wordt de totstandkoming van innovatieve technologieën bevorderd.⁷⁸

145. In het 'Afwegingskader proportionaliteit van verplichtingen' worden de mogelijke afwegingen met betrekking tot het opleggen van de verschillende verplichtingen nader toegelicht en in de concrete besluiten worden de relevante verplichtingen verder uitgewerkt.

3.6 Het intrekken van verplichtingen

Op grond van artikel 6a.4 van de Tw besluit het college om bestaande verplichtingen in stand te houden, dan wel om deze verplichtingen in te trekken. Het college kan tot het intrekken van verplichtingen overgaan in de volgende vier situaties:

1. Indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt (...) niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt het college vast welke ondernemingen (...) beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en trekt hij eerder opgelegde of in stand gehouden verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in indien zij niet langer passend zijn (artikel 6a.2, eerste lid, onderdeel c).
2. Indien uit het onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt (...) daadwerkelijk concurrerend is (...) (artikel 6a.3, eerste lid);
3. Indien uit het onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een onderneming op een niet daadwerkelijk concurrerende relevante markt (...) niet beschikt over een aanmerkelijke marktmacht (artikel 6a.3, tweede lid);
4. Indien uit het onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid, blijkt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is en de [wholesale]verplichtingen toereikend zijn om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken of de belangen van eindgebruikers te beschermen [zodat de retailverplichtingen voor zover zij betrekking hebben op die markt

⁷⁸ Revised ERG common position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06)33, mei 2006.

kunnen worden ingetrokken] (artikel 6a.3, derde lid).

4 Beschrijving van de gevolgde procedure

4.1 Betrokkenheid marktpartijen

146. Het onderhavige besluit is tot stand gekomen op basis van eigen onderzoek, externe onderzoeken, literatuurstudie en informatie van marktpartijen. Het college heeft op 4 april 2008 een vragenlijst aan marktpartijen gestuurd. In deze vragenlijst heeft het college partijen gevraagd om hun zienswijze op marktafbakening, dominantie-analyse, mededingingsproblemen en verplichtingen. In enkele gevallen had het college daartoe voorlopige standpunten ingenomen. Daarnaast heeft het college partijen gevraagd om oplevering van gegevens ter onderbouwing van de analyse.

147. Het college heeft van 15 partijen een reactie op de vragenlijst ontbundelde toegang ontvangen. De navolgende partijen hebben gereageerd:

- Associatie van Competitieve Telecomoperators (hierna: ACT)⁷⁹
- Bbnd N.V. (hierna: Bbnd)
- BT Nederland N.V. (hierna: BT)
- CAIW Diensten B.V. (hierna: CAIW)
- Colt Telecom B.V. (hierna: Colt)
- Delta N.V. (hierna: Delta)
- Easynet Nederland B.V. (hierna: Easynet)
- Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN)
- Reggefiber B.V. (hierna: Reggefiber)
- Scarlet Telecom B.V. (hierna: Scarlet)
- Solcon Internetdiensten B.V. (hierna: Solcon)
- UPC Nederland B.V. en Priority Telecom Netherlands B.V. (hierna: UPC)
- Verizon Nederland B.V. (hierna: Verizon)
- Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone)
- Ziggo B.V. (hierna: Ziggo)

⁷⁹ ACT partijen zijn Bbnd, BT, Colt, Online, Priority, Tele2 en Verizon. Bbnd en UPC hebben in aanvulling op de reactie van het ACT een individuele reactie op de vragenlijst gegeven. BT, Colt, Verizon hebben in aanvulling op de reactie van het ACT een gezamenlijke reactie op de vragenlijst gestuurd.

148. Op 15 juli 2008 heeft het college het voorontwerp van dit besluit en de bijbehorende Annexen bekendgemaakt. Overeenkomstig artikel 6b.1 van de Tw zijn belanghebbenden gedurende 6 weken na de formele terinzagelegging op 29 juli 2008 van het ontwerpbesluit en de bijbehorende Annexen in de gelegenheid gesteld hun schriftelijke zienswijze tegen het ontwerpbesluit en de Annexen aan het college kenbaar te maken. De integrale openbare versies van de bedenkingen van marktpartijen zijn gepubliceerd op de website van OPTA.

149. Tevens zijn belanghebbenden in de gelegenheid gesteld om mondeling hun zienswijze naar voren te brengen tijdens de hoorzitting op 2 september 2008. Het verslag van deze hoorzitting is gepubliceerd op de website van OPTA.

150. Op 29 september 2008⁸⁰ heeft het college een informatieverzoek uitgestuurd aan partijen ten einde een beter beeld te krijgen van investeringen in het aansluitnetwerk en plannen voor wat betreft de zakelijke markt voor vaste telefonie. Dit verzoek is gestuurd aan UPC en Ziggo (alle vragen), Bbnd, Tele2 en Eurofiber (slechts de vragen over investeringen).

151. Het college heeft KPN op grond van artikel 3:15, vierde lid, van de Awb op 2 oktober 2008⁸¹ in de gelegenheid gesteld om, waar nodig, te reageren op de naar voren gebrachte zienswijzen van marktpartijen. Het college heeft deze reactie op 17 oktober 2008⁸² ontvangen en deze vervolgens bij zijn afweging betrokken. Voor een beknopte weergave van de bedenkingen van marktpartijen en de dupliek van KPN, alsmede de reactie van het college hierop, verwijst het college naar Annex 4 van dit besluit. De wijzigingen die het gevolg zijn van deze reactie, zijn opgenomen in het onderhavige besluit. Daarnaast zijn in het besluit cijfers tot en met Q2 2008 toegevoegd. Tenslotte zijn waar nodig tekstuele verbeteringen doorgevoerd.

152. Op 6 november 2008 heeft het college het besluit conform artikel 6b.2 van de Tw ter notificatie voorgelegd aan de Europese Commissie en aan de nationale regelgevende instanties van de EU-lidstaten. Daarbij heeft het college ook zijn reactie op de ingediende zienswijzen van marktpartijen kenbaar gemaakt.

153. Op 20 november 2008 heeft de Commissie vragen gesteld aan het college met betrekking tot de notificatie. Het college heeft deze vragen beantwoord op 25 november 2008.⁸³

154. Op 8 december 2008 heeft het college een brief van de Europese Commissie ontvangen, met kenmerk: Brussel, 8 december 2008, C(2008)8293, SG-Grefte (2008) D/207845, betreft Zaak NL/2008/0826: wholesaletoeegang tot het aansluitnet voor breedband- en/of spraakdiensten en Zaak NL/2008/0827: wholesalebreedbandtoegang. Voor de brief van de Commissie wordt verwezen naar Annex 5. Van de nationale regelgevende instanties uit de EU-lidstaten zijn geen reacties ontvangen.

⁸⁰ Kenmerk: OPTA/AM/2008/202194.

⁸¹ Kenmerk: OPTA/AM/2008/202203.

⁸² Kenmerk: R/08/U/152.

⁸³ Kenmerk: OPTA/AM/2008/202728.

155. Het college heeft geconstateerd dat de bepalingen over de tarieven per 1 januari 2009 wijziging en aanvulling behoeften. Het college heeft KPN op 1 december 2008 in de gelegenheid gesteld haar visie te geven op de door het college voorgenomen wijzigingen en aanvullingen.⁸⁴ Het college heeft op 4 december 2008 de zienswijze van KPN⁸⁵ ontvangen en deze vervolgens bij zijn afweging betrokken. De toelichting op de gewijzigde bepalingen ten aanzien van de tarieven per 1 januari 2009, de zienswijze van KPN en de reactie van het college hierop, is opgenomen in hoofdstuk 8 van Annex 4. De wijzigingen zijn in het onderhavige besluit opgenomen.⁸⁶

4.2 Externe onderzoeken

156. Voorts heeft het college diverse externe onderzoeken uitgezet dan wel ingekocht. In deze paragraaf volgt een overzicht van de voor de marktanalyse ontbundelde toegang relevante onderzoeken.

- Analysys Consulting, “*The business case for sub-loop unbundling in the Netherlands*”, 26 januari 2007. In dit onderzoek wordt ingegaan op de business case van telecommunicatie aanbieders voor sub loop unbundling (SLU) in Nederland.
- Analysys Mason, “*The business case for fibre-based access in the Netherlands*”, juni 2008. In dit onderzoek wordt ingegaan op de business case van KPN voor FttH in Nederland en die van alternatieve aanbieders op basis van ontbundelde toegang tot glas.
- Analysys Mason, een vervolgonderzoek op het onderzoek van juni 2008 over “*The business case for fibre-based access in the Netherlands*”, december 2008.
- Dialogic, “*Productmarkten en marktsegmentering bij zakelijke telecommunicatiediensten*”, 20 april 2007. Onderzoek naar zakelijke marktsegmenten in de elektronische telecommunicatiemarkt. Er wordt inzicht verschaft in de werking van de verschillende (sub)markten en trends naar de toekomst vanuit de perceptie van aanbieders en afnemers.
- Dialogic, “*Eindgebruikersonderzoek in zakelijke marktsegmenten in de elektronische communicatiesector ten behoeve van OPTA marktanalyse breedband, huurlijnen en vaste telefonie*”, april 2008. Dit onderzoek rapporteert over de mate waarin zakelijke eindgebruikers verschillende type telecommunicatieproducten als alternatieven beschouwen.
- EIM, “*Consumentenonderzoek afname van gebundelde communicatieproducten in Nederland, 3^e meting*”, 8 maart 2007. Onderzoek naar de mate waarin huishoudens gebruik maken van een gebundeld aanbod van (tele)communicatieproducten. In dit onderzoek wordt vergeleken met twee eerdere metingen.
- Heliview Research, “*ICT Consumer Monitor Q4 2007, Concurrentie Monitor*”, januari 2008. In dit rapport wordt een beeld gegeven van de huidige marktstatus voor wat betreft PC en

⁸⁴ Brief van OPTA aan KPN, 1 december 2008, OPTA/AM/202778.

⁸⁵ Brief van KPN aan OPTA, 4 december 2008, WOPC/2008/010.

⁸⁶ Dit randnummer is toegevoegd naar aanleiding van nadere overwegingen van het college (zie hoofdstuk 8 van Annex 4).

internetgebruik, het gebruik van telefonie, televisie en multiplay. Daarnaast worden diverse ISP's onderling vergeleken op meerdere aspecten.

- Heliview Research, *“ICT Consumer Monitor Q4 2007, Markttrends Internet & PC gebruik”*, januari 2008. Rapportage geeft informatie over het gebruik van verschillende typen PC's en internetverbindingen, gebruiksdoeleinden en intensiteit, voorkeuren, aanschafkanalen en switchgedrag.
- Heliview Research, *“ICT Consumer Monitor Q1 2008, Markttrends Multi Play”*, mei 2008. In dit rapport worden de verschillende communicatiemedia afzonderlijk van elkaar beschreven en wordt een beeld gegeven van multi play abonnementen en plannen daarvoor.
- Interview NSS, *“Switchgedrag telecommunicatiediensten. Waarom switchen gebruikers?”*, maart 2007. Rapport geeft inzicht in de redenen waarom eindgebruikers switchen van aanbieders voor telefonie, breedband en TV.
- Pecoma heeft op basis van een Geografisch Informatiesysteem (GIS) een overzicht gemaakt van de aanwezige telecommunicatie infrastructuur in verzorgingsgebieden en spreiding van ontbundelde lijnen in Nederland.
- Telecompaper, *“Fibre-to-the-Home (FtH) in Nederland”*, 15 mei 2008. Overzicht van de huidige stand van zaken ten aanzien van FtH in Nederland. Daarnaast wordt in het onderzoek een schets gegeven van de ontwikkeling voor de komende jaren.
- Telecompaper, *“Breedbandmarkt ontwikkelingen 2003-2007/8”*, maart 2008. Overzicht van de situatie op de Nederlandse breedbandmarkt op 1 januari 2003 en belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van prijzen, snelheden en value-added services om te komen tot een beschrijving van de situatie begin 2008.
- Verdonck, Klooster & Associates, *“Marktontwikkelingen 2007-2010. Ontwikkelingen van en scenario's voor de consumentenmarkt voor telefonie, omroep en breedbandinternettoegang”*, 29 maart 2007. Dit rapport geeft een overzicht van ontwikkelingen voor de markt voor vaste telefonie, breedbandinternettoegang en omroep. Daarbij is aangegeven wat de te verwachten richting van de ontwikkeling in de komende vier jaar is.
- Verdonck, Klooster & Associates, *“Marktontwikkelingen 2008-2011. Addendum bij Marktontwikkelingen 2007-2010. Ontwikkelingen van en scenario's voor de consumentenmarkt voor telefonie, omroep en breedbandinternettoegang”*, juni 2008. Dit rapport is een update van het onderzoek van VKA van maart 2007.

4.3 Structurele monitoring markten

157. Ten slotte heeft het college gebruikt gemaakt van de gegevens uit de Structurele Monitoring Markten (hierna: SMM) die partijen ieder kwartaal opleveren aan het college. Bij de cijfers van SMM is van belang dat deze niet 100% van de markt dekken, omdat alleen partijen met een breedband-omzet van meer dan EUR 10 miljoen informatie opleveren. Daarnaast heeft het college een aantal andere partijen aangeschreven, die op de breedbandmarkt actief zijn.

4.4 Andere bronnen

158. In randnummer 31 is gerefereerd aan een Common Position van de ERG inzake verplichtingen. Daarnaast is er een ERG common position inzake verplichtingen voor de markt voor ontbundelde toegang⁸⁷ en een ERG common position inzake geografische markten⁸⁸. Specifiek voor de markten die in dit besluit worden geanalyseerd zijn er geen verdere Common Position van de ERG opgesteld.

4.5 Advies NMa

159. Het college heeft op grond van artikel 18.3 van de Tw jo. artikel 14 van het Samenwerkingsprotocol tussen NMa en OPTA het ontwerpbesluit voor advies voorgelegd aan de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. De raad van bestuur heeft bij brief van 14 juli 2008 gereageerd. Dit advies is opgenomen in Annex 2 van het besluit.

4.6 Opmerkingen Europese Commissie

160. Het college heeft op grond van artikel 6b.2, eerste lid, van de Tw het ontwerpbesluit op 6 november 2008 voorgelegd aan de Commissie en de nationale regelgevende instanties. Op 8 december 2008 heeft het college opmerkingen van de Commissie ontvangen. Van de nationale regelgevende instanties uit de EU-lidstaten zijn geen reacties ontvangen.

161. De Commissie heeft drie opmerkingen ten aanzien van het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang en één opmerking ten aanzien van het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang op wholesale-niveau. Ingevolge artikel 6b.2, derde lid, van de Tw dient het college zoveel mogelijk rekening te houden met deze opmerkingen. De opmerkingen van de Commissie alsmede de wijze waarop het college daarmee rekening houdt in het onderhavige besluit, is opgenomen in Annex 5.

⁸⁷ Erg Common Position on best practice in wholesale unbundled access (including shared access). ERG (06) 70 Rev1.

⁸⁸ ERG (08) 20 CP on Geographic Aspects of Market Analysis.

5 Leeswijzer

5.1 Inleiding

162. In dit besluit wordt de markt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau geanalyseerd. Vanaf hoofdstuk 6 zullen de verschillende stappen in de marktanalyse doorlopen worden. Dit hoofdstuk dient als introductie en leeswijzer. In paragraaf 5.2 zal worden stilgestaan bij de regulering die op grond van de marktanalysebesluiten uit 2005 is opgelegd. In paragraaf 5.3 zal een aantal marktverstijgende trends en ontwikkelingen besproken worden. Hiermee wordt een beeld geschetst van de context waarbinnen de analyse van de markt voor ontbundelde toegang plaatsvindt. In paragraaf 5.4 zal de samenhang tussen de analyse van de markt voor ontbundelde toegang en andere marktanalyses beschreven worden. In paragraaf 5.5 tenslotte zal ingegaan worden op de volgorde van de verschillende stappen in de analyse (stappenplan).

5.2 Regulering op grond van marktanalysebesluit 2005

163. Op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN is KPN op dit moment aangewezen als AMM-partij en zijn aan KPN de volgende verplichtingen opgelegd (hierna: ULL-regulering)⁸⁹:

- Toegangsverplichting: KPN dient te voldoen aan redelijke verzoeken om ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN;
- Non-discriminatieverplichting: KPN dient ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen;
- Transparantieplichting in de vorm van een referentieaanbod: KPN dient alle diensten en bijbehorende faciliteiten op te nemen in een referentieaanbod;
- Tariefregulering: KPN is gehouden aan kostenoriëntatie, waarbij een meerjarige wholesale price cap is vastgesteld;
- Verplichting voor een gescheiden boekhouding: KPN dient een gescheiden boekhouding te voeren waarin de opbrengsten en kosten ten behoeve ontbundelde toegang apart gerapporteerd dienen te worden.

⁸⁹ Zie *Analyse van de markt voor ontbundelde toegang op wholesale-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten*, van 21 december 2005, kenmerk: OPTA/BO/2005/203431. Dit besluit is op enkele onderdelen gewijzigd met het *Wijzigingsbesluit voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten* van 24 september 2007, kenmerk OPTA/BO/2007/201868 en met het *Wijzigingsbesluit tariefregulering en gescheiden boekhouding* van 26 september 2007, kenmerk OPTA/TN/2007/201879.

5.3 Belangrijkste ontwikkelingen

164. In deze paragraaf beschrijft het college de ontwikkelingen in de breedbandmarkten die van belang zijn voor de marktanalyse ontbundelde toegang op wholesaleniveau. Bij de beschrijving wordt gekeken naar de ontwikkelingen in de afgelopen jaren en prospectief tot en met 2011 (het einde van de reguleringsperiode). Het college gaat in op een aantal marktontwikkelingen die het college zal betrekken in de marktanalyse ontbundelde toegang op wholesaleniveau, waaronder de All-IP plannen van KPN en de besprekingen tussen KPN en marktpartijen over de uitfasering van de MDF-centrales, de uitrol van glasvezelaansluitnetwerken en de voorgenomen gemeenschappelijke onderneming tussen KPN en Reggefiber.

5.3.1 All-IP: de plannen van KPN

165. KPN heeft eind 2005 bekend gemaakt haar netwerk de komende jaren te willen migreren naar een zogenaamd 'Next Generation Network' (hierna: NGN). KPN noemt deze operatie 'All-IP'.

166. Met All-IP vervangt KPN haar huidige netwerk, dat bestaat uit (deels) aparte netwerken voor (mobiele of vaste) telefonie, huurlijnen, datacommunicatiediensten en internet diensten door één geïntegreerd breedbandig IP-netwerk. All-IP heeft zowel betrekking op (1) het vervangen van het huidige core-netwerk door een geïntegreerd Ethernet/IP netwerk en (2) het vervangen van (een deel van) het huidige koperen aansluitnetwerk door glasvezel. Door glasvezel dichterbij de eindgebruiker te brengen is het mogelijk om via het resterend deel van het koperen aansluitnetwerk hogere snelheden te leveren aan eindgebruikers.

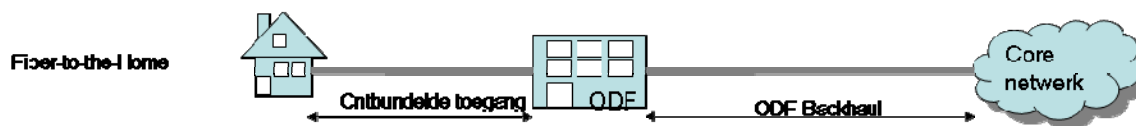
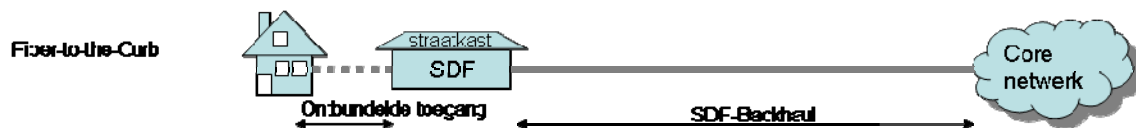
167. Voor dit besluit is met de name het onderdeel (2) van de All-IP plannen van belang. De vervanging van (een deel van) het koperen aansluitnetwerk wordt versimpeld weergegeven in figuur 1. In het huidige netwerk staat de actieve apparatuur op de MDF-locatie. In All-IP plaatst KPN deze apparatuur of in de straatkasten (in figuur 1 de SDF-locatie) of in de ODF-locatie. Bij Fiber-to-the Curb (hierna: FttC) legt KPN glasvezel tot aan de straatkast. De verbinding tussen de straatkast en de eindgebruiker blijft van koper. Daarnaast heeft KPN aangegeven in een aantal gebieden mogelijk direct over te gaan op dienstverlening op basis van Fiber-to-the-home (hierna: FttH)⁹⁰. Dit betekent dat glasvezel tot aan de eindgebruiker wordt gebracht.

⁹⁰ Zie onder meer §9.4 van de MDF-Migration Agreement (25 april 2008) en de brief van 29 april 2008 inzake een aangepast aanbod van WBA over FttH (www.kpn-wholesale.com).

Huidige aansluitnetwerk



Next generation network



Figuur 1: Versimpelde weergave huidige aansluitnetwerk en NGN van KPN

168. Op dit moment nemen marktpartijen op de MDF-locaties ontbundelde toegang van KPN af waarmee ze verschillende diensten kunnen leveren. De grootste afnemers van ontbundelde toegang op de MDF-locatie hebben op dit moment een geografische dekking van rond de 70 procent van de Nederlandse huishoudens. Ten tijde van het marktanalysebesluit uit 2005 hebben deze afnemers aangegeven op nog meer MDF-locaties eigen apparatuur te zullen plaatsen waardoor een dekking van boven de 80 procent te verwachten was. Één van de directe gevolgen van de bekendmaking van de plannen voor All-IP door KPN is dat marktpartijen in afwachting van meer zekerheid over toekomstige toegangsmogelijkheden, deze verdere uitrolplannen naar MDF-locaties vanaf eind 2005 (zo goed als) bevroren hebben.

169. Vanaf het moment dat KPN ertoe overgaat om haar dienstverlening te verplaatsen naar FttC of FttH worden de MDF-locaties voor KPN overbodig en zullen deze locaties worden uitgefaseerd. Hierdoor kan ontbundelde toegang niet meer geleverd worden vanaf deze locaties. KPN heeft aan marktpartijen toegezegd MDF-access te zullen continueren op tenminste 196 MDF-locaties waardoor het mogelijk blijft circa 50 procent dekking in Nederland te hebben via MDF-access.

170. Op dit moment is nog niet volledig bekend in welke gebieden KPN haar dienstverlening zal verplaatsen naar FttC en in welke gebieden naar FttH. KPN heeft ook zelf aangegeven nog geen definitieve keuzes gemaakt te hebben.

171. In gebieden waar KPN MDF-access uitfaseert hebben afnemers van MDF-access in beginsel twee alternatieven: 1) actieve apparatuur plaatsen in de SDF/ODF-locaties 2) overstappen op een commercieel wholesale breedband aanbod (door KPN aangeduid als *Wholesale Broadband Access* (WBA)).

172. Vanwege de grote effecten van All-IP op de positie van marktpartijen heeft het college een aantal processtappen ondernomen welke worden toegelicht in de volgende paragraaf.

5.3.2 All-IP: het proces na bekendmaking door KPN

173. Het college heeft in 2006 een Issuepaper⁹¹ en een Positionpaper⁹² gepubliceerd. In deze documenten heeft het college de gevolgen van All-IP voor de relevante markten en met name de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN verkend. In het Positionpaper All-IP van oktober 2006 heeft het college aangekondigd voornemens te zijn om nieuwe marktanalyses te starten om vast te stellen welke verplichtingen eventueel passend zouden zijn, gegeven de door KPN voorgenomen uitfasering van MDF-access. Daarnaast heeft het college (extern) onderzoek naar de business case voor het plaatsen van actieve apparatuur in de straatkast laten uitvoeren door Analysys.⁹³ Uit dit onderzoek blijkt dat er voor andere marktpartijen dan KPN slechts beperkte mogelijkheden zijn voor een winstgevende *business case*.⁹⁴

174. In reactie op het Positionpaper en het onderzoek door Analysys naar SDF-access hebben andere marktpartijen dan KPN aangegeven dat een migratie naar straatkastniveau bedrijfseconomisch niet realistisch genoeg is om een volwaardig alternatief te zijn voor MDF-access.

175. In februari 2007 heeft het college KPN vervolgens opgeroepen om uiterlijk 15 juni 2007 te komen tot een voor alle betrokken partijen aanvaardbare oplossing voor de in het kader van All-IP voorgenomen uitfasering van MDF-access. Op 2 maart 2007 heeft het college deze oproep ook tot andere partijen gericht.⁹⁵ Het college heeft om dit proces te faciliteren in het voorjaar van 2007 een eerste "Ronde Tafel" bijeenkomst voor afnemers van MDF-access georganiseerd. Per brief van 13 juli 2007⁹⁶ heeft het college bekend gemaakt dat KPN met de drie grootste afnemers van MDF-access in zogenaamde *Memoranda of Understanding (MoUs)* op hoofdlijnen afspraken heeft gemaakt over de voorwaarden waaronder afnemers van MDF-access bereid zijn medewerking te verlenen aan de uitfasering van de MDF-locaties. Op 28 september 2007 heeft KPN een openbaar aanbod MDF migratie gepubliceerd (gedateerd 1 oktober 2007). Op basis van dit openbaar aanbod heeft het college per brief aan de markt van 4 oktober 2007⁹⁷ aangegeven af te zien van een vervroegd ontwerp marktbesluit ontbundelde toegang. Tevens heeft het college de overige MDF-partijen en KPN op hun verzoek tot 15 december 2007 gegeven om tot MoUs te komen, onder gelijktijdig uitstel van de publicatie van het ontwerp marktbesluit voor wholesale-breedbandtoegang. Dit heeft ertoe geleid dat KPN in de resterende maanden van 2007 nog MoUs heeft afgesloten met een aantal kleinere afnemers van MDF-access.

⁹¹ Issuepaper KPN's Next Generation Network: All-IP, 22 mei 2006, kenmerk: OPTA/BO/2006/201599.

⁹² Positionpaper KPN's Next Generation Network: All-IP, 3 oktober 2006, kenmerk: OPTA/BO/2006/202771.

⁹³ Zie Analysys Consulting, *The business case for sub-loop unbundling in the Netherlands*, 26 januari 2007, beschikbaar op www.opta.nl.

⁹⁴ Brief aan marktpartijen inzake vervolg op position paper All-IP, kenmerk OPTA/TN/2007/200044.

⁹⁵ All-IP: Brief aan marktpartijen inzake beleidsregels en functionele scheiding, 2 maart 2007, kenmerk OPTA/TN/2007/200309.

⁹⁶ OPTA/TN/2007/201385.

⁹⁷ Brief aan KPN over het openbare migratie-aanbod voor All-IP van 1 oktober 2007, kenmerk OPTA/TN/2007/202002.

176. KPN heeft op 6 februari 2008 een aangepast openbaar aanbod MDF migratie gepubliceerd waarin 'the best of' de verschillende afspraken met afnemers van MDF-access is opgenomen. In februari 2008 heeft het college aan partijen aangegeven dat marktgedragen oplossingen waarover in de periode tot uiterlijk 15 april 2008 tussen KPN en andere partijen afspraken gemaakt worden, nog kunnen worden meegewogen in de onderhanden marktanalyses.⁹⁸ In de navolgende periode bleek een belangrijk issue voor veel partijen de onduidelijkheid te zijn over de daadwerkelijke uitfasering van MDF-locaties (de concrete planning en het planning proces/communicatie). De stand van zaken in de besprekingen tussen KPN en afnemers van MDF-access medio april 2008 en KPN's aangepaste openbaar aanbod MDF Migratie van 25 april 2008 zijn vervolgens als input meegenomen voor deze marktanalyses.⁹⁹

177. Op grond van het hiervoor geschetste toenemende belang van FttH voor KPN's All-IP uitrol heeft het college in 2008 tevens aanleiding gezien om nader onderzoek te doen naar de business case voor afnemers van MDF-access om over te stappen op een vorm van ontbundelde toegang via FttH. Het college heeft daarom Analysys ook verzocht een onderzoek te verrichten naar de business case voor partijen op basis van de ODF-access. Uit dit onderzoek blijkt dat er voor KPN en andere marktpartijen mogelijkheden zijn voor een business case.¹⁰⁰

178. In haar brief van 29 juli 2008 geeft KPN aan besloten te hebben, anders dan zij eerder dacht, de uitrol van het nieuwe netwerk per centralegebied te laten plaatsvinden. Wanneer de uitrol compleet is, kan volgens KPN de betrokken centrale worden uitgefaseerd. In bijlage 1 bij deze brief heeft KPN een lijst opgenomen van gemeentes waar KPN de uitrol van het nieuwe netwerk heeft gestart of voornemens is te starten gedurende de periode 2008-2009. KPN merkt hierbij overigens op dat aan deze lijst geen rechten ontleent kunnen worden en dat de lijst aan veranderingen onderhevig is. Op basis van deze uitrolplannen heeft KPN in bijlage 2 een eerste lijst met MDF-centrales gepubliceerd die KPN voornemens is uit te faseren tot en met 2011. Het gaat voorlopig om zeven MDF-centrales. Volgens KPN is slechts op één van deze centrales sprake van afname van MDF-access door een alternatieve DSL-aanbieder. De eerste centrale zal volgens KPN uitgefaseerd worden per 1 augustus 2010. Volgens KPN kunnen ook aan deze lijst geen rechten worden ontleend. KPN zegt toe tenminste 24 maanden voor de datum van de uitfasering de locaties definitief te zullen benoemen.

179. Het college constateert dat sinds de aankondiging van All-IP eind 2005 de rode draad in de planning van KPN is dat de uitrol van het nieuwe netwerk en de uitfasering van MDF-access naar achteren opschuift. Op het moment dat KPN haar All-IP plannen eind 2005 bekend maakte, zouden in eerste instantie in de periode 2007-2010 alle MDF-centrales worden uitgefaseerd. In de standaard MDF-migratieovereenkomst van 15 april 2008 zegde KPN toe dat afnemers van MDF-access ten minste 50 procent dekking op basis van MDF-access kunnen behouden. Op basis van de brief aan marktpartijen van 29 juli 2008, die KPN als bijlage bij haar bedenkingen heeft gevoegd, stelt KPN dat zij in de komende reguleringsperiode (tot eind 2011) in ieder geval 7 locaties gaat uitfaseren, waarbij

⁹⁸ All-IP: stand van zaken per februari 2008, 14 februari 2008, kenmerk: OPTA/AM/2008/200353.

⁹⁹ OPTA/AM/2008/200896.

¹⁰⁰ Analysys Mason, *The business case for fibre-based access in the Netherlands*, Rapport in opdracht van OPTA, 12 juni 2008 en het vervolgonderzoek van december 2008.

er slechts in één van deze centrales MDF-access daadwerkelijk wordt uitgefaseerd waardoor de grootste alternatieve DSL-aanbieders een dekking van rond de 70 procent kunnen behouden.

180. Het college is van mening dat deze brief van KPN voor hem en voor de markt geen harde garanties biedt. Zoals KPN zelf al aangeeft in deze brief, kunnen aan de lijst geen rechten worden ontleend en beslist KPN 24 maanden voor de uitfaseringsdatum over de definitieve uitfasering van de desbetreffende centrale(s). Dit betekent dat KPN eind 2009 definitief vaststelt welke centrales aan het einde van de komende reguleringsperiode (eind 2011) zullen worden uitgefaseerd. Bovendien wijst het college erop dat, gelet op het gegeven dat KPN ook in de afgelopen periode reeds met diverse aanpassingen in de planning en uitvoering van haar All-IP plannen is gekomen, het college (nieuwe) aanpassingen in de planning en uitvoering van de All-IP plannen van KPN voor de komende reguleringsperiode niet volledig kan uitsluiten¹⁰¹.

181. De inspanningen die KPN en marktpartijen hebben geleverd worden door het college gewaardeerd. Het resultaat, het openbaar migratieaanbod omvat deels ingrediënten om te komen tot een marktgedragen, in de praktijk werkend, referentieaanbod. Uit het feit dat a) niet met alle partijen tot een MoU is gekomen b) met geen partij de MoU is omgezet naar een overeenkomst concludeert het college dat op dit moment nog essentiële onderdelen ontbreken. Het college acht het huidige openbaar aanbod wel een goede basis voor verdere besprekingen en invulling van een referentieaanbod.

182. Mede op basis van de All-IP plannen van KPN en het openbaar MDF-migratie aanbod van 25 april 2008 formuleert het college voor deze marktanalyse de volgende uitgangspunten:

- KPN zal in de komende reguleringsperiode aanvangen met de uitrol van haar NGN.
- KPN zal niet eerder dan vanaf medio 2010 MDF-locaties uitfaseren waar ook andere afnemers dan KPN gebruik van maken.
- KPN zal op een deel van de MDF-locaties de toegangsmogelijkheden voor andere afnemers dan KPN behouden waardoor het voor afnemers van MDF-access mogelijk blijft in de komende reguleringsperiode, afhankelijk van de snelheid waarmee MDF-access wordt uitgefaseerd, circa 50 procent tot 70 procent dekking in Nederland te hebben.
- KPN zal in een deel van Nederland haar eigen dienstverlening verplaatsen naar FttC en in een ander deel van Nederland naar FttH.
- Uit de onderzoeken door Analysys blijkt dat er voor andere marktpartijen dan KPN slechts beperkte mogelijkheden zijn voor een business case op basis van SDF-access, maar dat er op basis van ODF-access er voor KPN en andere marktpartijen mogelijkheden zijn voor een business case.
- KPN heeft in het openbaar migratieaanbod 'the best of' de bilaterale afspraken met afnemers van MDF-access opgenomen over de voorwaarden van uitfasering van MDF-access. KPN heeft naar aanleiding van bilaterale afspraken met marktpartijen tevens haar WBA-aanbod aangepast. KPN heeft op een aantal belangrijke punten met afnemers van MDF-access geen overeenstemming bereikt. Het migratieaanbod van 25 april 2008 is daarmee nog niet te

¹⁰¹ Het college heeft in het besluit bovenstaande drie randnummers toegevoegd naar aanleiding van de brief van KPN van 29 juli 2008 aan marktpartijen.

beschouwen als een marktgedragen oplossing.

5.3.3 Uitrol van glasvezelaansluitnetwerken

183. Een belangrijke ontwikkeling is de opkomst van glasinitiatieven. In de huidige reguleringsperiode is er sprake geweest van lokale initiatieven waarbij op beperkte geografische schaal *Fiber-to-the-Home* (FtH)-netwerken zijn of worden gerealiseerd. FtH-netwerken zijn met name gericht op de residentiële eindgebruiker. Daarnaast zijn er initiatieven waarbij glazen aansluitnetten op bedrijfsterreinen en in zakelijke gebieden worden gerealiseerd ten behoeve van het leveren van diensten aan (groot)zakelijke eindgebruikers (doorgaans aangeduid in de markt als *Fiber-to-the-office*, FttO). FttO richt zich meer op de zakelijke eindgebruiker met een daarop afgestemd dienstenportfolio.

184. FtH-netwerken zijn aanvankelijk in veel gevallen vanuit lokaal initiatief ontstaan. Typisch is dat in de totstandkomingsfase een model van vraagbundeling is toegepast waarbij consumenten in een of meerdere wijken (actief) zijn benaderd om diensten af te nemen op het nieuw aan te leggen glasnetwerk. Bij een voldoende hoge penetratiegraad van potentiële abonnees werd de aanleg van een FtH-netwerk ter plaatse rendabel geacht. Een bekend voorbeeld hiervan is OnsNet in Nuenen.¹⁰² Inmiddels is gebleken dat vraagbundeling niet altijd een voldoende hoge penetratiegraad oplevert; geplande projecten in Lisse en Arnhem Zuid zijn om deze reden afgeblazen. Een andere optie voor de aanleg van FtH is een zogenaamd voorraadvormend model (zoals ondermeer toegepast in Amsterdam en Almere) waarbij de aansluitingen gerealiseerd worden zonder zekerheid vooraf van afname door eindgebruikers. Bij deze laatste optie is de betrokkenheid van partijen die in staat zijn om het financiële risico te dragen nog groter dan bij het vraagbundelingsmodel.

185. In de afgelopen reguleringsperiode is de betrokkenheid van een beperkt aantal grotere spelers toegenomen en inmiddels is er nauwelijks meer sprake van onafhankelijke lokale FtH-initiatieven. Als belangrijkste spelers zijn op basis van onderzoek door Telecompaper Reggefiber en KPN aan te merken. De holding Reggefiber FtH B.V. speelt een belangrijke rol in diverse FtH-netwerken via controlerende belangen via (dochter)ondernemingen als XMS en diverse maatschappijen die operen onder een naam als Netwerk Exploitatie Maatschappij (NEM), Lijbrandt Telecom of afgeleiden daarvan. Ook heeft Reggefiber (direct of indirect) belangen genomen in aanvankelijk onafhankelijke lokale initiatieven. OnsNet Nuenen is een voorbeeld van een dergelijk project waar Reggefiber inmiddels een controlerend belang heeft. De andere belangrijke speler in de FtH-markt is KPN. Zij heeft onder meer een overgenomen lokaal FtH-net (Casanet in Enschede) verder uitgebouwd. Ook is KPN actief in nieuwbouwggebieden met het aanbieden van diensten over glasvezel aan residentiële gebruikers en de voorbereidingen daarvoor.¹⁰³

5.3.4 Gemeenschappelijke onderneming KPN/Reggefiber

186. Op 22 mei 2008 hebben KPN en Reggefiber aangekondigd hun beider activiteiten op het gebied van de aanleg en exploitatie van FtH passieve aansluitnetwerken samen te brengen in een

¹⁰² www.onsnetnuenen.nl

¹⁰³ Telecompaper, "*Fibre-to-the-Home (FtH) in the Netherlands*", mei 2008.

samenwerkingsverband onder de naam “Reggefiber FttH”. KPN zal hierin een belang nemen van 41% met een optie om dit op termijn te vergroten tot een meerderheidsbelang. De voorgenoemde gemeenschappelijke onderneming is door KPN en Reggefiber onder de naam “Reggefiber Group B.V.” bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) gemeld.¹⁰⁴ De samenwerking is bij besluit van 19 december 2008 door de NMa goedgekeurd.

187. Op dit moment zijn KPN en Reggefiber in bepaalde gebieden reeds gezamenlijk actief, waarvan de grootschalige uitrol van FttH in Almere (70.000 huishoudens) het eerst concrete voorbeeld is.¹⁰⁵

188. Het college heeft eveneens kennisgenomen van het voornemen van KPN om de eigen glasactiviteiten onder te brengen in deze gemeenschappelijke onderneming met Reggefiber.

189. Het college heeft conform de aankondiging in het ontwerpbesluit de mogelijke impact van de gemeenschappelijke onderneming, voorzover uitvoerbaar op basis van de beschikbare informatie, meegenomen in de analyse naar aanleiding van de bedenkingen. De invloed van deze samenwerking zal het college blijven monitoren. Indien en voor zover het college op grond van voortschrijdend inzicht bemerkt dat de conclusies in het onderhavige marktbesluit door deze samenwerking worden beïnvloed, is het niet uitgesloten dat wijzigingen in de (voorgenomen) regulering worden aangebracht.

190. Het college is reeds nu van oordeel dat de gemeenschappelijke onderneming tevens onder de aanwijzing van KPN als AMM partij valt. Het college licht dit hieronder toe.

191. In de samenwerkingsovereenkomst heeft KPN aangegeven dat ze zich na de implementatie zal inspannen om zo spoedig mogelijk zo veel mogelijk klanten te migreren naar de FttH netwerken van de gemeenschappelijke onderneming.

192. Het college dient op grond van de bedenkingen van marktpartijen en haar eigen analyse een inschatting te maken van de risico's die deze gemeenschappelijke onderneming zal hebben op een markt die reeds als niet concurrerend is bestempeld. Het college is hierbij van oordeel dat Reggefiber concurrentiedruk zou hebben uitgeoefend op KPN indien er geen sprake was geweest van een gemeenschappelijke onderneming. Door deze samenwerking is de kans groot dat de concurrentie nadelig wordt beïnvloed doordat er tussen KPN en de gemeenschappelijke onderneming geen daadwerkelijke concurrentie zal bestaan. De conclusie kan dan ook worden getrokken dat de mededingingsproblemen die reeds zijn geconstateerd bij de AMM partij KPN, door de gemeenschappelijke onderneming zullen worden vergroot.

193. In de kwartaalrapportage Q2 van KPN stelt zij dat de gemeenschappelijke onderneming als een versterking van haar (eigen) FttH activiteiten wordt beschouwd. KPN geeft hiermee zelf ook aan dat zij de marktactiviteiten van de gemeenschappelijke onderneming als haar eigen marktactiviteiten beschouwt. Het feit dat KPN slechts een minderheidsbelang heeft in de gemeenschappelijke onderneming sluit geenszins uit dat zij de facto zeggenschap heeft in de gemeenschappelijke

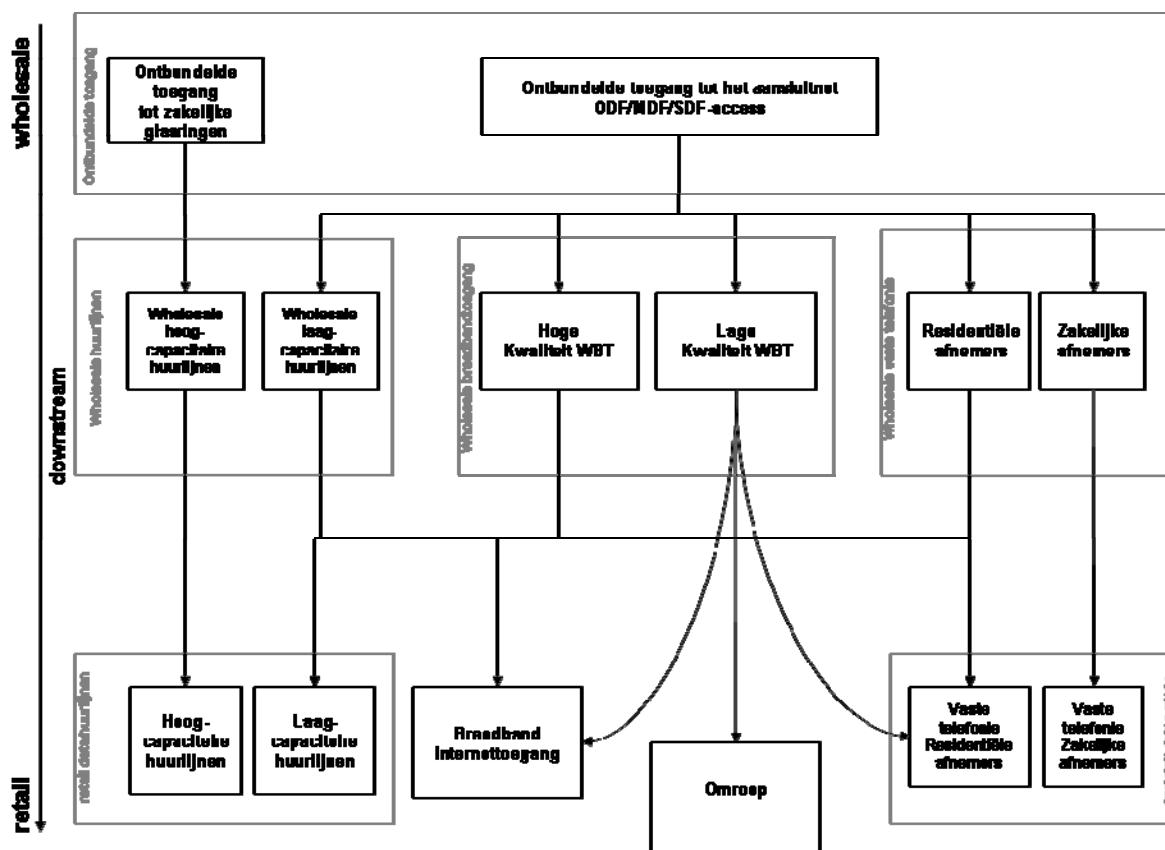
¹⁰⁴ Staatscourant 136 van 17 juli 2008, zaaknummer 6397.

¹⁰⁵ <http://www.kpn.com/corporate/nl/pers/persber.htm?contentid=4269>

onderneming. Reggefiber geeft immers in haar bedenkingen ook aan dat KPN een belangrijke leveringsrelatie voor ODF toegang zal hebben met de gemeenschappelijke onderneming. Feitelijk is het klantenbestand van KPN de basis voor deze gemeenschappelijke onderneming. Het gevolg van het vorenstaande is dat KPN door de feitelijke afhankelijkheid, gecombineerd met de juridische zeggenschap, de facto zeggenschap heeft over de gemeenschappelijke onderneming. Geconcludeerd moet dan ook worden dat de gemeenschappelijke onderneming onder de aanwijzing van KPN als AMM-partij behoort.¹⁰⁶

5.4 Samenhang met andere marktanalyses

194. In figuur 2 is schematisch de samenhang tussen de markt voor ontbundelde toegang op wholesale niveau (ULL) en de overige markten opgenomen. Ontbundelde toegang is een bouwsteen voor meerdere wholesale en retailmarkten, zoals blijkt uit onderstaande figuur.



Figuur 2: Reikwijdte van deze marktanalyse

195. Deze analyse betreft de analyse van de markt voor ontbundelde toegang op wholesale niveau. Dit is markt 4 uit de Aanbeveling van de Europese Commissie. Doel van deze analyse is om vast te stellen of regulering van ontbundelde toegang noodzakelijk is. Hierbij is het startpunt of er in afwezigheid van ULL-regulering een risico op AMM is op de onderliggende retailmarkten voor breedbandinternettoegang, vaste telefonie, omroep en laagcapacitaire huurlijnen.

¹⁰⁶ Het college heeft het besluit verduidelijkt naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 108.

196. Indien het college een risico ziet op AMM op de onderliggende retailmarkten zal het college vervolgens de hoogst gelegen en nog niet gereguleerde wholesalemarkt onderzoeken op AMM en indien noodzakelijk passende verplichtingen opleggen om het geconstateerde probleem op de retailmarkt op te lossen. Dit is de markt voor ontbundelde toegang.

5.5 Stappenplan

197. Concreet betekent het bovenstaande dat de onderstaande stappen worden doorlopen (zie ook tabel 1).

Stap 1 bestaat uit de productafbakening en de geografische marktafbakening van de retailmarkten die downstream liggen ten opzichte van ontbundelde toegang. De markt voor breedbandinternettoegang wordt in dit besluit afgebakend. Voor de afbakening van de markt voor vaste telefonie verwijst het college naar het marktbesluit vaste telefonie. Voor de afbakening van de markt voor laagcapacitaire huurlijnen verwijst het college naar het marktbesluit huurlijnen. Voor de afbakening van de markt voor omroep verwijst het college naar het marktbesluit omroep. Bij de afbakening van de retailmarkten wordt uitgegaan van een situatie waarin geabstraheerd wordt van bestaande ULL-regulering.

Stap 2 bestaat uit de dominantieanalyse van de retailmarkten in een situatie zonder ULL-regulering. De dominantieanalyse van de markt voor breedbandinternettoegang vindt in dit besluit plaats. Voor de dominantieanalyse van de markt voor vaste telefonie verwijst het college naar het marktbesluit vaste telefonie. Voor de dominantieanalyse van de markt voor laagcapacitaire huurlijnen verwijst het college naar het marktbesluit huurlijnen. Voor de dominantieanalyse van de markt voor omroep verwijst het college naar het marktbesluit omroep.

Stap 3 bestaat uit de afbakening van de markt voor ontbundelde toegang. In stap 3 wordt zowel de productdimensie als de geografische dimensie van de afbakening geanalyseerd.

Stap 4 bestaat uit de dominantieanalyse van de markt voor ontbundelde toegang.

Stap 5 bestaat uit het analyseren van potentiële mededingingsproblemen die het gevolg kunnen zijn van een eventueel bij stap 4 geconstateerde AMM-positie.

Stap 6 bestaat uit het vaststellen van passende verplichtingen op de markt voor ontbundelde toegang, die de in stap 5 geïdentificeerde potentiële mededingingsproblemen adresseren.

Stap 7 omvat de effectentoets waarbij de voor- en nadelen van de eventueel opgelegde verplichtingen worden gewogen.

1	Afbakening retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 6
2	Dominantieanalyse retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 7
3	Afbakening markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 8
4	Dominantieanalyse markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 9
5	Analyse potentiële mededingingsproblemen als gevolg van AMM op de markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 10

6	Verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 11
7	Effectentoets verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 12

Tabel 1: Grafische weergave stappen marktanalyse

6 Analyse van retailmarkt breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering

198. Op grond van artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw bepaalt het college in overeenstemming met de beginselen van het algemene mededingingsrecht de relevante markten in de elektronische communicatie sector waarvan de product- of dienstenmarkt overeenkomt met de in de aanbeveling vermelde product of dienstenmarkt.

199. Op grond van de aanbeveling dient het college de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (markt 4) af te bakenen. De markt voor breedbandinternettoegang is één van de onderliggende retailmarkten. Daarbij geldt dat het startpunt voor de bepaling en de vaststelling van markten een definiëring is van de retailmarkt(en) vooruitkijkend naar de komende reguleringsperiode.¹⁰⁷

200. In dit hoofdstuk geeft het college daarom een analyse van de retailmarkt voor breedbandinternettoegang ten behoeve van de analyse die het college dient uit te voeren voor de markt voor ontbundelde toegang. Deze karakterisering omvat de bepaling van de relevante retailmarkt. Om vervolgens te kunnen bepalen of de markt voor ontbundelde toegang effectief concurrerend is en als dit niet het geval is, of het opleggen van verplichtingen passend is, dient te worden nagegaan hoe de marktsituatie zou zijn in afwezigheid van regulering van deze markt. De markt voor ontbundelde toegang is thans gereguleerd. Dat betekent dat het college onderzoekt hoe de marktsituatie op de onderliggende downstream-markten zou zijn indien bestaande wholesalerverplichtingen niet zouden gelden.

201. In dit hoofdstuk wordt een prospectieve marktafbakening gemaakt van de retailmarkt voor breedbandinternettoegang. Hierbij wordt vooruitgekeken naar de komende reguleringsperiode 2009-2011. In paragraaf 6.1 bakent het college de relevante productmarkt af. Hierbij staan de volgende vragen centraal:

- (paragraaf 6.1.1) Behoort smalbandinternettoegang tot dezelfde relevante markt als breedbandinternettoegang?
- (paragraaf 6.1.2) Behoren huurlijnen en datacommunicatiediensten tot de markt voor breedbandinternettoegang?
- (paragraaf 6.1.3) Behoren breedbandinternettoegang diensten via andere infrastructuren zoals kabelnetwerken, glasvezelnetwerken (Fibre-to-the-Home), satellietnetwerken, WiFi en Wireless Local Loop (WLL, onder andere Wimax) en/of mobiele netwerken tot de relevante markt voor breedbandinternettoegang op basis van DSL?
- (paragraaf 6.1.4) Moet de relevante markt enger afgebakend worden op basis van productspecificaties?

¹⁰⁷ Aanbeveling van de Europese Commissie blz. 3, overweging 4.

- (paragraaf 6.1.5) Zijn er aparte relevante markten voor zakelijke afnemers en particuliere afnemers (consumenten)?
- (paragraaf 6.1.6) Is er een aparte relevante markt voor bundels van breedbandinternettoegang en vaste telefonie of andere diensten?
- (paragraaf 6.1.7) Hierin trekt het college zijn conclusies over de relevante productmarkt.
- (paragraaf 6.1.8) Hierin betreft het college het effect van de huidige regulering

202. In paragraaf 6.2 bakent het college de relevante geografische markt af. Het college bakent de relevante markt voor breedbandinternettoegang in eerste instantie af in aanwezigheid van de bestaande regulering, omdat het college de feitelijke situatie dan als uitgangspunt kan nemen.

203. In paragraaf 6.2.1 zal het college nagaan wat het effect is van de huidige regulering op de afbakening. In paragraaf 6.2.2 trekt het college zijn conclusies over de relevante geografische markt.

204. In paragraaf 6.3 volgt de conclusie van het college inzake de marktafbakening van de retailmarkt breedbandinternettoegang.

205. Dit hoofdstuk vormt de in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5 genoemde stap 1 in de totale marktanalyse zoals weergegeven in onderstaande figuur.

1	Afbakening retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 6
2	Dominantieanalyse retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 7
3	Afbakening markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 8
4	Dominantieanalyse markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 9
5	Analyse potentiële mededingingsproblemen als gevolg van AMM op de markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 10
6	Verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 11
7	Effectentoets verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 12

Tabel 2: Stap 1 van de marktanalyse

6.1 De relevante productmarkt

6.1.1 Breedband- en smalbandinternettoegang

206. Het product breedbandinternettoegang heeft als belangrijk kenmerk dat het sneller in het gebruik is dan traditionele vormen van internettoegang (via internet-inbelverkeer, ook vaak smalband

internettoegang genoemd).¹⁰⁸ Daarnaast voorziet breedbandinternettoegang in een onafgebroken verbinding (zogenaamd 'always on') en wordt er doorgaans afgerekend via een vast bedrag per tijdsperiode, ongeacht de feitelijke gebruiksduur (zogenaamd 'flat fee').¹⁰⁹ Van deze drie kenmerken is met name de snelheid van datatransport (ontvangen en versturen) de meest onderscheidende factor ten opzichte van smalband internettoegang. Een breedbandverbinding stelt de afnemers in staat om bestanden te ontvangen en te versturen, over het internet te surfen, video's te bekijken of bijvoorbeeld online games te spelen met een snelheid en kwaliteit die via smalbandinternettoegang niet mogelijk is.

207. Het aantal afnemers van smalbandinternettoegang daalt al jaren. In 2005 beschikte nog iets meer dan 20 procent van de huishoudens over smalbandinternettoegang, in 2006 was dit nog maar iets meer dan 10 procent.¹¹⁰ Deze trend zal zich de komende jaren doorzetten en mogelijk nog versnellen nu de ISP's HetNet en Planet van KPN, die een groot gedeelte van de afnemers bedienen, per 1 maart 2008 zijn gestopt met het leveren van smalbandinternettoegang¹¹¹.

208. Afnemers van smalbandinternettoegang stappen in grote getale over op een breedbandinternetverbinding.¹¹² Andersom gebeurt dit niet: afnemers van een breedbandinternetverbinding stappen niet of nauwelijks over op een smalbandinternetverbinding.¹¹³ Dit betekent dat smalbandinternettoegang onvoldoende prijsdruk uitoefent op breedbandinternettoegang en dus breedbandinternettoegang een aparte relevante markt is.

209. Ook de Europese Commissie is van mening dat smalbandinternettoegang geen onderdeel uitmaakt van de markt voor breedbandinternettoegang.¹¹⁴

210. Het college concludeert dat vanuit breedbandinternettoegang bezien smalbandinternettoegang en breedbandinternettoegang niet tot dezelfde relevante markt behoren.

6.1.2 Breedbandinternettoegang, huurlijnen en datacommunicatiediensten

211. Breedbandinternettoegang, huurlijnen en datacommunicatiediensten vormden ten tijde van de marktanalyses uit 2005 aparte relevante markten. De belangrijkste argumenten waren dat verschillen

¹⁰⁸ Smalbandinternettoegang kan worden gerealiseerd door middel van 'inbellen' via een analoge telefoonaansluiting (PSTN). Deze vorm kent een maximale snelheid van dataoverdracht van 64kbit/s. Via een digitale telefoonaansluiting (ISDN) kunnen tegelijkertijd twee verbindingen van 64kbit/s onderhouden worden die, afhankelijk van de behoefte van de gebruiker, kunnen worden ingezet ten behoeve van telefoongesprekken of internetverkeer. De theoretisch maximale snelheid van dataoverdracht bedraagt in dat geval 128kbit/s. De maximale grenswaarde van smalbandinternettoegang is daarom 128kb/s downstream.

¹⁰⁹ Via een maandelijks abonnementstarief.

¹¹⁰ Bron: www.cbs.nl, statline.

¹¹¹ Bron: <http://www.bellen.com/nieuws/inbellen-blijft-mogelijk.aspx>.

¹¹² Uit onderzoek van Interview NSS blijkt dat van de switchers met een smalbandverbinding 69 procent overstapt op ADSL en 31 procent op kabel. Bron: Interview NSS-onderzoek "Switchgedrag telecommunicatiediensten. Waarom switchen gebruikers?", maart 2007, in opdracht van OPTA.

¹¹³ Uit onderzoek van Interview NSS blijkt dat van de eindgebruikers met een kabel of ADSL verbinding die van plan te switchen in slechts 7 procent van gevallen overwegen om te switchen naar smalbandinternettoegang. Bron: zie vorige voetnoot.

¹¹⁴ Aanbeveling Relevante Markten, pagina 30.

Glasvezelnetwerken

223. Met betrekking tot glasvezelnetwerken concludeerde het college in de retailanalyse in het marktanalysebesluit ULL van 2005 dat deze niet tot de relevante markt voor breedbandinternettoegang hoorden, omdat deze slechts op beperkte schaal beschikbaar waren en dat daarom afnemers voor breedbandinternettoegang in onvoldoende mate konden overstappen op glasvezelnetwerken.¹¹⁷ Daarbij kwam dat afnemers vanwege prijsverschillen ook niet zouden willen overstappen.

224. Er bestaan twee typen glasvezelnetwerken. Allereerst zijn er glasvezelnetwerken waarbij het aansluitnet (net als bij koper) in stervorm wordt gerealiseerd. Gebruikelijk is hierbij dat (veelal in een beperkt dekkingsgebied) bij de aanleg routinematig elke locatie wordt aangesloten. Tot deze categorie behoren de zogenaamde lokale glasvezelinitiatieven in diverse gemeenten, zoals Almere, Amersfoort, Amsterdam, Enschede, Hillegom, Nuenen, Rotterdam en Deventer¹¹⁸. Dit type glasvezelnetwerk wordt ook wel FttH genoemd. Tot deze categorie behoren ook gemeentelijke initiatieven waarbij (studenten) appartementencomplexen worden aangesloten, zoals in Amsterdam Delft, Leiden, Rotterdam, Utrecht en Wageningen. Dit type glasvezelnetwerken wordt ook wel Fiber-to-the-building (FttB) genoemd. Vergelijkbare netwerkarchitecturen worden ook toegepast om bedrijfsterreinen te ontsluiten. Bij dergelijke initiatieven, doorgaans aangeduid door de markt als Fibre-to-the-Office (FttO) richt het dienstenaanbod zich met name op breedbandinternettoegang met hoge snelheden en minder op bedrijfskritische toepassingen. In het vervolg van deze paragraaf zal alleen op glasvezelnetwerken ten behoeve van FttH, FttB en FttO (hierna gezamenlijk FttX) ingegaan worden. Daarnaast bestaan er ook glasvezelnetwerken waarop voornamelijk bedrijven worden aangesloten, de zogenaamde stadsringen (cityringen). Deze netwerken voorzien in de door grootzakelijke afnemers gewenste mogelijkheid om aansluitingen met (extra) hoge gegarandeerde beschikbaarheid te realiseren. Voor dergelijke "redundante" aansluitingen worden twee geografisch gescheiden routes (langs twee zijden van de betreffende ring) gerealiseerd per te ontsluiten locatie. Dit type aansluitingen is uitermate geschikt voor bedrijfskritische toepassingen en wordt typisch toegepast bij grootzakelijke locaties. Dit is niet mogelijk bij de hiervoor beschreven netwerken met stertopologie. De tarieven van stadsringen zijn namelijk zodanig hoger dan van FttX, dat zelfs bij een 5 tot 10 procent prijsstijging van breedbandinternettoegang over DSL, kabel of FttX, breedbandinternettoegang over stadsringen geen substituut vormt voor breedbandinternettoegang over DSL, kabel of FttX.¹¹⁹

225. De situatie sinds 2005 is veranderd. FttH is als infrastructuur om breedbandinternettoegang en andere communicatiediensten te leveren in opkomst. Onderzoeksbureau Stratix stelt in haar overzicht van glasvezelinitiatieven van januari 2007, dat in december 2006 111.475 glasvezelaansluitingen waren gerealiseerd ('homes passed'), waarvan er via 76.383 daadwerkelijk diensten werden

¹¹⁷ Bijlage 2 van de Analyse van de markt voor wholesale-breedbandtoegang van 21 december 2005 (OPTA/BO/2005/203432), vanaf blz. 152.

¹¹⁸ Zie voor een volledig overzicht Telecompaper, "*Fiber-to-the-home in the Netherlands*", 8 mei 2008, beschikbaar op www.opta.nl

¹¹⁹ Een aansluiting op een cityring kost, afhankelijk van de capaciteit, duizend tot enkele duizenden euro's per maand. FttH kost enkele tientallen euro's per maand. Op zakelijk glas zal ingegaan worden in het marktbesluit Huurlijnen.

downstream capaciteit van breedbandinternettoegang over glasnetwerken is op dit moment vaak hoger (maximaal 100 Mbit/s), maar dit capaciteitsverschil vertaalt zich veelal niet in een significant hogere prijs dan een pakket via DSL of kabelnetwerken met een lagere bandbreedte.¹²⁶

229. Op grond van vergelijkbare functionaliteit en vergelijkbare prijsstelling concludeert het college dat breedbandinternettoegang over glas prijsdruk uitoefent op breedbandinternettoegang over DSL en kabel. Het college stelt ook vast dat, omgekeerd, breedbandinternettoegang over DSL prijsdruk uitoefent op glas en kabel. De overwegingen van het college hierbij zijn, ten eerste, dat de vraag naar zeer hoge snelheden beperkt zal zijn; ten tweede, dat diensten met een lagere capaciteit ook prijsdruk uitoefenen op diensten met een hogere capaciteit; en, ten derde, dat er sprake is van ketensubstitutie, die diensten met uiteenlopende capaciteiten en prijzen verbinden. Deze overwegingen worden toegelicht.

230. Het college wijst erop dat naar verwachting lang niet alle eindgebruikers de snelste breedbandproducten zullen afnemen. Het college acht het niet aannemelijk dat de behoefte aan bandbreedte de komende reguleringsperiode die van de capaciteit van DSL ver zal overstijgen. Dit betekent dat de hogere snelheden die op glas kunnen worden gerealiseerd naar verwachting de komende periode nog niet tot breedband retaildiensten zullen leiden waarvoor afnemers bereid zijn een grote premie te betalen ten opzichte van diensten met lagere snelheden. Dit betekent dat voor meeste diensten in de komende reguleringsperiode die over glas worden aangeboden, DSL en kabel in staat zijn om prijsdruk uit te oefenen.

231. De trend in de komende reguleringsperiode is waarschijnlijk dat meer en meer afnemers zullen overstappen van koper naar glas. Echter, het college acht het waarschijnlijk dat een prijsstijging van glas ten opzichte van koper zal leiden tot een minder snelle migratie van koper naar glas. Hierdoor gaat er niet alleen prijsdruk uit van glas op koper, zoals hiervoor reeds aangegeven, maar omgekeerd ook van koper op glas, zeker als de partijen die dit aanleggen er belang bij hebben een hoge dekkingsgraad te realiseren. In het algemeen is het ook niet zo dat diensten met “inferieure” eigenschappen (bijvoorbeeld, een lagere snelheid via koper) geen druk kunnen uitoefenen op diensten met “superieure” eigenschappen (hogere snelheden via glas). Consumenten zullen bereid zijn meer te betalen voor diensten met “superieure” eigenschappen, maar indien een bepaald kritisch prijsverschil wordt overschreden zullen consumenten toch voor de “inferieure” diensten kiezen. Op deze manier oefenen “inferieure” diensten ook prijsdruk uit op “superieure” diensten.

232. Tenslotte is er volgens het college sprake van ketensubstitutie, gezien de vergelijkbare retailtarieven van breedband via DSL en via glasverbindingen die nu beschikbaar zijn. Er is een spectrum aan verschillende breedbanddiensten die van elkaar verschillen op het gebied van up- and downloadsnelheden en op het gebied van prijzen, en dit spectrum zal zich naar verwachting de komende reguleringsperiode uitbreiden met diensten met hogere snelheden. Deze diensten oefenen, direct of indirect, concurrentiedruk op elkaar uit. Indien de prijzen van glas met zeer hoge snelheden zouden toenemen ten opzichte van diensten via DSL of kabel met minder hoge snelheden, dan

¹²⁶ Zo biedt InterNLnet *Flits Thuis Glasvezelinternet Keizersgracht* met downloadsnelheid en uploadsnelheid van 30Mbps voor 32,95 Euro per maand, Lijbrandt Telecom in Lisse symmetrisch breedband internettoegang met een snelheid van 20 Mbps voor 29,50 Euro per maand en OnsNet in Nuenen 100Mbps internettoegang voor 44,00 Euro per maand.

zouden naar verwachting eindgebruikers overstappen, of minder snel migreren naar glas. Diensten met deze minder hoge snelheden worden op hun beurt gedisciplineerd door diensten met lagere snelheden. Zo ontstaat er een keten van substitutie die ervoor zorgt dat ook breedbanddiensten met lagere snelheden indirect concurrentiedruk uitoefenen op diensten over glas met hogere snelheden.

233. Ook in de “*Draft Commission Recommendation, on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)*” van de Europese Commissie, is het uitgangspunt bij marktafbakening dat diensten over glas tot dezelfde relevante markt behoren als koper.¹²⁷ In deze concept Aanbeveling wordt ketensubstitutie genoemd als basis waarop koper en glas prijsdruk op elkaar uitoefenen, tenzij er duidelijk sprake is van een “missende schakel”, waardoor diensten te ver uit elkaar liggen om ketensubstitutie te vormen. Er is echter geen aanleiding om te aan te nemen dat er hier sprake is van een missende schakel, waardoor ketensubstitutie niet op zou gaan. De capaciteitsverschillen in combinatie met de eerder aangegeven vergelijkbare prijzen zijn onvoldoende groot.

234. Het college constateert dat breedbandinternettoegang over glasvezelnetwerken en breedbandinternettoegang over DSL-netwerken en kabelnetwerken direct en indirect prijsdruk op elkaar uitoefenen. Het college concludeert op grond hiervan dat breedbandinternettoegang op basis van glasvezel tot dezelfde relevante markt behoort als breedbandinternettoegang via DSL en kabel. Waar het college hieronder refereert aan de relevante markt voor breedbandinternettoegang doelt hij op de markt die zowel DSL, kabel als glasvezel omvat¹²⁸.

Draadloze en mobiele netwerken

235. Met betrekking tot WiFi, Wireless Local Loop (WLL) en satellietnetwerken concludeerde het college in de retailanalyse in het marktbesluit ULL van 2005 dat breedbandinternettoegang via deze netwerken geen deel uitmaakte van de relevante markt voor breedbandinternettoegang via kabel en DSL.

236. Voor satellietnetwerken geldt onveranderd dat de verschillen in productkenmerken (veelal retourkanaal via ander type verbinding, hoge apparatuurkosten bij retourkanaal via satelliet, beperkt aanbod, lagere bandbreedtes) en de hogere tarieven, ertoe leiden dat er geen sprake is van een vraagsubstituut voor breedbandinternettoegang via DSL-, kabel-, en glasvezelnetwerken.

237. WiFi is de verzamelnaam voor de draadloze netwerkproducten die in de 2,4 GHz en/of 5,0 GHz-band werken en zonder licentie gebruikt mogen worden. Met WiFi is het mogelijk om op korte afstand draadloos gegevens te versturen. WiFi wordt bijvoorbeeld gebruikt voor het realiseren van ‘hotspots’, geografische gebieden zoals vliegvelden, hotels of dorpen/steden, waar tegen betaling of gratis (breedband)internettoegang gerealiseerd kan worden door ‘mobiele’ afnemers. De bandbreedte van

¹²⁷ Zie http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/public_consult/nga/index_en.htm. In randnummer 23 stelt de Commissie: “... Unless there are clear indications of a break in the chain of substitution as compared to current product markets, services provided over NGA networks should be considered as incremental upgrades and therefore not treated as new markets. ...”.

¹²⁸ Het college heeft het besluit uitgebreid met aanvullende motivering naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 23.

een hotspot wordt gedeeld door de afnemers in het gebied. Ook wordt WiFi bijvoorbeeld gebruikt om thuisverbindingen te realiseren tussen modem en computer(s).

238. WiFi kent een beperkte geografische dekking en wordt hoofdzakelijk gebruikt voor de realisatie van hotspots of draadloze thuisnetwerken. Hierbij wordt vaak eveneens gebruik gemaakt van een breedbandverbinding via DSL, kabel of glasvezel. Zo blijkt uit onderzoek van Heliview dat 48 procent van de ADSL gebruikers en 37 procent van de kabelinternetters draadloos internet heeft¹²⁹. Omdat de frequentieband van WiFi vrij is voor iedere gebruiker en aanbieder is de bandbreedte niet te garanderen. Breedbandinternettoegang via WiFi is een ander type product dan breedbandinternettoegang via DSL, kabel of glasvezel en wordt vaak complementair gebruikt. WiFi vormt dan ook geen vraagsubstituut voor breedbandinternettoegang via DSL, kabel, of glasvezelnetwerken.

239. Breedbandinternettoegang via mobiele netwerken is in opkomst. Ongeveer driekwart van de Nederlandse mobiele bellers heeft een telefoon die geschikt is voor internet. Bijna eenderde (32 procent) van de respondenten met een geschikte telefoon surft regelmatig met de mobiele telefoon op internet.¹³⁰ Mobiel internet wordt, gelet op het totale aantal vaste breedbandaansluitingen, door afnemers echter veelal gebruikt in aanvulling op breedbandinternettoegang via een vaste verbinding, bijvoorbeeld voor het realiseren van internettoegang onderweg of het gericht zoeken op internet thuis, in plaats van als substituut voor een vaste breedbandinternetverbinding.

240. Met de uitrol van nieuwe generaties mobiele telefonie (UMTS en HSDPA) neemt de snelheid van mobiel internet toe. Deze blijft echter nog ver achter bij de vaste verbinding. Zo bieden de mobiele netwerkaanbieders een snelheid van 3,6 Mbit/s downstream en 384 Kbit/s upstream. Bij T-Mobile kost een mobiel breedband internetabonnement (Internet Totaal Plus) met een snelheid van 3,6 Mbit/s downstream en 384 Kbit/s uploadsnelheid 69,50 Euro, bij Vodafone 59,95 Euro (Nationaal Super, gebruik begrensd op 2,5 GB) en bij KPN 45,00 Euro (Laptop Totaal Plus, snelheid begrensd op 1536 Kb/s).¹³¹ Ter vergelijking, een verbinding met een snelheid van 3-4 Mbit/s via kabel kost bijvoorbeeld 29,95 Euro (Ziggo Internet Z2) of 34,00 Euro (UPC Light), en via DSL bijvoorbeeld 19,95 Euro (Het Net Snel Surfen) of 7,95 Euro (Abel Telecom Comfort) of 23,95 Euro (Solcon Connect). En voor prijzen variërend van 14,95 Euro (Abel Telecom) tot 74,95 Euro (XS4All ADSL Fast) kunnen eindgebruikers een verbinding met een downloadsnelheid van 20Mbit/s krijgen. De meeste mobiele breedbandinternetabonnementen kennen daarnaast een downloadlimiet van 0,25 tot 2,5 GB per maand, waarna een opslag betaald moet worden. Voor breedbandinternettoegang via DSL, kabel en glasvezel gelden geen downloadlimieten. Mobiel internet is dus nog altijd een stuk duurder en langzamer. HSDPA zou een snelheid moeten kunnen bieden van 7 Mbit/s, maar wanneer dit daadwerkelijk gerealiseerd zal worden en tegen welke tarieven dit aangeboden zal worden, is onduidelijk. Ook wat de technologie na HSDPA zou kunnen worden is verder nog onduidelijk.

¹²⁹ Heliview, "Marktmeter ICT-gebruik, rapportage markttrends internet- en pc-gebruik Q4 2007", januari 2008.

¹³⁰ Bron: http://www.t-mobile.nl/corporate/htdocs/page/pers/persberichten.aspx?item=2007/november_07_07-2.xml en http://www.t-mobile.nl/corporate/htdocs/page/pers/persberichten.aspx?item=2007/november_08_07.xml.

¹³¹ Prijzen per 1 juli 2008.

241. Het college verwacht dat eindgebruikers in de komende reguleringsperiode internet via mobiele netwerken complementair zullen blijven gebruiken aan breedbandinternettoegang via vaste netwerken en niet als substituuat.

242. Het college concludeert dat mobiel internet via UMTS en HSDPA op basis van gebruik, prijs en capaciteit niet tot de relevante markt voor breedbandinternettoegang behoort.

243. Wireless Local Loop (WLL) is een technologie die draadloze/mobiele verbindingen mogelijk maakt. Voor WLL zijn meerdere frequentiebanden bestemd: 2,6 GHz, 3,5 GHz en 26 GHz. Voor het gebruik van deze frequentiebanden zijn vergunningen benodigd. Met WLL kunnen zowel punt-multipunt als multipunt-multipunt verbindingen worden gerealiseerd en WLL kan gebruikt worden voor verschillende diensten. Zo kan de WLL 26 GHz frequentieband onder meer gebruikt worden voor het bieden van datacommunicatiediensten of (wholesale) huurlijnen, bijvoorbeeld voor het verbinden van de basisstations voor mobiele netwerken, maar ook voor het realiseren van breedbandverbindingen. De 2,6 GHz en 3,5 GHz frequentiebanden zijn meer geschikt voor het bieden van breedbandverbindingen.

244. In Nederland hebben KPN en T-Mobile vergunningen voor het gebruik van de 26 GHz frequentieruimte. Deze vergunningen zijn geldig tot 2017. Worldmax heeft een vergunning voor de 3,5 GHz band die geldig is tot 2015. Worldmax is in juni 2008 in Amsterdam gestart met dienstverlening gebaseerd op de mobiele WiMax standaard waarmee mobiel internet en VoIP wordt geboden.¹³² Het ministerie van Economische Zaken verwacht eind 2008 de vergunning voor de 2,6 GHz frequentieband te verdelen. Die vergunning was in handen van Casema (thans opgegaan in Ziggo).

245. Met behulp van WiMax zouden hogere bandbreedtes dan nu met UMTS/HSDPA mogelijk zijn en gerealiseerd kunnen worden. Het feitelijk productaanbod (bandbreedte, prijs, kwaliteit) is echter vooralsnog onduidelijk. Op basis van gesprekken met de huidige licentiehouders verwacht het college niet dat aanbieders met WiMax gedurende de komende reguleringsperiode een significant marktaandeel op de markt voor breedbandinternettoegang zullen realiseren. Evenals bij de marktanalyse WBT van 2005 is nog onzeker hoe WLL zich zal ontwikkelen en of het concurrentiedruk zal uitoefenen op breedbandinternettoegang via kabel, DSL en glasvezelnetwerken. Het college concludeert dan ook dat WLL in de komende reguleringsperiode niet tot de relevante markt voor breedbandinternettoegang behoort.

246. Het college heeft de hypothese dat draadloze en mobiele netwerken geen onderdeel uitmaken van de relevante markt voor breedbandinternettoegang via DSL, kabel en glasvezel ook voorgelegd aan partijen. Uit de reacties blijkt dat veel partijen zien dat deze netwerken in opkomst zijn en potentieel een substituuat kunnen gaan vormen voor vaste netwerken. Ten aanzien van de vraag of deze netwerken voor de komende reguleringsperiode als een substituuat kunnen worden gezien, zijn de meningen sterk verdeeld. **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]** zien deze netwerken nog niet als substituuat. **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]** wel.

¹³² Zie het persbericht van Worldmax, "Worldmax lanceert Aerea; eerste commerciële draadloze breedbandnetwerk in Amsterdam", 17 juni 2008.

247. Het college ziet in de reacties van marktpartijen geen aanleiding om tot een andere conclusie te komen. Het college concludeert derhalve dat mobiele en draadloze netwerken in de komende reguleringsperiode geen onderdeel uitmaken van de relevante markt voor breedbandinternettoegang via DSL, kabel en glasvezel. Volledigheidshalve merkt het college op dat, gelet op het geringe aandeel van draadloze en mobiele netwerken op de markt voor breedbandinternettoegang en het complementaire karakter van mobiele netwerken, een andere marktafbakening op dit punt niet zou leiden tot een andere conclusie ten aanzien van de vaststelling van AMM.

Conclusie onderscheid naar infrastructuren

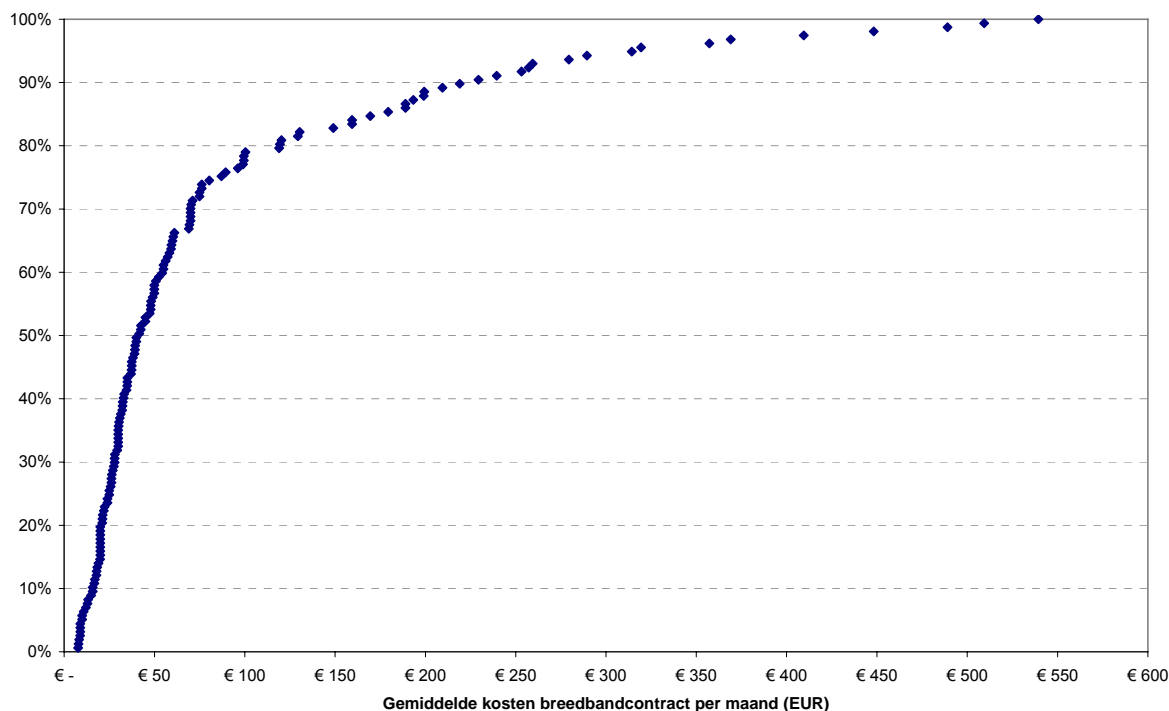
248. Via kabelnetwerken, het aansluitnetwerk van KPN en glasvezelnetwerken worden breedbandinternettoegangspakketten met een vergelijkbare functionaliteit voor een vergelijkbare prijs geleverd. De huidige dekking van kabelnetwerken en DSL is weliswaar groter, maar de dekking van glasvezelnetwerken zal in de komende reguleringsperiode toenemen. Het college constateert dat de relevante markt voor breedbandinternettoegang zowel breedbandinternettoegang geleverd via DSL, kabel als glasvezel omvat. Het college concludeert tevens dat (breedband)internettoegang via satellietnetwerken, WiFi, mobiele netwerken en WLL in de komende reguleringsperiode niet tot de relevante markt voor breedbandinternettoegang behoort. In de volgende paragrafen zal het college ingaan op de productkenmerken van breedbandinternettoegang en op de afnemersgroepen van breedbandinternettoegang.

6.1.4 Onderscheid naar productspecificaties

249. In de retailanalyse in het marktanalysebesluit ULL uit 2005 concludeerde het college dat binnen de markt voor breedbandinternettoegang sprake was van een brede productdifferentiatie. Om na te gaan of er aanleiding was de markt enger af te bakenen naar productspecificaties, werden figuren gepresenteerd waarin respectievelijk de overboekingsfactor, de upstream capaciteit en de downstream capaciteit tegenover prijzen werden afgebeeld. Uit deze figuren viel af te leiden dat de relevante markt niet verder naar productspecificaties hoefde te worden afgebakend vanwege de aanzienlijke overlap tussen productspecificaties en tarieven. Op basis van ketensubstitutie behoorden de verschillende dienst/prijs combinaties tot één en dezelfde relevante productmarkt.

250. Onderstaande figuur 3 toont aan dat gezien vanuit de prijsstelling van breedbandinternettoegang nog altijd sprake is van een keten van producten. In deze figuur is zichtbaar dat er een keten van substitutie is van goedkope naar dure producten. In elke opeenvolgende prijsinterval zijn voldoende producten aanwezig zodat een eindgebruiker, bij een prijsverhoging door een hypothetische monopolist, kan overstappen op een ander product.

Figuur 3: Overzicht van de verdeling van de maandelijkse tarieven van beschikbare producten breedbandinternettoegang



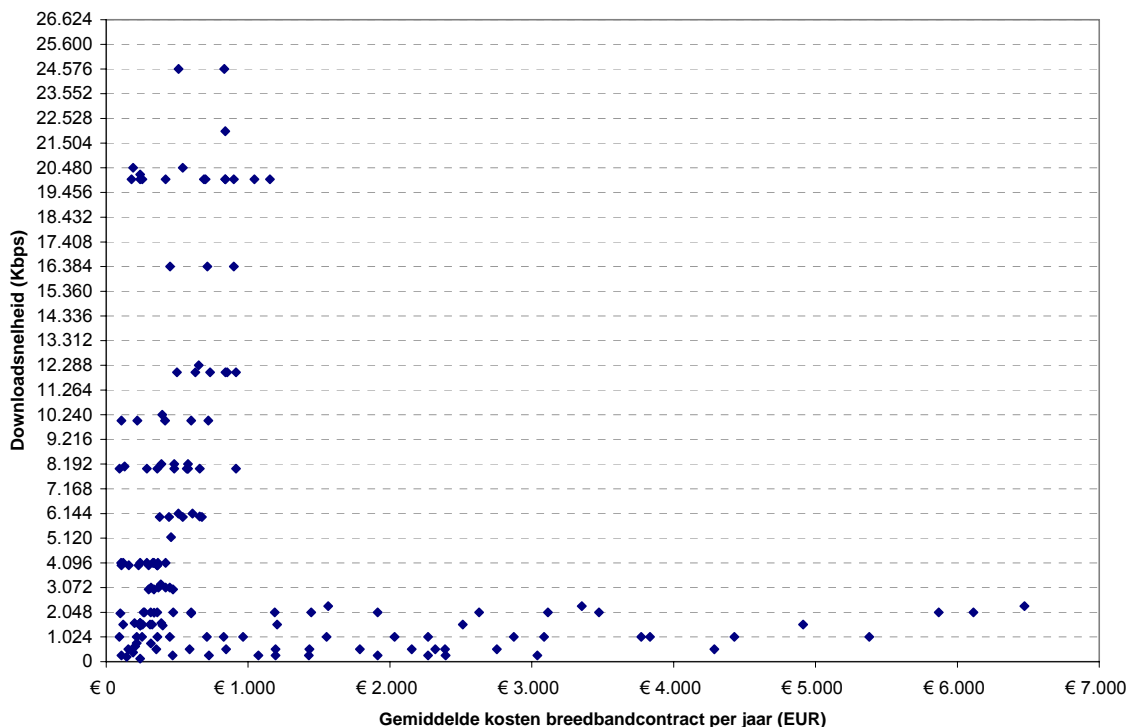
Bron: Vragenlijsten en websites aanbieders, bewerking OPTA

251. De verschillende prijsniveaus worden bepaald doordat vormen van breedbandinternetproducten zich van elkaar onderscheiden. Variaties tussen verschillende pakketten van breedbandinternettoegang betreffen ondermeer de geboden snelheden (upstream/downstream), de gegarandeerde bandbreedte (overboekingsfactor) en service level afspraken.

252. Het college heeft opnieuw geanalyseerd of dit moet leiden tot engere productafbakening aan de hand van een aantal in zijn ogen opvallende productspecificaties. Het college heeft hiertoe de upstreamsnelheid, downstreamsnelheid en de overboekingsfactor van thans aangeboden pakketten van breedbandinternettoegang via kabelnetwerken, DSL en glasvezelnetwerken afgezet tegen het tariefniveau.

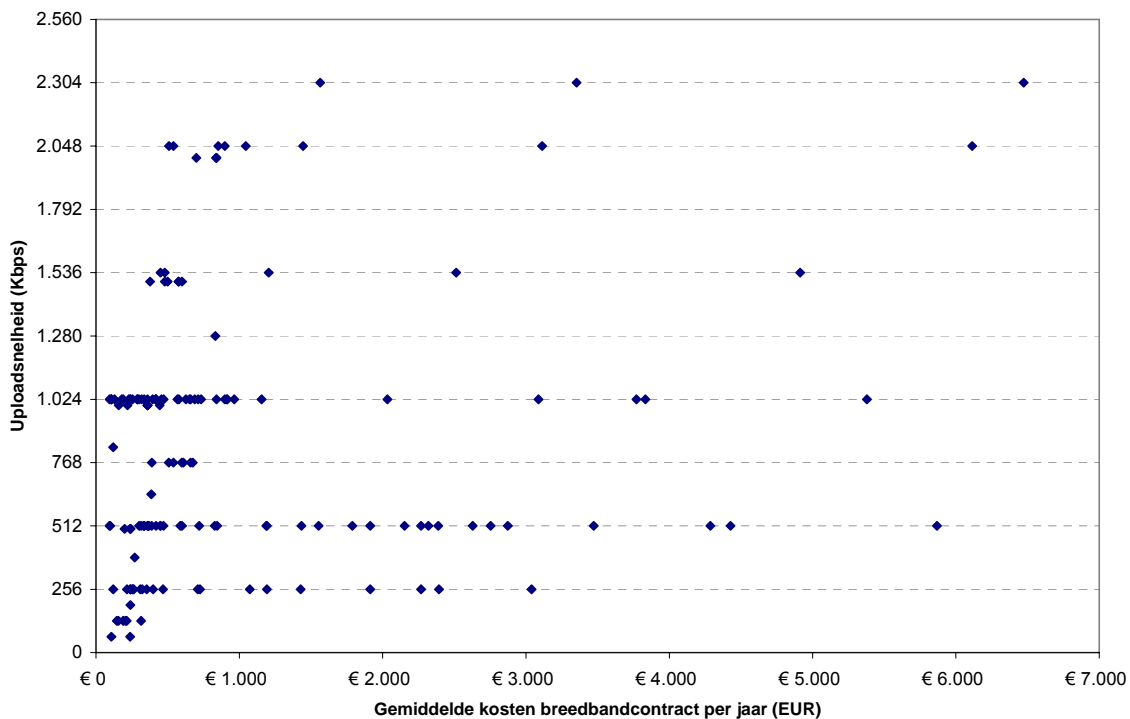
253. Hieronder zijn deze verschillende productkenmerken, afgezet tegen de geldende tarifiering, grafisch weergegeven. Indien binnen een bepaald productkenmerk duidelijk onderscheid zou zijn te maken naar tarifiering, bijvoorbeeld doordat een bepaalde overboeking up-of downstream snelheid alleen vanaf een bepaald prijsniveau verkrijgbaar is en dat prijsniveau significant afwijkt van een hogere overboeking, upstream of downstream snelheid, dan zou dit reden kunnen vormen om tot een engere productmarktafbakening te komen.

Figuur 4: Gemiddelde kosten breedbandinternettoegang afgezet tegen downloadsnelheid



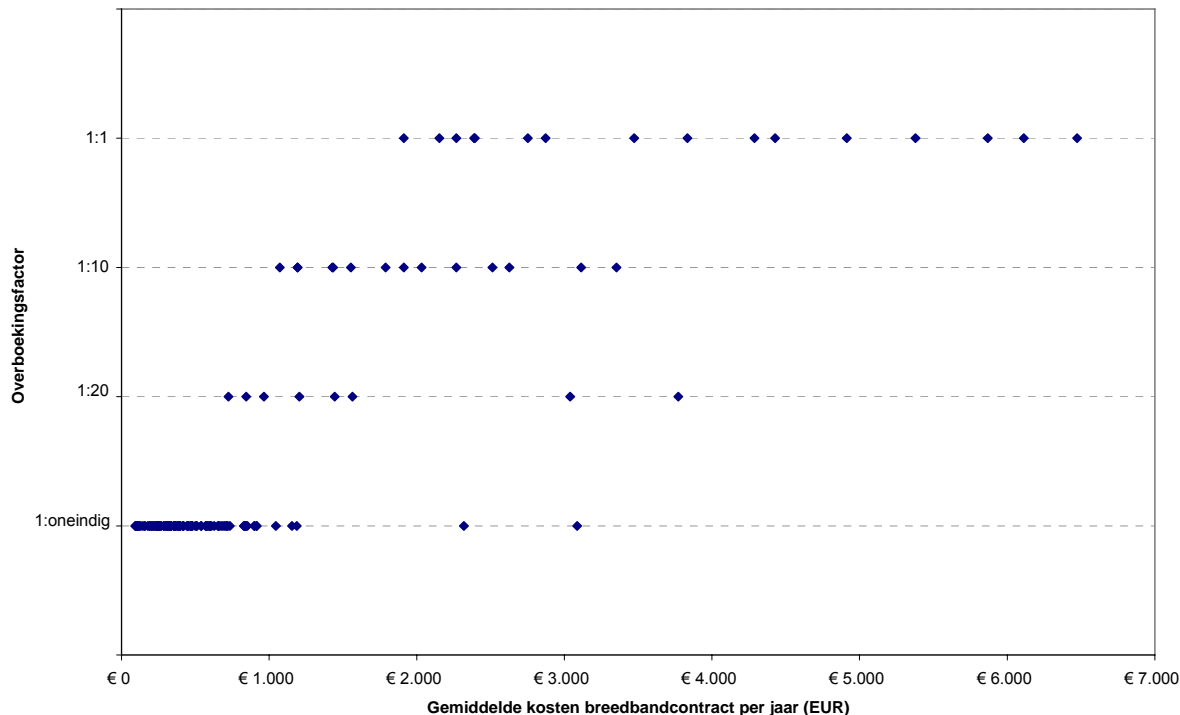
Bron: Vragenlijsten en websites aanbieders, bewerking OPTA

Figuur 5: Gemiddelde kosten breedbandinternettoegang afgezet tegen uploadsnelheid



Bron: Vragenlijsten en websites aanbieders, bewerking OPTA

Figuur 6: Gemiddelde kosten breedbandinternettoegang afgezet tegen overboekingsfactor

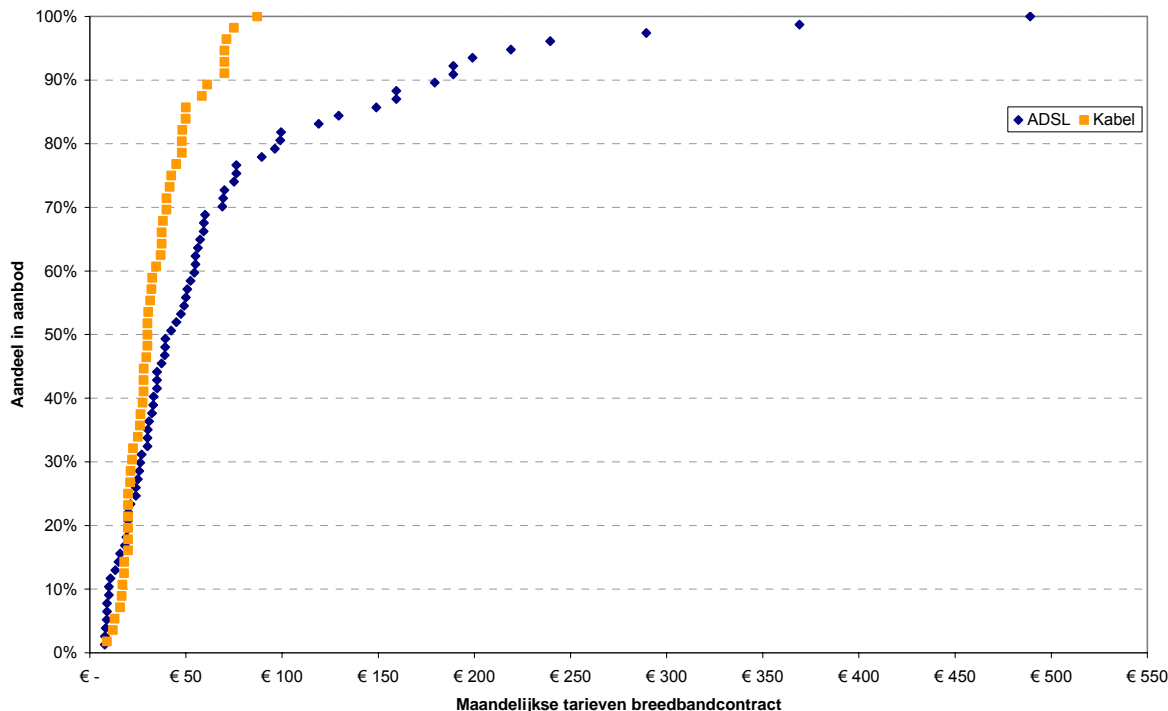


Bron: Vragenlijsten en websites aanbieders, bewerking OPTA

254. Bovenstaande grafieken tonen dat voor dezelfde tarieven zeer uiteenlopende upstream en downstream snelheden kunnen worden afgenomen. Voor overboekingswaarden geldt dat er aanzienlijke overlap bestaat tussen opeenvolgende overboekingen die kunnen worden afgenomen. Daardoor kan gesproken worden van een keten van producten. Hiermee wordt bedoeld dat geen eenduidig onderscheid te maken is tussen productkenmerken en prijzen van breedbandinternettoegang die thans op de markt worden aangeboden. Afnemers die een bepaald type product afnemen, bijvoorbeeld een product met overboekingsfactor 1:10, kunnen bij een prijsverhoging van dit product overstappen op een product met een lagere overboeking voor een vergelijkbare (of goedkopere) prijs of op een product met een hogere overboeking voor een vergelijkbare prijs. Dit geldt ook voor de productkenmerken up- en downstream snelheden. Het college concludeert derhalve dat er geen reden is om de markt voor breedbandinternettoegang nader te onderscheiden naar productkenmerken.

255. Uit marktonderzoek door het college blijkt wel dat kabelexploitanten en DSL-aanbieders geen volledig overlappend productenportfolio bieden. Producten boven de 100 Euro worden feitelijk alleen door DSL aanbieders in de markt gezet. Verder bieden kabelexploitanten feitelijk geen internettoegang aan met overboekingsfactoren hoger dan 1:20. Tot ongeveer 100 Euro bieden zowel kabelexploitanten als DSL-aanbieders meerdere in prijs en kwaliteit vergelijkbare producten op de markt aan (zie figuur 7).

Figuur 7: Spreiding in maandelijkse tarieven binnen het aanbod van breedbandinternet naar netwerk



Bron: Vragenlijsten en websites aanbieders, bewerking OPTA

256. Breedbandinternettoegang via de kabel vormt daarmee een deelverzameling van het volledige productaanbod van breedbandinternettoegang (kabel en DSL tezamen). Er is geen sprake van volledige overlap. Eerder is reeds geconstateerd dat prijzen voor breedbandinternettoegang nauw op elkaar aansluiten en dat er geen onderscheidende productkenmerken zijn die tot een engere marktbenadering nopen. Nu DSL-aanbiedingen in allerlei pakketten door verschillende aanbieders op de markt worden gezet in een keten van producten ziet het college geen aanleiding om op basis van het beperktere kabelaanbod dat aldus maar een onderdeel van het aanbod van (DSL-)internettoegang direct beïnvloedt, de eindgebruikersmarkt voor breedbandinternettoegang enger af te bakenen.

257. Het college concludeert dat er geen reden is om de relevante productmarkt nader af te bakenen naar productspecificatie.

6.1.5 Onderscheid naar afnemersgroepen

258. In de retailanalyse in het marktanalysebesluit ULL uit 2005 is geen onderscheid gemaakt tussen afnemersgroepen, zoals bijvoorbeeld zakelijke en particuliere afnemers (consumenten). Hiervoor zijn de volgende argumenten aangevoerd:

- a. Aan de aanbodzijde is sprake van een keten van substitueerbare producten;
- b. Aanbieders discrimineren in hun aanbod niet tussen zakelijke afnemers en consumenten;
- c. Zakelijke afnemers maken zowel gebruik van ‘consumentenproducten’ als ‘zakelijke producten’;

voor individuele producten uit die bundel. Een bundel kan gedefinieerd worden als een gezamenlijk aanbod van economisch gezien aparte, maar complementaire producten door één leverancier.¹³⁶ In onderstaande analyse wordt een bundel gedefinieerd als het gezamenlijk aanbieden van individuele diensten waarbij een pakketprijs geldt die lager is dan de som van tarieven van de afzonderlijke diensten. Het afnemen van twee of meer diensten bij dezelfde aanbieder zonder dat daarvoor een korting wordt gegeven, is volgens deze definitie geen bundel.

264. In de marktanalysebesluiten uit 2005 is uitgegaan van relevante productmarkten voor individuele diensten: een productmarkt voor vaste telefonie, een productmarkt voor breedbandinternettoegang, een productmarkt voor mobiele telefonie en een productmarkt voor omroepdiensten. Bundels worden echter ontegenzeggelijk belangrijker. Daarom is het van belang om te beoordelen of sprake is van één of meerdere aparte relevante bundelmarkten in plaats van naast de individuele productmarkten. Bundeling is een fenomeen dat vooral zichtbaar is bij residentiële diensten en in veel mindere mate bij zakelijke diensten. Ook bij zakelijke diensten is sprake van afname van diensten bij dezelfde aanbieder; echter er is dan vaak geen sprake van een pakketprijs met voordelen voor de eindgebruiker.¹³⁷ Onderstaande analyse richt zich daarom op de bundels van residentiële diensten.

265. Het onderzoeksbureau EIM heeft een aantal metingen gedaan naar de afname van bundels door huishoudens en ook het college kan op basis van gegevens uit de SMM de mate van bundeling vaststellen. Vanuit het perspectief van breedbandinternet zijn de bundels met vaste telefonie (eventueel nog aangevuld met TV) veruit het belangrijkste. Bundeling met mobiele diensten en bundeling van breedbandinternet met alleen TV vindt in veel beperktere mate plaats. In de verdere analyse wordt daarom gekeken naar de bundels van (1) breedbandinternet en vaste telefonie en (2) breedbandinternet, vaste telefonie en TV.

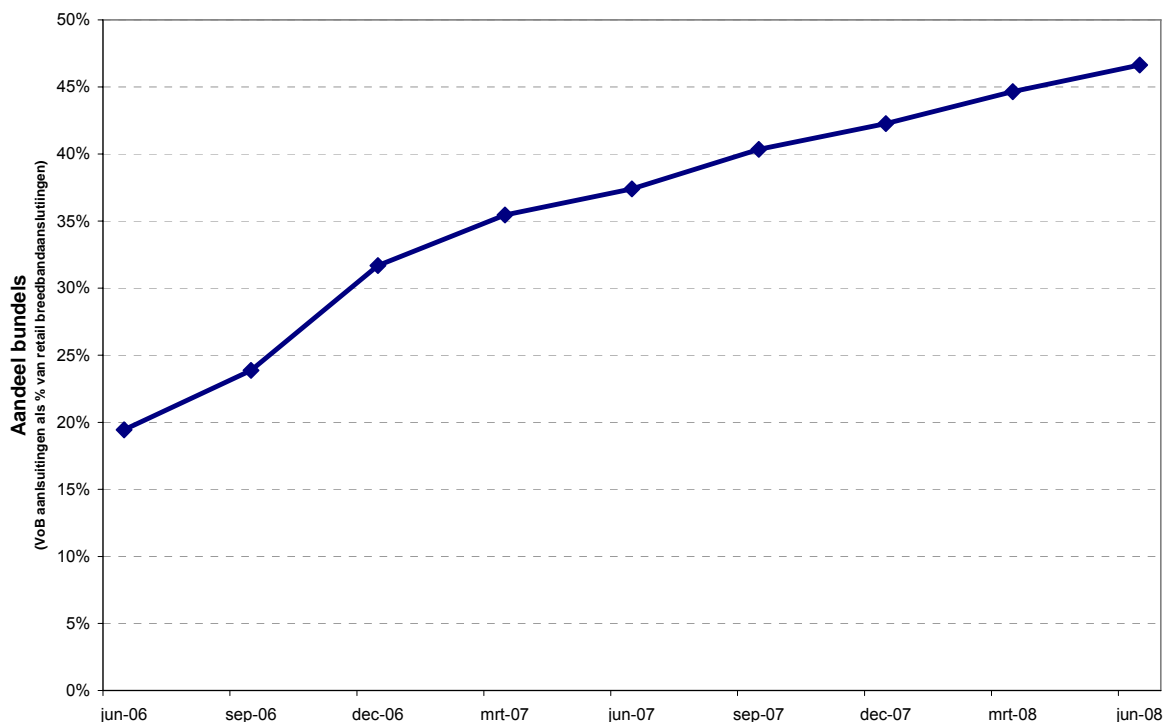
266. Uit de meting van het EIM volgt dat het aantal huishoudens dat bundels van breedbandinternettoegang en vaste telefonie afneemt is gestegen van 1 procent eind 2004 naar 5 procent eind 2005 en 16 procent in eind 2006. De ontwikkeling van Voice-over-Broadband (VoB) een goede indicatie van het aantal bundels van breedbandinternet met vaste telefonie, omdat VoB (vrijwel) altijd in een bundel wordt geleverd. De ontwikkeling van het aandeel VoB-diensten binnen de retail breedbandinternet aansluitingen is weergegeven in figuur 8. Daaruit blijkt dat in aanwezigheid van regulering medio 2008 47 procent van de breedbandaansluitingen een VoB-dienst is en dat de verwachting is dat dit percentage de komende jaren groeit ook in afwezigheid van regulering. Op grond van het EIM onderzoek en cijfers uit de structurele monitor constateert het college tevens dat eind 2007 13 procent van de huishoudens de bundel vaste telefonie, breedbandinternettoegang en omroep afnam (7 procent in q4 2006 en 11 procent in q2 2007)¹³⁸. Er is dus voldoende reden om te onderzoeken of sprake is van een bundelmarkt, naast de markt voor individuele producten.

¹³⁶ OPTA, EAT Regulatory policy note, no. 5, "The bundle the market?", Augustus 2007. Aanbeveling pagina 15, voetnoot 19.

¹³⁷ Dialogic, hoofdstuk 6.

¹³⁸ Schatting, percentage dat een pakketprijs betaalt.

Figuur 8: Ontwikkeling aandeel bundels van breedbandinternettoegang en vaste telefonie



Bron: OPTA, structurele marktmonitor, Q2 2008.

267. Bij de beoordeling van de vraag of bijvoorbeeld een bundel van breedbandinternettoegang met vaste telefonie een aparte relevante markt vormt, is de vraag relevant of de prijzen van de aparte vaste telefoniedienst en de aparte breedbanddienst voldoende prijsdruk uitoefenen om een prijsverhoging van de bundel te voorkomen. Deze benadering sluit aan bij wat de Europese Commissie in de Aanbeveling zegt over de bundelmarkten:

“Wanneer in aanwezigheid van een kleine, maar significante duurzame prijsverhoging er bewijs is dat een voldoende aantal eindgebruikers de bundel zou ‘ontbundelen’ en de afzonderlijke producten uit de bundel afzonderlijk zou verwerven kan geconcludeerd worden dat de afzonderlijke producten elk een relevante markt vormen en niet de bundel.”¹³⁹

268. Om dit te beoordelen gebruikt het college een aantal verschillende indicatoren om in te schatten of veel afnemers zullen overstappen op losse diensten.¹⁴⁰ Het OPTA EAT paper en een rapport van

¹³⁹ Toelichting op de aanbeveling, paragraaf 3.2.

¹⁴⁰ Niet alle indicatoren behoeven dezelfde uitkomst te geven om tot een conclusie te kunnen komen of al dan niet sprake is van een bundelmarkt.

Europe Economics voor de Europese Unie geven aan dat de volgende factoren een indicatie kunnen zijn voor de aanwezigheid of de afwezigheid van een bundelmarkt.¹⁴¹

- 1) Het verschil (gecorrigeerd voor kwaliteitsverschillen) tussen de bundelprijs en de som van de prijs van de losse elementen van de bundel. Hoe groter dit prijsverschil, hoe minder waarschijnlijk dat veel afnemers bij een verhoging van de bundelprijs zullen overstappen naar de afname van aparte diensten. Een groot prijsverschil kan dan ook een indicatie zijn voor het bestaan van een bundelmarkt.
- 2) De kosten die afnemers hebben als ze overstappen op de aankoop van aparte diensten in plaats van de bundel. Indien deze kosten hoog zijn ten opzichte van de bundelprijs, dan wijst dit op het bestaan van een aparte bundelmarkt.
- 3) Verder wijzen ontwikkelingen in marktaandeel voor de aparte diensten die substantieel verschillend zijn van de ontwikkeling van marktaandeel voor de bundel op het ontbreken van een aparte bundelmarkt.
- 4) De vraag of alle afnemers een vergelijkbare waarde hechten aan de producten in de bundel. Indien een deel van de afnemers meer waarde hecht aan bijvoorbeeld vaste telefonie en een deel van de afnemers aan breedbandinternettoegang, dan is het aannemelijk dat ze elk eerder overstappen op de afname van de aparte diensten bij een verhoging van de bundelprijs. Dit is een indicatie dat er geen sprake is van een aparte bundelmarkt.

269. Het college zal hieronder de in randnummer 268 genoemde indicatoren analyseren.

Het verschil tussen bundelprijs en de losse diensten

270. Bij vaste telefonie geldt dat een bundel vrijwel altijd bestaat uit VoB en breedbandinternet. Als losse diensten worden afgenomen, gaat het vaak om de combinatie PSTN/ISDN en breedbandinternet. VoB wordt niet of nauwelijks als ontbundelde dienst aangeboden. In tabel 3 vergelijkt het college de prijs van de ontbundelde diensten en de bundels van de grootste marktpartijen.

Bundel breedband-telefonie-omroep			Ontbundeld breedband		Ontbundeld telefonie		Ontbundeld omroep		Voordeel
UPC	Pakket Op Maat Snel (10 mb)	39,00	Internet (10 MB)	30,00	Telefonie Basis	9,00	Royaal	9,00	9,00
UPC	Pakket op Maat Onbepert (24 mb)	65,00	Internet Extreme (24 MB)	60,00	Telefonie Onbepert	15,00	Royaal met DVR	13,00	23,00
Ziggo	Alles-in-1 Basis (0,8 Mb)	39,95	Internet Z1 (1,6 Mb)	19,95	Telefonie Z1	9,95	Televisie Z1	15,90	5,85
Ziggo	Alles-in-1 Extra (16 Mb)	64,95	Internet Z3 (12 Mb)	47,95	Telefonie Z1 - VolopBellen Altijd	19,95	Televisie Z2	39,95	42,90
KPN	Go pakket (1,6 Mb)	44,90	Internet Go (1,6 MB)	25,00	BelBasis	18,48	Interactieve TV	9,95	8,53
KPN	Lite pakket (3 Mb)	52,90	Internet Lite (3 Mb)	30,00	BelBasis	18,48	Interactieve TV	9,95	5,53

Bundel breedband-telefonie			Ontbundeld breedband		Ontbundeld telefonie		Ontbundeld omroep		Voordeel
UPC	Internet & Bellen Basis (1,5 MB)	20,00	Internet Easy (1,5 MB)	24,00	Telefonie Basis	9,00	n.v.t.		13,00
UPC	Internet & Bellen Onbepert (6 Mb)	35,00	Internet Power (6 MB)	40,00	Telefonie Onbepert	15,00	n.v.t.		20,00
KPN	InternetPlusBellen Go	34,95	Internet Go (1,6 MB)	25,00	BelBasis	18,48	n.v.t.		8,53
KPN	InternetPlusBellen Lite	42,95	Internet Lite (3 Mb)	30,00	BelBasis	18,48	n.v.t.		5,53

¹⁴¹ OPTA, Economic Analysis Team, *Regulatory Policy Note 5: "The bundle the market"?*, augustus 2007 en Europe Economics, *"Market Definition in the Media Sector – Economic Issues"*, Rapport voor de Europese Commissie, DG Mededinging, november 2002.

Tabel 3: Vergelijking ontbundelde en gebundelde tarieven juni 2008¹⁴²

271. Uit bovenstaande tabel volgt dat er bij de grootste aanbieders (KPN, UPC en Ziggo) sprake is van een prijsvoordeel bij de afname van de bundel van breedbandinternet en vaste telefonie dat ligt tussen de 5 Euro en 20 Euro. Daarbij moet worden aangetekend dat de kwaliteitsperceptie van vaste telefonie via VoB (in de bundel) lager is dan van vaste telefonie via PSTN (ontbundeld), waarvoor het bundelvoordeel gecorrigeerd dient te worden. De bundelvoordelen wijzen mogelijk op het bestaan van een markt voor de bundel van vaste telefonie en breedbandinternettoegang.

272. Uit de SMM blijkt echter dat ondanks dit prijsverschil klanten niet alleen maar overstappen van PSTN-diensten naar VoB-bundels. KPN krijg ook nog steeds nieuwe klanten op PSTN-aansluitingen: **([vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX] per kwartaal)**. Uit die cijfers is niet af te leiden of het hier gaat om eindgebruikers die daarvoor een bundel afnamen. Het kan ook zijn dat de afnemersvoorkeuren verschillen.

273. Uit tabel 3 blijkt tevens dat er bij de grootste aanbieders (KPN, UPC en Ziggo) sprake is van een prijsvoordeel bij de afname van de bundels van breedbandinternet, vaste telefonie en omroep. Het voordeel dat de kabelaanbieders geven is aanzienlijk. Bij KPN is het verschil kleiner. Deze aanbieders kiezen er bewust voor om de *triple play* bundel aantrekkelijk te maken ten opzichte van de afname van *dual play* of losse producten. Er zijn echter ook aanbieders, zoals Tele2 en Online die een voordelig *dual play* aanbod in de markt hebben staan. Uit een prijsvergelijking blijkt dat voor een vergelijkbare snelheid van 20mbps een *dual play* bundel van Tele2 (29,95 Euro) of Orange (34,95 Euro) in combinatie met losse omroep via KPN, Ziggo of UPC (9 – 16 Euro) een voordeel oplevert ten opzichte van *triple play* van UPC of Ziggo (65,00 Euro). Deze cijfers wijzen derhalve niet op een markt voor de bundel van vaste telefonie, breedbandinternettoegang én omroep.

274. Op basis van het prijsvoordeel is er enige indicatie dat sprake kan zijn van een bundelmarkt van vaste telefonie en breedbandinternettoegang. Het college constateert tevens dat een aantal aanbieders een korting geeft op de *triple play* bundel ten opzichte van de afname van losse producten. Dit is een indicatie van het mogelijk ontstaan van een bundelmarkt voor *triple play*. Op dit moment wijst, zoals hierboven toegelicht, het prijsvoordeel eerder op een bundelmarkt van vaste telefonie en breedband internettoegang, dan op een *triple play* bundelmarkt. Voor de overige punten focust het college zich daarom op de bundel vaste telefonie en breedbandinternettoegang.

Overstapkosten

275. Een factor die relevant is om te toetsen of sprake is van een aparte bundelmarkt zijn de kosten die afnemers hebben als ze overstappen op aparte diensten in plaats van de bundel. Indien deze kosten hoog zijn ten opzichte van de bundelprijs, dan wijst dit op een aparte bundelmarkt. Naast een eventueel bundelvoordeel, ziet het college contractstermijnen als een belemmering voor ontbundeling.

¹⁴² Bron: websites van de bedrijven, geraadpleegd op 01-06-2008. Bij UPC en Ziggo geldt dat daarnaast verplicht een analoge TV-aansluiting van ca. 16 Euro afgenomen dient te worden. In de tariefberekening zijn actietarieven en eenmalige tarieven niet meegerekend.

Voor de bundel gelden vaak contractstermijnen van minimaal één jaar¹⁴³, hetgeen een drempel zou kunnen zijn voor de overstap naar aparte diensten. Afgezien van de termijn kunnen eindgebruikers relatief makkelijk overstappen op losse producten. De eventuele overstapkosten zijn vergelijkbaar met de overstapkosten tussen aparte diensten en zijn daarom niet specifiek voor de bundel.

Overstapkosten geven daarom geen indicatie dat er een aparte relevante markt voor de bundel vaste telefonie en breedbandinternettoegang bestaat.

Ontwikkeling marktaandeelen

276. Indien er sprake is van een bundelmarkt zullen afnemers bij een relatieve prijsverhoging voor beide diensten overstappen naar een andere aanbieder. In dat geval moet een symmetrische ontwikkeling van de marktaandeelen, gemeten op elementen van de bundel, waarneembaar zijn. In de praktijk bewegen de marktaandeelen van vaste telefonie en breedbandinternet zich niet in dezelfde richting. Voor vaste telefonie daalt het marktaandeel van KPN en stijgt dat van de kabel en DSL-partijen, terwijl voor breedbandinternet het marktaandeel van KPN en kabel licht stijgt en daalt voor DSL-partijen. De marktaandeelen op vaste telefonie en breedband tenderen wel naar elkaar toe, hetgeen een indicatie is dat er in de toekomst een bundelmarkt zal kunnen ontstaan en dat derhalve nu (nog) geen sprake is van een aparte relevante markt voor de *dual play* bundel.

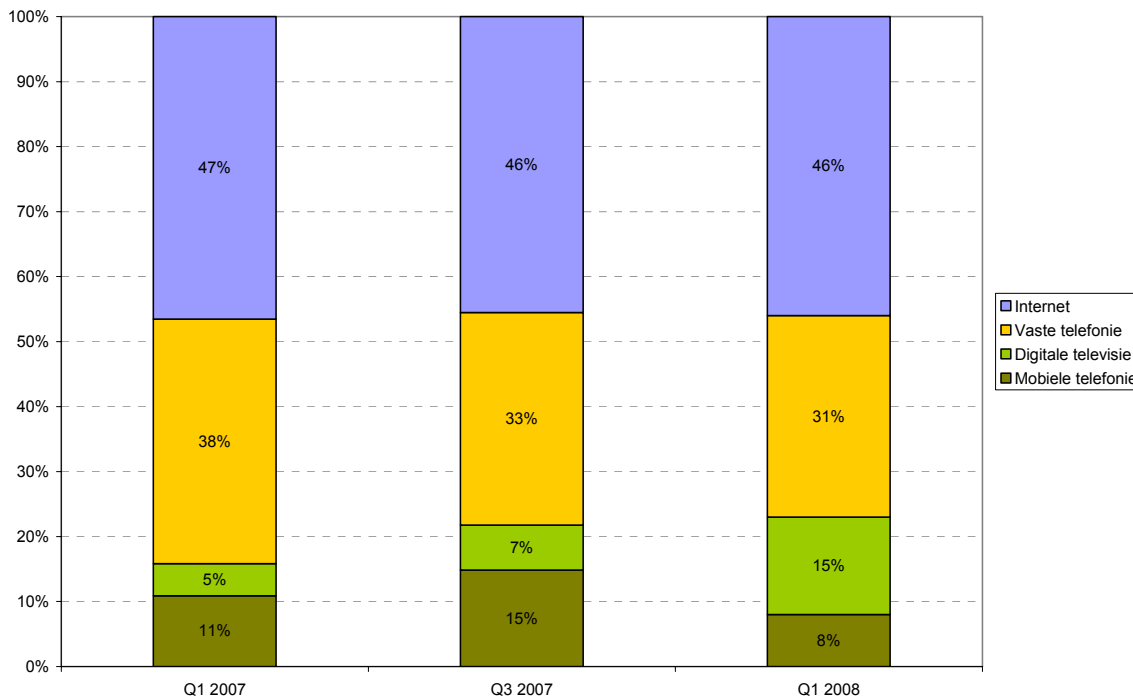
Afnemersvoorkeuren

277. De vierde en laatste indicator uit randnummer 268 gaat in op de voorkeuren (betalingsbereidheid) van afnemers voor de producten in de bundel. Het college schat, op basis van onderzoek door Heliview Research (zie figuur 9), in dat er een groep afnemers is die de verschillende producten (breedbandinternettoegang en telefonie) gelijk waarderen. Deze groep heeft zowel behoefte aan telefonie en breedbandinternettoegang en zal bij een verhoging van het tarief van de bundel overstappen op losse producten. Het college schat tevens in dat er een groep afnemers is die de producten verschillend waardeert (verschillende betalingsbereidheid) en die bij de prijsstijging van een bundel zal besluiten om één van de producten niet meer af te nemen. Een deel van de eindgebruikers heeft een sterke voorkeur voor breedband, omdat men daarnaast mobiele telefonie afneemt. Dit uit zich ook in het geringe verschil in tariefstelling van de bundels ten opzichte van de tariefstelling van breedband, waardoor het relatief eenvoudig is om geen vaste telefonie af te nemen. Daarnaast is er een groep die een voorkeur heeft voor vaste telefonie, waaruit blijkt dat er nog steeds een groep eindgebruikers is die geen breedbandinternet afneemt. Deze verschillen in afnemersvoorkeuren wijzen op de afwezigheid van een bundelmarkt.¹⁴⁴

¹⁴³ Uitzondering zijn Alice en Het Net van KPN.

¹⁴⁴ Dit criterium kan alleen een aanwijzing zijn voor de afwezigheid van een bundelmarkt. Het niet voldoen aan dit criterium is geen aanwijzing voor de aanwezigheid van een bundelmarkt.

Figuur 9: Belangrijkste product binnen huishouden



Bron: Heliview Research (mei 2008), ICT Consumer Monitor – Markttrends Multi Play, Q1 2008.

Conclusie

278. Het college constateert dat de bundel van breedbandinternettoegang en vaste telefonie in belang toeneemt. Hoewel het prijsvoordeel bij afname van een bundel een indicatie is voor een bundelmarkt wijzen andere criteria er op dat de markt weliswaar beweegt in de richting van een bundelmarkt, maar dat daar nog geen sprake van is. Dit zijn de verschillen in waardering voor de verschillende producten en de afwezigheid van drempels voor het overstappen op de afzonderlijke producten. Alles overwegende concludeert het college dat er nog onvoldoende argumenten zijn om in de komende reguleringsperiode (al) een aparte bundelmarkt voor de bundel van breedbandinternettoegang en vaste telefonie af te bakenen. Met andere woorden, de breedbandinternettoegang diensten binnen bundels worden derhalve tot dezelfde relevante markt gerekend als losse breedbandinternettoegangdiensten. Eerder deze paragraaf heeft het college al geconcludeerd dat er ook geen aparte relevante triple play markt van vaste telefonie, breedbandinternettoegang en omroep is.

279. De conclusie is ook in lijn met de Aanbeveling van de Commissie, waar wordt gewezen op het vroege stadium van ontwikkeling: *“Hence the bundle may become the relevant product market. While certain bundles are well established (voice and SMS on mobile), others are at an earlier stage of development such as bundles of television and internet. If, in the presence of a small but significant non-transitory increase in price there is evidence that a sufficient number of customers would “unpick”*

*the bundle and obtain the service elements of the bundle separately, then it can be concluded that the service elements constitute the relevant markets in their own right and not the bundle.*¹⁴⁵

280. Gezien de beweging naar verdergaande bundeling heeft het college in hoofdstuk 9 (dominantieanalyse) de invloed van bundeling betrokken in zijn analyse

281. Subconclusie: Het college concludeert dat er geen aparte bundelmarkt is van breedbandinternettoegang met één of meerdere andere diensten.

6.1.7 Conclusie met betrekking tot relevante productmarkt

282. Het college concludeert dat breedbandinternettoegang via DSL-, kabel- en glasvezelnetwerken, al dan niet geleverd in een bundel met andere diensten zoals telefonie of omroep, tot één en dezelfde relevante productmarkt behoren. Er zijn geen aparte relevante markten voor bundels van breedbandinternettoegang met één of meerdere andere diensten. Een verder onderscheid naar aparte relevante markten gespecificeerd naar afnemersgroep (zakelijke afnemers en consumenten) of naar productspecificatie is niet van toepassing.

6.1.8 Invloed van huidige regulering

283. De bovenstaande afbakening is gemaakt op basis van de marktsituatie zoals deze nu is. Hierbij geldt echter dat de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang en de markt voor ontbundelde toegang op dit moment gereguleerd zijn. Het college moet dan ook abstraheren van die regulering. Het college is van mening dat in afwezigheid van WBT-regulering en ULL-regulering van KPN de relevante markt niet anders dient te worden afgebakend. Deze regulering heeft hoogstens invloed op het aantal spelers in de markt, maar niet op het productportfolio en de prijsdruk die de verschillende diensten in de substitutieanalyse op elkaar uitoefenen. De producten die op basis van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang en ontbundelde toegang geboden kunnen worden, worden immers ook door KPN aangeboden.

6.2 Relevante geografische markt

284. De vraagzijde van de markt voor breedbandinternettoegang is homogeen; de eindgebruikers en (de mate van) hun vraag naar breedbandinternetdiensten verschillen niet in verschillende geografische gebieden in Nederland.

285. De aanbodstructuur van de markt voor breedbandinternettoegang wordt bepaald door (1) KPN, met een landelijk aanbod, door (2) kabelaanbieders, die in vrijwel het gehele land een aanbod hebben, door (3) aanbieders van breedbandinternettoegang op basis van gereguleerde ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en 4) enkele nieuwe aanbieders met eigen lokale glasnetwerken. Uit cijfers van het college volgt dat aanbieders van breedbandinternettoegang op basis van gereguleerde ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk rond de 70 procent geografische dekking in Nederland

¹⁴⁵ Toelichting op de aanbeveling, paragraaf 3.2.

hebben [vertrouwelijk: XXX]. De voorgenomen uitfasering van MDF-access door KPN leidt er toe dat het college verwacht dat het dekkingsgebied van deze partijen op termijn af zal nemen tot mogelijk 50 procent¹⁴⁶. Deze afname zal, afhankelijk van de snelheid waarmee MDF-access wordt uitgefaseerd binnen of buiten de reguleringsperiode plaatsvinden. Glasvezelnetwerken hebben momenteel een dekking van ongeveer 3 procent (homes passed). Het college verwacht dat glasvezelnetwerken in de komende reguleringsperiode een dekking van 10-15 procent kunnen realiseren.

286. Een belangrijke factor die de geografische omvang van de markt in dit geval bepaalt, is de mogelijkheid en de waarschijnlijkheid van geografische prijsdiscriminatie. De vraag is of een onderneming met significant marktaandeel die landelijk actief is, uniforme tarieven hanteert of tarieven hanteert die regionaal of lokaal verschillen. Deze regionale of lokale verschillen kunnen gehanteerd worden in reactie op regionale of lokale substituten. Indien geografische prijsdiscriminatie niet of nauwelijks voorkomt is dat een reden om de geografische markt landelijk af te bakenen.

287. KPN, kabelaanbieders en alternatieve DSL-aanbieders hanteren gelijke tarieven in Nederland voor hun breedbandinternetdienstverlening. Dit is mede te verklaren uit het gegeven dat er ook kosten zijn verbonden aan geografische prijsdiscriminatie; lokale marketing acties dienen te worden georganiseerd. Daarnaast maken lokale acties landelijke marketingcampagnes weer moeilijker. Een bedrijf moet immers uit kunnen leggen waarom ze andere klanten voor hetzelfde product meer in rekening brengt. Wél zijn er indicaties dat aanbieders overgaan tot een zekere geografische differentiatie in tarieven, waarbij de differentiatie afhankelijk is van de mate van concurrentie. UPC heeft bijvoorbeeld in Glazenkamp in Nijmegen gewerkt met lagere tarieven in reactie op de komst van een concurrerend glasvezelnetwerk.

288. Omdat KPN landelijk gelijke tarieven hanteert zorgt KPN voor een gemeenschappelijke prijsbeperking, omdat andere aanbieders via het landelijke aanbod van KPN indirect met elkaar concurreren. Niet alleen KPN, maar ook alternatieve DSL-aanbieders en kabelexploitanten zorgen (alhoewel in mindere mate) voor een gemeenschappelijke prijsbeperking. Zo overlapt het dekkingsgebied van alternatieve DSL-aanbieders ten dele met het dekkingsgebied van de meeste (maar in ieder geval de grootste) kabelbedrijven waardoor kabelbedrijven indirect via de alternatieve DSL-aanbieders met elkaar concurreren. Andersom geldt deze prijsbeperking ook. Kabelbedrijven zorgen weer voor een prijsbeperking voor het aanbod van alternatieve DSL-aanbieders, omdat het dekkingsgebied van de meeste (in ieder geval de grootste) kabelexploitanten veelal weer overlapt met tenminste twee alternatieve DSL-aanbieders. Zo is sprake van een gezamenlijke prijsbeperking op de markt voor breedbandinternettoegang.

289. Het enkele feit dat partijen overwegen om tarieven lokaal te differentiëren in glasgebieden en dit op zeer geringe schaal al gedaan hebben, is voor het college nog onvoldoende bewijs dat in glasgebieden de concurrentieomstandigheden duurzaam zullen verschillen van andere gebieden¹⁴⁷.

¹⁴⁶ KPN heeft aan partijen toegezegd 50 procent dekking op basis van MDF-access te garanderen.

¹⁴⁷ Zo is het succes van lokale glasvezelinitiatieven in Nederland wisselend. (zie bijvoorbeeld Telecompaper, "Fiber-to-the-home in the Netherlands", 8 mei 2008, beschikbaar op www.opta.nl). Dat concurrentieverschillen duurzaam zijn is een van de belangrijke indicatoren die de Europese Commissie ook aangeeft in een reactie op de notificatie van de WBT-markt door de

Zo is het succes van lokale glasvezelnetwerken tot nu toe wisselend. In sommige gemeenten weten aanbieders in korte tijd een relatief groot aantal klanten aan te sluiten, terwijl in andere gemeentes aanbieders moeite hebben om de benodigde penetratiegraad van zo'n 50 procent te bereiken. Daar komt bij dat het college verwacht dat KPN in de komende reguleringsperiode zelf een belangrijke aanbieder van diensten over glasvezel zal worden.

290. Het college concludeert dat de markt voor breedbandinternettoegang nationaal is.

6.2.1 Invloed van huidige regulering

291. De bovenstaande afbakening is gemaakt op basis van de marktsituatie zoals deze nu is. Hierbij geldt echter dat de markt voor hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang en de markt voor ontbundelde toegang op dit moment gereguleerd zijn. Het college moet dan ook abstraheren van die regulering. In een situatie zonder regulering wordt de aanbodstructuur van de markt voor breedbandinternetdiensten bepaald door (1) KPN, met een landelijk aanbod, door (2) kabelaanbieders, die gezamenlijk een vrijwel landelijk aanbod hebben en door (3) enkele nieuwe aanbieders met een eigen lokale glasnetwerk. Het college is van mening dat in afwezigheid van WBT-regulering en ULL-regulering van KPN de relevante markt niet anders dient te worden afgebakend. Deze regulering heeft hoogstens invloed op het aantal spelers in de markt, maar niet op het productportfolio en de prijsdruk die de verschillende diensten in de substitutieanalyse op elkaar uitoefenen. De producten die op basis van hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang en ontbundelde toegang geboden kunnen worden, worden immers ook door KPN aangeboden.

6.2.2 Conclusie met betrekking tot relevante geografische markt

292. Het college concludeert dat de geografische markt voor breedbandinternettoegang via DSL, kabel en glasvezelnetwerken nationaal is.

6.3 Conclusie marktafbakening breedbandinternettoegang

293. Het college concludeert dat breedbandinternettoegang via DSL-, kabel- en glasvezelnetwerken, al dan niet geleverd in een bundel, tot één en dezelfde relevante productmarkt behoren. Er zijn geen aparte bundelmarkten voor bundels met breedbandinternettoegang en één of meerdere andere diensten. Een nader onderscheid naar aparte relevante markten naar afnemersgroep (zakelijke afnemers en consumenten) of naar productspecificatie is niet van toepassing. De markt voor breedbandinternettoegang is nationaal.

Engelse toezichthouder OFCOM in 2007 (*EC's comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC – SG-Greffe(2008) D/200640 - UK/2007/0733*).

7 Dominantieanalyse van retailmarkt breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering

294. Het college beoordeelt in deze paragraaf in hoeverre een onderneming op de markt voor breedbandinternettoegang aanwezig is die alleen, of samen met andere ondernemingen, over economische macht beschikt die hem in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Het college onderzoekt de relevante markt aan de hand van de criteria die zijn genoemd in de richtsnoeren. De criteria die belangrijke invloed hebben op het al dan niet bestaan van aanmerkelijke marktmacht zijn de volgende criteria.¹⁴⁸

- Marktaandeel;
- Aard van de concurrentie;
- Controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur;
- Schaal- en breedtevoordelen;
- Een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk;
- Product- en dienstendiversificatie.

295. Om te kunnen bepalen of in afwezigheid van wholesale regulering er een risico bestaat op een AMM-positie op de onderliggende retailmarkt voor breedbandinternettoegang zal het college de analyse moeten uitvoeren in een situatie zonder regulering. Aangezien op dit moment – in de praktijk – sprake is van wholesale regulering wordt deze denkbeeldige situatie benaderd door uit te gaan van de huidige marktsituatie, waarbij vervolgens wordt geabstraheerd van (de effecten van) de bestaande regulering. Voor deze analyse is het wegdenken van de regulering van de markt voor ontbundelde toegang van belang, omdat een groot aantal aanbieders met hun huidige business case voor een (groot) deel – of zelfs volledig – afhankelijk is van de regulering van ontbundelde toegang. Tevens dient de regulering van hoge kwaliteit WBT weggedacht te worden. De vraag is dus in welke mate alternatieve DSL-aanbieders actief zouden zijn op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang zonder deze regulering.

296. Dit hoofdstuk vormt de in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5 genoemde stap 2 in de totale marktanalyse zoals weergegeven in onderstaande figuur.

¹⁴⁸ Een aantal andere criteria die in de Richtsnoeren worden genoemd, wordt hier niet behandeld. Het college is van oordeel dat deze criteria/factoren geen significante invloed hebben (in positieve of negatieve zin) op de mate van marktmacht van ondernemingen op de in dit besluit onderzochte relevante markten. Het college acht behandeling van deze criteria daarom niet zinvol.

1	Afbakening retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 6
2	Dominantieanalyse retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 7
3	Afbakening markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 8
4	Dominantieanalyse markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 9
5	Analyse potentiële mededingingsproblemen als gevolg van AMM op de markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 10
6	Verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 11
7	Effectentoets verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 12

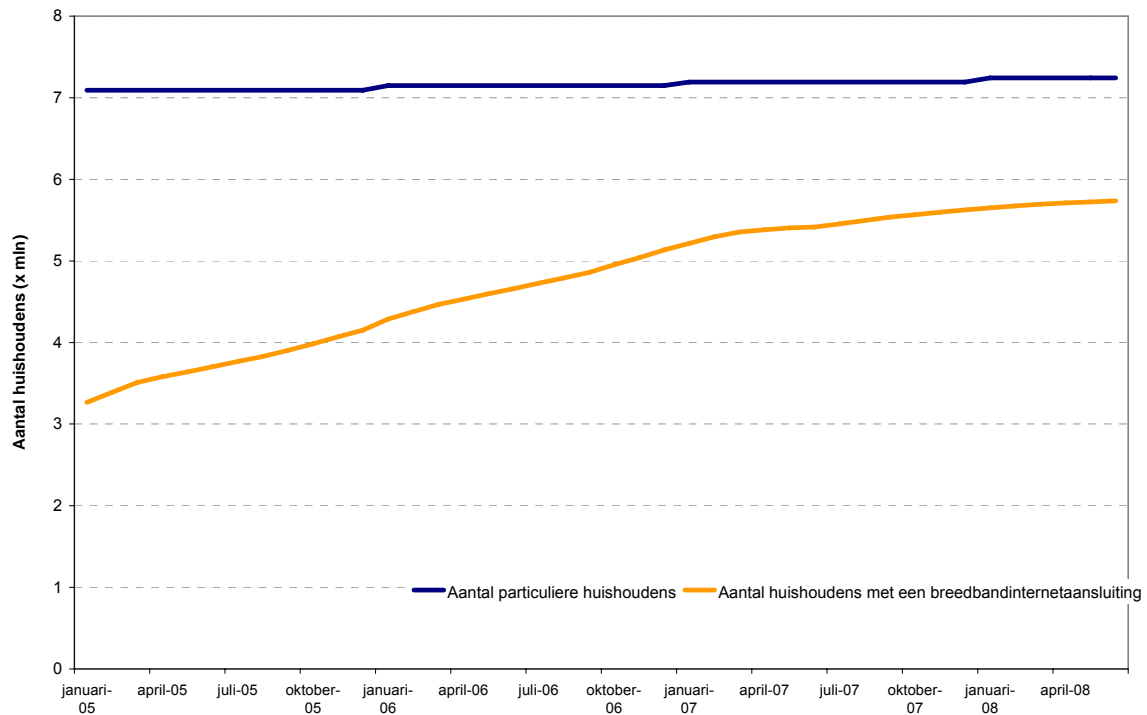
Tabel 4: Stap 2 in de marktanalyse

7.1 Huidige marktaandelen

297. Eind tweede kwartaal 2008 waren er ruim 5,7 miljoen breedbandinternetaansluitingen in Nederland. Dit betekent een penetratie van bijna 79 procent van de huishoudens. De groei in het aantal nieuwe breedbandaansluitingen stagneert en de markt raakt verzadigd (zie ook figuur 10). Dit betekent dat om te kunnen blijven groeien aanbieders van breedbandinternettoegang een steeds groter deel van hun nieuwe klanten moeten weghalen bij andere aanbieders. In Q4 2006 werd nog 34 procent van het switchgedrag op internet veroorzaakt door overstap van afnemers van smalbandinternettoegang tegenover 32 procent door afnemers van breedbandinternettoegang via kabel en DSL.¹⁴⁹ De concurrentie zal zich steeds meer richten op de groep van bestaande breedbandgebruikers en niet meer op de aanwas van nieuwe gebruikers.

¹⁴⁹ bron: Interview NSS: "Switchgedrag telecommunicatiediensten: waarom switchen gebruikers?", voorjaar 2007, i.o.v OPTA.

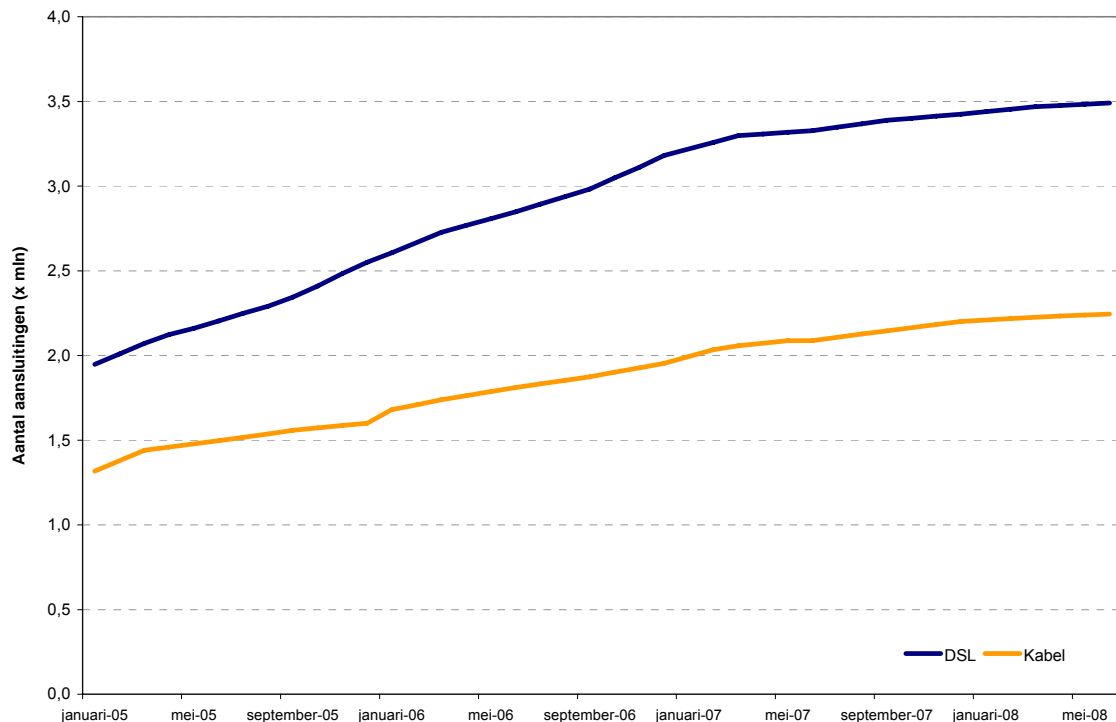
Figuur 10: Verzadiging van de breedbandmarkt



Bron: OPTA, structurele marktmonitor, Q2 2008..

298. Sinds 2003 groeit het aantal DSL-aansluitingen harder dan het aantal kabelaansluitingen. In het marktanalysebesluit WBT 2005 constateerde het college een voorkeur van zowel zakelijke als particuliere eindgebruikers voor DSL ten opzichte van de kabel. Deze afnemersvoorkeur voor DSL blijkt nog steeds. Zo kwamen er tussen het eerste kwartaal van 2006 en het derde kwartaal van 2007 gemiddeld 37 duizend nieuwe DSL-aansluitingen per maand bij tegenover 22 duizend nieuwe breedbandinternet aansluitingen over de kabel (zie figuur 11).

Figuur 11: Groei van het aantal breedbandinternaansluitingen via kabel en DSL



Bron: OPTA, structurele marktmonitor, Q2 2008.

299. De afnemersvoorkeur voor DSL wordt ook bevestigd door afnemersonderzoek in opdracht van OPTA¹⁵⁰. Van de huishoudens die in de zes maanden voorafgaand aan het onderzoek daadwerkelijk waren geswitcht van smalbandinternettoegang naar breedbandinternettoegang, was 69 procent overgestapt op DSL en 31 procent op kabel. Daarnaast gold dat voor alle overstap die had plaatsgevonden in de 6 maanden voorafgaand aan het afnemersonderzoek, 62 procent van de switchers een DSL-verbinding had genomen en 35 procent een kabelverbinding.

300. Deze voorkeur voor DSL heeft er toe geleid dat er nog steeds meer DSL dan kabelaansluitingen zijn. Op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang is het marktaandeel van aanbieders die breedbandinternettoegang bieden via DSL thans rond de 60 procent, terwijl het marktaandeel van aanbieders over de kabel ongeveer 40 procent bedraagt. Het aandeel van aanbieders over glasvezel ligt op minder dan 1 procent.

301. KPN is de grootste aanbieder via DSL met [vertrouwelijk: XXXXXXXX] aansluitingen. In het tweede kwartaal van 2008 had KPN, inclusief marktaandeel door recente overnames van Demon, Speedlinq en Tiscali, een marktaandeel op de markt voor breedbandinternettoegang van [40-50 procent] [vertrouwelijk: XXX]¹⁵¹. Abstraherend van de overnames is het marktaandeel van KPN

¹⁵⁰ bron: Interview NSS: "Switchgedrag telecommunicatiediensten: waarom switchen gebruikers?", voorjaar 2007, i.o.v OPTA.

¹⁵¹ Hierbij zijn de DSL-verbindingen van KPN die tot stand worden gebracht door middel van het agentuurmodel toegerekend aan het marktaandeel van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang. Het college sluit hierbij aan bij zijn standpunt in de marktanalyse wholesale-breedbandtoegang van december 2005 en het standpunt van de NMa in KPN-Tiscali-zaak (5807/KPN Telecom – Tiscali, 22-12-2006).

stabiel. Door de overnames is het marktaandeel van KPN met circa [0-5 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** gestegen ten opzichte van het vorige marktanalysebesluit. De belangrijkste alternatieve DSL-aanbieders zijn Tele2 [5-10 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** en Online [0-5 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**. Daarnaast is er nog een aantal onafhankelijke ISP's die WBT afnemen van KPN of Bbnd, met individuele marktaandelen van minder dan 1 procent. In totaal hebben alternatieve DSL-aanbieders naast KPN een marktaandeel van [10-20 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**.

302. Naast de DSL-aanbieders zijn er de kabelbedrijven die breedbandinternettoegang aanbieden. Na de recente fusie (zie NMa zaaknummer 5796, december 2006) is Ziggo het grootste kabelbedrijf in Nederland met een marktaandeel van [20-30 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** per tweede kwartaal 2008. UPC heeft een marktaandeel van [10-20 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**. Verder is er nog een aantal kleinere kabelbedrijven als Delta en CAIW in Nederland actief. De kabelbedrijven hadden in het tweede kwartaal 2008 een gezamenlijk marktaandeel van [30-40 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**. De ontwikkeling van de marktaandelen van de verschillende marktpartijen sinds eind 2005 is weergegeven in de onderstaande figuur.

[vertrouwelijk]

Figuur 12: Historisch verloop van de marktaandelen

Bron: OPTA, structurele marktmonitor, Q2 2008. De marktaandelen van alternatieve DSL-aanbieders zijn samengevoegd, evenals de overige kabelaanbieders. Ziggo was voor Q1 2007 drie verschillende kabelbedrijven.

303. De marktaandelen van de kabelbedrijven dienen zorgvuldig te worden geïnterpreteerd. Hoewel de kabelbedrijven actief zijn in niet overlappende verzorgingsgebieden en KPN in een regio ten hoogste één kabelbedrijf als concurrent treft, is het niet zonder meer zo dat de kabelbedrijven als één gezamenlijke landelijke concurrent van KPN kunnen worden beschouwd. Ze ontberen bijvoorbeeld de mogelijkheid om via één landelijke campagne reclame te voeren, of op andere wijze activiteiten

landelijk te combineren zodat meer schaalvoordelen worden verkregen. Ook kunnen ze niet als één onderneming een nationale prijs bepalen. Deze factoren maken dat KPN niet geconfronteerd wordt met één landelijke concurrent. Het collectieve landelijke marktaandeel van de kabelbedrijven zou de competitieve kracht van kabelexploitanten overschatten. Aan de andere kant is het niet zo dat de individuele marktaandelen van kabelbedrijven de correcte informatie geven over hun concurrentieposities. Eén van de redenen is bijvoorbeeld dat Ziggo niet direct met UPC concurreert om klanten, maar met name met KPN. Gesteld kan dus worden dat de individuele marktaandelen de concurrentiedruk van kabelexploitanten ten opzichte van KPN onderschatten. De werkelijke competitieve druk die individuele kabelexploitanten uitoefenen op KPN ligt ergens tussen deze twee uitersten.

304. De werkelijke marktaandelen zijn gemeten in een situatie met wholesale regulering. In afwezigheid van wholesale regulering acht het college het waarschijnlijk dat het marktaandeel van alternatieve DSL-aanbieders [10-20 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** zou toekomen aan KPN en de kabelbedrijven. De trendanalyse van VKA¹⁵² laat zien dat zij verwachten dat de verhouding tussen het marktaandeel van DSL en kabel in de komende reguleringsperiode ongeveer gelijk zal blijven. Deze trend verhoudt zich ook met de trend in de afgelopen reguleringsperiode (zie figuur 11). Uitgaande van een situatie in afwezigheid van wholesale regulering zal dan 60 procent van de aansluitingen van alternatieve DSL-aanbieders toekomen aan KPN en 40 procent aan de kabelaanbieders. Het marktaandeel van KPN zal met ongeveer [5-10 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** toenemen tot [50-60 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**. Het marktaandeel van de gezamenlijke kabelbedrijven zal toenemen met [0-5 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** naar [40-50 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**.

305. *Subconclusie:* het college is van oordeel dat het hoge marktaandeel een factor is die bijdraagt aan het risico op een AMM-positie van KPN op de markt voor breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale-regulering.

7.2 Aard van de concurrentie

306. In afwezigheid van wholesale-regulering zouden alternatieve DSL-aanbieders geen business case meer hebben. Er zou een markt bestaan waarop KPN concurreert met regionale kabelbedrijven. In het verleden zijn het juist de alternatieve DSL-aanbieders geweest die de concurrentie in de markt voor breedbandinternettoegang hebben aangejaagd. Dit is ondermeer gebleken uit een onderzoek van Telecompaper naar ontwikkelingen in de breedbandmarkt in de periode 2003-2007/8, waaruit blijkt dat het vaak de alternatieve DSL-aanbieders waren die eerst met prijsdalingen of capaciteitsstijgingen kwamen.¹⁵³

307. Op basis van een chronologisch overzicht van belangrijke snelheidsveranderingen, prijsveranderingen en productintroducties van KPN, kabelexploitanten en alternatieve DSL-aanbieders

¹⁵² VKA, "Markontwikkelingen 2008-2011, Addendum bij Markontwikkelingen 2007-2010: Ontwikkelingen van en scenario's voor de consumentenmarkt voor telefonie, omroep en breedbandinternettoegang", 30 mei 2008.

¹⁵³ Telecompaper, "Breedbandmarkt ontwikkelingen 2003-2006", rapport in opdracht van NMa 587/136.B394 en TelecomPaper, "Breedbandmarktontwikkelingen 2003-2007/8", rapport in opdracht van OPTA, maart 2008.

in de periode 2003 – 2006, concludeert Telecompaper bijvoorbeeld met betrekking tot prijswijzigingen (p7): *“In de daarop volgende jaren, waren het vooral snelheidsverhogingen zonder aanpassing van de maandelijkse prijzen, die de hogere breedbandsnelheden steeds goedkoper maakten. Hierbij valt op dat vooral de [alternatieve DSL-aanbieders] (Versatel, Tiscali en Orange) steeds kwamen met aanzienlijke verlagingen, die niet of nauwelijks gevolgd werden door KPN. De kabelbedrijven hebben in verhouding met de DSL-aanbieders nauwelijks prijzen aangepast gedurende de beschreven periode.”* Met betrekking tot snelheidswijzigingen valt een vergelijkbare conclusie te trekken. In de periode 2003 – 2006 reageerde KPN aanvankelijk vooral op de snelheidsverhogingen van alternatieve DSL-aanbieders, waarna kabelexploitanten pas later een inhaalslag maakten.

308. In het algemeen kan gesteld worden dat alternatieve DSL-aanbieders in het verleden vaak met prijsverlagingen of capaciteitsverhoging kwamen, waarop KPN dan in eerste instantie reageerde, en waarop kabelbedrijven vervolgens pas in tweede instantie reageerden.¹⁵⁴

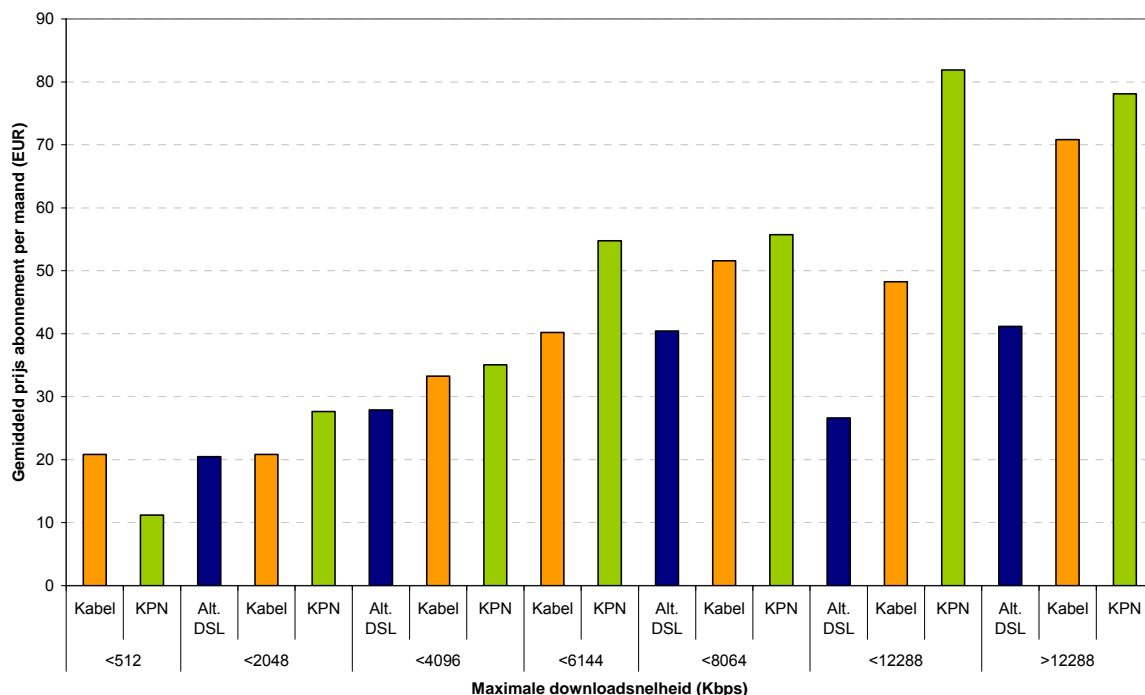
309. TelecomPaper merkt voor 2007 op dat: *“KPN [heeft] in verhouding met voorgaande jaren veel prijswijzigingen doorgevoerd in 2007, bij breedband-only en bundels, maar de meest prijsveranderingen komen op het conto van de onafhankelijke aanbieders. Hierbij worden wel de aanbieders geteld die gebruik maken van het DSL netwerk van Tiscali dat sinds mei 2007 onderdeel is geworden van KPN.”*

310. In 2007 heeft het college ook gezien dat het de alternatieve DSL-aanbieders waren die als eerste kwamen met prijsverlagingen en snelheidsverhogingen waarna KPN reageerde. In 2007 introduceerde alternatieve DSL-aanbieder Bbnd samen met haar moederbedrijf Telecom Italia een nieuwe prijsvechter, Alice. KPN reageerde door via Telfort een vergelijkbare propositie in de markt te zetten.¹⁵⁵ Uit onderstaande figuur 13 blijkt dat het de alternatieve DSL-aanbieders zijn die echte prijsvechters zijn. De tarieven van KPN en kabelbedrijven liggen over het algemeen hoger.

¹⁵⁴ Dit wordt ook in het NMa besluit inzake KPN/Tiscali (zaaknummer 5807) door de NMa opgemerkt, in randnummers 39, 40.

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld: <http://www.webwereld.nl/articles/48884/-alice-staat-nu-echt-op-de-rails-.html>.

Figuur 13: Overzicht gemiddelde tarieven per abonnementsvorm per type aanbieder



Bron: Vragenlijsten en websites aanbieders, bewerking OPTA

311. Door de voorgenomen uitfasering van MDF-access staat de positie van alternatieve DSL-aanbieders onder druk waardoor de concurrentiedruk van alternatieve DSL-aanbieders op KPN zal afnemen. Het college heeft onderzocht of het waarschijnlijk is dat de kabelbedrijven de positie van alternatieve DSL-aanbieders als aanjagers van prijs- en kwaliteitsconcurrentie op de markt voor breedbandinternettoegang kunnen overnemen.

312. Een groot deel van de Nederlandse huishoudens heeft reeds een breedbandaansluiting (zie ook randnummer 297). Vergroting van het marktaandeel van kabel kan door overstappers van smalbandinternet aan zich te binden of door de concurrentie met KPN aan te gaan.

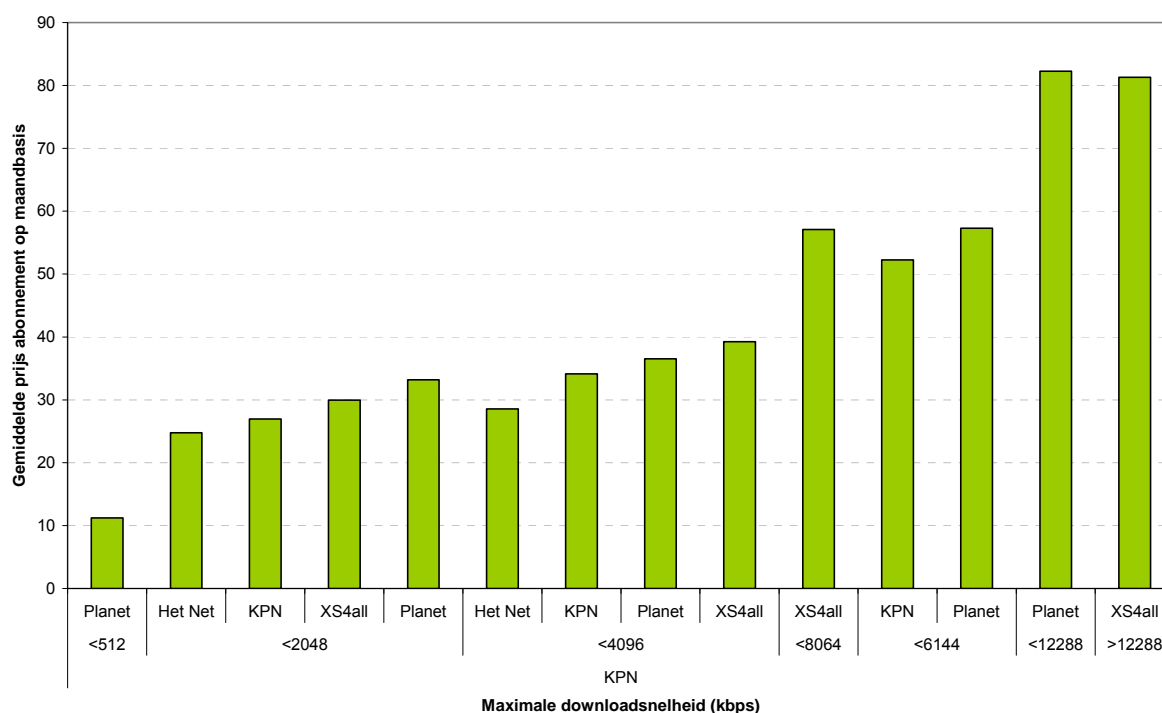
313. De eerste strategie lijkt weinig kansrijk. Heliview heeft onderzoek gedaan naar de switchplannen van internetgebruikers. Ongeveer een derde van de huidige gebruikers van smalbandinternet overweegt over te stappen naar breedbandinternet. Ongeveer tweederde hiervan heeft een voorkeur voor DSL tegen een derde voor de kabel. De overstapintentie van huidige gebruikers van breedbandinternet is lager, circa 10 procent.

314. Dit betekent dat kabel over een langere periode haar tarieven zal moeten verlagen om significant marktaandeel te kunnen winnen. Prijsdiscriminatie tussen het huidige klantenbestand van de kabelbedrijven en nieuwe klanten wordt hierdoor bemoeilijkt, omdat over een langere periode ook van een belangrijk deel van het huidige klantenbestand van de kabelbedrijven het contract afloopt (de meeste contracten kennen een duur van 12 maanden). De winst die de kabelbedrijven kunnen behalen door vergroting van hun klantenbestand zal, zeker in een markt die ook verzadigd is geraakt,

niet opwegen tegen het verlies aan inkomsten op bestaande klanten die van de actie profiteren door binnen KPN over te stappen op een voordeliger aanbod.

315. KPN is op de retailmarkt actief onder de merknamen KPN, Het Net, XS4All, Planet en Direct ADSL. De merken hebben elk een verschillende combinatie van productkenmerken en prijs (zie figuur 14). Bijvoorbeeld voor gebruikers die een maximale downloadsnelheid van 2MB/s afnemen heeft KPN de keuze uit abonnementen bij Het Net (24,75 Euro) of Planet (33,19 Euro). Binnen het merk Planet heeft KPN weer verschillende downloadsnelheden. KPN kan hierdoor gemakkelijker prijsdiscriminatie toepassen. Door voor slechts één van haar merken een lage prijs te vragen kan de concurrentie met de kabel worden aangegaan zonder voor haar gehele klantenbestand een lagere prijs te moeten berekenen. De kabel heeft (op dit moment) een dergelijke optie niet (zie paragraaf 7.4)

Figuur 14: Overzicht retail portefeuille KPN



Bron: Vragenlijsten en websites aanbieders, bewerking OPTA

316. Tevens is van belang dat uit afnemersonderzoek van Heliview in opdracht van OPTA¹⁵⁶ blijkt dat kabel een wezenlijk ander imago heeft dan DSL. Kabel wordt vaker als goedkoper gepercipieerd terwijl DSL als een kwalitatief betere en snellere verbinding wordt gepercipieerd. Daarnaast staan in de top 5 van bekende internetaanbieders 3 merken van KPN: KPN, Planet Internet en HetNet. Dit is een aanwijzing dat afnemers kabel en DSL ten dele als gedifferentieerde producten zien. Op een markt met gedifferentieerde producten is over het algemeen sprake van minder stevige

¹⁵⁶ bron: Interview NSS: "Switchgedrag telecommunicatiediensten: waarom switchen gebruikers?", voorjaar 2007, i.o.v OPTA.

prijsconcurrentie, omdat aanbieders een bepaalde mate van marktmacht ontlenen aan deze differentiatie. Alternatieve DSL-aanbieders zijn eerder een substituuat voor KPN dan de kabelbedrijven. Dit betekent dat de prijsdisciplinerende van KPN door de kabelbedrijven minder waarschijnlijk is en dat de disciplinerende voor een belangrijk deel van alternatieve DSL-aanbieders moet komen.

317. Het college concludeert dat in afwezigheid van wholesale-regulering alternatieve DSL-aanbieders geen business case meer hebben op de markt voor breedbandinternettoegang en dat er een risico is dat als gevolg daarvan in de komende reguleringsperiode de concurrentie op de markt voor breedbandinternet zou kunnen verminderen. Daarnaast concludeert het college dat kabelbedrijven op de korte termijn onvoldoende in staat zijn om voldoende concurrentiedruk op KPN uit te oefenen om het verlies aan concurrentiedruk door het wegvallen van alternatieve DSL-aanbieders te compenseren.

7.3 Controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur

318. Een kenmerk van niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur is de controle over of eigendom van een omvangrijk netwerk waarvan de aanleg voor een concurrent gepaard zou gaan met aanzienlijke investeringen en aanzienlijke tijd zou vergen. De noodzaak om over dergelijke infrastructuur te beschikken, kan een belangrijke toetredingsbarrière vormen. Voor de beoordeling van een machtspositie wordt het daarom relevant geacht of een bepaalde faciliteit de eigenaar in staat stelt om zich onafhankelijk van de overige netwerkexploitanten te gedragen.

319. Bij het criterium repliceerbaarheid beoordeelt het college of de relevante infrastructuur (het relevante netwerk) binnen de termijn van het onderhavige besluit economisch rendabel kan worden gerepliceerd door een netwerk met een vergelijkbare functionaliteit. Daarbij is het niet noodzakelijk dat de gehele geografische reikwijdte (netwerkdekking) van het relevante netwerk wordt (of kan worden) gerepliceerd. Wel is bij de beoordeling van dit criterium van belang dat de replicatie wat betreft netwerkdekking zodanig omvangrijk is dat daarmee voldoende concurrentiedruk wordt uitgeoefend op de relevante retailmarkt.

320. Het netwerk van KPN heeft een dekking van 100 procent in die zin dat alle locaties in Nederland er op zijn aangesloten. Als gevolg van substantiële schaalvoordelen is de infrastructuur van KPN niet makkelijk economisch rendabel te repliceren in zijn gehele geografische reikwijdte. De voor volledige replicatie noodzakelijke investeringen zijn zeer groot. Bovendien is een groot deel van de investeringen na replicatie verzonken. Daardoor is volledig repliceren van het koperen aansluitnetwerk risicovol. Immers, indien de toetreding (replicatie) niet succesvol is, kunnen de verzonken kosten niet meer worden terugverdiend.

321. Hoewel geen enkel ander afzonderlijk netwerk in Nederland een met KPN vergelijkbare dekking heeft, hebben de kabelbedrijven gezamenlijk een vergelijkbare dekking met hun netwerken bereikt. Het (aansluit)netwerk van KPN en de kabelnetwerken zijn oorspronkelijk echter voor verschillende diensten aangelegd. Door technologische ontwikkelingen kunnen over deze netwerken nu weliswaar dezelfde soort breedbandinternettoegangsdiensten worden aangeboden. Er is echter verschil tussen het bereik van de verschillende netwerken. Kabelnetwerken liggen traditioneel minder in gebieden

waar zich voornamelijk zakelijke gebruikers bevinden. Het aansluitnetwerk van KPN heeft hier wel bereik. Daarnaast zijn kabelnetwerken ook minder of niet geschikt gemaakt om breedbandinternettoegang te leveren met een hoge overboekingsfactor (tussen 1:1 en 1:20)¹⁵⁷. Het aansluitnetwerk van KPN kan dit op basis van DSL wel. Kabelnetwerken zijn in het algemeen dus geen volledige duplicatie van het DSL-netwerk van KPN. Zo worden (zakelijke) producten met een hoge kwaliteit en beschikbaarheid bijna alleen over DSL-infrastructuur aangeboden.

322. Uit onderzoek van Telecompaper en Stratix blijkt dat er momenteel circa 100.000 - 150.000 glasvezelaansluitingen per jaar worden gerealiseerd. In de komende reguleringsperiode is naar schatting van Stratix een uitrol van ruim 10 procent haalbaar. Ook de opbouw van het koperen aansluitnetwerk en van de netwerken van kabelaanbieders hebben tientallen jaren in beslag genomen. Hieruit blijkt dat duplicatie van infrastructuur zeer tijdrovend is.

323. Om een juiste prospectieve inschatting te kunnen maken van de concurrentiedruk die van de uitrol van glasvezel uitgaat, is het van belang om na te gaan in hoeverre er sprake is van het ontstaan van een derde (onafhankelijke) infrastructuur. In 2005 heeft KPN aangekondigd om landelijk op basis van haar koperennetwerk VDSL aan te gaan bieden en alleen in nieuwbouwwijken glasvezel aan te leggen. KPN heeft deze strategie inmiddels aangepast en heeft haar focus ook meer op de aanleg en exploitatie van glasvezelnetwerken gelegd. KPN heeft bijvoorbeeld aangekondigd om in gebieden waar glasvezel is gerealiseerd haar netwerk niet meer te upgraden naar VDSL, maar als service provider actief te worden op het glasvezelnetwerk. In andere gebieden zal KPN zelf de rol van actieve operator op glasvezel op zich nemen waarbij de infrastructuur door een andere passieve operator is aangelegd (bijvoorbeeld Reggefiber in Almere). Tenslotte gaat KPN ook zelf passieve infrastructuur aanleggen en exploiteren. Dit betekent dat glasvezelnetwerken niet noodzakelijkerwijs een derde onafhankelijke infrastructuur zullen gaan vormen. Het college acht de rol die KPN aanneemt ten aanzien van glasvezelnetwerken sterk bepalend voor de snelheid en omvang waarmee glasvezel in Nederland uitgerold zal worden en de concurrentie die glasvezel uiteindelijk gaat uitoefenen.

324. Op basis van het bovenstaande verwacht het college dat de prijsdruk van glasvezel op de positie van KPN op de markt voor breedbandinternettoegang in de komende reguleringsperiode beperkt is.

325. In afwezigheid van regulering van wholesaletoeegang bij KPN vindt de concurrentie op de markt voor breedbandinternettoegang plaats tussen volledig verticaal geïntegreerde bedrijven (KPN, kabel, lokaal glas). Aangenomen wordt daarbij dat KPN in afwezigheid van regulering aan niet-verticaal geïntegreerde bedrijven geen (vrijwillige) toegang tot haar netwerk zal bieden, althans niet tegen zodanige voorwaarden waarop een duurzame business case kan worden gebaseerd.

326. *Subconclusie:* Het college is op grond van het bovenstaande van oordeel dat KPN in een situatie zonder wholesale regulering op de markt voor breedbandinternettoegang voordelen behaalt uit de controle over een niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur ten opzichte van glasvezelaanbieders en in mindere mate ten opzichte van de kabelaanbieders. Deze factor draagt bij aan de eventuele

¹⁵⁷ Een uitzondering is Kabeltex dat breedbandinternettoegang biedt op Texel.

aanmerkelijke marktmacht van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang in een situatie zonder wholesale-regulering,

7.4 Schaal- en breedtevoordelen

327. Van schaalvoordelen is sprake wanneer door een hogere productie de gemiddelde kosten (per eenheid product) afnemen. Schaalvoordelen doen zich meestal voor bij een productieproces met hoge vaste kosten en lage variabele en/of marginale kosten. Schaalvoordelen kunnen een toetredingsdrempel alsook een voordeel ten opzichte van bestaande concurrenten vormen.

328. KPN heeft meer schaalvoordelen dan de kabelexploitanten. KPN heeft ongeveer twee keer zo veel aansluitingen als de grootste kabelexploitant, te weten Ziggo. Schaalvoordelen kunnen zich onder andere uiten in reclamecampagnes (KPN heeft een landelijke dekking en kan bijvoorbeeld landelijke reclamecampagnes voeren), administratieve systemen en ontwikkeling van nieuwe diensten.

329. De schaalvoordelen van KPN uiten zich in de mogelijkheid om een uitgebreid productportfolio te hanteren. KPN heeft meerdere merken (KPN, HetNet, XS4All, Telfort) in de markt staan en kan daarmee selectief doelgroepen benaderen en de markt afromen. Een dergelijke diversificatie behoeft voldoende schaal. Zoals in voorgaand randnummers is aangegeven, zijn immers de kosten voor de marketing rendabeler bij een groot aantal klanten. Kabelaanbieders zijn in omvang kleiner dan KPN en hebben daarnaast geografische beperkingen waardoor productdiversificatie minder aantrekkelijk is.

330. KPN heeft ook schaalvoordelen bij de uitrol van glasvezelaansluitnetwerken. Uit onderzoek door TelecomPaper¹⁵⁸ blijkt dat voor een rendabele exploitatie van een glasvezelaansluitnetwerk een marktaandeel van 50 procent van breedbandaansluitingen noodzakelijk is. Vanwege haar grote marktaandeel op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang is het daarom voor KPN eenvoudiger om glasvezelaansluitingen te realiseren dan voor andere aanbieders.

331. Breedtevoordelen doen zich voor wanneer de gemiddelde kosten voor één product lager zijn als gevolg van het feit dat het product door dezelfde onderneming samen met een ander product wordt geproduceerd. Breedtevoordelen doen zich vaak voor bij netwerken, aangezien de capaciteit van het netwerk door meerdere producten kan worden gedeeld. Breedtevoordelen kunnen een toetredingsbarrière alsook een voordeel ten opzichte van bestaande concurrenten vormen.

332. KPN biedt verschillende diensten aan via haar netwerk: o.a. vaste telefonie, breedband internettoegang, televisie, huurlijnen en datacommunicatiediensten. De capaciteit van het netwerk van KPN wordt hierdoor efficiënter benut, hetgeen KPN kostenvoordelen oplevert. De hoge vaste kosten die KPN moet maken voor haar netwerk, kunnen worden verspreid over de verschillende diensten die over het netwerk worden aangeboden. Naast KPN hebben ook de kabelbedrijven breedtevoordelen. Via het kabelnetwerk kunnen ook meerdere diensten worden aangeboden aan de eindgebruiker, zodat de kosten voor het kabelnetwerk kunnen worden verdeeld. Door deze breedtevoordelen hebben

¹⁵⁸ TelecomPaper, "Fibre-to-the-Home (FtH) in the Netherlands", 8 mei 2008.

KPN en de kabelbedrijven kostenvoordelen ten opzichte van andere aanbieders. KPN heeft echter ook kostenvoordelen ten opzichte van de kabelbedrijven, omdat deze niet of nauwelijks diensten aanbieden op de aanpalende zakelijke markt. KPN biedt op deze zakelijke markt een grote verscheidenheid van diensten aan via hetzelfde netwerk. De kabelaanbieders hebben wel het voordeel dat ze ook omroepdiensten over hun netwerk aanbieden.

333. *Subconclusie:* Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat de markt voor breedbandinternettoegang in een situatie zonder wholesale regulering gekenmerkt wordt door schaal- en breedtevoordelen waardoor de grootste aanbieder, KPN, een kostenvoordeel heeft ten opzichte van andere verticaal geïntegreerde aanbieders (kabel en glas). Het college is van oordeel dat dit een factor is die bijdraagt aan de eventuele aanmerkelijke marktmacht van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang in een situatie zonder wholesale-regulering.

7.5 Een sterk ontwikkeld distributie en verkoopnetwerk

334. Onder dit punt zijn de immateriële activa van KPN van belang. Tot de immateriële activa behoren het zeer uitgebreide klantenbestand, de naamsbekendheid en de reputatie van KPN. Deze immateriële activa zorgen er voor dat KPN relatief hogere tarieven kan vragen dan andere aanbieders (zie figuur 13), terwijl dit niet ten koste gaat van het marktaandeel. Ook van overstapproblemen profiteert een bedrijf met een goede reputatie. De immateriële activa van KPN vormen een toetredingsdrempel voor nieuwkomers, en kunnen ook een reden zijn voor afnemers om eerder voor KPN te kiezen dan voor kleinere ondernemingen.

335. *Subconclusie:* Het college is op basis van het bovenstaande van oordeel dat de voordelen uit immateriële activa een factor is die bijdraagt aan een risico op AMM van KPN op de markt voor breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale-regulering.

7.6 Product- en dienstendiversificatie

336. Er is sprake van product- en dienstendiversificatie (hierna: diversificatie) wanneer een portfolio met aanverwante diensten (of producten) wordt aangeboden. Wanneer concurrenten niet in staat zijn hetzelfde assortiment diensten aan te bieden, is het mogelijk dat de concurrentiedreiging van concurrenten die hiertoe niet in staat zijn, afneemt. Hierdoor kan diversificatie een versterkend effect hebben op de marktpositie van een aanbieder. Diversificatie heeft dezelfde basis als breedtevoordelen: namelijk het aanbieden van verschillende (aanverwante) producten. Bij breedtevoordelen gaat het echter om de kostenvoordelen die daaruit voortvloeien, bij diversificatie gaat het om de niet-kostenvoordelen.

337. Er kunnen twee soorten voordelen van diversificatie worden onderscheiden. Ten eerste de voordelen die kunnen ontstaan door het beter kunnen bedienen van klanten die een behoefte hebben aan meerdere aanverwante diensten en die bij voorkeur bij één aanbieder afnemen (vraagbundeling, one stop shopping). Ten tweede de voordelen die kunnen ontstaan doordat een aanbieder

verschillende diensten kan bundelen (aanbodbundeling). Bijvoorbeeld door ze alleen gezamenlijk als pakket (bundel) aan te bieden.

338. Vraagbundeling ontstaat indien klanten de behoefte hebben om de verwante diensten bij één aanbieder te kopen. Zo nemen eindgebruikers in toenemende mate een gebundeld aanbod af van bijvoorbeeld vaste telefonie, breedband en TV. Een meer gediversifieerde aanbieder kan beter aan deze behoefte voldoen, zeker indien hij daarbij onafhankelijk is van de inkoop van bouwstenen bij anderen, en heeft hierdoor een voordeel.

339. Aanbodbundeling houdt in dat de gediversifieerde aanbieder door het bundelen van zijn diensten concurrentievoordelen kan behalen ten opzichte van minder gediversifieerde aanbieders. Bundeling kan bijvoorbeeld plaatsvinden door een volumekorting te berekenen over het geheel van afgenomen diensten. Dit wordt gemengde bundeling genoemd: de diensten zijn ook los verkrijgbaar, maar tezamen afgenomen (gebundeld) zijn de diensten goedkoper.

340. KPN biedt via meerdere ISP's breedbandinternettoegang aan dan de kabelexploitanten. Tot KPN's merkenportfolio behoren KPN, Het Net, XS4ALL, en Telfort¹⁵⁹. Hierdoor kan KPN zeer gericht en effectief op verschillende segmenten van de markt concurreren. Kabelexploitanten opereren vaak onder één merk. KPN heeft een dusdanige schaal en geografisch bereik, dat het voor haar effectief is om meerdere merken te hanteren.

341. Kabelexploitanten hebben een historisch sterke positie op de radio/televisie (omroep) markt. KPN heeft een historisch sterke positie op de markt voor vaste telefonie en op markt voor de zakelijke communicatiedienstverlening (hoogcapacitaire telefonie, datacommunicatiediensten, symmetrische breedbandinternettoegang en/of met een hoge overboeking).

342. In paragraaf 6.1.6 is al geconstateerd dat bundeling steeds belangrijker wordt. Medio 2008 werd de helft van het aantal breedbandaansluitingen geleverd in een bundel (zie figuur 8).

343. Dit betekent dat zowel KPN als kabelexploitanten voordelen op de breedbandinternettoegangsmarkt kunnen behalen die voortkomen uit een historisch sterke positie op andere markten.

344. Uit afnemersonderzoek van het college blijkt dat het eindgebruikersbewustzijn voor afname van bundels nog beperkt is en dat eindgebruikers zich weinig bewust zijn van de financiële voordelen die hiermee te behalen zijn. Tevens blijkt dat voor afnemers van breedbandinternettoegang en afnemers van vaste telefonie de prijs verreweg het belangrijkste argument is om te switchen van aanbieder. Voor breedbandinternettoegang speelt ook de kwaliteit van de verbinding een belangrijke rol terwijl de mogelijkheid tot bundeling slechts in ongeveer 1/3 van de gevallen een reden is om te switchen. Bij telefonie ligt dit percentage hoger, in ongeveer de helft van de gevallen vormt de mogelijkheid tot

¹⁵⁹ De merken Tiscali en Speedlinq zijn door KPN uitgefaseerd en opgegaan in Telfort. Per 1 juli 2008 is ook het merk Planet uitgefaseerd en opgegaan in KPN.

bundeling een argument om te switchen. Gegeven de trend naar afname van VoB in combinatie met breedband en het feit dat VoB nauwelijks als losse dienst wordt aangeboden is dit ook logisch..¹⁶⁰

345. Het prijsvoordeel dat afnemers kunnen behalen door breedbandinternettoegang en vaste telefonie bij een kabelexploitant af te nemen, waardoor zij hun koperenaansluiting op kunnen zeggen, is op dit moment beperkt. Uit een tariefvergelijking tussen DSL- en kabelexploitanten voor een pakket van vaste telefonie (VoB) en breedbandinternettoegang blijkt dat alternatieve DSL-aanbieders gemiddeld het goedkoopst zijn. Het prijsverschil tussen KPN en een gemiddelde kabelexploitant is beperkt (zie figuur 6 en figuur 13). Dit betekent dat, omdat bij de keuze voor een breedband- en telefonieaansluiting de prijs het belangrijkste keuze-element is, een afnemer niet automatisch een voorkeur heeft voor de afname van alle diensten via één netwerk.

346. In de komende reguleringsperiode vormt de combinatie van vaste telefonie en breedbandinternettoegang de belangrijkste combinatie van diensten (zie paragraaf 6.1.6). Mocht het zo zijn dat kabel een voordeel heeft door haar positie op (analoge) omroep, dan zou dit tot uitdrukking moeten komen in een snellere groei van breedbandinternettoegang (plus vaste telefonie) via de kabel ten opzichte van breedbandinternettoegang (plus vaste telefonie) via DSL. De marktaandeelen van de partijen op de breedbandmarkt zijn (afgezien van fusies en overnames) min of meer stabiel (zie figuur 15). Op de bundel vaste telefonie plus breedbandinternettoegang hebben de kabelbedrijven (en de alternatieve DSL-aanbieders) bij de introductie van VoB in eerste instantie een relatief hoog marktaandeel opgebouwd. Zo bedroeg het marktaandeel van de gezamenlijke kabelbedrijven op breedbandinternettoegang plus vaste telefonie medio 2006 ongeveer [50-60 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**, tegenover [10-20 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** voor KPN. Dit werd mede veroorzaakt door de late introductie van VoB door KPN. Daarnaast heeft KPN een andere positie ten opzichte van VoB dan andere aanbieders. Immers, een gedeelte van de VoB-kanten zijn klanten die voorheen PSTN van KPN afnamen. KPN kannibaliseert daarmee haar eigen PSTN-dienst. Dit kan een meer terughoudende opstelling van KPN dan haar concurrenten aan het begin van de VoB-ontwikkelingen verklaren. Inmiddels weet KPN, ondanks de door haar ondervonden technische problemen bij het aansluiten van klanten begin 2007,¹⁶¹ sinds eind 2006 gemiddeld meer dan **[vertrouwelijk: XXX]** van de nieuwe VoB-kanten aan zich te binden waardoor het marktaandeel van de kabelbedrijven op breedbandinternettoegang plus VoB per juni 2008 gedaald is naar ongeveer [40-50 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** en het marktaandeel van KPN gestegen is naar [30-40 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**¹⁶².

¹⁶⁰ bron: Interview NSS, "Switchgedrag telecommunicatiediensten: waarom switchen gebruikers?", voorjaar 2007, in opdracht van OPTA.

¹⁶¹ Een belangrijke verklarende factor voor het relatief lagere marktaandeel van KPN wordt gevormd door de langdurige technische problemen die zij heeft ondervonden bij het implementeren van de dienstverlening voor internetplusbellen. Zie ook persbericht KPN, 21 juni 2007: "KPN heeft VoIP probleem onder controle". KPN heeft door deze problemen zelfs een aanmeldingsbeperking moeten instellen voor het aantal VoB-abonnees, omdat zij deze abonnees niet snel genoeg kwalitatief goed kon aansluiten.

¹⁶² Op losse breedband producten heeft KPN een sterke positie met een marktaandeel dat sinds eind 2005 gestegen is van [50-60 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** naar [50-60 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**. Ziggo heeft op losse breedband producten een marktaandeel van [20-30 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** en UPC van [5-10 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**. Zie figuur 15.

[vertrouwelijk]

Figuur 15: Marktaandelen op het segment breedband in een bundel met vaste telefonie, het segment alleen breedband en de totale markt voor breedbandinternettoegang

Bron: Opta, structurele marktmonitor, Q2 2008.

347. In de komende reguleringsperiode zal het aantal breedbandaansluitingen dat in combinatie met VoB wordt geleverd toenemen.¹⁶³ Op basis van het bovenstaande concludeert het college dat er geen aanleiding is om te veronderstellen dat de positie van kabelexploitanten op omroep een trendbreuk zal veroorzaken op de markten voor breedbandinternettoegang en vaste telefonie. Naar verwachting zullen op de langere termijn de verhoudingen op vaste telefonie een afspiegeling gaan vormen van de huidige verhoudingen op breedbandinternettoegang. Dit betekent dat er in de komende reguleringsperiode geen versterkend of verzwakkend effect van bundeling van enerzijds vaste telefonie en breedband en anderzijds vaste telefonie, breedband en omroep uitgaat op de positie van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang.

348. KPN heeft als enige aanbieder zowel een sterke positie op de consumentensegmenten als op de zakelijke segmenten voor elektronische communicatiediensten. De kabelexploitanten nemen een bescheiden positie in op de zakelijke segmenten. Dit heeft ondermeer te maken met het feit dat de coaxnetwerken van de kabelexploitanten niet dezelfde capaciteits- en kwaliteitsgaranties kunnen bieden als de DSL-netwerken en dat de netwerken van kabelexploitanten een beperkte geografische dekking hebben op bedrijventerreinen. KPN heeft een hoog marktaandeel op de markten voor zakelijke telefonie en huurlijnen en een sterke positie op het zakelijk segment voor breedbandinternettoegang (met name symmetrische verbindingen en verbindingen met een gegarandeerde capaciteit).

¹⁶³ Op dit moment wordt al een groot gedeelte van de nieuwe breedbandinternettoegangaansluitingen direct in combinatie met VoB geleverd.

349. Zakelijke gebruikers leveren in het algemeen een hoge omzet maar zorgen slechts voor een beperkte benutting van het netwerk. Consumenten leveren daarentegen in het algemeen een lagere omzet, maar een hoge(re) benutting van het netwerk. Kabelexploitanten hebben in hun dekkingsgebied een fijnmazig netwerk dat minder geschikt is om (groot)zakelijke afnemers te bedienen. KPN heeft zowel een fijnmazig netwerk als een netwerk dat geschikt is voor het leveren van zakelijke producten. Dit betekent dat KPN een belangrijk voordeel heeft ten opzichte van de kabelexploitanten, namelijk schaal- en breedtevoordelen. Specifiek ten opzichte van de kabelexploitanten die ook beschikken over een fijnmazig netwerk (met bijkomende hoge vaste kosten) heeft KPN een hogere gemiddelde opbrengst per gebruiker. Dit gecombineerd met het feit dat KPN een landelijke speler is en de kabelexploitanten dit niet zijn, betekent dat KPN hieruit voordelen kan behalen in de elektronische communicatiemarkten waarin zij concurreert met de kabelexploitanten. Ter illustratie de *winst* op de elektronische communicatiemarkten van KPN in 2006 in Nederland was ongeveer gelijk aan de gezamenlijke *omzet* van de kabelexploitanten in 2006 in Nederland. KPN kan haar sterke financiële positie ten opzichte van alle andere aanbieders op de Nederlandse markt inzetten bij de concurrentieslag voor de individuele afnemer op de markt voor breedbandinternettoegang.

350. Het college concludeert dat eventuele voordelen die KPN respectievelijk kabelexploitanten uit hun (voormalig) monopolie op vaste telefonie respectievelijk omroep hebben, geen versterkend dan wel afzwakkend effect hebben op de positie van KPN op de markt voor breedbandinternettoegang. Het college concludeert dat KPN op de markt voor breedbandinternettoegang een belangrijk voordeel heeft door haar sterke positie op zowel zakelijke als consumentensegmenten.

351. *Subconclusie:* Het college is op grond van het bovenstaande van oordeel dat KPN op de markt voor breedbandinternettoegang voordelen ontleent aan product- en dienstendiversificatie ten opzichte van de kabelbedrijven. Product- en dienstendiversificatie is volgens het college dan ook een factor die bijdraagt aan een risico op AMM op de markt voor breedbandinternettoegang in een situatie zonder wholesale regulering.

7.7 Conclusie omtrent AMM positie

352. Het college concludeert dat in afwezigheid van wholesale-regulering er een aanzienlijk risico is dat KPN beschikt over aanmerkelijke marktmacht in de retailmarkt voor breedbandinternettoegang. KPN is in staat zich onafhankelijk van haar concurrenten en uiteindelijk afnemers te gedragen door een hoger prijsniveau te hanteren dan in een situatie van daadwerkelijke concurrentie. In afwezigheid van wholesaletoeegang heeft KPN alleen te maken met de regionale kabelaanbieders.

353. Kabelexploitanten hebben geen economische prikkel om intensief te concurreren met KPN op de markt voor breedbandinternettoegang. Vanwege hun beperktere dekkingsgebied kunnen de kabelexploitanten hun huidig marktaandeel maximaal verdubbelen. Economisch rationeel prijsgedrag leidt er toe dat KPN en kabelexploitanten een defensieve prijsstrategie zullen volgen.

354. KPN beschikt ten opzichte van de kabelexploitanten over een aantal voordelen. KPN heeft een landelijk dekkend netwerk en biedt breedbandinternettoegang in nagenoeg heel Nederland aan. Kabelexploitanten hebben weliswaar gezamenlijk een nagenoeg landelijk dekkend netwerk, maar zijn niet één bedrijf. KPN heeft verder een sterke positie op het zakelijk segment van de markt voor breedbandinternettoegang. Dit deel van de markt is door de beperkingen in het coaxnetwerk, niet adresseerbaar voor de kabelexploitanten. Daarnaast beschikt KPN over een sterke positie op aanpalende zakelijke segmenten, zoals zakelijke telefonie en huurlijnen en daarnaast ook op residentiële vaste telefonie. Dit heeft als gevolg dat KPN ten opzichte van kabelexploitanten beschikt over een sterkere financiële positie die zij kan gebruiken in de concurrentieslag om de individuele afnemer op de markt voor breedbandinternettoegang. Tevens heeft KPN schaal- en breedtevoordelen, voordelen uit haar diversificatie van haar product- en dienstenaanbod en voordelen vanuit immateriële activa zoals een uitgebreid klantenbestand, grote naamsbekendheid en een sterke reputatie. Deze voordelen ten opzichte van kabelexploitanten worden niet afgezwakt door de voordelen van kabelexploitanten op de omroepmarkt.

355. Tot op heden zijn het de DSL-aanbieders geweest die de concurrentie in de markt voor breedbandinternettoegang hebben aangejaagd. Het aanbod van de andere DSL-aanbieders omvat wel de volledige productketen en zij leveren dus ook aan het zakelijk segment van de markt voor breedbandinternettoegang. De mate van productdifferentiatie tussen het productaanbod van de alternatieve DSL-aanbieders en KPN is beperkter dan tussen KPN en de kabelexploitanten. De alternatieve DSL-aanbieders concurreren sterker op prijs. In afwezigheid van wholesale toegang zullen deze aanbieders van de markt verdwijnen.

356. Het marktaandeel van KPN is in de afgelopen reguleringsperiode gestegen door een aantal overnames. Prospectief verwacht het college dat KPN in een situatie waarin geen sprake is van wholesale regulering een marktaandeel verkrijgt van [50-60 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**. Ziggo heeft prospectief een marktaandeel van [20-30 procent] **[vertrouwelijk: XXX]** en UPC [10-20 procent] **[vertrouwelijk: XXX]**. Ondanks het feit dat kabelexploitanten niet direct met elkaar concurreren, en deze marktaandelen dus een bepaalde “verstoring” (“bias”) in zich hebben, in de zin dat het landelijke marktaandeel een onderschatting is van de regionale concurrentiedruk, concludeert het college dat deze marktaandelen op een AMM-positie van KPN wijzen.

357. Glasvezelinitiatieven bereiken in de komende reguleringsperiode slechts een beperkt aantal afnemers en daar komt bij dat het college verwacht dat KPN in de komende reguleringsperiode zelf een belangrijke aanbieder van diensten over glasvezel zal worden.

358. Dit tezamen betekent dat er een risico is dat KPN zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen van concurrenten en uiteindelijk de afnemers in afwezigheid van wholesale-regulering. Het college concludeert op basis hiervan dat er een risico bestaat dat KPN in de komende reguleringsperiode over AMM beschikt op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering.

8 Marktafbakening ontbundelde toegang

8.1 Inleiding

359. In dit hoofdstuk wordt de relevante markt bepaald op grond van de methodiek zoals beschreven in hoofdstuk 3.

360. De dienst die in dit besluit onderzocht wordt, is (fysieke) toegang tot een netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie. In de Aanbeveling van 17 december 2007 wordt aan deze markt gerefereerd als 'markt 4'.¹⁶⁴ De horizon van onderstaande analyse is de periode 2009 tot en met 2011.

361. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 8.2 zullen de uitgangspunten van de marktafbakening besproken worden. In paragraaf 8.3 zal ingegaan worden op de aanbeveling van de Europese Commissie. In deze paragraaf zullen tevens de belangrijkste kenmerken van ontbundelde toegang besproken worden. In paragraaf 8.4 worden de onderliggende wholesale- en retailmarkten besproken. In paragraaf 8.5 zal de relevante productmarkt afgebakend worden. In paragraaf 8.6 zal de relevante geografische markt bepaald worden. In paragraaf 8.7 volgt de conclusie. De marktafbakening in dit hoofdstuk vormt de in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5 genoemde stap 3 in de totale marktanalyse zoals weergegeven in onderstaande figuur.

1	Afbakening retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 6
2	Dominantieanalyse retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 7
3	Afbakening markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 8
4	Dominantieanalyse markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 9
5	Analyse potentiële mededingingsproblemen als gevolg van AMM op de markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 10
6	Verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 11
7	Effectentoets verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 12

¹⁶⁴ Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, (2007/879/EG) (hierna: de Aanbeveling).

Tabel 5: Stap 3 in de marktanalyse

8.2 Uitgangspunten marktafbakening ontbundelde toegang

362. Op grond van de artikelen 6a.1 en 6a.2 van de Tw dient het college in overeenstemming met het algemene Europese mededingingsrecht de relevante markten te definiëren en vast te stellen of op deze markten sprake is van ondernemingen met AMM. In deze paragraaf zal het college nader ingaan op de uitgangspunten die hebben geleid tot het bepalen van de onderhavige relevante markt. Daartoe zal het college eerst ingaan op de aanwijzing van de relevante markt en vervolgens op de marktafbakening zelf.

363. Conform artikel 6a.1 van de Tw houdt het college rekening met de Aanbeveling bij het selecteren van de markten die in aanmerking komen voor ex ante regulering.

364. In de aanbeveling geeft de Commissie aan welke relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector *a priori* voor ex ante regulering in aanmerking komen. Aan de hand van een drietal cumulatieve criteria heeft de Commissie vastgesteld of de afgebakende markten zodanige kenmerken hebben dat het opleggen van ex-ante regulering gerechtvaardigd kan zijn.¹⁶⁵

365. Een nationale regelgevende instantie hoeft derhalve ter bevordering van de harmonisatie in beginsel de drie-criteriatoets niet meer voor elk van de in de aanbeveling opgenomen markten opnieuw uit te voeren. De ERG heeft zich bij dit uitgangspunt aangesloten¹⁶⁶ en ook de beoordelingspraktijk van de Commissie ex artikel 7 kaderrichtlijn bevestigt dit.

366. De Commissie heeft de onderhavige markt in de aanbeveling aangewezen (markt 4) als één van de markten die aan de drie criteriatoets beantwoordt.

367. Het college zal hieronder allereerst de relevante productmarkt onderzoeken, aan de hand van de vraagsubstitutie op zowel retail- als wholesaleniveau en aanbods substitutie op retail- en wholesaleniveau. Vervolgens onderzoekt het college in paragraaf 8.6 de geografische marktafbakening.

8.3 Productmarkt ontbundelde toegang

368. De relevante productmarkt omvat alle producten of diensten die substitueerbaar of voldoende uitwisselbaar zijn, zowel op grond van hun objectieve kenmerken als ook op grond van de mededingingsvoorwaarden en/of de structuur van vraag en aanbod op de betrokken markt. Het college zal derhalve hieronder, onder meer op basis van vraag- en aanbods substitutie, bekijken of de huidige in de markt geobserveerde vormen van intern en extern geleverde ontbundelde toegang één of meerdere aparte relevante markten vormen.

¹⁶⁵ Aanbeveling, overweging 4 tot en met 18.

¹⁶⁶ Zie de *Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*, ERG (06) 33, blz. 18-19.

8.3.1 Aanbeveling

369. De Commissie heeft in haar aanbeveling de in deze analyse onderzochte markt (markt 4) gedefinieerd als de markt voor:

(Fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie.

370. In de toelichting bij de aanbeveling merkt de Commissie verder het volgende op.¹⁶⁷

“As regards [this] market, as set out above technological change implies including all relevant physical infrastructure necessary to reach the end consumer, as opposed to a strict limitation to the metallic loop or sub-loops.

The question then arises whether, in addition to unbundled local access (or its equivalent), the market for wholesale broadband access constitutes a distinct market and, if so, whether it should be identified as being susceptible to ex ante regulation. An operator using unbundled local loops (or an equivalent infrastructure-based input) would not normally consider wholesale broadband access to be a substitute even if the service provided by the wholesale broadband access provider allowed the supply of the same retail services that were provided over the unbundled loops. However, the propensity to switch between the two inputs could be expected to depend on the relative price and other terms (such as contract length), and on factors such as the two noted above, i.e. the location of access, and the latitude that the input confers in supplying a range of different retail products. Once an operator has invested in local loop unbundling, its preparedness to switch to wholesale broadband access could also depend on the investments that it has already made and whether they can easily be adapted or reversed.”

371. Het college concludeert dat ontbundelde toegang tot een netwerkinfrastructuur enerzijds en wholesale-breedbandtoegang anderzijds, afzonderlijke markten zijn. Het college heeft deze conclusie ook voorgelegd aan marktpartijen in haar vragenlijst. Deze conclusie wordt door alle marktpartijen onderschreven.

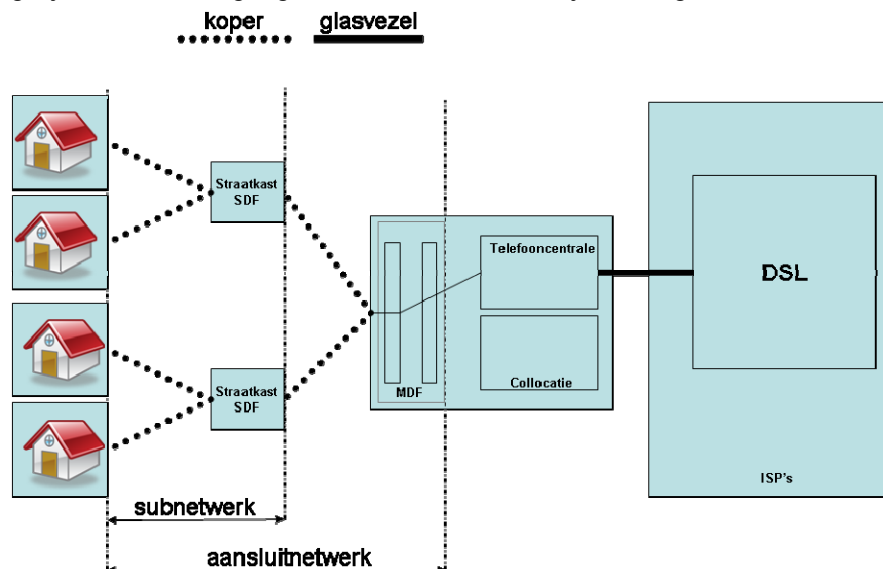
8.3.2 Algemene beschrijving

8.3.2.1 Het product ontbundelde toegang

372. Het aansluitnetwerk (ook vaak aangeduid als “local loop”) is gedefinieerd als de infrastructuur die het netwerkaansluitpunt in de ruimte van een klant verbindt met de hoofdverdelers of gelijkwaardige voorziening in het vaste (telefoon) netwerk (de zogenaamde “Main distribution Frame” (hierna: MDF), “Sub Distribution Frame” (hierna: SDF) en de “Optical Distribution Frame” (hierna: ODF)). Bij ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk verkrijgt een onderneming toestemming voor gebruik van (een deel van) het frequentiespectrum van de infrastructuur.

¹⁶⁷ Toelichting op de aanbeveling, pagina 33.

373. Ontbundelde toegang is een reguleringsvorm op het meest upstream gelegen niveau, hetgeen gelijk is aan de toegangsvorm het meest dichtbij de eindgebruiker.



Figuur 16: Aansluitnetwerk op basis van MDF access

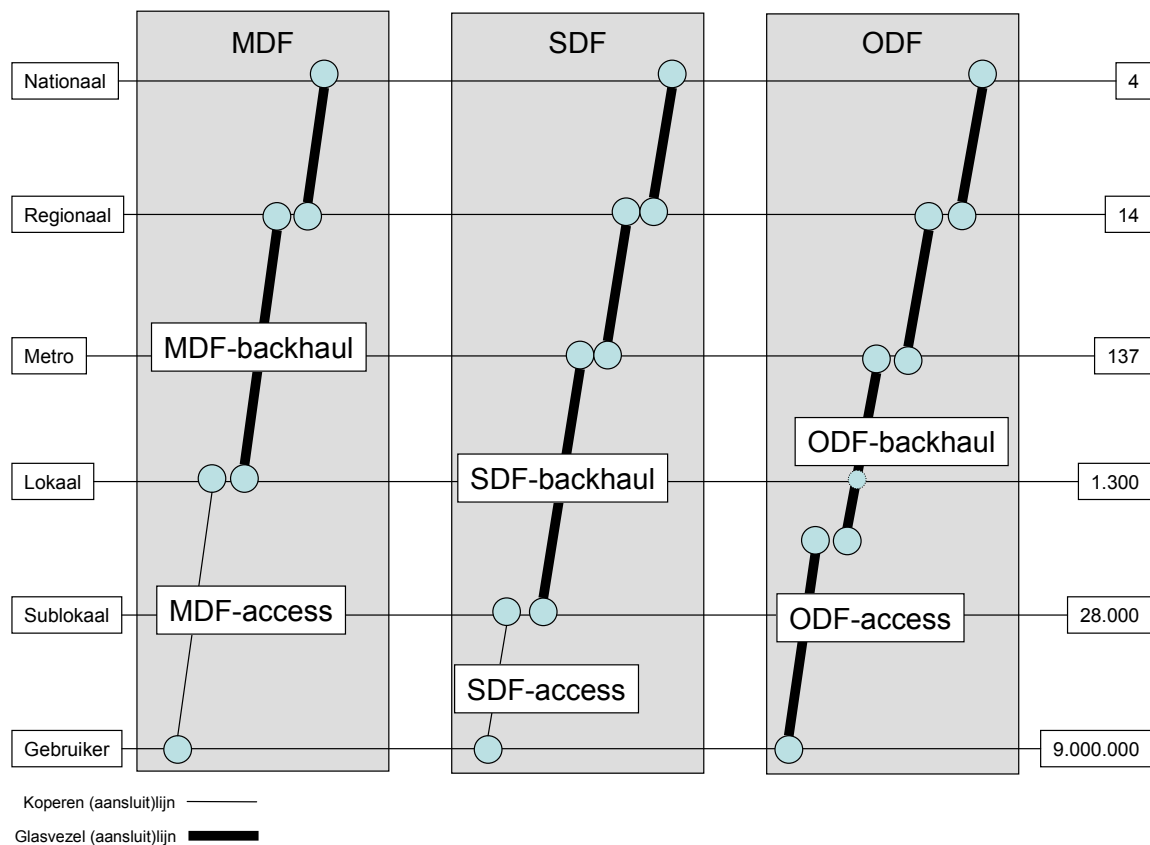
374. Het product ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk kent drie verschillende netwerkvormen (ontbundelde lokale toegang (MDF-access), ontbundelde subloop toegang (SDF-access) en ontbundelde glastoeegang (ODF access)) en twee typen van ontbundeling (volledig ontbundelde toegang en gedeelde toegang). In het hierna volgende zal eerst worden ingegaan op de drie verschillende netwerkvormen waarna de twee typen van ontbundeling worden besproken.

8.3.2.2 Netwerkvormen

375. Bij MDF-access wordt de koperen aansluitlijn van de hoofdverdeler op lokaal niveau (MDF-locatie) losgekoppeld van de apparatuur van KPN en naar de apparatuur van een alternatieve aanbieder geleid (zie figuur 17). Bij SDF-access wordt de aansluitlijn op het niveau van de kabelverdeelkast (sublokaal niveau; SDF-locatie) losgekoppeld en naar de apparatuur van een alternatieve aanbieder geleid. Bij ODF-access wordt evenals MDF-access de glasvezel aansluitlijn op lokaal niveau losgekoppeld. De lokale locatie is echter niet langer de MDF locatie maar een (nieuwe) ODF locatie. De alternatieve aanbieder kan zelf bepalen welke diensten hij over de ontbundelde aansluitlijn aanbiedt.

376. Tot op heden wordt MDF-access op grote schaal afgenomen door andere aanbieders van elektronische communicatiediensten en –netwerken, terwijl SDF-access alleen in beperkte mate in pilotfase wordt afgenomen. Door de aangekondigde uifasering van MDF-access neemt het belang van SDF-access als toegangsvorm echter toe. Om ontbundelde toegang op het niveau van de straatkast te kunnen gebruiken, heeft een aanbieder een transmissieverbinding nodig naar de straatkast. Deze transmissieverbinding naar de straatkast wordt SDF-backhaul genoemd. In Annex 1 is geconcludeerd dat SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit van ontbundelde toegang is aan te merken en uit dien hoofde voor dezelfde regulering als ontbundelde toegang in aanmerking komt.

ODF-access wordt nog nauwelijks aangeboden.



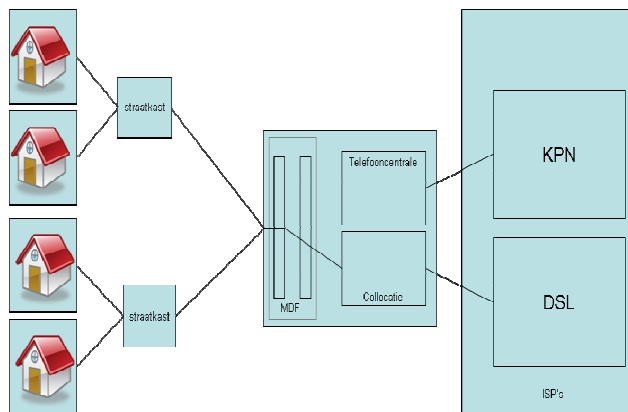
Figuur 17: Schematische weergave netvlakken bij MDF- SDF- en ODF toegang¹⁶⁸

8.3.2.3 Typen van ontbundeling

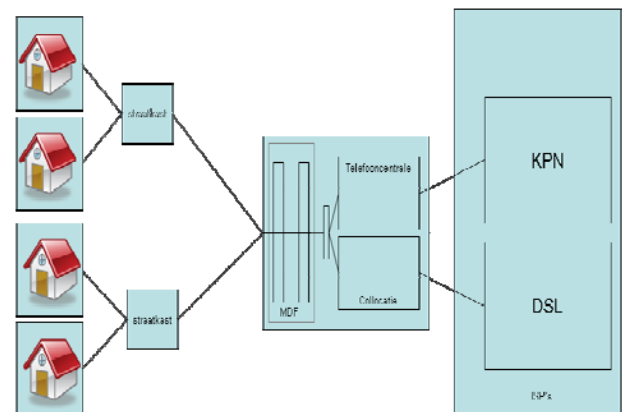
377. Bij zowel MDF-access en SDF-access zijn twee typen van ontbundeling te onderscheiden, namelijk volledige ontbundelde toegang en gedeelde ontbundelde toegang. In figuur 18 en figuur 19 wordt dit aan de hand van MDF-access geïllustreerd.

378. Bij volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, krijgt de afnemer toegang tot het volledige frequentiespectrum van de infrastructuur (zie figuur 18). De desbetreffende aansluitlijn heeft in dat geval vanaf de MDF geen verbinding meer met het netwerk van de oorspronkelijke aanbieder. De afnemer van volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk kan op basis hiervan naast breedbanddiensten ook bijvoorbeeld analoge telefoondiensten (PSTN) en/of digitale telefoondiensten (ISDN) bieden. Het laagfrequente deel van het spectrum ondersteunt analoge en/of digitale telefoondiensten, terwijl het hoogfrequente deel voor breedbanddiensten kan worden ingezet.

¹⁶⁸ Het college heeft de figuur aangepast naar aanleiding van informatie over verwachte ODF-netwerktopologie, welke beschikbaar is gekomen na het ontwerpbesluit.



Figuur 18: Volledig ontbundelde toegang op basis van MDF-access



Figuur 19: Gedeelde ontbundelde toegang op basis van MDF-access

379. Bij gedeelde toegang tot het aansluitnetwerk krijgt een afnemer toegang tot het buiten de spraakband liggende deel van het frequentiespectrum van de infrastructuur. Daarnaast blijft KPN in dat geval de desbetreffende aansluitlijnen gebruiken om de vaste openbare telefoonaansluiting te leveren. De aansluitlijn wordt dus ‘gedeeld’ door een aanbieder van breedbanddiensten en KPN. Dit wordt technisch gerealiseerd door het plaatsen van een zogenaamde splitter, zowel bij de eindgebruiker als in de co-locatieruimte in de MDF-locatie; de splitters scheiden het hoogfrequente deel van de aansluitlijn van het laagfrequente deel van de aansluitlijn. De telefoniesignalen worden vervolgens via de MDF weer doorgeleid naar de telefooncentrale (zie figuur 19).

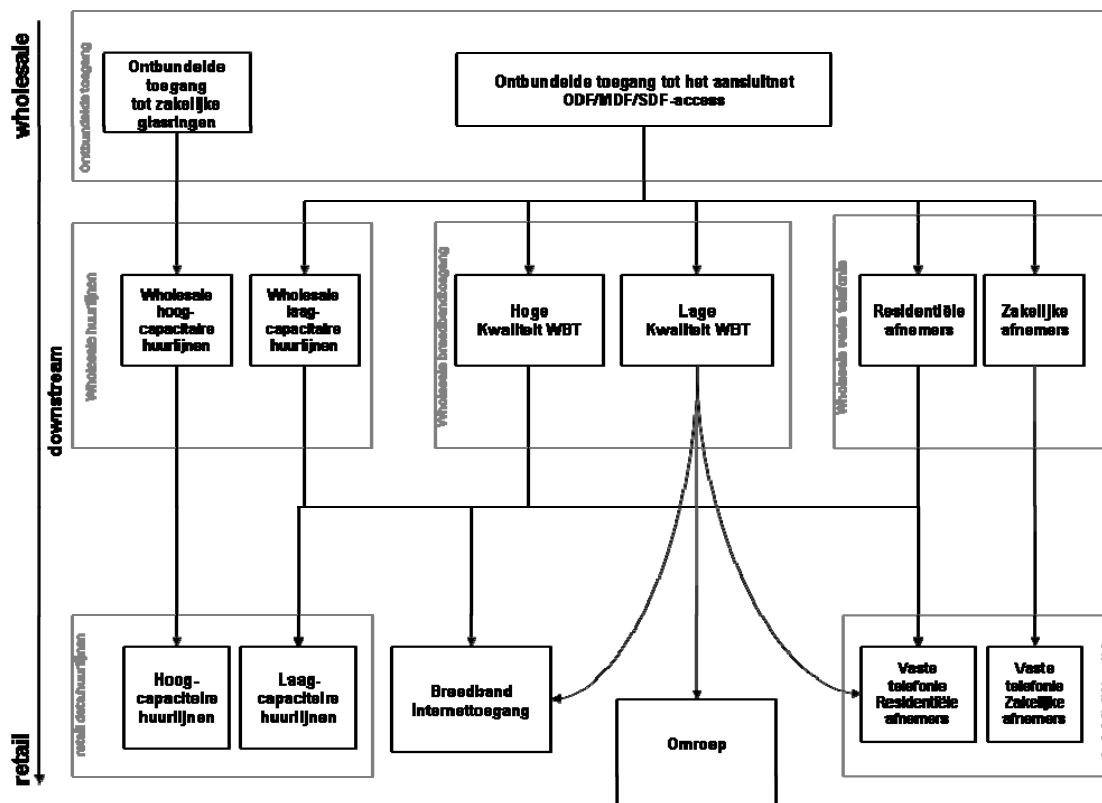
8.3.2.4 Aanbieders en afnemers

380. KPN is de enige partij die (op basis van de bestaande regulering) ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk aanbiedt. Met het kopen aansluitnetwerk van KPN worden nagenoeg alle huishoudens en bedrijven in Nederland bereikt.

381. Thans zijn er 11 afnemers die ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN op MDF-niveau afnemen. Naast KPN die zichzelf intern ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk levert, zijn dit Tele2, Bbnet, Colt, Online, EasyNet, Enterprijs, Plex, Solcon, Verizon en Priority. Afnemers kunnen met behulp van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN in beginsel alle diensten aanbieden die ook door KPN over het aansluitnetwerk worden aangeboden.

8.4 Onderliggende wholesale- en retailmarkten

382. Voor het afbakenen van de relevante wholesalemarkt is het van belang om inzicht te hebben in de onderliggende retail- en wholesalemarkten (zie ook figuur 20) voor ontbundelde toegang. In deze paragraaf beschrijft het college eerst de onderliggende wholesalemarkten (paragraaf 8.4.1) en vervolgens de gerelateerde retailmarkten (paragraaf 8.4.2). In paragraaf 8.4.2.5 wordt ten slotte ingegaan op het gebruik van het aansluitnetwerk in de praktijk.



Figuur 20: Overzicht wholesalemarkten en onderliggende retailmarkten

8.4.1 Wholesalemarkten

8.4.1.1 Wholesale-breedbandtoegang

383. Bij wholesale-breedbandtoegang hebben partijen die ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk afnemen op één of meer MDF-locaties apparatuur geplaatst die het ontbundelen van aansluitlijnen mogelijk maakt. Op basis van de ontbundelde aansluitlijn, de apparatuur geplaatst op de MDF-locatie en het transport naar en over het eigen netwerk, kan een afnemer van ontbundelde toegang wholesale-breedbandtoegang bieden aan Internet Service Providers (hierna: ISP's), aan een aanbieder van datacommunicatiediensten of bijvoorbeeld aan een aanbieder van telefonie via breedbandaansluitingen.

384. Wholesale-breedbandtoegang is een wholesaledienst die bestaat uit de levering aan wholesale afnemers van transmissiecapaciteit met een flexibele of variabele capaciteit (bandbreedte) met een stroomafwaartse capaciteit van meer dan 128kbit/s van de locatie van afname naar de eindgebruikerslocatie. In het marktanalysebesluit wholesale-breedbandtoegang is vastgesteld dat er een onderscheid is tussen hoge kwaliteit wholesale-breedbandtoegang (overboekingsfactor 1:20 en hoger) en lage kwaliteit wholesale-breedbandtoegang (overboekingsfactor lager dan 1:20). De afnemers van wholesale-breedbandtoegang zijn daarmee in staat hun eigen elektronische communicatiediensten, zoals vaste telefonie, breedbandinternettoegang en laagcapacitaire huurlijnen aan hun eindgebruikers te leveren.

8.4.1.2 Wholesale huurlijnen

385. Een partij die een ontbundelde aansluitlijn afneemt, kan deze ook gebruiken om een *terminating* segment van een huurlijn te produceren. Dit is een wholesale-huurlijn die transmissiecapaciteit levert tussen de locatie van een eindgebruiker en de locatie van een aanbieder. In tegenstelling tot wholesale breedband toegang, waar het gaat om transmissie met een flexibele of variabele capaciteit, gaat het bij een *terminating* segment van een huurlijn om transmissie met een vaste capaciteit (bandbreedte). Voor een uitgebreide beschrijving van de wholesale markt voor huurlijnen zie het marktanalyse besluit huurlijnen.

386. Met behulp van twee *terminating* segmenten van een huurlijn kan een aanbieder een volledige retail huurlijn aanbieden. Wanneer er sprake is van aansluitpunten in verschillende regio's dan is naast twee *terminating* segmenten van een huurlijn tevens een trunkverbinding¹⁶⁹ met dezelfde capaciteit nodig om een retail huurlijn te kunnen leveren.

387. In de marktanalyse huurlijnen is vastgesteld dat *terminating* segmenten van huurlijnen met een lage capaciteit (kleiner of gelijk aan 20Mb) en *terminating* segmenten van huurlijnen met een hoge capaciteit (groter dan 20Mb) afzonderlijke relevante productmarkten zijn.

8.4.1.3 Wholesalemarkten voor toegang tot het vaste openbare telefoonnetwerk

388. Een partij die een ontbundelde aansluitlijn afneemt, kan deze ook gebruiken om een (wholesale) telefonie-aansluiting te leveren. Hiermee wordt een fysieke 'verbinding' gerealiseerd naar de eindgebruiker. Aan deze verbinding dient echter nog een aantal functionaliteiten te worden toegevoegd voordat over deze aansluiting telefoniediensten kunnen worden geleverd. Als een afnemer uitsluitend een wholesale huurlijn of onbundelde toegang-aansluiting afneemt, kunnen hierover nog geen telefoniediensten worden geleverd. Voorbeelden van de benodigde functionaliteiten zijn de mogelijkheden tot het schakelen en routeren van gesprekken en het beschikken over een billing-systeem. Nadat deze functionaliteiten zijn toegevoegd, is op basis van de wholesale bouwstenen een werkende wholesale-telefonieaansluiting gerealiseerd. Met deze wholesale-telefonieaansluiting kan de afnemer aan eindgebruikers een werkende retail-telefonieaansluiting leveren.

389. In het marktanalyse besluit vaste telefonie is een onderscheid gemaakt naar een relevante wholesalemarkt voor levering van opbouw en toegang ten behoeve van residentiële vaste telefonie diensten (hierna: residentiële wholesalemarkt) en een wholesalemarkt voor levering van opbouw en toegang ten behoeve van zakelijke vaste telefonie diensten (hierna: zakelijke wholesalemarkt).

8.4.2 Retailmarkten

390. Het aansluitnetwerk wordt tevens gebruikt als bouwsteen voor retailproducten. De relevante retailmarkten die uiteindelijk bediend worden door ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, al dan niet via bovengenoemde wholesalemarkten, worden hieronder beschreven. De retailmarkten voor

¹⁶⁹ Een trunkverbinding = verbindingen tussen de regionale knooppunten (EVKC's) van KPN.

vaste telefonie en laagcapacitaire huurlijnen zijn in afzonderlijke besluiten geanalyseerd. Het college volstaat in deze paragraaf met een korte beschrijving van deze markten.

8.4.2.1 Breedbandinternettoegang

391. Er is een aparte retailmarkt voor breedbandinternettoegang. Deze markt onderscheidt zich van de markt voor smalband-internettoegang (inbellen) enerzijds en de markt voor huurlijnen anderzijds. Breedbandinternettoegang via DSL-, kabel- en glasvezelnetwerken, al dan niet geleverd in een bundel met andere diensten zoals vaste telefonie of omroep, behoren tot één en dezelfde relevante productmarkt (zie ook alineanummer 282).

8.4.2.2 Retailhuurlijnen

392. Het begrip huurlijn is wettelijk gedefinieerd als:¹⁷⁰

“Publiekelijk ter beschikking gestelde transparante transmissiecapaciteit tussen twee netwerkaansluitpunten, zonder routeringsfuncties waarover gebruikers kunnen beschikken als onderdeel van de geleverde huurlijn.”

393. Retail huurlijnen worden gebruikt door (groot)zakelijke eindgebruikers die een eigen intern netwerk beheren voor elektronische communicatie tussen verschillende locaties. Deze interne netwerken worden gebruikt voor het leveren van interne vaste telefoniediensten en vooral ook interne datacommunicatiediensten. ‘Intern’ betekent daarbij: binnen of tussen de locaties van het bedrijf. Huurlijnen vormen in deze bedrijfsnetwerken de bouwstenen die noodzakelijk zijn om twee locaties met elkaar te verbinden. Deze gebruikers beheren dus de vaste telefonie- en datacommunicatienetwerken zelf, maar kopen de huurlijnen in.

394. Het college heeft in de marktanalyse huurlijnen geconstateerd dat op retailniveau huurlijnen en datacommunicatiediensten tot dezelfde relevante markt worden gerekend en dat er sprake is van twee relevante markten, namelijk een markt voor laagcapacitaire huurlijnen (o.a. huidige analoge huurlijnen, digitale huurlijnen en datacommunicatiediensten met capaciteiten van kleiner of gelijk aan 20Mb) en een markt voor hoogcapacitaire huurlijnen (zowel ‘traditionele’ >20Mb huurlijnen als producten gebaseerd op Ethernettechnologie >20Mb).

8.4.2.3 Vaste telefonie

395. Het college heeft in de analyse van de markt voor vaste telefonie twee retailmarkten afgebakend. Een residentiële retailmarkt voor vaste telefonie (hierna: residentiële vaste telefonie markt), en een zakelijke retailmarkt voor vaste telefonie (hierna: zakelijke vaste telefonie markt). De residentiële markt omvat verkeer- en aansluiting diensten gericht op twee of minder gelijktijdige gesprekken, zoals bij PSTN, ISDN-1, ISDN-2 en VoB met 2 of minder kanalen). De zakelijke markt omvat verkeer- en aansluiting diensten gericht op meer dan twee gelijktijdige gesprekken, zoals bij ISDN-15, ISDN-30 en VoB met meer dan 2 kanalen.

¹⁷⁰ Artikel 1.1, onderdeel u, van de Tw.

396. Het college concludeert tevens in de analyse van de markt voor vaste telefonie dat er in een ongereguleerde omgeving sprake is van concurrentiedruk van vaste telefoniediensten via glas en de kabel op de telefoondiensten die worden geleverd via het vaste koperen aansluitnetwerk van KPN. De relevante productmarkt omvat derhalve de telefoniediensten geleverd via het vaste netwerk van KPN, via glasvezelnetwerken en via kabelnetwerk.

8.4.2.4 Omroepdiensten

397. Breedbandinternettoegang via een aansluitnetwerk kan ook worden gebruikt om televisie- en radiosignalen aan eindgebruikers door te geven. In de voorgaande marktanalyse constateerde het college dat hoewel meerdere partijen zich profileerden met een *triple play* aanbod (een aanbod van telefonie, breedbandinternettoegang en televisie), het koperen aansluitnetwerk op basis van ADSL niet voorzag in de capaciteit die nodig was om een directe concurrent van de kabel te worden aangezien de kwaliteit van omroepdistributie via het koperen aansluitnetwerk achterbleef bij die van het coax aansluitnetwerk. Op dit moment zijn alleen Tele2 en KPN actief op het gebied van omroepdistributie via breedbandinternettoegang.

398. De nieuwe VDSL2-verbindingen en ADSL2+-verbindingen via het koperen aansluitnetwerk en glasvezelverbindingen hebben wel de capaciteit die nodig is om (analoge) TV-diensten te bieden en zijn daarmee in staat een gelijkwaardige bundel van diensten (TV, Internet en telefonie) als kabelbedrijven te bieden. In de marktanalyse omroep heeft het college geconcludeerd dat omroepdiensten via het koperen- en glasvezelaansluitnetwerken tot dezelfde relevante markt behoren als omroepdiensten via kabelnetwerken.¹⁷¹

8.4.2.5 Gebruik van het aansluitnetwerk in de praktijk

399. In de praktijk (zie tabel 6) wordt het aansluitnetwerk van KPN het meest gebruikt voor residentiële vaste telefonie en breedbandinternettoegang.

Tabel 6: Aansluitingen over het koperen aansluitnetwerk per retailmarkt per 30 juni 2008

Retaildiensten	Aantal aansluitingen
Laagcapacitaire huurlijnen	XXX
Zakelijke vaste telefonie	XXX
Residentiële vaste telefonie	XXX
Breedbandinternettoegang	XXX
Omroepdiensten	XXX

Bron: Structurele marktmonitor OPTA Q2 2008.

8.5 Afbakening productmarkt

400. Wanneer het college de marktdefinitie van de Commissie in ogenschouw neemt, constateert hij dat het door de Commissie gedefinieerde relevante wholesaleproduct een 'kale' aansluitlijn is. Kaal betekent in deze context dat er nog geen actieve apparatuur is geplaatst op de aansluitlijn waarmee

¹⁷¹ Zie het ontwerpbesluit marktanalyse omroep, welke in voorontwerp op 5 augustus 2008 is gepubliceerd.

deze geschikt is gemaakt voor het verlenen van bepaalde diensten, bijvoorbeeld de afwikkeling van telefonieverkeer of het leveren van breedbandinternettoegang. In deze marktanalyse gaat het dus om een wholesalemarkt voor 'kale' aansluitlijnen. Daarmee is dit een markt die zich het meest upstream in de waardeketen van telecommunicatiediensten bevindt.

401. In de vorige marktanalyse is geconcludeerd dat de relevante productmarkt voor ontbundelde toegang, het koperen aansluitnetwerk van KPN (op basis van MDF-access en SDF-access) is. Het college neemt deze marktafbakening als startpunt voor de huidige marktanalyse.

402. In paragraaf 8.5.1 gaat het college in op de wijze waarop hij vraag- en aanbodssubstitutie onderzoekt in de markt voor ontbundelde toegang. Vervolgens analyseert het college, gezien vanuit de retailmarkten, welke andere producten een substituuat vormen voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN. Het college zal hierbij ingaan op ontbundelde toegang tot andere aansluitnetwerken (paragraaf 8.5.2 tot en met paragraaf 8.5.4). In paragraaf 8.5.5 komt het college met een conclusie ten aanzien van de afbakening van de relevante productmarkt. Deze methode is in lijn met de aanbeveling die voorschrijft dat het startpunt van de analyse een karakterisering is van retailmarkten gedurende een bepaalde evaluatieperiode.

8.5.1 Vraag- en aanbodssubstitutie

403. Er zijn twee manieren waarop vraagsubstitutie van invloed kan zijn op de vraag of een aanbieder van ontbundelde toegang zijn prijzen winstgevend zou kunnen verhogen met 5 procent tot 10 procent. Dit zijn:

- a) Directe prijsdruk, oftewel, zowel huidige als potentiële afnemers van wholesale ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN beschouwen een ander wholesale (toegangs)product als substituuat. Wanneer bij een prijsverhoging van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van 5 procent tot 10 procent, de wholesaleafnemers in voldoende mate overstappen op een ander wholesaleproduct X om de prijsverhoging niet winstgevend te laten zijn, behoort product X tot de relevante markt. Product X oefent dan directe prijsdruk uit op ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Hierbij is verondersteld dat eindgebruikers de retail producten die via de verschillende wholesaleproducten kunnen worden geleverd als alternatief zien. Is dit immers niet het geval dan zal een wholesaleafnemer niet willen overstappen op een alternatief wholesaleproduct, omdat hij dan zijn eindgebruiker zou kwijtraken.
- b) Indirecte prijsdruk via de retailmarkten. Eindgebruikers beschouwen andere producten als alternatief voor de dienstverlening via het koperen aansluitnetwerk van KPN. Wanneer een prijsverhoging van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van 5 procent tot 10 procent wordt doorberekend in de prijzen van de onderliggende retaildiensten kunnen eindgebruikers beslissen over te stappen op een ander retailproduct Y. Wanneer dit in voldoende mate gebeurd zou een significant deel van de ontbundelde aansluitlijnen opgezegd worden waardoor de wholesale prijsverhoging niet winstgevend door te voeren is. De conclusie is dan dat retailproduct Y indirecte prijsdruk uitoefent op ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en dat daarom de toegang (en dat is een vorm van interne levering) tot dit product Y, ook al is er geen wholesale-aanbod, tot de relevante markt gerekend moet worden. Hiervoor geldt dat

in elk geval sprake moet zijn van een vraagsubstitutie op de retailmarkt en dat de prijsverhoging in voldoende mate tot overstapedrag leidt.

404. Ten aanzien van de indirecte prijsdruk overweegt het college het volgende. De markt voor ontbundelde toegang wordt in zeer sterke mate bepaald door interne leveringen (circa 90 procent). Dit betekent dat de mate van directe vraag- en aanbods substitutie ook slechts een beperkte rol speelt bij de mate waarin een hypothetische monopolist van ontbundelde toegang via koper gedisciplineerd wordt door ontbundelde toegang via andere infrastructuren (andere infrastructuren, zoals coax en glas).

405. Dat kan toegelicht worden aan de hand van het volgende voorbeeld. Veronderstel dat afnemers op de retailmarkten niet overstappen. Stel ook dat een hypothetische monopolist van ontbundelde toegang over koper 10 afnemers met een gelijke afzet heeft waarvan 9 intern (eigen ISP's) en 1 extern (onafhankelijke externe ISP). Stel nu dat deze hypothetische monopolist zijn wholesale tarieven voor deze 10 afnemers nu met 10 procent verhoogt. Op dat moment nemen de wholesalekosten van deze 10 afnemers met 10 procent toe. Er is slechts één afnemer die over kan stappen op ontbundelde toegang over andere infrastructuren, de andere ISP's zijn immers intern. Dit betekent dat een prijsverhoging van deze hypothetische monopolist al snel winstgevend zal zijn¹⁷² ongeacht of er sprake is van directe vraag- en aanbods substitutie (lees: of deze ene ISP overstapt).

406. Bij de beantwoording van de vraag of ontbundelde toegang via andere infrastructuren tot de relevante markt voor ontbundelde toegang over koper behoort is de vraag van belang of deze hypothetische monopolist op wholesale niveau direct en *indirect gedisciplineerd wordt door vraag- en aanbods substitutie op de onderliggende retailmarkten*. In dat geval zal immers niet alleen die ene externe wholesale afnemer mogelijk overstappen, maar zullen de 9 interne ISP's (die met een 10 procent kostenverhoging te maken hebben en deze door moeten berekenen aan hun eindgebruikers) mogelijk marktaandeel verliezen op de retailmarkt waardoor de inkomsten van de hypothetische monopolist op de wholesale markt afnemen. Dit wordt ook wel indirecte prijsdruk genoemd. Het belang van indirecte prijsdruk wordt door verschillende publicaties¹⁷³ en academische papers¹⁷⁴ ondersteund.

¹⁷² De exacte winstgevendheid hangt af van de elasticiteit van de vraag.

¹⁷³ Zie bijvoorbeeld het rapport van CRA International in opdracht van OFCOM. Zij concluderen onder andere: *"From an economic perspective, it can be argued that indirect constraints can be deferred to the market power assessment of the analysis, with market definition only including direct constraints, or alternatively direct constraints and indirect constraints can be taken into account when defining the market. Regardless of which approach is taken it should not ultimately affect the outcome on the question of market power if the analytical model is correctly specified."* Daarnaast heeft de Europese Commissie richtsnoeren gepubliceerd voor de beoordeling van verticale concentraties. Hierin wordt gesteld dat bij de beoordeling van verticale concentraties de indirecte concurrentiedruk van downstream concurrenten die niet afhankelijk zijn van de wholesale input van de gefuseerde aanbieders een belangrijke rol speelt. European Commission "Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings" paragraaf 48.

¹⁷⁴ Zie ook: Valletti T. en Inderst R., "A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets", European Competition Law Review, 2007, 2, 84-91; Valletti T. en Inderst R., "Market Analysis in the Presence of Indirect Constraints and

407. Valletti en Inderst (2007¹⁷⁵) zeggen hier bijvoorbeeld over:

“.....For a broad range of specifications indirect constraints are even more effective than direct constraints in the sense that, compared to a situation where firm A would not be integrated and would fully participate in the wholesale market, the equilibrium price in the wholesale market is strictly lower if firm A integrates forward and completely withdraws from the wholesale market. In light of this result, it is thus generally misleading to argue that indirect substitution is less effective as its effects are cushioned by additional layers in the vertical chain. Quite to the contrary, the effectiveness of indirect constraints stems precisely from the fact that it does not work directly through the wholesale market, In particular in case wholesale competition is less intense than retail competition”. (p. 7)

Visie van de Europese Commissie op indirecte prijsdruk in de marktanalyse

408. Op 2 december 2005 heeft de Europese Commissie in het kader van de Artikel 7 procedure aan OPTA opgemerkt dat de benadering van OPTA waarbij een wholesale-markt bepaald wordt op grond van de mededingingsvoorwaarden in de overeenstemmende retailmarkt in principe niet tegenstrijdig is met de methode die in de (initiële) Aanbeveling en in de richtlijnen van de Commissie over Marktanalyse en AMM is beschreven. Echter, OPTA had volgens de Commissie aan moeten tonen dat er bewijs is van directe prijsdruk op de wholesalemarkt, omdat directe vraag- en aanbodsstitutie de meest directe en efficiënte disciplinerende kracht is voor leveranciers van een bepaald product. Nu OPTA dat niet gedaan heeft, had de Europese Commissie ernstige bedenkingen of WBT van lage kwaliteit die over de kabel en over DSL worden verzorgd, éénzelfde markt vormen.

409. In de toelichting op de Aanbeveling van 13 november 2007 geeft de Europese Commissie aan dat alternatieve netwerken, waaronder kabel en ontbundelde toegang (markt 4), indirecte prijsdruk uit zouden kunnen oefenen via de retailmarkt op de wholesale markt voor WBT. De Europese Commissie is echter van mening dat deze indirecte prijsdruk meegewogen zou moeten worden in de dominantie-analyse.

410. Het college onderschrijft de mening van de Europese Commissie dat indirecte prijsdruk meegewogen dient te worden in de analyse. Het college is echter van mening dat, indirecte prijsdruk een rol zou moeten spelen bij de marktafbakening. In overeenstemming met de economische theorie dienen bij de afbakening van de markt alle relevante vormen van prijsdruk meegewogen te worden (waaronder indirecte). Deze benadering is consistent met de SNIPP-test. Als indirecte prijsdruk alleen meegewogen zou worden in de dominantie-analyse en niet ook in de marktafbakening dan is er een risico dat markten te nauw worden afgebakend waardoor een onjuiste beoordeling van marktmacht plaats zou kunnen vinden. Het college kiest voor de benadering waarin markten breder worden afgebakend waarna in de dominantie-analyse een evenwichtige beoordeling van directe en indirecte

Captive Sales”, Journal of Competition Law and Economics, 2007, 1-25 en Schwarz, A., “*Wholesale market definition in telecommunications: The issue of wholesale broadband access*”, Telecommunications Policy, 2006, 31, 251-264.

¹⁷⁵ Valletti T. And Inderst R., “*Market Analysis in the Presence of Indirect Constraints and Captive Sales*”, Journal of Competition Law and Economics, 2007.

prijddruk plaats kan vinden. Voor de uiteindelijke conclusie van de analyse van AMM zou dit overigens niet uit moeten maken

411. In de hierna volgende paragrafen zullen verschillende alternatieve infrastructures worden beoordeeld. In paragraaf 8.5.2 zullen de coax aansluitnetwerken worden besproken, paragraaf 8.5.3 gaat over de glasvezel aansluitnetwerken en tenslotte zal in paragraaf 8.5.4 nader worden ingegaan op verschillende mobiele en draadloze netwerken. In onderstaande tabel is een overzicht van het gebruik van de verschillende infrastructures voor de verschillende retailmarkten.

Tabel 7: Gerealiseerde aansluitingen per infrastructuur per retailmarkt per 30 juni 2008 [vertrouwelijk]

Retaildiensten via het aansluitnetwerk	Koperen aansluitnetwerken	Coax aansluitnetwerken	Glasvezel aansluitnetwerken	Draadloze netwerken
Laagcapacitaire huurlijnen	XXX	XXX	XXX	XXX
Zakelijke vaste telefonie	XXX	XXX	XXX	XXX
Residentiële vaste telefonie	XXX	XXX	XXX	XXX
Breedbandinternettoegang	XXX	XXX	XXX ¹⁷⁶	XXX
Omroepdiensten	XXX	XXX	XXX	XXX

Bron: Structurele marktmonitor OPTA Q2 2008. Aantal (geactiveerde) glasvezel aansluitingen voor breedbandinternettoegang is op basis van Telecompaper 2008.

8.5.2 Coax netwerken

8.5.2.1 Directe prijsdruk

412. In de eerste ronde van de marktanalyse is door het college geconstateerd dat een aan ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van wholesaletoegang via kabelnetwerken niet realiseerbaar is. Een belangrijke reden hiervoor was dat door de netwerkarchitectuur van coax aansluitnetwerken voor het overnemen van een *point-to-point* aansluiting uitrol tot de multitap¹⁷⁷ nodig is, wat nagenoeg een duplicatie van het kabelnetwerk zou betekenen. Daarnaast zijn diensten van verschillende aanbieders over een coax aansluitnetwerk niet geheel onafhankelijk van elkaar in termen van *quality of service* en beschikbare breedte. In de afgelopen reguleringsperiode en uit het onderzoek onder marktpartijen zijn geen aanwijzingen naar voren gekomen die aanleiding geven deze conclusie aan te passen.

413. Het college concludeert dat een aan ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van wholesaletoegang via kabelnetwerken niet realiseerbaar is. Dit zou betekenen dat een wholesale-afnemer in staat zou moeten kunnen zijn de volledige aansluiting van

¹⁷⁶ FttH en FttB.

¹⁷⁷ Een multitap is een soort splitter. In kabelnetwerken zijn in het algemeen na de eindversterker (de versterker die het laagst in het netwerk is geplaatst, dus het dichtst bij de eindgebruiker) een aantal multitaps geplaatst die het aangeleverd signaal splitsen naar de huisaansluitingen. De multitap is het laatste gemeenschappelijke onderdeel van het kabelnet wat betekent dat vanaf de multitap coaxkabels direct naar de eindgebruiker gaat. Een multitap kan een beperkt aantal aansluitingen aan (vaak maximaal 16).

een eindgebruiker op het coax aansluitnetwerk over te nemen en op basis hiervan een retail portfolio aan te bieden die te vergelijken is met de dienstverlening die mogelijk is via het koperen aansluitnetwerk van KPN. Dit is niet het geval.

8.5.2.2 Indirecte prijsdruk

414. Uit de retailanalyse in hoofdstuk 6 blijkt dat een coax aansluitnetwerk een substituut is voor (1) residentiële vaste telefoonaansluitingen, (2) breedbandinternettoegang via het koperen aansluitnetwerk van KPN en (3) omroep.

415. Om te kunnen vaststellen welk deel van de eindgebruikers van bovengenoemde retailmarkten moet overstappen om een 5-10 procent prijsstijging van het koperen aansluitnetwerk van KPN onrendabel te maken, heeft het college onderzocht welk aandeel het tarief voor ontbundelde toegang heeft in de prijs van het product wholesale-breedbandtoegang, welk aandeel het tarief van het product wholesale-breedbandtoegang heeft in de eindgebruikerstarieven voor breedbandinternettoegang en tevens welk deel van de kosten van het koperen aansluitnetwerk van KPN als marginaal zijn (d.w.z. op de korte termijn beïnvloed worden door afnemers van ontbundelde toegang).

416. Op basis van kostprijsgegevens voor de huidige tariefregulering van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN is het aandeel van de marginale kosten in de prijs van het product te berekenen. Op grond van cijfers ten behoeve van de tariefregulering ontbundelde toegang uit 2006 bleek deze te liggen tussen de 14 procent en 39 procent van de prijs voor ontbundelde toegang. De minimale aantal overstap van afnemers van koperen naar coax aansluitnetwerken die noodzakelijk is om een 10 procent prijsstijging voor ontbundelde toegang via het koperen aansluitnetwerk onrendabel te maken ligt tussen de 10,5 procent en 14,1 procent.¹⁷⁸

417. Aangezien de 'kale aansluitlijn' voor meerdere retailmarkten gebruikt wordt moet de hierboven genoemde *critical loss* gecorrigeerd worden voor het aandeel van de retailmarkten waarvoor het coax aansluitnetwerk geen alternatief is. Ongeveer 98 procent van de koperen aansluitlijnen worden momenteel gebruikt voor retaildiensten waarvoor de coax aansluitnetwerken een alternatief zijn. Het aantal overstappers van (1) residentiële vaste telefoonaansluitingen, (2) breedbandinternettoegang via het koperen aansluitnetwerk van KPN en (3) Omroep/IPTV dat noodzakelijk is om een prijsstijging van 10 procent onrendabel te maken ligt derhalve tussen 10,6 procent en 14,4 procent.

418. Om het daadwerkelijke effect van een dergelijke prijsverhoging (*actual loss*) te kunnen bepalen is het van belang inzicht te hebben in de (retail)prijselasticiteit van de vraag naar breedbandinternettoegang en residentiële vaste telefoonaansluitingen via het koperen aansluitnetwerk. Hiervoor zal eerste de relaties tussen verschillende wholesale en retailtarieven worden besproken.

¹⁷⁸ De zogenaamde *critical loss* (zie bijvoorbeeld Harris B. and Simons J. (1989), "Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?" *Research in Law and Economics* 12, pp. 207-226 en Katz, M. & Shapiro, C. (2003), "Critical Loss: Let's Tell the Whole Story", *Antitrust Magazine*, ABA Spring 2003.). Uitgaande van marge (M) = $(P - MC)/P$ en een relatieve prijsstijging van X is deze te berekenen als $CL = \frac{X}{X + M}$.

419. Uit gegevens van de SMM heeft het college vastgesteld dat het tarief voor ontbundelde toegang via koperen aansluitnetwerk van KPN een aandeel heeft van circa 52 procent in het retailtarief van residentiële vaste telefoonaansluitingen en een aandeel van 18 – 36 procent in het tarief van wholesale-breedbandtoegang. Het tarief van wholesale-breedbandtoegang heeft op haar beurt weer een aandeel van 40 – 55 procent in het retailtarief van breedbandinternettoegang. Een 10 procent prijsstijging van ontbundelde toegang zal derhalve resulteren in 5 procent prijsstijging van residentiële vaste telefoonaansluitingen en een 3 procent prijsstijging van breedbandinternettoegang.

420. In paragraaf 6.1.6 en in de marktanalyse vaste telefonie is reeds opgemerkt dat residentiële vaste telefoonaansluitingen en breedbandinternettoegang tegenwoordig ook veelvuldig worden afgenomen in zogenaamde bundels (met of zonder televisie). Uit onderzoek door onderzoeksbureau Heliview blijkt tevens dat de belangrijkste reden voor afnemers van breedbandinternet om te switchen van aanbieder de prijs is.¹⁷⁹ Het is derhalve aannemelijk dat afnemers van (bundels met) breedbandinternettoegang prijsgevoelig zullen zijn. Schwarz et al (2007)¹⁸⁰ rapporteren, op basis van gegevens van consumentenonderzoek in Oostenrijk uit 2006 voor breedbandinternettoegang een eigen prijselasticiteit van -2.545. Het college is van oordeel dat de Oostenrijkse prijselasticiteit een goede benadering vormt voor de eigen prijselasticiteit van breedbandinternettoegang in Nederland gelet op het feit dat de breedbandmarkt in Oostenrijk en Nederland niet significant van elkaar verschillen (zowel Nederland als Oostenrijk hebben een sterke penetratie van kabelnetwerken en een hoge adoptie van breedband). In randnummer 423 zal een gevoeligheidsanalyse gedaan worden ten aanzien van de conclusies. Het college is tevens van oordeel dat afnemers van enkel residentiële vaste telefonie via het aansluitnetwerk van KPN een minder elastische vraag hebben en derhalve in beperkte mate zullen overstappen naar vaste telefonie via de kabel (zie ook de marktanalyse vaste telefonie).

421. Uitgaande van een retailprijselasticiteit van -2.545 voor de vraag naar breedbandinternettoegang via het koperen aansluitnetwerk zal bij een 3 procent retailprijsstijging van breedbandinternettoegang via het koperen aansluitnetwerk de vraag naar ontbundelde toegang via het koperen aansluitnetwerk ten behoeve van breedbandinternettoegang met 7,7 procent toenemen. De totale vraag naar ontbundelde toegang via het koperen aansluitnetwerk zal, gelet op het feit ongeveer de 40 procent van alle retaildiensten via het koperen aansluitnetwerk bestaat uit breedbandinternettoegang, dalen met 3,1 procent.

422. Gelet op de *critical loss* van minimaal 10,6 procent, het feit dat reeds 7,7 procent van de breedbandinternettoegang afnemers overstapt naar coax aansluitnetwerken en dat bijna 60 procent van alle retaildiensten via het koperen aansluitnetwerk bestaat uit vaste telefonie moet bij een circa 5 procent retailprijsstijging van residentiële vaste telefonie ten minste 12 procent van de huidige afnemers van residentiële vaste telefonie overstappen.¹⁸¹ Gelet op de geringe elastische vraag naar

¹⁷⁹ Heliview, rapportage markttrends internet- en pc-gebruik q4 2007.

¹⁸⁰ Cardona, Mélisande, Schwarz, Anton, Yurtoglu, B. Burcin and Zulehner, Christine, "Demand Estimation and Market Definition for Broadband Internet Services" (December 2007). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1081261>.

¹⁸¹ Totale retailvraag naar ULL = 2 procent huurlijnen, 40 procent breedband en 58 procent vaste telefonie. Een daling van de totale vraag naar ULL is reeds 3,1 procent overstap door breedband (totaal effect = 40 procent * 7,7 procent = 3,1 procent). Voor een *critical loss* van 10,4 procent moet derhalve de overstap van vaste telefonie een totaal effect van (10,4 – 3,1 =) 7,3

residentiële vaste telefonie is dit naar het oordeel van college niet waarschijnlijk. Daarbij moet worden opgemerkt dat het waarschijnlijk is dat retail afnemers van residentiële vaste telefonie met een elastische vraag reeds vaak gebundeld afnemen en dat het overstap effect van deze groep retail klanten reeds is meegenomen in breedbandinternettoegang.

423. Eerdere studies in andere landen hebben een grote verscheidenheid aan eigen prijselasticiteiten van breedbandinternettoegang laten zien (Japan¹⁸² (-0,846), Verenigde Staten¹⁸³ (-1.184 en -1.462), Verenigd Koninkrijk¹⁸⁴ (-1,9) en Portugal¹⁸⁵ (-3.196). Uitgaande van verschillende mogelijke elasticiteiten voor vaste telefonie blijkt uit onderstaande tabel 8 dat de *critical loss* altijd hoger is dan de *actual loss* (met andere woorden ook uitgaande van andere elasticiteiten voor vaste telefonie en breedbandinternettoegang is het niet aannemelijk dat er voldoende retail klanten overstappen naar breedbandinternettoegang en residentiële vaste telefonie via kabelnetwerken om een 5-10 procent prijsverhoging van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk te disciplineren).

Tabel 8: Actual loss bij een 10 procent prijsstijging van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk voor verschillende elasticiteiten van vaste telefonie en breedbandinternettoegang

Elasticiteit vast telefonie	Elasticiteit breedbandinternettoegang			
	Japan (-0,846)	Verenigd Koninkrijk (-1,9)	Oostenrijk (-2,545)	Portugal (-3,196)
-0.25	-1.9 procent	-3.1 procent	-3.9 procent	-4.6 procent
-0.50	-2.9 procent	-4.1 procent	-4.8 procent	-5.6 procent
-0.75	-3.8 procent	-5.0 procent	-5.8 procent	-6.5 procent
-1.00	-4.8 procent	-6.0 procent	-6.7 procent	-7.5 procent
<i>Critical loss</i>	10,6 - 14,4 procent	10,6 - 14,4 procent	10,6 - 14,4 procent	10,6 - 14,4 procent
Is een 10 procent prijsstijging winstgevend?	JA			

424. Te verwachten is dan ook dat een prijsverhoging van 5 procent tot 10 procent op de markt voor ontbundelde toegang in onvoldoende mate tot overstap in de retailmarkten voor residentiële vaste

procent veroorzaken. Gelet op het aandeel van vaste telefonie in de totale vraag naar ULL moet bij een 3 procent prijsstijging dan tenminste (7,3 procent / 58 procent =) 12,5 procent van de afnemers van vaste telefonie overstappen naar coax aansluitnetwerken. De kritische prijselasticiteit van vaste telefonie zou dan -2 zijn.

¹⁸² Ida, T., Kuroda, T. (2006), "Discrete choice analysis of demand for broadband in Japan", Journal of Regulatory Economics, 29(1), p5-22.

¹⁸³ Crandall, R.W., Sidak, J.G., Singer, H.J. (2002), "The empirical case against asymmetric regulation of broadband internet access", Berkeley Law and Technology Journal 17(1), p953-87; Rappoport, P., Kridel, D., Taylor, L., Duffy-Deno, K. Alleman, J. (2003), "Residential demand for access to the internet", Chapter 5 in the International Handbook of Telecommunications Economics, volume II.

¹⁸⁴ OFCOM (2008), "Review of the wholesale broadband access markets 2006/07", p216.

¹⁸⁵; Pereira, P. Ribeiro, T. (2006), "The impact of broadband access to the internet of the dual ownership of telephone and cable networks", working paper.

telefoonaansluitingen en breedbandinternettoegang via kabelnetwerken zal leiden om deze niet winstgevend te kunnen doorvoeren.

425. Het college concludeert dat de coax aansluitnetwerken onvoldoende indirecte prijsdruk uitoefenen via de retailmarkten voor residentiële vaste telefoonaansluitingen, datacommunicatiediensten, huurlijnen en breedbandinternettoegang om een wholesale prijsverhoging van de ontbundelde aansluitlijn niet winstgevend te kunnen doorvoeren.

426. Het college concludeert dat de coax aansluitnetwerken en ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk niet tot dezelfde relevante markt behoren.

8.5.3 FttH-netwerken

427. In tegenstelling tot de eerste marktanalyse zijn er momenteel op verschillende plaatsen in Nederland glasvezelaansluitnetwerken aangelegd waarover verschillende retaildiensten worden geleverd. Zoals hierna nader uiteen zal worden gezet heeft het college geconstateerd dat via ODF-access op een glasvezelaansluitnetwerk een functionaliteit gerealiseerd kan worden die vergelijkbaar is met MDF-access op het traditioneel koperen aansluitnetwerk.¹⁸⁶ Deze overeenkomsten zijn te constateren aan de retailzijde, er worden immers vergelijkbare diensten aangeboden (met name breedband internettoegang en vaste telefonie, maar ook IPTV) en er is overstapgedrag zichtbaar bij eindgebruikers. In een beperkt aantal nieuwbouwgebieden is het aansluitnetwerk zelfs al geheel in glas uitgevoerd en vervult het de functie die het koperen net elders heeft¹⁸⁷. In de hierna volgende paragraaf zal het college eerst nader uiteenzetten dat ODF-access een met MDF-access vergelijkbare vorm van ontbundelde toegang mogelijk maakt, om vervolgens in te gaan op een bijzondere vorm van glasvezelaansluitnetwerken, namelijk dark fiber.

8.5.3.1 Directe prijsdruk

428. Om te kunnen bepalen of er sprake is van directe prijsdruk op wholesaleniveau tussen ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN en ontbundelde toegang tot glasvezel aansluitnetwerken, heeft het college onderzocht of een aan ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van toegang kan worden geboden via glasvezel aansluitnetwerken.

429. Het college heeft aan marktpartijen gevraagd of via, reeds aangelegde, glasvezel aansluitnetwerken op korte termijn en zonder significante extra investeringen een aan ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN, equivalente vorm van toegang mogelijk is. Alle ondervraagde marktpartijen geven aan dat een dergelijke vorm van toegang in elk geval op korte termijn mogelijk is.

¹⁸⁶ KPN biedt in onder meer in beperkte delen van nieuwbouwwijken in Vleuten, Etten-Leur, Amsterdam (Westerdokseiland) en Hoofddorp uitsluitend diensten over glas waar geen koperlijnen zijn om retaildiensten aan eindgebruikers te kunnen bieden (<http://www.kpn.com/Prive/glasnet.htm>).

¹⁸⁷ <http://www.kpn.com/Prive/glasnet.htm>.

430. Door Telecompaper is in opdracht van het college (onder meer) onderzocht op welke wijze de topologie van huidige en geplande FttH-netwerken in Nederland uitgevoerd wordt.¹⁸⁸ Gebleken is dat in alle gevallen een model met zogenaamde PtP-verbindingen toegepast wordt. Kenmerkend voor dit model is dat voor iedere eindgebruiker een individuele glasvezelverbinding gerealiseerd wordt tussen de eindgebruikerslocatie en de ODF-locatie. Op de ODF-locatie komen tot enkele duizenden eindgebruikersaansluitingen samen op een wijze die in grote mate vergelijkbaar is met de wijze waarop koperenaansluitlijnen bij elkaar komen op de hoofdverdeler in één van de huidige MDF-locaties. Het voornaamste verschil is dat er geen sprake is van een hoofdverdeler met koperen kruisdraden maar dat er bij ODF-access een optische verdeler (de ODF) wordt toegepast voor deze verglaasde aansluitlijnen. Dit laat echter onverlet dat het college constateert dat er op de ODF een vorm van ontbundelde toegang mogelijk is die equivalent is aan de ontbundelde toegang die nu bestaat tot het aansluitnetwerk waar dat in koperaderparen is uitgevoerd.

431. Op dit moment is bij veel FttH-netwerken (nog) géén sprake van een situatie waarin verschillende aanbieders op de actieve laag actief zijn (zie tabel 9).

Tabel 9: Overzicht glasvezel aansluitnetwerken in Nederland

Project	Passieve laag	Actieve laag	Diensten laag
Almere Fiber Pilot	AFCo	First Mile Ventures	<ul style="list-style-type: none"> UNET (internet, telefonie), HERTZinger Satelliet (TV, radio) KPN (internet, telefonie, TV, radio)
AlmeerNet	Reggefiber	KPN	<ul style="list-style-type: none"> In de loop van 2008 volgen de dienstenaanbieders
Amersfoort Nieuwland	NEM Amersfoort	NEM Amersfoort	<ul style="list-style-type: none"> XMS (telefonie, internet, TV)
Amersfoort Vathorst	GNEM (Reggefiber)	GNEM (Reggefiber)	<ul style="list-style-type: none"> XMS (telefonie, internet, TV)
Amsterdam CityNet	GNA	BBned	<ul style="list-style-type: none"> Concepts ICT (telefonie, internet, tv, radio) Fast ICT/Qfast (telefonie, internet, TV) InterNLnet (telefonie, internet) Alice (telefonie, internet, TV) XMS (telefonie, internet, TV)
GNEM Patio	GNEM (Reggefiber)	GNEM (Reggefiber)	<ul style="list-style-type: none"> XMS (telefonie, internet, TV)
GNEM Portaal	GNEM (Reggefiber)	GNEM (Reggefiber)	<ul style="list-style-type: none"> XMS (telefonie, internet, TV)
KPN Glasnet Enschede	KPN	KPN	<ul style="list-style-type: none"> UNET (internet, telefonie, mobiele telefonie), , HERTZinger Satelliet (TV, radio) Introweb (internet, telefonie, tv, radio) Solcon (internet, telefonie), HERTZinger Satelliet (TV, radio) Concepts ICT (telefonie, internet, TV, radio)
Lijbrandt Hillegom	Lijbrandt	Lijbrandt	<ul style="list-style-type: none"> Lijbrandt (telefonie, internet, TV)

¹⁸⁸ Telecompaper, "Fibre-to-the-Home (FttH) in the Netherlands", mei 2008

Project	Passieve laag	Actieve laag	Diensten laag
Naaldwijk-Woerdblok	CAIW	CAIW	• CAIW (telefonie, internet, TV)
OnsBrabantNet (Helmond, Geldrop- Mierlo, Valkenswaard, Best)	NEM Brabant	NEM Brabant	• Edutel (internet, telefonie), HERTZinger Satelliet (TV, radio)
OnsNet Eindhoven	NEM Eindhoven	NEM Eindhoven	• Edutel (internet, telefonie), HERTZinger Satelliet (TV, radio)
OnsNet Nuenen	NEM Nuenen	NEM Nuenen	• Edutel (internet, telefonie), HERTZinger Satelliet (TV, radio)
Rotterdam Lloydkwartier, Rotterdam Nesselande (Glasvezel Rotterdam)	Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam	BBned	• Luna (internet) • Concepts ICT (telefonie, internet)
TwenNet	NEM Rijssen/Holten	NEM Rijssen/Holten	• Concepts ICT(telefonie, internet) • Solcon (internet, telefoon), HERTZinger Satelliet (TV, radio)
Y-3net Deventer	Y-3net	Y-3Net	• Concepts ICT (telefonie, internet, TV, radio) • Alice (telefonie) • Y-3net (TV)

Bron: TelecomPaper 2008

432. In opdracht van het college heeft onderzoeksbureau Analysys Mason twee onderzoeken uitgevoerd naar de financiële haalbaarheid van ontbundelde toegang via glasvezel aansluitnetwerken (hierna: het Analysys-onderzoek en het Analysys-vervolgonderzoek). Het (eerste) Analysys-onderzoek¹⁸⁹ heeft voor de berekening van de kosten van het aanleggen van een glasvezelnetwerk in Nederland als belangrijke uitgangspunten de graafkosten als mede ook de geografische dekking van de (geplande) uitrol gehanteerd. Het Analysys-onderzoek concludeert dat *“using realistic inputs of EUR30 per metre for duct costs and a KPN roll-out to 60% of lines [...] the business case [for KPN] is viable at an incremental net ARPU of less than 18 euro per subscriber per month”*. Voor alternatieve DSL-aanbieders komt het Analysys-onderzoek tot de conclusie dat *“[o]n the assumption that KPN does rollout an FTTH network, then the wide scale deployment of Fiber unbundling by an alternative provider may well be viable, though this is by no means straightforward”*.

433. Na afronding van het eerste rapport is meer concrete informatie beschikbaar gekomen over onder meer architectuur en tarifiering van de door KPN en Reggefiber beoogde uitrol van FttH-netwerken. Het college heeft daarom aan Analysys Mason de opdracht gegeven om het eerste rapport over de commerciële haalbaarheid van ODF-access verder te onderbouwen. In dit Analysys vervolgonderzoek is een aantal aannames aangepast aan de hand van het actuele ODF aanbod, zoals dat aan potentiële afnemers is gedaan¹⁹⁰. Daarnaast is een aantal (potentiële) actieve operators¹⁹¹ benaderd. Op basis van de doorrekening in het tweede rapport komt Analysys Mason tot volgende uitkomsten: *“we estimate that the incremental cost per subscriber relative to LLU is between EUR 12.0 and EUR 14.9 per subscriber per month.”* Met betrekking tot de vraag of andere operators een met ULL-koper vergelijkbare business case kunnen hebben, komt Analysys Mason tot de

¹⁸⁹ Analysys Mason, *“The business case for fibre-based access in the Netherlands”*, Rapport in opdracht van OPTA, 12 juni 2008.

¹⁹⁰ Analysys Mason, *“The business case for fibre-based access in the Netherlands”*, december 2008.

¹⁹¹ [vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXX]

volgende conclusie: “*This does not change our conclusion on the viability of the FU business case for alternative operators, which remains possible but not straightforward (because it requires significant additional revenue over the LLU case).*”

434. Uit de Analysys-onderzoeken blijkt dat onder realistische aannames er voor zowel KPN als alternatieve DSL-aanbieders via ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN een equivalente vorm van toegang kan worden geboden via glasvezelaansluitnetwerken..

435. Daar komt bij dat het college heeft geconstateerd dat de voorgenomen commerciële tarieven voor ODF-access niet veel hoger zullen liggen dan voor MDF-access. Voor MDF-access geldt momenteel een tarief van ongeveer 8 Euro. De commerciële wholesaletarieven voor ODF-line rental zoals opgenomen in het voorstel voor een commercieel aanbod¹⁹² van de KPN/Reggefiber gemeenschappelijke onderneming liggen in de range van 12-15 Euro per maand. Afnemers die overstappen van MDF-access naar ODF-access kunnen dezelfde retailmarkten blijven bedienen. Deze afnemers betalen weliswaar een iets hoger tarief voor de ontbundelde toegang, maar daar staan ook hogere opbrengsten per eindgebruiker tegenover, omdat het mogelijk is om breedbandinternet-toegangsdiensten met een hogere toegevoegde waarde (snelheid) te leveren. Daarnaast is het ook mogelijk om analoge TV over de glazen aansluitlijnen te leveren, en/of aanzienlijke bandbreedte te benutten voor digitale (IP)TV-diensten.

436. Door het college wordt geconstateerd dat er reeds op basis van commerciële ODF-line rental tarieven voldoende aanwijzingen zijn dat op glas een met ULL-koper vergelijkbare mogelijkheden voor een business case kunnen zijn¹⁹³.

437. Het college concludeert dat een aan ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van wholesaletoegang via glasvezelaansluitnetwerken realiseerbaar is op basis van ODF-access. Dit betekent dat een wholesale-afnemer in staat zou moeten kunnen zijn de volledige aansluiting van een eindgebruiker op het glazen aansluitnetwerk over te nemen en op basis hiervan een retail portfolio aan te bieden die te vergelijken is met de dienstverlening die mogelijk is via het koperen aansluitnetwerk van KPN. Ook alle ondervraagde marktpartijen beaamen de conclusie van het college dat via een glasvezelaansluitnetwerk dezelfde diensten geleverd kunnen worden als via het koperen aansluitnetwerk.

438. Het college concludeert dat ontbundelde toegang tot glasvezelaansluitnetwerken (op basis van ODF-access) en ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk (op basis van MDF-access en SDF-access) tot dezelfde relevante markt behoren.

8.5.3.2 Zakelijk glasvezelnetwerken

439. Er kan op hoofdlijnen een onderscheid gemaakt worden tussen twee soorten glasvezelnetwerken voor zakelijke toepassingen:

¹⁹² [vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]

¹⁹³ Het college heeft het besluit op dit punt verduidelijkt naar aanleiding van het vervolgonderzoek van Analysys Mason.

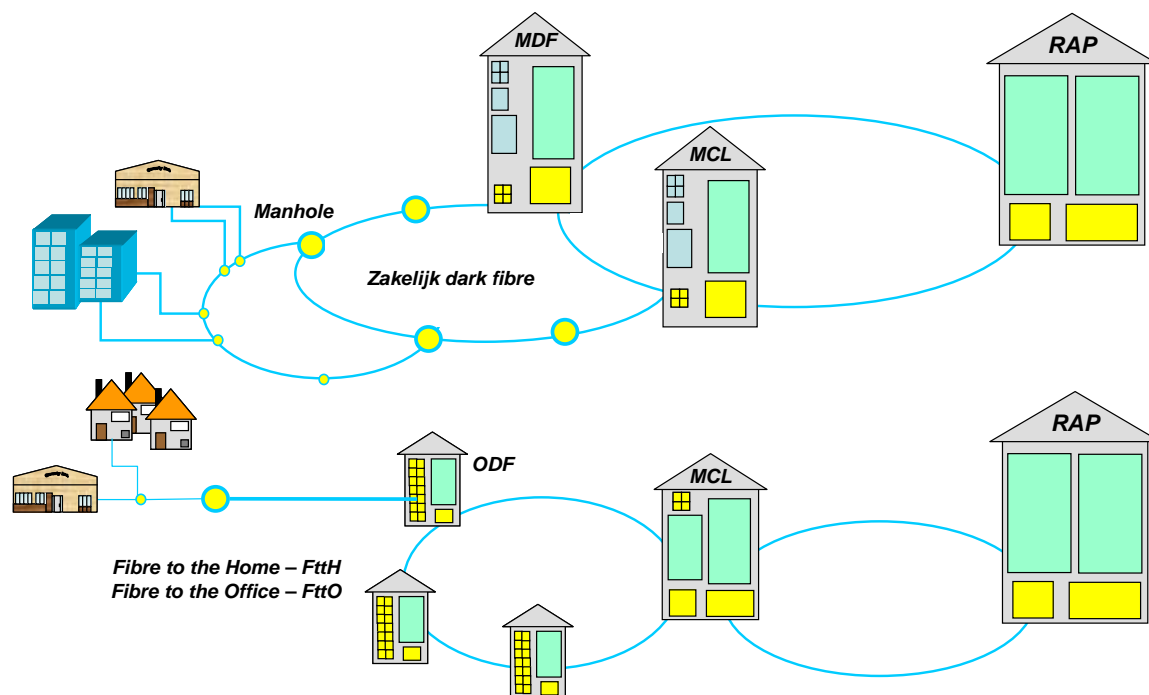
- aansluitnetwerken volgens een sternet-architectuur; dit type komt sterk overeen met de in de voorafgaande paragraaf beschreven FttH netwerken volgens het PtP-principe. Net als bij het aansluiten van residentiële locaties loopt er bij dit type netwerken per individuele (zakelijke) eindgebruikerslocatie een individuele glasverbinding naar een ODF-centrale in de nabijheid. Inherent aan dit type aansluitingen is dat er een zekere kwetsbaarheid zit in het gegeven dat er slechts sprake is van een enkelvoudige niet redundante verbinding tussen eindgebruiker en centrale op een manier zoals gebruikelijk is bij zowel FttH als de traditionele kopernetten.¹⁹⁴ Ter verduidelijking zou deze vorm van zakelijke glasaansluitingen aangeduid kunnen worden als “Fiber-to-the-Office” (FtO). Als generieke term voor de hiervoor beschreven vorm van toegang past het college de term “ODF-access” toe.
- aansluitnetwerken volgens een ring-architectuur ten behoeve van de retailmarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen¹⁹⁵, welke behandeld wordt in het marktanalyse besluit huurlijnen. Ter onderscheid van ODF access rekent het college deze vorm van redundante ringtoegang tot *dark fiber*. In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord of ODF-access en de toegang tot *dark fiber* tot dezelfde relevante markt behoren.

440. Ontbundelde toegang via *dark fiber* vormt geen reëel alternatief voor ontbundelde toegang op basis van ODF-access. De onderliggende glasvezelaansluitlijnen hebben namelijk een verschillende functionaliteit en daarmee ook verschillende kostenstructuur. De voor *dark fiber* gebruikte netwerkimplementaties voor het realiseren van *dedicated* glasverbindingen (huurlijn-functionaliteit) met hoge beschikbaarheid en hoge capaciteit naar eindgebruikerslocaties is namelijk niet geschikt voor ODF-access. Dit *dark fiber* is en wordt typisch aangelegd in de vorm van ringstructuren om de hiervoor genoemde hoge beschikbaarheid mogelijk te maken. Door het construeren van ringen is het mogelijk om een (zakelijke) eindgebruikerslocatie via twee geografisch gescheiden routes aan te sluiten, zodat er een redundante verbinding ontstaat, die een hoge beschikbaarheid kan garanderen. Hierdoor zijn de aanlegkosten van *dark fiber* aanzienlijk hoger dan bij aansluitnetwerken op basis van ODF-access. Dit uit zich ook in de tariefverschillen. De goedkoopste redundante wholesale glasaansluiting (wholesale Ethernet Access) kost bij **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]**, terwijl de commerciële tarieven die Reggefiber in Almere rekent voor ODF-access in de buurt liggen van de **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXX]** per maand plus **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXX]**. Op basis van het bovenstaande concludeert het college dat er geen sprake is van directe vraagsubstitutie tussen *dark fiber* en ontbundelde toegang op basis van ODF-access.

441. Er is ook geen sprake van indirecte vraagsubstitutie, omdat ODF-access en *dark fiber* bouwstenen vormen voor verschillende onderliggende wholesale- en retailmarkten.

¹⁹⁴ Bij de hier beschreven netten leidt een kabelbreuk in de aansluitlijn er toe dat betreffende eindgebruiker van de rest van het netwerk afgesloten is, inherent aan de architectuur van een dergelijk aansluitnet is dat niet voorzien niet is in een alternatieve route om de eindgebruiker in een dergelijk geval toch verbinding te kunnen bieden.

¹⁹⁵ Zowel zakelijke glasaansluitingen voor hoge capaciteit op basis van ‘legacy’-technieken (bijvoorbeeld ATM) en zakelijke glasaansluitingen op basis van Ethernet als onderliggende transporttechniek.



Figuur 21: Verschil in topologie tussen de ringstructuren voor dark fibre (boven) en het aansluitnet op basis van ODF-access voor FttH/FttO-toepassing (onder)¹⁹⁶

442. Er is ook geen sprake van aanbodsstitutie tussen dark fiber en ODF-access. Aanbieders die actief zijn op ODF-access dienen aanzienlijke aanpassingen te doen in hun netwerkuitrol om redundante toegang te kunnen aanbieden op een wijze zoals hiervoor beschreven bij dark-fiber; ODF access-netwerken worden typisch gebiedsgewijs aangelegd, waarbij de aanlegkosten gespreid kunnen worden over een groot aantal aansluitingen, opdat met relatief lage opbrengsten per aansluiting genoeg genomen kan worden. De aanleg van *dark fiber* naar zakelijke eindgebruikers kenmerkt zich in hogere mate door een vraaggestuurd karakter per afzonderlijk (grote bedrijfslocatie) of beperkt aantal individueel aan te sluiten eindgebruikerslocaties (zoals bedrijfsterreinen). Aangezien dit relatief hogere kosten per aansluiting met zich mee brengt, is een dergelijke aanleg alleen rendabel als de opbrengsten veel hoger zijn dan op een ODF-aansluiting gebruikelijk is.

443. Het college concludeert dat *dark fiber* en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (op basis van MDF-access, SDF-access en ODF-access) niet tot dezelfde relevante markt behoren¹⁹⁷.

444. Waar het college in het vervolg spreekt over ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk doelt hij op ontbundelde toegang via het koperenaansluitnetwerk van KPN (op basis van MDF-access en SDF-access) en via glasvezelaansluitnetwerken (op basis van ODF-access).

8.5.4 Mobiele en draadloze netwerken

445. Ten aanzien van mobiele en draadloze netwerken is in de praktijk nauwelijks sprake van directe

¹⁹⁶ Het college heeft de figuur aangepast ter verduidelijking van de marktafbakening voor ODF-access.

¹⁹⁷ Het college heeft het besluit verduidelijkt naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 69.

prijstdruk. Het college heeft ook reeds in de vorige marktanalyse geconstateerd dat een aan ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van ontbundelde toegang via mobiele en draadloze netwerken niet of nauwelijks realiseerbaar is.¹⁹⁸ In de onderstaande punten zal daarom enkel ander worden ingegaan op de indirecte prijstdruk van de verschillende netwerken op de onderliggende retailmarkten.

8.5.4.1 Mobiele netwerken

446. In de eerste ronde van de marktanalyse heeft het college geconstateerd dat mobiel internet tot dusver onvoldoende volwassen is om beschouwd te worden als reëel alternatief voor vast (breedband) internettoegang. Voor breedbandinternettoegang gold dat de prijs per te downloaden kbit via mobiele netwerken veel hoger is dan via DSL en kabel. De prijs/bandbreedte verhouding die via mobiele netwerken mogelijk is, was niet te vergelijken met de verhouding die mogelijk is via vaste netwerken. Op de (oude) markt voor datacommunicatiediensten en huurlijnen gold daarom des te meer dat via mobiele netwerken geen substituuat wordt geboden.

447. Het college heeft deze stelling ook voorgelegd aan marktpartijen in haar vragenlijst. De helft van bevroegde marktpartijen beaamt de conclusie van het college. De andere helft geeft aan dat nieuwe generatie mobiele en draadloze netwerken hogere bandbreedtes heeft dan de vorige generaties en dat niet uit te sluiten is dat aan het eind van de reguleringsperiode deze mobiele en draadloze netwerken mogelijk dezelfde diensten geleverd kunnen worden als via het koperen aansluitnetwerk.

448. Voor de komende reguleringsperiode verwacht het college inderdaad dat de kosten van breedbandinternettoegang via mobiele netwerken zullen dalen terwijl de bandbreedte verder zal toenemen. Alle mobiele operator hebben hun UMTS netwerk geupgrade met *High-Speed Downlink Packet Access* (HSPDA) waarmee een theoretische downloadsnelheid van 3,6 MB/s gehaald kan worden. Tevens zijn KPN en Vodafone bezig met de uitrol van *High-Speed Uplink Packet Access* (HSUPA) is een uploadsnelheid van 1,4 MB/s theoretisch mogelijk.

449. Aangezien echter ook bandbreedtes van de koperen en coax aansluitnetwerken zijn geupgrade waardoor theoretische downloadsnelheid van 200 MB/s gehaald kunnen worden en de uitrol van glasvezel aansluitnetwerken met een theoretische downloadsnelheid van 10 GB/s, zijn door de uitrol van *High-Speed Packet Access* (HSPA) de mobiele aansluitnetwerken niet in staat om een vergelijkbaar aanbod voor breedbandinternettoegang te leveren als de vaste aansluitnetwerken via koper, coax dan wel glas.¹⁹⁹

450. Voor telefonie geldt ten slotte dat in de marktanalyse vaste telefonie is geconstateerd dat mobiele telefonie thans (nog) geen substituuat vormt voor vaste telefoonaansluitingen via het koperen aansluitnetwerk van KPN.

¹⁹⁸ In de Verenigde Staten onderzoekt de FCC de mogelijkheden om aan vergunningshouders van frequentiekavels voor mobiele en draadloze netwerken een verplichting op te leggen toegang te bieden door het delen van bandbreedte met derden. Dit kan echter niet gezien worden als toegang tot de individuele aansluitlijn.

¹⁹⁹ Zie "Dutch mobile broadband prices show sharp drop", TelecomPaper, RB28008 / 20080402.

451. Het college concludeert dat mobiele netwerken en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk niet tot dezelfde relevante markt behoren.

8.5.4.2 Wireless fidelity (WiFi)

452. Op de markt voor laagcapacitaire huurlijnen via het koperen aansluitnetwerk van KPN en de markten voor zakelijke en residentiële telefoonaansluitingen spelen WiFi aansluitnetwerken geen rol van betekenis. Tevens blijkt uit paragraaf 6.1.3 tevens ook dat de rol van WiFi aansluitnetwerken bij breedbandinternettoegang te beperkt is om te kunnen spreken van een vraagsubstituut. Hierdoor is het college nog steeds van oordeel dat Wifi aansluitnetwerken onvoldoende prijsdruk uitoefenen op ontbundelde toegang via het koperen aansluitnetwerk om tot dezelfde relevante markt gerekend te worden.

453. Het college concludeert dat WiFi-verbindingen en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk niet tot dezelfde relevante markt behoren.

8.5.4.3 Wireless Local Loop (WLL)

454. Wireless Local Loop (WLL) is een technologie die draadloze/mobiele verbindingen mogelijk maakt. Voor WLL zijn meerdere frequentiebanden bestemd: 2,6 GHz, 3,5 GHz en 26 GHz. Voor het gebruik van deze frequentiebanden zijn vergunningen benodigd. Met WLL kunnen zowel punt-multipunt als multipunt-multipunt verbindingen worden gerealiseerd en WLL kan gebruikt worden voor verschillende diensten. Zo kan de WLL 26 GHz frequentieband onder meer gebruikt worden voor het bieden van datacommunicatiediensten of (wholesale) huurlijnen, bijvoorbeeld voor het verbinden van de basisstations voor mobiele netwerken, maar ook voor het realiseren van breedbandverbindingen. De 2,6 GHz en 3,5 GHz frequentiebanden zijn meer geschikt voor het bieden van breedbandverbindingen.

455. In de marktanalyse huurlijnen is geconstateerd dat WLL een substituut vormt voor laagcapacitaire huurlijnen over het koperen aansluitnetwerk. Slechts ongeveer 1,8 procent van de aansluitlijnen wordt gebruikt voor levering van deze beide diensten. Een prijsverhoging voor ontbundelde toegang zou dus in elk geval voor ruim 98 procent van de aansluitlijnen niet leiden tot overstap. Zelfs als alle wholesale-afnemers of eindgebruikers zouden overstappen op alternatieven via WLL zou dit maximaal leiden tot een daling van het aantal gerealiseerde aansluitlijnen via het koperen aansluitnetwerk van KPN met 1,8 procent. Een prijsverhoging van ontbundelde toegang via het koperen aansluitnetwerk zal naar het oordeel van het college en gelet op de *critical loss* van minimaal 14,4 procent (zie punt 417) niet leiden tot voldoende overstap naar WLL aansluitnetwerken om deze prijsstijging winstgevend te kunnen doorvoeren. Het college concludeert in paragraaf 6.1.3 tevens dat WLL in de komende reguleringsperiode niet tot de relevante markt voor breedbandinternettoegang hoort.

456. Het college concludeert dat WLL-verbindingen en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk niet tot dezelfde relevante markt behoren.

8.5.4.4 Satellietverbindingen

457. Op de markt voor laagcapacitaire huurlijnen via het koperen aansluitnetwerk van KPN en de markten voor hoogcapacitaire en laagcapacitaire telefoonaansluitingen speelt satellietcommunicatie geen rol van betekenis. Tevens blijkt tevens ook dat de rol van satellietnetwerken bij breedbandinternettoegang te beperkt is om te kunnen spreken van een vraagsubstituut.

458. Het college concludeert dat satellietverbindingen en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk niet tot dezelfde relevante markt behoren.

8.5.5 Conclusie productmarkt

459. Het college heeft hierboven geconstateerd dat glasvezelaansluitnetwerken (op basis van ODF-access) en ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN (op basis van MDF-access en SDF-access) tot dezelfde relevante markt behoren. Andere aansluitnetwerken zoals coax aansluitnetwerken, *dark fiber*, mobiele netwerken, WiFi-, WLL- en satellietverbindingen behoren niet tot de relevante markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.

460. Het college concludeert dat de relevante productmarkt voor (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN (op basis van MDF-access en SDF-access) alsmede toegang tot glasvezelaansluitnetwerken (op basis van ODF-access) omvat (oftewel de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk).

8.6 Afbakening geografische markt

461. In deze paragraaf zal de vraag beantwoord worden of de relevante geografische markt nationaal is of dat er aanleiding is om sub nationale markten af te bakenen.

462. In de richtsnoeren en de bekendmaking inzake de afbakening van de relevante markt wordt het begrip relevante geografische markt als volgt gedefinieerd: *“De relevante geografische markt bevat het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Voor de afbakening van de geografische markt wordt niet vereist dat de mededingingsvoorwaarden tussen de handelaars of dienstenaanbieders volstrekt homogeen zijn. Het volstaat dat ze op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn, zodat alleen zones waarin de concurrentievoorwaarden „heterogeen” zijn, niet als een uniforme markt kunnen worden beschouwd .”*

463. De bepaling van de relevante geografische markt omvat dus een analyse van de overeenkomsten of homogeniteit van de concurrentievoorwaarden in verschillende gebieden.

464. De aanbodstructuur op de markt voor ontbundelde toegang is op dit moment homogeen. Op de markt voor ontbundelde toegang is feitelijk sprake van één aanbieder, namelijk KPN²⁰⁰. KPN biedt op dit moment landelijke toegang tot MDF-access en hanteert een landelijk uniform aanbod. Behalve toegang op MDF-niveau biedt KPN ontbundelde toegang op straatkastniveau (SDF-access). Dit wordt op dit moment nog niet afgenomen door KPN of derde partijen. Ontbundelde toegang tot glasvezel (ODF-access) wordt momenteel nog nauwelijks aangeboden door KPN of derde partijen en dus ook nauwelijks afgenomen. Glasvezelnetwerken hebben momenteel een beperkte dekking van ongeveer 3 procent (homes passed). Het college verwacht dat glasvezelnetwerken in de komende reguleringsperiode een dekking van 10-15 procent kunnen realiseren.

465. De aanbieders (met name KPN) en de vragers naar ontbundelde toegang op de verschillende locaties bestaan over het algemeen uit dezelfde partijen. De vraag kent ook een nationaal karakter waarbij aangetekend dat de economische haalbaarheid om ontbundelde toegang af te nemen tussen verschillende gebieden verschilt vanwege schaaffecten.

466. In de komende reguleringsperiode zal de aanbodstructuur van de markt voor ontbundelde toegang gaan veranderen als gevolg van AI-IP-plannen van KPN. KPN zal vanaf medio 2010 aanvangen met de uitfasering van MDF-access. In deze gebieden zal KPN glas uitrollen tot het niveau van de straatkast of direct overgaan op FttH.²⁰¹ Als KPN glasvezel uitrolt naar de straatkast komt ontbundelde toegang tot koperen aansluitnetwerk KPN van op basis van SDF-access beschikbaar. Als KPN naar FttH gaat zal KPN een keuze maken tussen een rol als passieve operator (aanbieder van ODF-access) of als actieve operator (afnemer van ODF-access van een derde partij). In de komende reguleringsperiode zullen als gevolg van AI-IP dus verschillende gebieden ontstaan: 1) Gebieden waar voornamelijk MDF-access wordt aangeboden, 2) gebieden waar geen MDF-access, maar SDF-access wordt aangeboden, 3) gebieden waar geen MDF-access, maar ODF-access wordt aangeboden, en 4) gebieden waar in het kader van de transitie sprake is van overlay. De exacte omvang van deze gebieden aan het einde van de komende reguleringsperiode is momenteel onduidelijk. Wel heeft KPN aangegeven tenminste 50 procent dekking op basis van MDF-access in stand te houden.

467. De vraag is of deze veranderingen in de aanbodstructuur tot dusdanig grote geografische verschillen concurrentieomstandigheden leiden dat een geografische afbakening kleiner dan nationaal te rechtvaardigen is.

468. Er zal naar verwachting een (vrijwel) landelijk aanbod van KPN voor ontbundelde toegang beschikbaar blijven. Het aanbod van ontbundelde toegang door derde partijen (op basis van ODF-access) zal zeer beperkt zijn. Het aanbod van KPN voor ontbundelde toegang zal gedifferentieerd zijn, omdat MDF, SDF en ODF-toegang gedifferentieerde producten zijn. De verschillen tussen deze

²⁰⁰ KPN is de enige aanbieder van ontbundelde toegang over koper. Het college verwacht dat er in de komende reguleringsperiode op beperkte schaal ontbundelde toegang tot glas door derde partijen zal worden aangeboden. De grootste (potentiële) aanbieder van ontbundelde toegang over glasvezel is Reggefiber. In mei 2008 hebben KPN en Reggefiber aangekondigd een gemeenschappelijke onderneming te sluiten.

²⁰¹ Wellicht ook dat KPN in bepaalde landelijke gebieden zal kiezen voor draadloze oplossingen, maar dat is op dit moment nog geheel niet duidelijk.

producten zijn echter niet dusdanig groot dat gesproken kan worden over aparte relevante productmarkten. Dit betekent dat voor zover geografische verschillen ontstaan doordat het productaanbod van ontbundelde toegang op basis van MDF, SDF en ODF gedifferentieerd is er geen aanleiding is een aparte geografische markt af te bakenen. Voor zover deze verschillen in het aanbod te verklaren zijn vanuit concurrentieverschillen tussen verschillende gebieden kan dit wel leiden tot sub nationale markten. Van belang hierbij is of de concurrentieomstandigheden in ODF, SDF en MDF-gebieden op de onderliggende retail markten voldoende homogeen zijn. De vraag naar ontbundelde toegang is namelijk een afgeleide vraag van de vraag naar diensten op de onderliggende retailmarkten. In de analyses van de onderliggende retailmarkten voor laagcapacitaire huurlijnen, breedbandinternettoegang en vaste telefonie concludeert het college dat de concurrentieomstandigheden in de verschillende gebieden in Nederland in de komende reguleringsperiode voldoende homogeen zijn om te kunnen spreken over een nationale markt. Op basis hiervan ziet het college geen aanleiding de markt voor ontbundelde toegang nauwer af te bakenen dan nationaal.

469. Het college heeft de hypothese dat de markt voor ontbundelde toegang nationaal is ook voorgelegd aan marktpartijen. Deze hypothese wordt op één partij na **[vertrouwelijk: XXX]** door alle partijen onderschreven. Deze ene partij geeft aan dat in beginsel het aanbod van ontbundelde toegang (van KPN) een nationaal karakter heeft en dat de vraag van afnemers van ontbundelde toegang gebaseerd is op een nationale vraag, maar dat de intensiteit van de concurrentie per gebied kan (gaan) verschillen door o.a. lokale uitrol van FttH en FttC en lokale marketingreacties door kabelbedrijven hierop.

470. Het college concludeert dat deze partij onderschrijft dat de vraag en het aanbod op de markt voor ontbundelde toegang een nationaal karakter kent. Het college onderkent ook dat er mogelijk geografische verschillen kunnen gaan ontstaan. Op dit moment is echter nog onvoldoende duidelijk in welke gebieden dit zal zijn en wat de omvang en impact hiervan zal zijn. Zo is het enkele feit dat partijen overwegen om tarieven lokaal te differentiëren in glasgebieden en dit op zeer geringe schaal gedaan hebben, voor het college nog onvoldoende bewijs dat in glasgebieden de concurrentieomstandigheden duurzaam zullen verschillen van andere gebieden. Zo is het succes van lokale glasvezelnetwerken tot nu toe wisselend. In sommige gemeenten weten aanbieders in korte tijd een relatief groot aantal klanten aan te sluiten, maar in andere gemeentes hebben aanbieders moeite om de benodigde penetratiegraad te bereiken. Het college heeft ook nog geen aanwijzingen dat de concurrentieomstandigheden in gebieden waar KPN FttC (SDF-access) uitrolt zullen gaan verschillen van andere gebieden.

471. Het college concludeert dat de concurrentieomstandigheden op de markt voor ontbundelde toegang voldoende homogeen zijn. Het college concludeert dat de geografische relevante markt voor ontbundelde toegang nationaal is.

8.7 Conclusie

472. Het college concludeert dat de relevante productmarkt voor (fysieke) toegang tot

netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN (op basis van MDF-access en SDF-access) alsmede toegang tot glasvezelaansluitnetwerken (op basis van ODF-access) omvat. Het college concludeert tevens dat de relevante geografische markt voor ontbundelde toegang nationaal is.

473. De NMa deelt de conclusie van het college ten aanzien van de marktafbakening van de markt voor ontbundelde toegang.²⁰²

²⁰² Zie Annex 2 bij dit besluit.

9 Dominantieanalyse ontbundelde toegang

9.1 Inleiding

474. In hoofdstuk 8 heeft het college de in de Aanbeveling opgenomen markt voor ontbundelde toegang onderzocht. In dit hoofdstuk onderzoekt het college of er op de relevante markt voor ontbundelde toegang ondernemingen actief zijn die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht. De dominantieanalyse in dit hoofdstuk vormt de in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5 genoemde stap 4 in de totale marktanalyse, zoals weergegeven in onderstaande figuur.

1	Afbakening retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 6
2	Dominantieanalyse retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 7
3	Afbakening markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 8
4	Dominantieanalyse markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 9
5	Analyse potentiële mededingingsproblemen als gevolg van AMM op de markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 10
6	Verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 11
7	Effectentoets verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 12

Tabel 10: Stap 4 in de marktanalyse

475. Het college beoordeelt in hoeverre een onderneming op de desbetreffende relevante markten aanwezig is die alleen of samen met andere ondernemingen, over een economische kracht bezit die hem in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Het college onderzoekt de relevante markten aan de hand van de criteria die zijn genoemd in de richtsnoeren marktanalyse van de Commissie. De criteria die belangrijke invloed hebben op het al dan niet bestaan van aanmerkelijke marktmacht worden in dit hoofdstuk behandeld. Dit zijn de volgende criteria:

- marktaandeelen;
- controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur en potentiële concurrentie;
- verticale integratie;
- (het ontbreken van) kopersmacht die een tegenwicht kan vormen.

476. Het college gaat in dit hoofdstuk bovenstaande criteria na. Op grond van de beoordeling van de criteria tezamen stelt het college uiteindelijk vast of er sprake is van aanmerkelijke marktmacht.

477. De analyse van de relevante markt gebeurt in *afwezigheid* van de huidige regulering van de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN.²⁰³ De markt voor ontbundelde toegang is het meest upstream gelegen in de waardeketen voor spraak- en datadiensten. Ontbundelde toegang levert niet alleen input aan retailmarkten, maar ook aan andere wholesalemarkten. Een analyse in afwezigheid van regulering betekent dan ook niet alleen zonder regulering van de markt voor ontbundelde toegang, maar tevens ook in afwezigheid van regulering op onderliggende wholesale- en retailmarkten. Het college zal in zijn analyse vaststellen of er in afwezigheid van regulering een partij met aanmerkelijke marktmacht is.

478. In paragrafen 9.2 tot en met 9.5 zal het college de concurrentiesituatie in de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang beschrijven. Afgesloten wordt in paragraaf 9.7 met een afweging en de conclusie.

9.2 Marktaandeel

9.2.1 Inleiding

479. Het marktaandeel wordt vaak gebruikt als indicatie van de marktmacht. Ofschoon een groot marktaandeel op zichzelf niet volstaat als criterium voor aanmerkelijke marktmacht (een machtspositie), is het onwaarschijnlijk dat een onderneming zonder significant marktaandeel een machtspositie heeft.²⁰⁴

480. Het college neemt interne leveringen mee bij de bepaling van het marktaandeel van partijen op de markt voor ontbundelde toegang. Wanneer het college dit niet zou doen, zouden de wholesale marktaandelen geen afspiegeling geven van de verhoudingen op de retailmarkt. Dit is een probleem omdat de concurrentieproblemen op de retailmarkten de directe aanleiding vormen om de wholesalemarkten te gaan onderzoeken. Zo zou, Indien interne leveringen niet zouden worden meegerekend bijvoorbeeld de situatie ontstaan dat een partij die heel veel extern, maar heel weinig intern levert (en daardoor op de retailmarkt een heel laag marktaandeel heeft) het hoogste wholesale marktaandeel zou hebben, waardoor een vertekend beeld ontstaat.

9.2.2 Analyse

481. Op de markt voor ontbundelde toegang heeft KPN een marktaandeel van (nagenoeg) 100 procent. KPN is de enige aanbieder van ontbundelde toegang over het koperenaansluitnetwerk. Ontbundelde toegang over glasvezelaansluitnetwerken wordt op dit moment nog nauwelijks aangeboden. Het aantal geactiveerde glasvezelaansluitingen is momenteel nog zeer beperkt (minder dan 1 procent). Hoewel het aantal glasvezelaansluitingen op dit moment nog beperkt is ondervindt KPN (lokaal) wel concurrentiedruk van deze aanbieders. Op dit moment is Reggefiber de grootste aanbieder van glasvezel aansluitnetwerken met in totaal **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

²⁰³ Analyse van de markt voor ontbundelde toegang op wholesale-niveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten, van 21 december 2005, kenmerk: OPTA/BO/2005/203431.

²⁰⁴ Richtsnoeren, punt 75.

XXXX]. De verwachting is dat aan het eind van de reguleringsperiode Reggefiber het dubbele aantal aansluitingen, zal hebben geactiveerd. In vergelijking met het aantal koperen aansluitingen van KPN is dit echter zeer beperkt.

482. Daar komt bij dat KPN zelf ook plannen heeft om in sommige gebieden haar dienstverlening te verplaatsen naar glasvezelaansluitnetwerken. Dit maakt het voor (potentiële) concurrenten economisch minder aantrekkelijk geworden om in deze gebieden zelf een eigen glasvezelaansluitnetwerk aan te leggen. Op dit moment is KPN nog alleen actief op het gebied van FttH in Enschede. Samen met Reggefiber wordt KPN binnenkort eveneens actief op het gebied van FttH in Almere. Eind mei zijn KPN en Reggefiber overeengekomen dat de wederzijdse FttH activiteiten gebundeld zullen worden in een samenwerkingsverband. Zoals reeds gesteld in paragraaf 5.3.4 heeft het college, voorzover uitvoerbaar op basis van de beschikbare informatie, een impactanalyse uitgevoerd.

9.2.3 Subconclusie

483. Het college concludeert dat KPN op de markt voor ontbundelde toegang een marktaandeel heeft van (nagenoeg) 100 procent. Het marktaandeel van alternatieve aanbieders van glasvezelaansluitnetwerken is in de komende reguleringsperiode beperkt. Dit hoge marktaandeel is een aanwijzing voor een dominante positie van KPN. Het college zal hieronder onderzoeken of er binnen of buiten de markt factoren zijn die deze mogelijke dominante positie zouden kunnen doen afzwakken.

9.3 De controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur

9.3.1 Inleiding

484. Een voorbeeld van niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur is de controle over, of eigendom van, een omvangrijk netwerk waarvan de aanleg voor een concurrent gepaard zou gaan met aanzienlijke investeringen en aanzienlijke tijd zou vergen. De noodzaak om over dergelijke infrastructuur te beschikken kan een belangrijke toetredingsbarrière vormen. Voor de beoordeling van een machtspositie wordt het daarom relevant geacht of een bepaalde faciliteit de eigenaar in staat stelt om zich onafhankelijk van de overige netwerkexploitanten te gedragen.

485. Bij het criterium dupliceerbaarheid beoordeelt het college of de relevante infrastructuur (het relevante netwerk) binnen de termijn van de herziening van het onderhavige besluit economisch rendabel kan worden gedupliceerd door een netwerk met een vergelijkbare functionaliteit. Daarbij is het niet noodzakelijk dat de gehele geografische reikwijdte (netwerkdekking) van het relevante netwerk wordt (of kan worden) gedupliceerd. Wel is bij de beoordeling van dit criterium van belang dat de duplicatie wat betreft netwerkdekking zodanig omvangrijk is dat daarmee voldoende concurrentiedruk wordt uitgeoefend op de relevante markt.

9.3.2 Analyse

486. Het koperen aansluitnetwerk van KPN voorziet in toegang tot een kleine 8 miljoen huishoudens en bedrijven. Wanneer van de huidige regulering wordt geabstraheerd, geldt dat nieuwe toetreders uitsluitend actief kunnen zijn op de onderliggende retailmarkten, indien zij kunnen beschikken over een eigen aansluitnetwerk.²⁰⁵ Zonder regulering krijgen zij immers geen toegang meer tot het aansluitnetwerk van KPN.

487. Aanbieders die actief zouden willen worden op de onderliggende retailmarkten worden met hoge drempels geconfronteerd als gevolg van hoge investeringen (bijvoorbeeld graafkosten en apparatuurkosten) om een dergelijk (landelijk dekkend) aansluitnetwerk uit te rollen. Daarbij komt dat het hier verzonken kosten betreft, ofwel kosten die niet kunnen worden goedgeemaakt wanneer een netwerkaanbieder zou besluiten de markt te verlaten. Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat KPN, bij dreiging dat een nieuwe toetreders een duplicaat aansluitnetwerk zou aanleggen, haar prijzen voor wholesalediensten via haar koperen aansluitnetwerk zodanig kan verlagen dat het deze toetreders zeer lastig zal worden gemaakt zijn netwerkinvestering goed te maken. Dit gegeven leidt tot een hoge toetredingsdrempel voor nieuwe aanbieders.

488. Bij de uitrol van een eigen glasvezelnetwerk speelt een rol dat marktpartijen aangeven dat voor een rendabele exploitatie van een glasvezel aansluitnetwerk ten minste 50 procent van huidige breedbandklanten moet overstappen naar het glasvezel aansluitnetwerk. Dit blijkt ondermeer uit een onderzoek van Telecompaper naar FttH in Nederland.²⁰⁶ Ook uit het onderzoek dat het college door Analysys Mason heeft laten uitvoeren naar de business case van ODF-access blijkt dat het percentage aangesloten huishoudens een belangrijke parameter is in de business case.²⁰⁷ Een partij die wil overgaan tot het aanleggen van een glasvezelaansluitnetwerk moet dan ook voldoende potentiële afnemers hebben. Vanwege haar grote marktaandeel op de verschillende onderliggende retailmarkten is het benodigde minimum aantal aansluitingen om de business case van een glasvezelaansluitnetwerk rendabel te maken voor KPN (eventueel in samenwerking met een andere aanbieder, zoals Reggefiber) eenvoudiger te realiseren dan voor andere aanbieders. Hierdoor is het niet aannemelijk dat toetreders in staat zullen zijn om op een vergelijkbare schaal als KPN een glasvezelaansluitnetwerk te realiseren.

489. Daar komt bij dat de benodigde hoge bezettingsgraad het onwaarschijnlijk maakt dat in hetzelfde geografische gebied meerdere glasvezelaansluitnetwerken parallel naast elkaar zullen worden gelegd. Dit wordt nog versterkt doordat in het grootste deel van Nederland ook een kabelexploitant actief is die op haar coax-gebaseerde eindgebruikersaansluitingen kan upgraden tot bandbreedtes die vergelijkbaar zijn met glasvezelaansluitnetwerken.

²⁰⁵ Het college gaat bij gebruik 'nieuwe toetreders' in deze context uit van partijen die (nog) niet beschikken over een aansluitnetwerk. In hoeverre andere aansluitnetwerken een substituuft vormen voor het aansluitnetwerk van KPN heeft het college immers in hoofdstuk 8 onderzocht. Tevens onderzocht het college in paragraaf 8.5 of andere aansluitnetwerken nog beschouwd moeten worden als potentiële concurrent voor het aansluitnetwerk van KPN.

²⁰⁶ TelecomPaper, "*Fibre-to-the-Home (FttH) in the Netherlands*", rapport in opdracht van OPTA, 8 mei 2008.

²⁰⁷ Analysys Mason, "*The business case for fibre-based access in the Netherlands*", Rapport in opdracht van OPTA, 12 juni 2008.

9.3.3 Subconclusie

490. Het college concludeert dat op de markt voor ontbundelde toegang sprake is van moeilijk te dupliceren infrastructuur waardoor hoge toetredingsdrempels bestaan. Mede daarom en vanwege het feit dat het aansluitnetwerk van KPN door toetreders niet repliceerbaar is binnen korte termijn na de reguleringsperiode, is er een gebrek aan potentiële concurrentie. Er zijn dan ook geen potentiële concurrenten die het gedrag van KPN op de markt voor ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk in de komende reguleringsperiode kunnen disciplineren. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat KPN beschikt over een niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur.

9.4 Verticale integratie

9.4.1 Inleiding

491. Een aanbieder is verticaal geïntegreerd als deze actief is in meerdere opeenvolgende stadia van de productie/distributieketen. Verticale integratie kan de marktmacht van een verticaal geïntegreerde aanbieder versterken indien deze aanbieder de toegang tot wholesale bouwstenen controleert en tegelijk actief is op de onderliggende retailmarkt. Hierdoor kan de verticaal geïntegreerde aanbieder marktmacht overhevelen van de wholesale- naar de retailmarkt, bijvoorbeeld door toegang te weigeren, door strategisch prijsgedrag of door strategisch gedrag ten aanzien van het verlenen van toegang onafhankelijk van de prijs.

9.4.2 Analyse

492. KPN is zowel wholesale-aanbieder van ontbundelde toegang als van wholesale breedbandtoegang en laagcapacitaire wholesale huurlijnen. Daarnaast is KPN actief op de onderliggende retailmarkten voor breedbandinternettoegang, laagcapacitaire huurlijnen zakelijke en residentiële vaste telefonie. Daarbij geldt dat KPN op elk van deze markten een zeer hoog marktaandeel heeft [**vertrouwelijk: XXX**] [40-80 procent].²⁰⁸ In afwezigheid van regulering is het risico dat KPN concurrenten op de relevante retailmarkten uitsluit, dan wel het belang van deze partijen voor de concurrentie marginaliseert, reëel. Door uitsluiting van concurrentie op de retailmarkten zou KPN zich onafhankelijk kunnen gedragen van haar eindgebruikers. Bij afwezigheid van regulering kan KPN dit doen door niet langer ontbundelde toegang aan te bieden dan wel door eenzijdig onredelijke toegangsvoorwaarden te bepalen.

9.4.3 Subconclusie

493. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat KPN beschikt over voordelen van verticale integratie.

²⁰⁸ Zie het besluit huurlijnen, het besluit vaste telefonie en paragraaf 7.1 van dit besluit.

9.5 Het ontbreken van kopersmacht die een tegenwicht kan vormen

9.5.1 Inleiding

494. De aanwezigheid van afnemers met een sterke onderhandelingspositie kan van invloed zijn op de mate waarin een onderneming zich onafhankelijk van zijn afnemers kan gedragen. Het dominantiecriteria kopersmacht kan een doorslaggevende factor vormen bij de beoordeling of sprake is van AMM. Kopersmacht van de kant van de koper beïnvloedt de marktmacht van de aanbieder en kan er, afhankelijk van de situatie, toe leiden dat geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht.²⁰⁹

495. Kopersmacht wordt over het algemeen bepaald door te kijken naar de absolute omvang van de vraag en de omvang van de afname van de grootste vragers in relatie tot de totale afzet van een onderneming. Indien een klein aantal afnemers een groot deel van de totale vraag voor zijn rekening neemt, kan sprake zijn van kopersmacht. In bepaalde gevallen zijn bijvoorbeeld grootzakelijke klanten in staat om bij hun leveranciers betere voorwaarden te bedingen dan kleinere klanten. Van belang daarbij is wel dat deze vragers dan een alternatief hebben en dat de overstap naar een concurrerende aanbieder of vervangende dienst een geloofwaardige dreiging is.

9.5.2 Analyse

496. Alternatieve partijen zijn van KPN afhankelijk om op de in paragraaf 8.4 genoemde relevante wholesale- en retailmarkten een landelijk aanbod te kunnen doen. Zij hebben immers niet de beschikking over een eigen landelijk aansluitnetwerk wat noodzakelijk is om eindgebruikers te kunnen bereiken.

497. Andersom is dit niet het geval. KPN is een verticaal geïntegreerde onderneming. Omdat KPN zowel diensten aan eindgebruikers aanbiedt als de beschikking heeft over een eigen aansluitnetwerk, heeft zij alle middelen in eigen beheer om op de onderliggende retailmarkten actief te zijn. KPN is hiervoor niet afhankelijk van andere marktpartijen. Er is dus sprake van eenzijdige afhankelijkheid in de wholesale relatie tussen KPN en alternatieve aanbieders.

498. KPN kan in afwezigheid van wholesaleregulering de mate waarin zij op de retailmarkt concurrentie ondervindt van haar afhankelijke alternatieve marktpartijen zelf bepalen. KPN is in staat deze partijen toegang te onthouden, dan wel naar eigen inzicht partijen toe te laten, en de tarieven vast te stellen waaronder deze toegang wordt verleend. Er is dus geen sprake van kopersmacht die KPN in zijn gedrag kan disciplineren. Er gaat geen kopersmacht uit van de onderdelen van KPN die actief zijn op de onderliggende retailmarkten. Omdat onderdelen behoren tot hetzelfde concern vormen de uitgaven tegelijkertijd inkomsten en is het niet noodzakelijk om de hoogte van de wholesaletarieven voor ontbundelde toegang door te vertalen in de retailtarieven.

²⁰⁹ Zie in dit verband bijv. de uitspraak van het CBB .d.d 29 augustus 2006, LJN: AY7997 (MTA-uitspraak).

9.5.3 Subconclusie

499. Er is geen sprake van voldoende kopersmacht die een tegengewicht kan bieden.

9.6 Indirecte concurrentiedruk via de retailmarkten

500. Het college heeft op basis van een prospectieve analyse in paragraaf 8.5 geconcludeerd dat coax aansluitnetwerken, zakelijk *dark fiber*, mobiele netwerken, WiFi-, WLL- en satellietverbindingen niet tot de relevante markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk behoren. Dit betekent evenwel niet dat er in het geheel geen indirecte prijsdruk zou kunnen uitgaan van deze aansluitnetwerken op de positie van KPN op de markt voor ontbundelde toegang. Zoals tevens geconstateerd in paragraaf 8.5 kunnen zowel de coax aansluitnetwerken als draadloze netwerken via WLL in potentie (een deel van) de retaildiensten die via het aansluitnetwerk van KPN worden geboden, ondersteunen.

501. Het college heeft voor elk van de onderliggende retailmarkten een dominantieanalyse uitgevoerd.

Tabel 11: Marktaandelen KPN op onderliggende retailmarkten [vertrouwelijk]

Retaildiensten	Totaal aantal aansluitingen	w.v. KPN	Marktaandeel KPN
Laagcapacitaire huurlijnen	XXX	XXX	[70-80 procent]
Zakelijke vaste telefonie	XXX	XXX	[70-80 procent]
Residentiële vaste telefonie	XXX	XXX	[70-80 procent]
Breedbandinternettoegang	XXX	XXX	[40-50 procent]
Omroepdiensten	XXX	XXX	[5-10 procent]

Bron: OPTA, Structurele marktmonitor, Q2 2008.

502. In de marktanalyses huurlijnen en vaste telefonie en in paragraaf 7.7 heeft het college geconstateerd dat in de afwezigheid van wholesale-regulering op de retailmarkten van laagcapacitaire huurlijnen, zakelijke vaste telefonie, residentiële vaste telefonie en breedbandinternettoegang (het risico bestaat dat) KPN beschikt over een AMM-positie. Alleen op de retailmarkt voor omroepdiensten heeft KPN geen AMM-positie. Vanwege op het feit dat ontbundelde toegang slechts beperkt gebruikt wordt voor deze retailmarkt is het aannemelijk dat, gelet op de AMM-posities op de onderliggende retailmarkten, de alternatieve netwerken ook gezamenlijke onvoldoende indirecte prijsdruk uitoefenen om KPN op de markt voor ontbundelde toegang te disciplineren.

9.7 Conclusie

503. KPN heeft op de markt voor ontbundelde toegang een marktaandeel van (nagenoeg) 100 procent. KPN beschikt over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur waardoor er sprake is van hoge toetredingsdrempels. Bestaande of nog te realiseren alternatieve aansluitnetwerken vormen geen potentiële concurrent voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN. KPN beschikt over schaal- en breedtevoordelen. Er is op de markt voor ontbundelde toegang geen kopersmacht

aanwezig die het gedrag van KPN op die markt kan disciplineren en KPN is een verticaal geïntegreerde onderneming. Tevens bestaat er in afwezigheid van wholesale-regulering een risico op AMM van KPN op de onderliggende retailmarkten waardoor alternatieve netwerken ook gezamenlijk onvoldoende indirecte prijsdruk uitoefenen op de markt voor ontbundelde toegang.

504. Om deze redenen stelt het college vast dat KPN beschikt over een aanmerkelijke marktmacht op de markt voor (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie tot het koperen aansluitnetwerk van KPN (op basis van MDF-access en SDF-access) alsmede toegang tot glasvezelaansluitnetwerken (op basis van ODF-access).

505. De NMa deelt de conclusie van het college ten aanzien van de analyse van AMM op de markt voor ontbundelde toegang.²¹⁰

²¹⁰ Zie Annex 2

10 Potentiële mededingingsproblemen ontbundelde toegang

10.1 Inleiding

506. In het voorgaande heeft het college geconstateerd dat KPN beschikt over aanmerkelijke marktmacht op de markt voor ontbundelde toegang. In dit hoofdstuk voert het college voor deze markt een analyse uit van de mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen die deze positie met zich mee kan brengen. De analyse in dit hoofdstuk vormt de in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5 genoemde stap 5 in de totale marktanalyse, zoals weergegeven in onderstaande figuur.

1	Afbakening retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 6
2	Dominantieanalyse retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 7
3	Afbakening markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 8
4	Dominantieanalyse markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 9
5	Analyse potentiële mededingingsproblemen als gevolg van AMM op de markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 10
6	Verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 11
7	Effectentoets verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 12

Tabel 12: Stap 5 in de marktanalyse

507. Een AMM-positie van een aanbieder op de relevante markt brengt met zich mee dat deze aanbieder in staat is tot bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen. Dit hoofdstuk gaat expliciet in op de mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen die kunnen voortkomen uit een AMM-positie. Het college benadrukt dat de in dit hoofdstuk beschreven mededingingsbeperkende gedragingen potentiële problemen zijn die zich kunnen voordoen als gevolg van de aanwezigheid van een partij met AMM op de relevante markt. het gaat hierbij dus niet noodzakelijkerwijs om daadwerkelijk geconstateerde gedragingen. Het college zal voor elk van de in dit hoofdstuk beschreven mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen aangeven waarom hij het waarschijnlijk acht dat een bepaalde gedraging zich op de betrokken markt zal voordoen en, indien de betreffende gedraging zich voordoet, welke effecten daarvan kunnen uitgaan.

508. Uitgangspunt bij het vaststellen van de mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen is de situatie zonder regulering van de markt voor ontbundelde toegang en van de onderliggende wholesale- en retailmarkten, waaronder de wholesalemarkten voor lage kwaliteit en hoge kwaliteit

WBT.²¹¹

509. De markt voor ontbundelde toegang is op dit moment gereguleerd.²¹² Dat betekent dat het college zal beoordelen wat de mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen van KPN zijn indien er geen sprake van regulering van ontbundelde toegang zou zijn. Dit is een hypothetische exercitie waarbij het gaat om het risico op bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen van KPN in te schatten.

510. Op dit moment nemen andere aanbieders hoofdzakelijk ontbundelde toegang op MDF-niveau bij KPN af. De komende reguleringsperiode zal worden aangevangen met de uitfasering van MDF-centrales door KPN. Dit betekent dat alternatieve aanbieders meer zijn aangewezen op andere typen toegang van KPN. Waar relevant wordt hieronder ook ingegaan op mogelijke mededingingsproblemen die samenhangen met de geplande uitfasering van MDF-access en migratie naar SDF-access en ODF-access.

10.2 Mededingingsproblemen op de markt voor ontbundelde toegang

511. De relevante mededingingsbeperkende gedragingen die het college onderscheidt op de markt voor ontbundelde toegang zijn als volgt:

Potentiële mededingingsproblemen	
Toegang	Leveringsweigering/toegangsweigering
Niet-prijsgerelateerde mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen	Strategisch gebruik van informatie
	Oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten
	Vertragingstactieken
	Onbillijke voorwaarden
	Kwaliteitsdiscriminatie
	Strategisch productontwerp
	Bundeling/koppelvekoop
Prijsgerelateerde mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen	Prijsdiscriminatie
	Marge-utholling
	Buitensporig hoge tarieven

512. Deze hierboven weergegeven mededingingsbeperkende gedragingen komen overeen met de mededingingsbeperkende gedragingen die in de gemeenschappelijke benadering van de ERG

²¹¹ Andere onderliggende markten die worden beïnvloed door de markt voor ontbundelde toegang, en waar hier wordt verondersteld dat er geen regulering aanwezig is, zijn de wholesalemarkten voor vaste telefonie en wholesale lage capaciteit huurlijnen, en de retailmarkten voor breedband internettoegang, omroep, vaste telefonie en laagcapacitaire huurlijnen. Ontbundelde toegang vormt een wholesalebouwsteen voor deze diensten.

²¹² Momenteel geldt er voor KPN met betrekking tot ontbundelde toegangsdiensten een toegangsverplichting; een non-discriminatie verplichting; een transparantieplichting; tariefregulering; en een verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding.

worden aangegeven.²¹³

10.3 Leveringsweigering/toegangswegering

Inleiding

513. Een verticaal geïntegreerde aanbieder, die over niet eenvoudig te dupliceren infrastructuur beschikt, kan een sterke prikkel ervaren om toegang tot dergelijke infrastructuur aan zijn concurrenten te weigeren. Hiermee beperkt deze aanbieder de concurrentie op de onderliggende retailmarkten. Indien deze weigering er toe leidt dat de ontwikkeling van duurzame concurrentie op de onderliggende retailmarkten wordt belemmerd, dient deze leveringsweigering als een mededingingsbeperkende gedraging te worden opgevat.

Analyse

514. KPN heeft de mogelijkheid om zich onafhankelijk van andere aanbieders te gedragen, omdat ze beschikt over AMM. Indien KPN ontbundelde toegang zou weigeren, kunnen afnemers van ontbundelde toegang aan hun afnemers en eindgebruikers geen diensten meer leveren waardoor ze niet in staat zijn om met KPN te concurreren op de wholesalemarkten voor WBT en op de retailmarkten voor vaste telefonie en breedbandinternettoegang.²¹⁴ Deze uitsluiting belemmert effectieve mededinging.

515. KPN is sinds geruime tijd verplicht te voldoen aan redelijke verzoeken om ontbundelde toegang. In afwezigheid van regulering heeft KPN de mogelijkheid en de prikkel om toegang te weigeren. KPN heeft hier een prikkel toe, omdat ze verticaal geïntegreerd is en door toegangswegering haar marktaandeelen en winst op de onderliggende wholesale- en retailmarkten kan verhogen.

516. Het effect van de leveringsweigering/toegangswegering is dat KPN partijen die afhankelijk zijn van ontbundelde toegang kan uitsluiten. Een groot deel van de eindgebruikers is dan afhankelijk van KPN als aanbieder op de retailmarkten voor breedbandinternettoegang, de retailmarkt voor vaste telefonie en de retailmarkt voor laagcapacitaire huurlijnen. Kabelondernemingen zijn als verticaal geïntegreerde ondernemingen weliswaar niet afhankelijk van ontbundelde toegang bij KPN, maar deze hebben op een aantal markten slechts een beperkte marktpositie. Waar kabelondernemingen een sterkere positie hebben heeft KPN in het verleden met name concurrentie ondervonden van concurrenten die op basis van ontbundelde toegang actief zijn. Door toegang te weigeren kan KPN zich in belangrijke mate onafhankelijk gedragen op deze retailmarkten.²¹⁵ Duurzame concurrentie op de retailmarkten wordt hierdoor belemmerd, waardoor de prijsdruk afneemt (en prijsverhogingen tot de mogelijkheden behoren) en keuzemogelijkheden en kwaliteit voor eindgebruikers afnemen. Het effect is dat eindgebruikers te maken krijgen met minder keuze en hogere tarieven.

²¹³ ERG, "Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework", ERG(03)30rev1, April 2004 en "Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework", Final version, ERG(06)33, May 2006.

²¹⁴ Andere markten met concurrenten die afhankelijk zijn van de ontbundelde toegangsdienst van KPN zijn de wholesale markt voor vaste telefonie en de wholesale- en retailmarkt voor laagcapacitaire huurlijnen.

²¹⁵ Zie onder andere de marktanalysebesluiten vaste telefonie en laagcapacitaire huurlijnen.

517. Het mededingingsprobleem van leveringsweigering/toegangsweigering door KPN doet zich voor op het niveau van MDF, SDF en ODF. Op elk van deze niveaus is KPN in staat en heeft de prikkel om andere aanbieders toegang te weigeren, ze zo uit te sluiten van onderliggende markten en mededinging te beperken. KPN is in staat door toegangsweigering concurrentie te beperken omdat er voor een aantal partijen geen alternatief bestaat naast ontbundelde toegang van KPN om hen in staat te stellen actief te zijn op de verschillende onderliggende markten. Daarnaast heeft KPN een sterke prikkel om toegang te weigeren, juist ook omdat dit tot beperking van concurrente en minder concurrentiedruk op KPN leidt op meerdere onderliggende markten. De “payoffs” voor KPN, met andere woorden, ontstaan op meerdere markten.

518. KPN zal deze reguleringsperiode aanvangen met de uitfasering van MDF-centrales, als onderdeel van haar All-IP plannen. Uitfasering van MDFs door KPN zal door het college onder randvoorwaarden worden toegestaan, aangezien het risico bestaat dat uitfasering leidt tot *de facto* toegangsweigering. Als een bepaalde MDF bijvoorbeeld wordt uitgefaseerd en er is geen alternatieve vorm van ontbundelde toegang aanwezig, in de vorm van SDF- of ODF-toegang (tegen redelijke voorwaarden), dan komt MDF-uitfasering feitelijk neer op toegangsweigering. KPN is in staat en heeft de prikkel om de MDF-uitfasering zodanig vorm te geven dat concurrenten worden uitgesloten. Hierdoor wordt de mededinging op onderliggende markten belemmerd, ten koste van eindgebruikers.

Conclusie

519. Op basis van het bovenstaande concludeert het college dat KPN de mogelijkheid en prikkel heeft om toegang te weigeren. Het effect hiervan is dat de mededinging op deze en de onderliggende wholesale- en retailmarkten wordt belemmerd, hetgeen ten nadele is van eindgebruikers.

10.4 Niet-prijsgerelateerde mededingingsbeperkende gedragingen

520. In dit besluit wordt een onderscheid gemaakt tussen een rechtstreekse toegangsweigering en andere niet-prijsgerelateerde gedragingen zoals strategisch gebruik van informatie, vertragingstactieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, strategisch productontwerp en koppelverkoop. Deze gedragingen kunnen uiteindelijk ook het effect hebben dat de concurrentie wordt belemmerd doordat ze de effectieve werking van een toegangsverplichting frustreren. In het navolgende worden deze mededingingsbeperkende gedragingen behandeld.

10.4.1 Strategisch gebruik van informatie

Inleiding

521. Er zijn in principe twee manieren voor de aanbieder met AMM om informatie strategisch te gebruiken. Enerzijds beschikt de aanbieder met AMM over informatie die benodigd is voor het afnemen van de toegangsdienst. Door aan afnemers de benodigde informatie niet of te laat te verlenen, worden de mogelijkheden voor de afnemer om toegang te verkrijgen beperkt of zelfs teniet gedaan. Anderzijds verkrijgt de aanbieder met AMM door het aanbieden van de toegangsdienst informatie over de afnemer. Dit is vaak concurrentieel gevoelige informatie. De aanbieder met AMM kan deze informatie gebruiken om concurrentievoordeel te behalen op de relevante retailmarkten.

Analyse

522. Om in staat te zijn om daadwerkelijk op een doelmatige wijze ontbundelde toegang af te nemen is het essentieel dat afnemers beschikken over bepaalde informatie. Het gaat hierbij onder meer over informatie ten aanzien van de netwerktopologie van KPN, de postcodedekking van nummercentrales en kabelverdeelkasten, het aantal aansluitlijnen per nummercentrale of kabelverdeelkast of om technische specificaties van de aansluitlijn. KPN beschikt als aanbieder van ontbundelde toegang over deze informatie en is daarmee in staat om informatie strategisch te gebruiken. Door afnemers bepaalde wezenlijke informatie niet of later te verstrekken kan KPN hen ernstig benadelen, omdat deze afnemers hierdoor belemmerd worden in de afname van ontbundelde toegang.

523. Het college heeft vastgesteld dat KPN in de periode juni 2000 tot december 2002 zichzelf heeft bevoorreed door het zichzelf ter beschikking stellen van bepaalde informatie en deze niet aan andere partijen ter beschikking te stellen. Door deze informatie was het voor KPN's eigen bedrijfs onderdeel mogelijk om eenvoudiger, accurater en sneller dan voor andere aanbieders orders te controleren en daarmee het risico van afwijzing te minimaliseren. Hierdoor had KPN een concurrentievoordeel, omdat het plaatsen van orders een beduidend lagere administratieve belasting (en daarmee kostenbesparing) met zich bracht dan voor andere concurrerende aanbieders. In maart 2003 heeft het college KPN een boete opgelegd vanwege het discriminatoir gebruik van deze informatie.²¹⁶

524. Indien een afnemer ontbundelde toegang wil afnemen, dan dient deze aan KPN bepaalde informatie te verstrekken, zoals informatie over de locaties waarop een afnemer ontbundelde toegang wil afnemen en het aantal locaties. Dit is concurrentiegevoelige informatie, die KPN vervolgens kan misbruiken. Zo kan KPN bijvoorbeeld informatie over de locatie waarop de afnemer commercieel actief wenst te worden gebruiken om op hetzelfde moment of eerder in hetzelfde gebied commercieel actief te worden. KPN kan daar haar marketing dan op afstemmen. Ook heeft KPN de beschikking over informatie van de eindgebruikers (klanten) van de concurrenten. Uit het gebruik van het netwerk kan KPN de 'sterkte' van een eindgebruiker afleiden en daar strategisch op reageren door specifieke klanten van deze concurrent te benaderen of de service aan deze klant te verminderen. Ook kan KPN de klant direct benaderen met gerichte 'winback'-activiteiten.

525. Het college ziet ook een risico van strategisch gebruik van informatie in de vorm van het achterhouden van gedetailleerde informatie aan concurrenten over de All-IP plannen. Gedetailleerde informatie over de exacte uitfasering van MDF-access en de uitrol van SDF-access en migratie naar glazen aansluitnetten wordt door KPN niet gegeven. Er wordt weliswaar algemene informatie gegeven door KPN maar dat gebeurt sporadisch, en bovendien is het voorgekomen dat KPN terugkomt op eerder aangekondigde plannen en een aangepaste planning communiceert. Dit heeft de investeringonzekerheid voor alternatieve aanbieders vergroot.²¹⁷

526. Het strategisch gebruik van informatie door KPN kan leiden tot een verslechtering van de concurrentiepositie van concurrenten. KPN heeft als verticaal geïntegreerde onderneming een prikkel

²¹⁶ Besluit inzake rapport informatievoorziening RA ULL, 11 maart 2003 (OPTA/IBT/2003/200936) alsmede beslissing op bezwaren van KPN tegen dit besluit, 12 november 2003 (OPTA/JUZ/2003/204112 JB03033). Zie ook uitspraak van het CBB van 13 september 2007 LJJ: BB4250.

²¹⁷ Het college heeft het besluit aangevuld naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 88.

om informatie strategisch te gebruiken om haar eigen retail organisatie te bevoordelen. Het effect daarvan is dat de mededinging wordt belemmerd.

Conclusie

527. Het college concludeert dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om informatie strategisch te gebruiken. Het effect is dat de mededinging wordt belemmerd, hetgeen in het nadeel is van eindgebruikers.

10.4.2 Oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten

Inleiding

528. Oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten vindt plaats wanneer een aanbieder met AMM de informatie die hij verkrijgt uit het aanbieden van een toegangsdiens aan derden gebruikt om concurrentievoordeel te behalen op de relevante retailmarkten. De aanbieder met AMM kan bijvoorbeeld uit de afname van toegangsdiens door concurrenten hun positie op de retailmarkt afleiden. In bepaalde gevallen kan de aanbieder met AMM zelfs de verschillende eindgebruikers van zijn concurrenten met naam en toenaam achterhalen, hetgeen bijvoorbeeld aanleiding kan zijn voor gerichte 'winback'-activiteiten.

Analyse

529. KPN beschikt over informatie zoals bijvoorbeeld de toename van afzet van bepaalde concurrenten of de voorgenomen introductie van nieuwe retaildiens door concurrenten. De wholesale onderdelen van KPN die beschikken over die informatie zouden die informatie kunnen doorspelen aan de retail onderdelen van KPN. Zo kan KPN de voor haar interessante partijen identificeren en daar haar marketing op afstemmen. Ook kan KPN uit het gebruik van het netwerk de 'sterkte' van een partij afleiden en daar strategisch op reageren. Gebruik van concurrentiegevoelige informatie kan leiden tot een slechtere concurrentiepositie voor de alternatieve aanbieders en op termijn tot uittreding uit de markt. Door deze informatievoorsprong kan KPN meer omzet op de retailmarkt genereren waardoor deze gedraging winstgevend is. Er is dan ook sprake van een mededingingsbeperkende gedraging.

Conclusie

530. Op basis van het bovenstaande stelt het college vast dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om oneigenlijk gebruik te maken van informatie ten aanzien van concurrenten, waardoor de mededinging wordt belemmerd. Dit is in het nadeel van eindgebruikers.

10.4.3 Vertragingstactieken

Inleiding

531. Vertragingstactieken hebben tot doel te verhinderen dat externe partijen in staat zijn op een redelijke termijn wholesalediensen af te nemen of veranderingen door te voeren in de wijze waarop de wholesalediensen worden afgenomen. Op deze wijze kan een aanbieder van toegang bewerkstelligen dat een toegangsdiens niet op doelmatige wijze of zelfs in het geheel niet kan worden afgenomen. Wanneer de aanbieder van toegang met de afnemers concurreert op de retailmarkt worden deze afnemers door dergelijke gedragingen ten opzichte van de aanbieder van de toegang op

achterstand gezet. Vertragingstactieken dragen er aan bij dat de totstandkoming van effectieve concurrentie wordt belemmerd.

Analyse

532. KPN heeft als aanbieder van ontbundelde toegang de mogelijkheid om vertragingstactieken toe te passen. Vertragingstactieken die KPN kan toepassen zijn het rekken van onderhandelingen of het aanvoeren van vermeende technische problemen. Een andere bekende vertragingstactiek is het continu veranderen van aanspreekpunt voor afnemers van toegang (de zogenoemde accountmanager) bij KPN, waardoor vragen of problemen van afnemers door KPN niet tijdig beantwoord worden of helemaal niet opgelost worden. Het effect hiervan is dat concurrenten niet in staat zijn op ontbundelde toegang gebaseerde retail producten in de markt te zetten. KPN heeft een prikkel om vertragingstactieken toe te passen om afname van ontbundelde toegang te frustreren. Door vertragingstactieken toe te passen, kan KPN een voordeel krijgen op de onderliggende wholesale- en retailmarkten. Het effect hiervan is dat de marktpositie van concurrenten verslechtert en de mededinging wordt belemmerd.

Conclusie

533. Op basis van het bovenstaande stelt het college vast dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om vertragingstactieken toe te passen, waardoor de mededinging op deze en onderliggende markten wordt belemmerd. Dit is in het nadeel van eindgebruikers.

10.4.4 Onbillijke voorwaarden

Inleiding

534. Door het stellen van onbillijke voorwaarden door de aanbieder met AMM kan het afnemen van wholesalediensten door externe afnemers in hoge mate bemoeilijkt worden, of zelfs geheel onmogelijk gemaakt worden. Het stellen van onbillijke voorwaarden kan op zeer uiteenlopende manieren plaatsvinden.

Analyse

535. KPN is door haar dominante positie in staat om onbillijke voorwaarden te hanteren. Voorbeelden van onbillijke voorwaarden zijn het stellen van onredelijk hoge zekerheidsstellingen (bijvoorbeeld bij bankgaranties of vooruitbetalingen), het stellen van een verplichting van een onredelijk hoge minimale afname, onredelijke beperkingen in reclame-uitingen of een verbod op disputeren van rekeningen. KPN heeft een prikkel om onbillijke voorwaarden te hanteren, omdat KPN door het stellen van onbillijke voorwaarden de kosten van concurrenten kan verhogen of kan bewerkstelligen dat concurrenten minder klanten kunnen bedienen. Hierdoor wordt de afname van ontbundelde toegang gefrustreerd en versterkt KPN haar eigen concurrentiepositie. Het effect van onbillijke voorwaarden is dat de mededinging op de onderliggende markten wordt belemmerd.

Conclusie

536. Het college stelt vast dat het risico bestaat dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om onbillijke voorwaarden te hanteren, waarmee de mededinging wordt belemmerd.

10.4.5 Kwaliteitsdiscriminatie

Inleiding

537. Door te discrimineren wat betreft de kwaliteit van de geleverde diensten kan de aanbieder met AMM het afnemers bemoeilijken, of zelfs geheel onmogelijk maken om te concurreren op de relevante retailmarkten. Immers, indien de wholesaledienst die wordt afgenomen van een lagere kwaliteit is, zal ook de retaildienst die op basis van deze inferieure wholesalediensten wordt aangeboden van een lagere kwaliteit zijn. Hierdoor zullen eindgebruikers minder snel gebruik maken van de diensten van deze afnemers.

Analyse

538. KPN is door haar dominante positie in staat om te discrimineren op het gebied van kwaliteit. Leveringstermijnen, beschikbaarheid, betrouwbaarheid, termijnen voor het oplossen van storingen en de uren waarbinnen storingen worden opgelost zijn voorbeelden van kwaliteitsaspecten waarmee KPN in staat is te variëren. Ook door het gebruik van verschillende leverstraten kunnen verschillen in geleverde kwaliteit ontstaan. Kwaliteitsaspecten zijn van belang in de onderliggende wholesale- en retailmarkten. Door te discrimineren op kwaliteitsaspecten kan KPN bepaalde afnemers een nadeel en andere afnemers, waaronder zichzelf, een voordeel geven in de onderliggende markten voor WBT en de retailmarkten voor breedbandinternettoegang, vaste telefonie en laagcapacitaire huurlijnen. Het is voor KPN lonend om te discrimineren op kwaliteit, omdat KPN de concurrentiekracht van bepaalde concurrenten kan verminderen ten gunste van haar eigen retailorganisatie. KPN heeft door haar verticale integratie ook een prikkel om te discrimineren op de kwaliteit. Het potentiële effect daarvan is dat de afzet van concurrenten beperkt wordt, hetgeen kan leiden tot een verslechtering van de marktpositie en uiteindelijk zelfs kan leiden tot uittreding. Het resultaat is een beperking van de mededinging met nadelige effecten voor eindgebruikers.

Conclusie

539. Het college concludeert dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om afnemers op het gebied van kwaliteit te benadelen (ten opzichte van zichzelf) en daarmee kwaliteitsdiscriminatie toepast in de markt voor ontbundelde toegang. Dit heeft op deze en onderliggende markten een mededingingsbelemmerend effect, hetgeen in het nadeel van eindgebruikers is.

10.4.6 Strategisch productontwerp

Inleiding

540. Een gedraging die de aanbieder met AMM kan toepassen om toegang te frustreren en externe afnemers te benadelen ten opzichte van zijn eigen retail dochters is het strategisch ontwerpen van zijn wholesaledienstverlening. Dit betekent dat de aanbieder met AMM zijn wholesaledienst zodanig ontwerpt dat externe partijen niet of uitsluitend tegen zeer hoge kosten of na lange tijd gebruik kunnen maken van de dienstverlening.

Analyse

541. KPN kan ontbundelde toegangsdiensten zodanig ontwerpen dat de mogelijkheden tot toegang worden beperkt. Een voorbeeld hiervan is dat KPN aanvankelijk geen gedeelde toegang ("linesharing") opnam bij het MDF-aanbod, en dit later herhaalde bij SDF-access. Zonder gedeelde

toegang is dit aanbod voor veel partijen commercieel onhaalbaar.

542. In het geval dat KPN nieuwe netwerkdelen voor zichzelf aanlegt kan zij door bewust geen rekening te houden met de toegangsmogelijkheden voor derden de kosten om later toegang te realiseren aanmerkelijk verhogen. In alle beschreven gevallen zal de wholesaledienst minder aantrekkelijk worden of zelfs in het geheel niet afneembaar kunnen zijn waardoor de concurrentiepositie van de afnemer op de onderliggende wholesale- en retailmarkten wordt verminderd. De beperking van de mogelijkheden voor afnemers van de toegangsdienst om te concurreren op de retailmarkten vormt een belemmering van effectieve concurrentie.

543. KPN kan ontbundelde toegang zodanig ontwerpen dat bepaalde vormen van toegang niet worden aangeboden. Door de productkeuzes van KPN worden afnemers beperkt in de wijze waarop zij diensten kunnen aanbieden op de retailmarkten. Dit beperkt de concurrentiemogelijkheden van afnemers op de verschillende onderliggende wholesale- en retailmarkten.

544. Een voorbeeld hiervan betreft SDF-backhaul, dat KPN zodanig kan ontwerpen dat de mogelijkheden tot toegang worden belemmerd of economisch niet meer verantwoord zijn. Zo biedt KPN in haar commerciële aanbod van november 2006 alleen de mogelijkheid aan om *Point-to-Point* SDF-backhaulverbindingen af te nemen. KPN biedt niet de mogelijkheid aan om SDF-backhaul in een goedkopere ringvorm af te nemen. De kostprijs van de dienst neemt daardoor toe, waardoor de concurrentiepositie van de afnemer verslechtert. Een ander voorbeeld is het ontbreken van bepaalde kwaliteitsaspecten in het commerciële aanbod van KPN van november 2006. Het gaat hierbij onder meer om het ontbreken in het commerciële aanbod van een *Point-to-Point* VLAN connectiemodel, opties voor vergroting van de framesize, MPLS / Q-in-Q en de kwaliteitsklasse Medium. Door het ontbreken van deze aspecten in het commerciële aanbod van KPN, kunnen afnemers van SDF-backhaul op basis van ethernet slechts een product maken dat primair geschikt is voor consumenten en klein-zakelijke toepassingen. Door de productkeuzes worden partijen beperkt in de wijze waarop zij diensten kunnen aanbieden, waardoor de positie van partijen verslechtert.

Conclusie

545. Het college stelt vast dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft tot strategisch productontwerp. Dit leidt tot een belemmering van de mededinging op deze en onderliggende markten, hetgeen in het nadeel van eindgebruikers is.

10.4.7 Bundeling en koppelverkoop

Inleiding

546. Koppelverkoop houdt in dat een aanbieder bij de aankoop van een bepaald product de afname van een of meerdere andere producten verplicht stelt. Het eerste product kan derhalve niet 'los' worden afgenomen, maar uitsluitend gebundeld. Een dergelijke praktijk kan in bepaalde gevallen de mededinging beperken. Een afnemer die uitsluitend behoefte heeft aan de ene dienst, is dan gedwongen om tevens te betalen voor een extra dienst waarin hij niet geïnteresseerd is. *De facto* worden zijn kosten hierdoor verhoogd. Indien een aanbieder met AMM de afname van een dienst waarop hij AMM heeft, afhankelijk maakt aan de afname van een dienst waarop hij geen AMM heeft is sprake van koppelverkoop. Een aanbieder met AMM kan daarmee zijn AMM positie beschermen.

Tevens kan dit gedrag leiden tot overheveling van marktmacht naar de markt waarop de aanbieder (nog) geen AMM heeft.

Analyse

547. KPN is verticaal geïntegreerd en actief op meerdere wholesalemarkten. Daarom is KPN in staat om diensten uit verschillende wholesalemarkten te bundelen. Bij afwezigheid van regulering zou KPN de mogelijkheid kunnen benutten om aan de verkoop van ontbundelde toegang één of meerdere andere diensten te koppelen. KPN kan de prikkel hebben om dit te doen om concurrentie op de markten voor die andere diensten te beperken, door concurrenten omzet te ontnemen hetgeen tot een verslechtering van hun competitieve positie kan leiden.

Conclusie

548. Op grond van bovenstaande concludeert het college dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om bundeling/koppelverkoop toe te passen. Dit leidt tot een belemmering van de mededinging op deze en onderliggende markten, hetgeen in het nadeel van eindgebruikers is.

10.5 Prijsgerelateerde mededingingsbeperkende gedragingen

549. Naast mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen van de aanbieder met AMM die het voor afnemers bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken om toegangsdiensten af te nemen bij de aanbieder met AMM, kan een categorie prijsgerelateerde mededingingsbeperkende gedragingen worden geïdentificeerd. Deze gedragingen hebben gemeenschappelijk dat de aanbieder met AMM door zijn prijzen op een bepaalde wijze vast te stellen de concurrentiepositie van andere aanbieders ondermijnt. Hierna zal het college de volgende mogelijke mededingingsbeperkende prijsgerelateerde gedragingen apart behandelen: prijsdiscriminatie, marge-utholling en buitensporig hoge tarieven.

10.5.1 Prijsdiscriminatie

Inleiding

550. In het geval van prijsdiscriminatie hanteert de aanbieder met AMM verschillende tarieven ten opzichte van verschillende (categorieën) afnemers. Hierdoor kan de aanbieder met AMM de omstandigheden waaronder verschillende wholesale afnemers met elkaar concurreren op de lager gelegen markten beïnvloeden. Bovendien kan prijsdiscriminatie ook direct ten koste gaan van afnemers omdat die gemiddeld een hogere prijs betalen. Tenslotte kan, indien de AMM partij bovendien zelf ook op de lager gelegen markt actief is, prijsdiscriminatie de omstandigheden waaronder die partij concurreert met de wholesale afnemers verregaand vervalsen.

Analyse

551. KPN is in staat om prijsdiscriminatie toe te passen omdat aan drie belangrijke voorwaarden voor prijsdiscriminatie wordt voldaan. Op de eerste plaats heeft KPN een AMM positie, waardoor KPN in staat is om verschillende tarieven te hanteren. Op de tweede plaats is KPN in staat om verschillende (groepen) afnemers te onderscheiden, om verschillende tarieven aan te kunnen vragen. KPN zou hier zelfs individuele tarieven per afnemer kunnen hanteren. Tenslotte is het niet mogelijk voor afnemers van KPN's ontbundelde toegangsdiensten om deze door te verkopen aan andere afnemers, waardoor KPN's prijsdiscriminatie zou worden ondermijnd (geen arbitrage tussen afnemers). Omdat aan deze

drie voorwaarden wordt voldaan moet KPN in staat worden geacht om aan prijsdiscriminatie te doen.

552. KPN heeft ook verschillende prikkels om aan prijsdiscriminatie te doen. Prijsdiscriminatie leidt tot hogere gemiddelde tarieven en tot een hogere winst voor KPN – dit ten koste van afnemers en uiteindelijk van eindgebruikers. Een andere prikkel voor KPN is dat KPN als verticaal geïntegreerde onderneming door prijsdiscriminatie de concurrentie op de onderliggende markten kan beperken, ten voordele van zichzelf en uiteindelijk ten nadele van eindgebruikers. Door het toepassen van prijsdiscriminatie kan KPN namelijk via het mechanisme ‘raising rival’s costs’ de omstandigheden waaronder partijen actief kunnen zijn op de onderliggende retailmarkten verregaand beïnvloeden, in het voordeel van KPN’s eigen retailonderdelen. Prijsdiscriminatie kan leiden tot uitbuiting van afnemers of via marge-utholling tot marginalisering of zelfs uitsluiting van afnemers, die tevens concurrenten van KPN zijn op de retailmarkt. Dit leidt tot een beperking van concurrentie op onderliggende markten in het nadeel van eindgebruikers.

Conclusie

553. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat prijsdiscriminatie een potentieel mededingingsprobleem is waartoe KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft. Dit leidt tot een belemmering van de mededinging op deze en onderliggende markten, hetgeen in het nadeel van eindgebruikers is.

10.5.2 Marge-utholling

Inleiding

554. De Memorie van Toelichting bij de Telecommunicatiewet stelt dat van het uithollen van marges sprake is “als het verschil tussen de groothandelsprijzen die een onderneming met aanmerkelijke marktmacht aan andere ondernemingen in rekening brengt en haar eigen eindgebruikerstarieven zodanig is dat die andere ondernemingen geen reële mogelijkheid hebben om een marktpositie te verwerven of te behouden”.²¹⁸ Wanneer een verticaal geïntegreerde aanbieder met AMM marges van concurrerende ondernemingen uitholt door te hoge prijzen voor wholesalebouwstenen te vragen (al dan niet in combinatie met te lage prijzen op de retailmarkten), worden de retailmarges voor concurrenten te klein om effectief te kunnen concurreren met de AMM-aanbieder. Als gevolg van deze marge-utholling kan toetreding tot de markt worden voorkomen, kan uittreding van concurrenten worden bevorderd of kan de groei van concurrenten worden afgezwakt.

555. In de Common Position wordt marge-utholling (margin squeeze) niet als een zelfstandige mededingingsbeperkende gedraging beschouwd, maar als een effect van andere mededingingsbeperkende gedragingen, met uitsluiting van concurrenten op retailniveau tot gevolg. Deze andere mededingingsbeperkende gedragingen, die zich in het geval van marge-utholling niet allen hoeven voor te doen, zijn: koppelverkoop, prijsdiscriminatie, (bepaalde vormen van)

²¹⁸ Uitholling van marges wordt tevens een prijsklem genoemd. Alternatieve aanbieders bevinden zich dan in een prijsklem tussen de wholesaletarieven en de retailtarieven die de AMM-aanbieder rekent aan respectievelijk zijn wholesale-afnemers en zijn retaileindgebruikers.

kruissubsidie²¹⁹ en rooftprijzen op de retailmarkt. Hier kan het hanteren van buitensporig hoge wholesaletarieven aan worden toegevoegd. Immers, een verticaal geïntegreerde aanbieder kan discrimineren in tarieven tussen zijn eigen retaildochter en concurrerende retailaanbieders door zijn eigen retaildochter een lager wholesaletarief te rekenen dan andere retailaanbieders. Dit kan er in resulteren dat externe partijen met buitensporig hoge wholesaletarieven worden geconfronteerd.

Analyse

556. De AMM-positie van KPN brengt met zich mee dat KPN de mogelijkheid heeft om de marge tussen haar aanbod voor ontbundelde toegang en de tarieven op de onderliggende wholesale- en retailmarkten uit te hollen. Deze marge-utholling kan plaatsvinden door hoge wholesale tarieven al dan niet in combinatie met te lage tarieven op onderliggende retailmarkten en andere markten. Deze hoge wholesale tarieven hoeven hiervoor niet het karakter te krijgen van buitensporig hoge tarieven en deze lage retail tarieven hoeven hiervoor niet het karakter te krijgen van rooftprijzen. Ook lagere dan buitensporig hoge tarieven, en tarieven boven het niveau van rooftprijzen, kunnen leiden tot marge-utholling bij concurrenten en uitsluitende effecten hebben.

557. Een voorbeeld van een situatie waarin hoge wholesale tarieven kan leiden tot marge-utholling is het toepassen van geografische tariefdifferentiatie. Wanneer KPN hogere wholesaletarieven vraagt in bepaalde gebieden, zonder dat zij haar eigen retail tarieven navenant verhoogt, leidt dit tot lagere marges voor haar concurrenten in de duurder gebieden, waarmee KPN haar concurrenten op achterstand zet. Wanneer de hogere wholesaletarieven veroorzaakt worden door hogere kosten in deze gebieden, hoeft dit niet problematisch te zijn. Immers, in zo'n situatie ervaart KPN zelf ook een lagere marge in dergelijke gebieden en kan voor zichzelf dus geen competitief voordeel creëren. Echter een voorwaarde is wel dat dit niet leidt tot marge-utholling, in de zin dat afnemers van KPN door de lagere marge uitgesloten worden waar KPN zelf zich ondanks de lagere marge in de markt kan handhaven.

558. KPN heeft als verticaal geïntegreerde aanbieder ook een prikkel om de marges van DSL-aanbieders uit te hollen, omdat KPN hiermee de concurrentiedruk die deze afnemers op de onderliggende wholesale- en retailmarkten uitoefenen op KPN's eigen onderdelen, beperkt. Het effect hiervan is dat afnemers uitgesloten worden waardoor een AMM positie van KPN op de onderliggende retailmarkten ontstaat, blijft bestaan of wordt versterkt. Voor eindgebruikers kan dit betekenen dat er minder keuze is en dat de tarieven omhoog gaan.

Conclusie

559. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft tot marge-utholling. Dit leidt tot een belemmering van de mededinging op deze en onderliggende markten, hetgeen in het nadeel van eindgebruikers is.

²¹⁹ Kruissubsidie is in de praktijk lastig vast te stellen, omdat bij een verticaal geïntegreerde aanbieder sprake is van overheveling van retailmarge naar wholesale marge. Het gevolg van kruissubsidiëring is echter marge-utholling. Omdat dit beter vast te stellen is, wordt marge-utholling en niet kruissubsidiëring hier als mededingingsprobleem benoemd.

10.5.3 Buitensporig hoge tarieven

Inleiding

560. Een aanbieder met AMM kan, wanneer hij hiertoe de mogelijkheid heeft en hij hiertoe prikkels ervaart, overgaan tot het hanteren van buitensporig hoge tarieven. Wat betreft prikkels dient eerst te worden opgemerkt dat in een situatie waarin een aanbieder gedwongen is toegang te verlenen tot zijn netwerk, geldt dat het hanteren van buitensporig hoge tarieven een zeer effectieve wijze is om *de facto* onder de toegangsverplichting uit te komen.

561. Het hanteren van buitensporige prijzen door een AMM aanbieder, eventueel in combinatie met prijsdiscriminatie, is een gedraging die zich op een wholesalemarkt kan voordoen. Buitensporig hoge tarieven leiden tot hogere marges en winst bij de AMM aanbieder, ten koste van afnemers en uiteindelijk, indien ze (ten dele) worden doorgegeven tot op retailniveau, ook ten koste van eindgebruikers.

562. Verder kunnen buitensporig hoge prijzen ook leiden tot uitsluiting van concurrenten op onderliggende markten. De AMM aanbieder is, in afwezigheid van regulering, in staat te discrimineren tussen verschillende externe partijen wat betreft prijs. Zo zou de aanbieder met AMM bijvoorbeeld (selectief) bepaalde afnemers hogere tarieven in rekening kunnen brengen dan andere afnemers. Hierdoor zou de aanbieder met AMM controle hebben over de mate waarin bepaalde aanbieders op de retailmarkt met de aanbieder met AMM kunnen concurreren, hetgeen kan leiden tot uittreding van zijn concurrenten.

Analyse

563. KPN is in staat en heeft diverse prikkels om buitensporig hoge tarieven te hanteren aan afnemers van ontbundelde toegang diensten. Dit gaat ten koste van eindgebruikers op onderliggende retailmarkten.

564. KPN beschikt over de mogelijkheid de tarieven op een buitensporig hoog niveau vast te stellen doordat zij zich onafhankelijk kan gedragen ten opzichte van zowel eindgebruikers als andere aanbieders. KPN heeft de mogelijkheid om zich onafhankelijk te gedragen, omdat KPN de enige aanbieder met een landelijk dekkend netwerk is die ontbundelde toegang kan aanbieden. KPN wordt door geen enkele aanbieder belemmerd om haar tarieven op een buitensporig hoog niveau vast te stellen.

565. KPN heeft niet alleen de mogelijkheid maar ondervindt voorts prikkels tot het verhogen van de tarieven. Ten eerste is er een prikkel omdat hoge tarieven ertoe kunnen leiden dat afnemers geen toegangsdienst willen afnemen omdat tarieven te hoog zijn. Hoge tarieven komen dan neer op *de facto* toegangsweigering.

566. Naast dit mogelijke motief is het winstgevend voor KPN om hogere prijzen te hanteren, dat wil zeggen zolang de hogere prijzen niet tot te veel afname van de vraag leiden. Een rationele, winstmaximerende onderneming zal prijzen verhogen net zo lang als de extra opbrengsten van een hogere prijs groter zijn dan de extra afname van de vraag als gevolg van de hogere prijs. In het algemeen is het risico van buitensporig hoge prijzen hoog als (1) er hoge toetredingsdrempels zijn; (2)

er sprake is van AMM en (3) investeringen en innovaties bij de onderneming met AMM een beperkte rol spelen. Dat er sprake is van toetredingsdrempels (voorwaarde 1) is in de dominantieanalyse reeds uitvoerig toegelicht. Het feit dat KPN de enige aanbieder is van ontbundelde toegang diensten bevestigt het bestaan van hoge barrières. Verder is het marktaandeel van KPN zeer hoog en dit betekent dat er een verhoogd risico is op buitensporig hoge tarieven (voorwaarde 2). Een hoger marktaandeel van KPN als aanbieder met AMM leidt *ceteris paribus* namelijk tot hogere prijzen van KPN. Hoge tarieven kunnen tenslotte marktbreed niet worden beschouwd als compensatie voor risicovolle investeringen (voorwaarde 3). KPN overweegt aanzienlijke investeringen in glasaansluitingen. Dit wordt meegewogen bij de passendheid van de verplichtingen.²²⁰ Bij het bestaande koperennetwerk geldt deze overweging niet; er is geen of slechts een beperkt investeringsrisico en dit vormt geen aanleiding om het risico van buitensporig hoge tarieven als laag in te schatten.

567. KPN heeft een verdere prikkel voor hoge tarieven omdat dit uitsluiting van concurrenten op onderliggende markten kan veroorzaken. Door buitensporig hoge tarieven te rekenen voor ontbundelde toegang nemen de kosten van afnemers toe. Indien deze tarieven hoog genoeg zijn, zullen deze afnemers hun retailtarieven moeten verhogen om marge-uitholling en daarmee uitsluiting te voorkomen. Indien KPN haar retailtarieven niet hoeft te verhogen, omdat ze kan kruissubsidiëren tussen haar retailmarge en wholesale marge, zullen klanten overstappen op KPN. Indien KPN zelf ook haar retailtarieven verhoogt, zal KPN extra wholesale inkomsten opstrijken. In alle gevallen is een strategie van buitensporig hoge wholesale tarieven van KPN dus winstgevend.

Conclusie

568. Op grond van bovenstaande stelt het college vast dat KPN de mogelijkheid en prikkel heeft om tarieven voor ontbundelde toegang op een buitensporig hoog niveau vast te stellen en te handhaven. Daardoor treedt uitbuiting en/of uitsluiting op van afnemers. Dit leidt tot een belemmering van de mededinging op deze en onderliggende markten, hetgeen in het nadeel van eindgebruikers is.

10.6 Conclusie

569. Op de markt voor ontbundelde toegang beschikt KPN over een AMM-positie. KPN kan zich in hoge mate onafhankelijk gedragen en er bestaat een risico op de volgende mededingingsbeperkende gedragingen:

- leveringsweigering/toegangswegering;
- strategisch gebruik van informatie;
- oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten;
- verdragingsacties;
- onbillijke voorwaarden;
- kwaliteitsdiscriminatie;
- strategisch productontwerp;
- bundeling/koppelverkoop;

²²⁰ Bij de opgelegde verplichtingen (tariefregulering) wordt bij de kostprijberekening van KPN's glasaansluitingen ook rekening gehouden met de glasinvesteringen.

- prijsdiscriminatie;
- marge-utholling; en
- buitensporig hoge prijzen.

570. Het hierboven geconstateerde risico op mededingingsbeperkende gedragingen dient voorkomen te worden door passende verplichtingen op te leggen. In het volgende hoofdstuk zullen de mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen op de markt voor ontbundelde toegang worden gekoppeld aan de daarbij horende passende verplichtingen.

571. Bij de beschrijving van deze verplichtingen wordt het effect op de markten meegewogen om te bezien of alle mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen door het opleggen van wholesalemaatregelen worden voorkomen. Indien het opleggen van wholesalemaatregelen naar verwachting niet zal leiden tot het wegnemen van de mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen, dient bezien te worden of aanvullende wholesalemaatregelen op andere wholesalemarkten noodzakelijk zijn en/of alsnog dient te worden overgegaan tot het opleggen van aanvullende retail maatregelen.

11 Verplichtingen ontbundelde toegang

11.1 Inleiding

572. Het college heeft op grond van artikel 6a.1 van de Tw en de aanbeveling van de Commissie de relevante markt voor ontbundelde toegang afgebakend.²²¹ Vervolgens heeft hij vastgesteld dat deze markt niet daadwerkelijk concurrerend is als bedoeld in artikel 6a.2 van de Tw. Het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie is het gevolg van de dominante positie (AMM) van KPN op deze relevante markten.²²²

573. De marktanalyse toont aan dat zich als gevolg van de AMM van KPN op de markt voor ontbundelde toegang de volgende (potentiële) mededingingsproblemen voordoen: leveringsweigering/toegangsweigering, strategisch gebruik van informatie, oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten, vertragingstactieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, strategisch productontwerp, bundeling en koppelverkoop, prijsdiscriminatie, marge-uitholling en buitensporige prijzen.²²³

574. De ERG is ten aanzien van deze markt een gemeenschappelijk standpunt overeengekomen. Dit standpunt wordt door het college als belangrijke leidraad gehanteerd bij de uitwerking van de verplichtingen.²²⁴ In overeenstemming met dit gemeenschappelijk standpunt wordt in dit hoofdstuk achtereenvolgens ingegaan op de doelstellingen van de regulering, de daaraan gerelateerde (potentiële) mededingingsproblemen en de verplichtingen die deze mededingingsproblemen remediëren. Bij de beschrijving van de passendheid van deze verplichtingen wordt tevens aangegeven in hoeverre deze aansluiten bij het gemeenschappelijk standpunt van de ERG.

575. In het navolgende beschrijft het college de verplichtingen die hij aan KPN oplegt. Daartoe heeft hij onderzocht of de verplichtingen passend zijn, dat wil zeggen of deze verplichtingen zijn gebaseerd op de aard van het op de relevante markt geconstateerde mededingingsprobleem en of deze proportioneel en gerechtvaardigd zijn in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3, eerste lid, van de Tw.²²⁵ Daarbij gaat het college allereerst in op de doelstellingen die hij met de regulering van de relevante markt voor ontbundelde toegang beoogt (paragraaf 11.2). Vervolgens onderzoekt hij de proportionaliteit van mogelijk op te leggen verplichtingen op deze markt. Daarbij wordt nader gemotiveerd of de opgelegde verplichtingen geschikt en noodzakelijk zijn om de (potentiële) mededingingsproblemen zo goed mogelijk te voorkomen. Om de noodzakelijkheid van de

²²¹ Zie hoofdstuk 8 van dit besluit.

²²² Zie hoofdstuk 9 van dit besluit.

²²³ Zie hoofdstuk 10 van dit besluit.

²²⁴ Zie Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06)33.

²²⁵ Artikel 6a.2, derde lid, van de Tw.

verplichtingen te kunnen beoordelen heeft het college in dit kader onderzocht of de beoogde resultaten van de verplichtingen ook gerealiseerd zouden kunnen worden met andere, lichtere verplichtingen. Dit hoofdstuk vormt de in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5 genoemde stap 6 in de totale marktanalyse zoals weergegeven in onderstaande figuur.

1	Afbakening retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 6
2	Dominantieanalyse retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 7
3	Afbakening markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 8
4	Dominantieanalyse markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 9
5	Analyse potentiële mededingingsproblemen als gevolg van AMM op de markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 10
6	Verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 11
7	Effectentoets verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 12

Tabel 13: Stap 6 in de marktanalyse

11.2 Prioritaire doelstelling van de regulering

576. In deze paragraaf wordt uitgaande van het resultaat van de dominantieanalyse (hoofdstuk 9) en de aan de hand van de geïdentificeerde mededingingsproblemen (hoofdstuk 10) bepaald waar de accenten van de regulering op de markt voor ontbundelde toegang komen te liggen.

577. Het college heeft in hoofdstuk 9 vastgesteld dat KPN beschikt over AMM op de markt van (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde en ontbundelde toegang) op een vaste locatie (ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk).

578. Zoals hiervoor aangegeven dienen de verplichtingen die aan een onderneming worden opgelegd op grond van artikel 6a.2, derde lid, van de Tw proportioneel en gerechtvaardigd te zijn in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3 van de Tw. Het college geeft hierna aan hoe het opleggen van verplichtingen aan KPN gezien moet worden in het licht van deze doelstellingen, te weten a.) het bevorderen van concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, of bijbehorende faciliteiten, onder meer door efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen; b.) de ontwikkeling van de interne markt en c.) het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.

579. Zoals het college in hoofdstuk 3 heeft aangegeven kan een situatie van duurzame concurrentie het best worden bereikt door, daar waar mogelijk, in de keuze van verplichtingen voorrang te geven aan maatregelen die infrastructuurconcurrentie bevorderen. Alleen waar de infrastructuur waarover

concurrerende diensten kunnen worden geleverd binnen de termijn van de herziening van deze marktanalyse (3 jaar) niet repliceerbaar is en waar niet spontaan wholesalemarkten ontstaan, zodat op basis daarvan effectieve dienstenconcurrentie mogelijk is, wordt dienstenconcurrentie bevorderd en geïntroduceerd door middel van toegangsverplichtingen.

580. KPN is momenteel de enige aanbieder op de markt voor ontbundelde toegang. KPN heeft tevens een landelijk dekkend netwerk. In de marktafbakening is vastgesteld dat de kabelbedrijven, die gezamenlijk ook een (vrijwel) landelijke dekking hebben, geen vergelijkbare vorm van ontbundelde toegang kunnen bieden op het kabelnetwerk, zoals KPN op het koperennetwerk. Kabelbedrijven zorgen via de onderliggende wholesale- en retailmarkten wel voor enige mate van indirecte prijsdruk op het ontbundelde toegang-aanbod van KPN, maar in de dominantieanalyse is vastgesteld dat dit onvoldoende is om KPN te kunnen disciplineren.

581. In de marktafbakening is vastgesteld dat ontbundelde toegang via glasvezelaansluitnetwerken (ODF-access) tot dezelfde relevante markt behoort als ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN (MDF-access en SDF-access). Onderdeel van de All-IP plannen van KPN is om in bepaalde gebieden het koperen aansluitnetwerk uit te faseren en direct over te gaan op glasvezel naar de eindgebruiker (FttH). In de dominantieanalyse is vastgesteld dat replicatie van infrastructuur door andere aanbieders van glasvezelaansluitnetwerken slechts in beperkte mate is te verwachten. Concurrenten blijven daarom in de komende reguleringsperiode nog afhankelijk van toegang tot het netwerk van KPN om te kunnen concurreren op de onderliggende wholesale- en retailmarkten. In afwezigheid van deze toegang ontstaat er op deze onderliggende markten daarom geen situatie van duurzame concurrentie.

582. Het college zal mede gezien het voorgaande, in overeenstemming met de doelstelling van het reguleringskader, waarin waar mogelijk de bevordering van duurzame infrastructuurconcurrentie centraal staat, voorrang geven aan maatregelen die de infrastructuurconcurrentie verder bevorderen. Dit betekent dat het college de voorkeur geeft aan toegangsdiensten die marktpartijen nog zoveel mogelijk een prikkel tot investeren geven.

583. Deze benadering is ook in overeenstemming met de beleidsregels voor OPTA over duurzame concurrentie. Het college is op basis van deze beleidsregels gehouden om de bevoegdheid om verplichtingen op te leggen zo uit te oefenen dat aanbieders zo min mogelijk de stimulans wordt ontnomen om te investeren in netwerken of bijbehorende faciliteiten.²²⁶

584. Toegang op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk is toegang op het laagst mogelijke niveau, namelijk op het niveau van de aansluitlijn. Dit betekent dat marktpartijen relatief veel eigen investeringen moeten doen om diensten aan te kunnen bieden²²⁷. Hierdoor sluit de regulering van deze markt het dichtst aan bij de infrastructuurconcurrentie die het college beoogt te bevorderen.

²²⁶ Staatcourant, 9 juni 2005, nr. 109, blz. 11

²²⁷ Meer dan bijvoorbeeld bij wholesale breedbandtoegang of wholesale huurlijnen.

585. Ten aanzien van de doelstelling inzake het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit, merkt het college op dat het ingrijpen op de relevante markt voor ontbundelde toegang zich eveneens richt op de belangen van eindgebruikers. De met betrekking tot ontbundelde toegang op te leggen verplichtingen zorgen er immers voor dat concurrenten van KPN die niet beschikken over een eigen aansluitnetwerk met KPN kunnen concurreren op de onderliggende wholesale- en retailmarkten. Dit voorkomt dat KPN zijn AMM-positie op de markt voor ontbundelde toegang kan overhevelen naar downstreammarkten. Dit draagt bij aan lagere toetredingsdrempels en concurrentie op deze downstreammarkten. Dit is in het voordeel van de eindgebruiker, wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.

586. Als specifieke doelstellingen in het kader van regulering voor ontbundelde toegang identificeert de ERG in het gemeenschappelijk standpunt: het verzekeren van toegang, het creëren van een 'level playing field', het vermijden van oneerlijke 'first mover advantage', transparantie van voorwaarden en voorschriften, redelijkheid van de technische toegangsparameters, eerlijke en coherente prijsstelling voor toegang, redelijke kwaliteit van toegangsproducten, verzekering van efficiënte en eenvoudige overstapprocedures, het verzekeren van transmissiecapaciteit tussen de MDF (of een ander passend toegangspunt) en een passend regionaal uitkoppelpunt (op basis waarvan een efficiënte alternatieve aanbieder een competitieve breedbanddienst kan aanbieden) en het verzekeren van co-locatie en andere bijbehorende faciliteiten²²⁸.

587. In het gemeenschappelijk standpunt identificeert de ERG vervolgens het type verplichting dat kan worden opgelegd met het oog op het realiseren van deze doelstellingen en in het licht van de hiervoor geïdentificeerde mededingingsproblemen. Deze aspecten zijn meegenomen in de beoordeling van de passendheid van de verplichtingen, zoals deze hierna door het college wordt uitgevoerd²²⁹.

11.3 Op te leggen passende verplichtingen

588. In hoofdstuk 10 heeft het college geconcludeerd welke potentiële mededingingsbeperkende gedragingen zich zouden kunnen voordoen op de markt voor ontbundelde toegang. In deze paragraaf zal het college aan de hand van de geïdentificeerde mededingingsbeperkende gedragingen vaststellen welke van de in hoofdstuk 6A van de Tw opgenomen verplichtingen passend zijn om de door het college geïdentificeerde potentiële mededingingsbeperkende gedragingen te voorkomen en een situatie van duurzame concurrentie op de onderliggende retailmarkten te bevorderen. Het betreft de volgende verplichtingen:

- de toegangsverplichting tot, en gebruik van, netwerkfaciliteiten ten behoeve van ontbundelde toegang (artikel 6a.6 van de Tw);
- de non-discriminatieverplichting (artikel 6a.8 van de Tw);

²²⁸ ERG Common Position on best practice in wholesale unbundled access (including shared access). ERG (06) 70 Rev1.

²²⁹ Het college sluit hierbij aan bij artikel 8, sub 3 a en c, van de Kaderrichtlijn inzake de bevordering van de interne markt.

- de transparantieverplichting en het referentieaanbod (artikel 6a.9 van de Tw);
- de verplichting tot tariefregulering (artikel 6a.7 van de Tw).

589. Deze verplichtingen zijn passend in het licht van de doelstellingen om duurzame infrastructuur concurrentie te bevorderen op de onderliggende retailmarkten, en de wholesalemarkten, de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit te bevorderen en gebaseerd op de in hoofdstuk 10 genoemde potentiële mededingingsproblemen. De door het college opgelegde verplichtingen zijn tevens in lijn met de Common Position van de ERG en in overeenstemming met de ontwikkeling van de interne markt.

590. Het college zal in de volgende paragrafen de passendheid van deze verplichtingen nader onderbouwen en tevens ingaan op consequenties van de komende uitfasering van MDF-locaties. In het kader van de uitfasering van MDF locaties merkt het college hier op dat KPN een verzoek tot intrekking van de reeds verleende toegang tot faciliteiten op de desbetreffende locaties bij het college zal moeten indienen. De randvoorwaarden die het college aan de intrekking verbindt, hebben tot doel om zeker te stellen dat migratie naar één van de andere vormen van toegang (SDF-access, ODF-access en WBT) ook daadwerkelijk kan plaatsvinden. Ten slotte zal het college aangeven in hoeverre de voordelen van het opleggen van de verplichtingen opwegen tegen de nadelen.

591. Het college zal de passendheid van de verplichtingen nader onderbouwen. Tevens zal het college ingaan op de intrekking van reeds verleende toegang en de daaraan gekoppelde randvoorwaarden die in het kader van uitfasering en migratie in acht dienen te worden genomen (paragraaf 11.4), de non-discriminatie verplichting (paragraaf 11.5), de transparantieverplichting en het referentie aanbod (paragraaf 11.6), de verplichting tot tariefregulering (paragraaf 11.7), en in paragraaf 11.8 de verplichting tot gescheiden boekhouding. In paragraaf 11.9 volgt de conclusie.

592. In het kader van beoordeling van de passendheid van de op te leggen verplichtingen aan KPN is van belang dat in de afgelopen reguleringsperiode besprekingen zijn gevoerd tussen KPN en afnemers van MDF-access in het kader van de All-IP plannen van KPN om tot een aanvaardbare oplossing te komen voor de voorgenomen uitfasering van MDF-access.²³⁰ Op basis van deze besprekingen heeft KPN een openbaar migratie aanbod op haar website gepubliceerd²³¹. Het college heeft waardering voor het proces. Het college constateert dat het aanbod op dit moment (nog) een eenzijdig aanbod betreft dat niet door afnemers van MDF-access is ondertekend. Het college acht het aanbod wel een goede basis voor verdere besprekingen.

593. Zoals het college reeds in hoofdstuk 5 heeft aangegeven, heeft de door KPN aangekondigde uitfasering van MDF locaties vanwege de grootschalige herziening van het netwerk van KPN een belangrijke invloed op de markt voor onder andere ontbundelde toegang. Na de aankondiging van KPN van haar All-IP plannen in 2005 hebben de alternatieve DSL-partijen geen verdere investeringen meer gedaan in de markt voor ontbundelde toegang en is de verwachte groei van het aantal MDF-locaties waar ze eigen apparatuur hebben geplaatst uitgebleven.

²³⁰ Zie ook Hoofdstuk 5.

²³¹ De meest recente versie van KPN's openbaar Migratie aanbod dateert van 25 april 2008.

594. Het college heeft naar aanleiding van deze aankondiging een Issuepaper²³² en een Positionpaper²³³ gepubliceerd. In deze documenten heeft het college de gevolgen van All-IP voor de relevante markten en met name de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN verkend.

595. In reactie op het Positionpaper hebben marktpartijen aangegeven dat een migratie naar straatkastniveau (SDF access) voor DSL partijen bedrijfseconomisch niet realistisch genoeg is om een volwaardig alternatief te zijn voor MDF-access. Het door Analysys uitgevoerde onderzoek bevestigt dit beeld dat er voor alternatieve operators slechts beperkte mogelijkheden zijn voor een op SLU-gebaseerde -business case.²³⁴

596. In februari 2007 heeft het college KPN vervolgens opgeroepen om te komen tot een voor alle betrokken partijen aanvaardbare oplossing voor de in het kader van All-IP voorgenomen uitfasering van MDF-access. Op 2 maart 2007 heeft het college deze oproep ook tot andere partijen gericht.²³⁵ In juli 2007²³⁶ heeft het college bekend gemaakt dat KPN met de drie grootste MDF-afnemers in zogenaamde *Memoranda of Understanding (MoUs)* op hoofdlijnen afspraken heeft gemaakt over de voorwaarden waaronder partijen bereid zijn medewerking te verlenen aan de uitfasering van de MDF-locaties.

597. In september 2007 heeft KPN haar eerder aangekondigde openbare aanbod MDF migratie gepubliceerd (gedateerd 1 oktober 2007).

598. Een definitieve, breed in de marktgedragen oplossing blijft echter vooralsnog uit, met als één van de belangrijkste redenen de onduidelijkheid en onzekerheid die er over de uitfasering is ontstaan aan de zijde van de DSL partijen. Wel publiceerde KPN op 25 april 2008 haar laatste versie van het openbaar migratieaanbod, waarin naar interpretatie van KPN 'the best of' afspraken met partijen zijn opgenomen. Hiermee kan een in de ogen van het college belangrijke tussenstap gezet zijn.

599. Uit reacties van partijen volgend uit de MoU-besprekingen en de antwoorden die marktpartijen hebben gegeven op de vragenlijsten van het college blijkt dat een belangrijk issue voor veel partijen de onduidelijkheid is over de daadwerkelijke uitfasering van MDF-locaties. Te denken valt dan aan een definitieve planning, goed verloop van de migratie en goede communicatie over de uitfasering. Het door KPN gepubliceerde migratie-aanbod is daarmee niet te beschouwen als een marktgedragen alternatief voor de uitfasering van MDF-locaties zoals het college ten tijde van haar oproep tot partijen in februari/maart 2007 voor ogen had. Marktpartijen geven aan dat het voor hen geen optie is om dit eenzijdige migratieaanbod in deze vorm af te nemen. In plaats daarvan wordt nog op bilateraal niveau met KPN onderhandeld om tot overeenkomsten te komen. Met het openbaar migratieaanbod zijn de

²³² Issuepaper KPN's Next Generation Network: All-IP, 22 mei 2006, kenmerk: OPTA/BO/2006/201599.

²³³ Positionpaper KPN's Next Generation Network: All-IP, 3 oktober 2006, kenmerk: OPTA/BO/2006/202771.

²³⁴ OPTA/TN/2007/200044.

²³⁵ All-IP: Brief aan marktpartijen inzake beleidsregels en functionele scheiding, 2 maart 2007, kenmerk OPTA/TN/2007/200309.

²³⁶ OPTA/TN/2007/201385.

geconstateerde mededingingsproblemen derhalve niet opgelost en verplichtingen in beginsel passend.

600. Omdat partijen afhankelijk zijn van KPN om op de onderliggende retailmarkt te kunnen concurreren is het college van oordeel dat hij gehouden is om de intrekking van de reeds verleende toegang tot netwerklocaties (in het bijzonder MDF) met duidelijke en transparante voorwaarden en verplichtingen te omkleden, nu duidelijk is geworden dat partijen tot op heden geen overeenstemming over o.a. informatievoorziening, planning en de uiteindelijke migratie hebben bereikt. Dit is dan ook de reden dat het college verplichtingen oplegt ondanks het bestaan van het openbaar aanbod van KPN. Het college zal het migratieaanbod dan ook niet betrekken bij de oplegging van de hierbovengenoemde verplichtingen en de beoordeling van de passendheid hiervan, aangezien het aanbod als geheel is gedaan en niet op onderdelen kan worden opgesplitst waardoor migratievoorwaarden niet los te zien zijn van andere onderdelen die KPN in haar migratieaanbod aanbiedt, inclusief de bijkomende financiële voorwaarden.

601. Verplichtingen die het college aan KPN oplegt inzake de intrekking van de reeds verleende toegang in het kader van de uitfasering en migratie dienen net als de overige verplichtingen door KPN uitgewerkt te worden in een referentieaanbod. De punten waarover marktpartijen wel overeenstemming hebben bereikt of op korte termijn alsnog bereiken, zullen door KPN opgenomen dienen te worden in het referentieaanbod. Dit is de reden dat het college ervoor heeft gekozen om in dit besluit op een aantal punten in het referentieaanbod te opteren voor de invulling op basis van redelijkheid. Het college zal bij zijn redelijkheidstoets meewegen of partijen onderling overeenstemming hebben bereikt.

602. Als gevolg van het ontbreken van overeenstemming tussen partijen over migratievoorwaarden, en gezien het verlamme effect dat de uitfasering voor de DSL partijen op de markt voor ontbundelde toegang heeft, zal het college er toe overgaan om verplichtingen uit hoofde van artikel 6A Tw aan KPN op te leggen.

11.4 De verplichting tot het verlenen van toegang

603. In deze paragraaf zal het college onderbouwen waarom het opleggen van een toegangsverplichting aan KPN op de markt voor ontbundelde toegang een geschikte en noodzakelijke maatregel is.

604. Bij de dominantieanalyse en de inventarisatie van de (potentiële) mededingingsproblemen is geconcludeerd dat KPN de mogelijkheid en prikkel heeft toegang te weigeren en zo de concurrentie op de onderliggende markten kan beperken. Zonder toegangsverplichting kan KPN toegang weigeren en bestaat er een aanzienlijk risico dat partijen die afhankelijk zijn van ontbundelde toegang van KPN, uitgesloten worden van de markt, waardoor ook eindgebruikers worden benadeeld.

605. De toegangsverplichting is geschikt om het mededingingsprobleem van leveringsweigering/toegangsweigering op de markt voor ontbundelde toegang op te heffen en stelt op die manier andere partijen in staat om de markt te betreden, dan wel op de markt actief te blijven, en

met KPN te kunnen (blijven) concurreren. Een toegangsmaatregel op de markt voor ontbundelde toegang bevordert hiermee het tot stand komen van duurzame concurrentie op de onderliggende wholesale- en retailmarkten.

606. Door nadere invulling van de toegangsverplichting (zie hieronder) kan tevens het gebrek aan effectieve concurrentie als gevolg van mededingingsproblemen die samenhangen met bundeling en koppelvekoop, onbillijke voorwaarden, vertragingstactieken en strategisch productontwerp, die in hoofdstuk 10 worden aangegeven, worden geadresseerd.

607. Het college is van oordeel dat het opleggen van een toegangsverplichting op de markt voor ontbundelde toegang niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk is. Er bestaan namelijk geen 'lichtere' verplichtingen (dat wil zeggen minder belastende maar wel effectieve instrumenten) om die ontbundelde toegang te bewerkstelligen. Een transparantie- en/of non-discriminatieverplichting zonder een toegangsverplichting is niet voldoende om duurzame concurrentie op de onderliggende wholesale- en retailmarkten te bevorderen respectievelijk voor de toekomst veilig te stellen. Immers, indien leveringsweigering een mededingingsprobleem vormt, omdat een aanbieder die over moeilijk te repliceren infrastructures beschikt niet vrijwillig toegang verschaft, zullen verplichtingen tot non-discriminatie en transparantie pas effectief zijn, indien eerst een toegangsverplichting wordt opgelegd. KPN zou in afwezigheid van een toegangsverplichting immers nog steeds kunnen weigeren ontbundelde toegang te leveren.

Subconclusie

608. Het college concludeert dat het opleggen van een toegangsverplichting voldoet aan de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid in het licht van de geconstateerde (potentiële) mededingingsproblemen die het beoogt te remediëren.

Specifieke vormen van ontbundelde toegang

609. Hierboven heeft het college vastgesteld dat een toegangsverplichting op de markt voor ontbundelde toegang passend is. In de marktafbakening (hoofdstuk 8) heeft het college geconcludeerd dat de relevante productmarkt voor ontbundelde toegang zowel MDF-access, SDF-access als ODF-access omvat.

610. Op dit moment nemen partijen ontbundelde toegang af op basis van MDF-access. In de komende reguleringsperiode zal KPN starten met de uitfasering van MDF-access en zal zij per uit te faseren centralegebied een keuze maken of ze haar eigen dienstverlening zal voortzetten op basis van FttC (SDF-access) of op basis van FttH (ODF-access).

611. Zoals eerder is aangegeven is volledige repliceerbaarheid van infrastructuur door andere partijen in de komende reguleringsperiode niet mogelijk. Evenals bij MDF-access is bij SDF-access en ODF-access sprake van toegang op het laagst mogelijke niveau, namelijk de aansluitlijn. Dat wil zeggen dat marktpartijen relatief veel eigen investeringen moeten doen. SDF-access en ODF-access sluiten daarmee het dichtst mogelijk aan bij de infrastructuurconcurrentie die het college beoogt te bevorderen.

612. In het onderstaande zal het college nader ingaan op de passendheid van deze vormen van ontbundelde toegang en de nadere invulling van de toegangsverplichting.

MDF-access

613. In de komende reguleringsperiode zal de verplichting aan KPN om te voldoen aan redelijke verzoeken om ontbundelde toegang (gedeeld of volledig ontbundeld) op het niveau van de hoofdverdelers (MDF access) te leveren onverkort worden gehandhaafd.

614. Het college is van oordeel dat het geschikt is om aan KPN een generieke toegangsverplichting tot de MDF-centrale op te leggen teneinde de voortzetting van de MDF-dienstverlening door aanbieders van elektronische communicatiediensten te kunnen garanderen tot een zodanig moment dat een MDF-locatie wordt uitgefaseerd, en met inachtneming van een minimum set aan randvoorwaarden gemigreerd wordt naar een beschikbaar en afneembaar (gereguleerd) alternatief. Dezelfde toegangsverplichtingen zijn geschikt ten aanzien van de MDF-locaties waar de toegang tot faciliteiten in de komende reguleringsperiode in gewijzigde vorm zal worden voortgezet (zgn. mini-MDF's). Een wijziging van de toegang tot faciliteiten zal eveneens met waarborgen omkleed dienen te zijn.

615. MDF-access is niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk. Er zijn geen lichtere verplichtingen om die ontbundelde toegang te bewerkstelligen.

616. In paragraaf 11.4.1 zal een nadere invulling worden gegeven van de generieke toegangsverplichtingen die aan KPN zullen worden opgelegd en die op MDF-access van toepassing zijn.

617. Voorzover in de komende reguleringsperiode sprake zal zijn van concrete plannen van KPN tot uitfasering en ontmanteling van MDF-locaties (inclusief mini-MDF's) zal hierop bij het onderdeel '*Uitgangspunt intrekking van de reeds verleende (gedeelde) toegang tot faciliteiten*' in het kader van de uitfasering en migratie worden ingegaan (zie randnummers 667 tot en met 671). In het kader van verzoeken van KPN tot intrekking van haar toegangsverplichting op specifieke MDF-locaties acht het college het van belang dat een redelijkheidstoets plaatsvindt op basis van een minimum set aan randvoorwaarden. Hierop zal onder randnummer 673 worden ingegaan. Deze voorwaarden voor intrekking van toegang in het kader van uitfasering en migratie zullen deel uitmaken van het door KPN te publiceren referentieaanbod.

618. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat het geschikt en noodzakelijk is om de generieke toegangsverplichting tot het leveren van MDF-access te handhaven.

Gedeelde fysieke toegang (linesharing) op basis van MDF-access

619. De toegangsverplichting aan KPN om gedeelde fysieke toegang (linesharing) te leveren omvat in het kader van de migratieplannen van KPN mede de verplichting om gedeelde fysieke toegang (linesharing) in stand te houden, zolang de traditionele PSTN dienst op de desbetreffende MDF-locaties in gebruik is. Op het moment dat de PSTN dienst niet meer door KPN wordt geleverd en er technisch geen mogelijkheden meer zijn om diensten op basis van gedeelde toegang op het niveau van de hoofdverdelers aan te bieden, dient KPN een verzoek in te dienen bij het college tot intrekking

van de verplichting tot de levering van (fysieke) gedeelde toegang. In randnummer 684 en verder zal het college nader ingaan op de randvoorwaarden die aan intrekking van de gedeelde fysieke toegang (linesharing) zullen worden verbonden. Het uitgangspunt bij de beoordeling door het college of de intrekking van de gedeelde fysieke toegang redelijk is, is dat KPN waarborgt dat de overgang van klanten van gedeelde fysieke toegang naar volledige ontbundelde toegang op een eerlijke, non-discriminatoire wijze door KPN zal plaatsvinden. De randvoorwaarden zien toe op een redelijke overgangperiode, onderhandelingen over technische oplossingen, afspraken over klantmigraties, een verplichting tot treffen van maatregelen om overstapdrempels te vermijden en migratiekosten.

SDF-access en de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul

620. In de komende reguleringsperiode zal de verplichting aan KPN tot het voldoen aan redelijke verzoeken om ontbundelde toegang (gedeeld of volledig ontbundeld) op het niveau van het subnetwerk (SDF-access) onverkort door het college worden gehandhaafd.

621. Het college is van oordeel dat het geschikt en noodzakelijk is om een generieke toegangsverplichting tot SDF-access aan KPN gedurende de reguleringsperiode op te leggen teneinde de voortzetting van ontbundelde toegang ten behoeve van aanbieders van elektronische communicatiediensten te kunnen garanderen nu KPN in de komende reguleringsperiode aanvangt met de uitfasering van MDF-access en KPN in een aantal gebieden haar eigen dienstverlening zal migreren naar SDF-access.

622. Een toegangsverplichting tot SDF-access is geschikt om het mededingingsprobleem van leveringsweigering/toegangsweigering op de markt voor ontbundelde toegang op te heffen en stelt op die manier andere partijen in staat om de markt te kunnen betreden, dan wel op de markt (duurzaam) actief te blijven, en met KPN te kunnen (blijven) concurreren in gebieden waar KPN migreert naar SDF-access. Een toegangsverplichting tot SDF-access stelt andere aanbieders in staat om op soortgelijke wijze als op basis van MDF-access de eigen dienstverlening in te richten en daarbij innovaties mogelijk te maken zonder hierbij gebonden te zijn aan de beperkingen die kunnen voortvloeien uit afhankelijkheid van een downstream wholesaleproduct (in het bijzonder wholesalebreedbandtoegang). Daar komt bij dat het onderzoek van Analysys heeft aangetoond dat een beperkte business case op basis van SDF-access mogelijk is. Inmiddels heeft Bbnd aangegeven op een beperkt aantal locaties belangstelling te hebben voor SDF-access.

623. Een toegangsverplichting tot SDF-access is niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk. In de gebieden waar KPN voor haar eigen dienstverlening uitrolt naar de subloop zal MDF-access (op termijn) verdwijnen waardoor in afwezigheid van een toegangsverplichting tot SDF-access ontbundelde toegang voor andere partijen niet meer mogelijk is. Gedurende de periode dat KPN MDF-access in deze gebieden in stand laat, is weliswaar tijdelijk nog een alternatief beschikbaar, maar ook in deze situatie acht het college een toegangsverplichting tot SDF-access noodzakelijk, omdat het op basis van SDF-access mogelijk is om diensten met meer toegevoegde waarde (hogere snelheden) te leveren dan op basis van MDF-access. In afwezigheid van een toegangsverplichting tot SDF-access zou KPN een concurrentievoordeel hebben ten opzichte van andere partijen waarmee KPN haar concurrentiepositie op de onderliggende retailmarkten zou kunnen versterken.

624. Er zijn ook geen lichtere verplichtingen (dat wil zeggen minder belastende maar wel effectieve instrumenten) om die (duurzame) ontbundelde toegang te bewerkstelligen.

625. SDF-access wordt tot op heden nog niet afgenomen. Potentiële afnemers van SDF-access geven aan dat toegang tot SDF-access wordt bemoeilijkt doordat KPN stelt dat afnemers van SDF-access zich moeten conformeren aan het roll-out proces van KPN. Dit betekent wat KPN betreft dat KPN geen SDF-access hoeft te leveren op locaties waar KPN niet ook aan zichzelf levert. Het college merkt op dat op grond van non-discriminatie kan worden verdedigd dat andere aanbieders niet eerder toegang dienen te krijgen tot het subnetwerk dan KPN zelf voornemens is dit te doen. De migratie naar SDF-access betekent dat KPN significante investeringen moet doen, welke redelijkerwijs niet mogen worden verwacht als KPN niet ook aan zichzelf gaat leveren. Het college kan zich evenwel voorstellen dat er situaties zijn waarbij het leveren van toegang wel degelijk ook redelijk kan zijn als KPN vanaf deze locatie nog niet aan zichzelf levert. Hiermee beoogt het college strategisch gedrag door KPN te voorkomen waardoor afnemers onevenredig afhankelijk worden gemaakt van de commerciële en strategische overwegingen om wel/niet uit te rollen.

626. Het college stelt in dit verband dat het aan de aanbieders van elektronische communicatiediensten is om te bepalen welke specifieke diensten of faciliteiten zij ten behoeve van de op SDF-access gebaseerde dienstverlening wensen af te nemen. Het college stelt dat KPN op basis van deze generieke toegangsverplichting dient te voldoen aan redelijke verzoeken van aanbieders van elektronische communicatiediensten tot ontbundelde (en gedeelde) fysieke toegang tot het subnetwerk. Iedere weigering van een verzoek om toegang dient KPN te motiveren.

627. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat het geschikt en noodzakelijk is om de generieke toegangsverplichting tot het leveren van SDF-access te handhaven.

Gedeelde fysieke toegang (linesharing) op basis van SDF-access

628. De toegangsverplichting aan KPN om SDF-access te leveren omvat in het kader van de migratie plannen van KPN mede de verplichting om gedeelde fysieke toegang (*linesharing*) in stand te houden, zolang de traditionele PSTN dienst door KPN wordt geleverd. Op het moment dat de PSTN dienst niet meer door KPN wordt geleverd en er technisch geen mogelijkheden meer zijn om diensten op basis van gedeelde toegang op het niveau van de hoofdverdelers of op het niveau van de subnetten aan te bieden, dient KPN bij het college een verzoek in te dienen tot intrekking van de verplichting tot de levering van gedeelde fysieke toegang. In randnummer 684 en verder zal het college nader ingaan op de randvoorwaarden die aan intrekking van de gedeelde fysieke toegang (*linesharing*) zullen worden verbonden. Uitgangspunt bij de beoordeling door het college of de intrekking van de gedeelde fysieke lijn redelijk is, is dat KPN waarborgt dat de overgang van klanten van gedeelde fysieke toegang naar volledige ontbundelde toegang op een eerlijke, non-discriminatoire wijze door KPN zal plaatsvinden. De randvoorwaarden zien toe op een redelijke overgangperiode, onderhandelingen over technische oplossingen, afspraken over klantmigraties, een verplichting tot treffen van maatregelen om overstapdrempels te vermijden en migratiekosten.

SDF-backhaul

629. Het college stelt zich voorts op het standpunt dat SDF-backhaul een bijbehorende faciliteit bij SDF-access is, die voor regulering in aanmerking komt. In Annex 1 bij dit marktbesluit wordt een

uitgebreide analyse gegeven van de ontwikkelingen die ertoe hebben geleid dat er behoefte aan SDF-backhaul is ontstaan. De functie van de backhaul is het ontsluiten van netwerklocaties. In het geval van SDF-backhaul zijn dat straatkasten. Zonder SDF backhaul voorziening kan er geen dienstverlening op basis van SDF access aan eindgebruikers worden aangeboden.

630. Het college stelt vast dat KPN de enige telecommunicatieaanbieder is die SDF-backhaulverbindingen aanbiedt in die gebieden waar zij straatkasten en SDF backhaulverbindingen moderniseert en klaarmaakt voor SDF-access. Een belangrijke conclusie uit het rapport van Analyses over subloop unbundling²³⁷ is dat de kosten van de SDF backhaul één van de grootste kostenposten is bij het gebruik van SDF-access en dat het niet rendabel en efficiënt is voor alternatieve aanbieders om een eigen SDF-backhaul aan te leggen. Vanwege het ontbreken van een beschikbaar, concurrerend alternatief voor SDF-backhaul, is afname van diensten op het niveau van de subnetten (SDF-access) zonder SDF-backhaul derhalve geen alternatief. Het college komt derhalve tot de conclusie dat toegang tot SDF-backhaul een geschikte maatregel is.

631. Het college concludeert dat een toegangsverplichting tot SDF-backhaul niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk is om effectieve concurrentie op niveau van de subnetten mogelijk te maken. Er zijn geen lichtere verplichtingen die de effectiviteit van afname van subloop unbundling voldoende kunnen waarborgen.

632. In paragraaf 11.4.1 zal een nadere invulling worden gegeven van de generieke toegangsverplichtingen die aan KPN zullen worden opgelegd en die op SDF-access en SDF - backhaul van toepassing zijn

ODF-access

633. Het college legt KPN de verplichting op om te voldoen aan redelijke verzoeken om ontbundelde toegang tot glasvezelaansluitnetwerken (ODF-access).

634. Het college is van oordeel dat het geschikt en noodzakelijk is om een generieke toegangsverplichting tot ODF-access aan KPN gedurende de reguleringsperiode op te leggen teneinde de voortzetting ontbundelde toegang ten behoeve van aanbieders van elektronische communicatiediensten te kunnen garanderen nu KPN in de komende reguleringsperiode aanvangt met de uitfasering van MDF-access en KPN in een aantal gebieden haar eigen dienstverlening zal migreren naar ODF-access.

635. Een toegangsverplichting tot ODF-access is geschikt om het mededingingsprobleem van leveringsweigering/toegangsweigering op de markt voor ontbundelde toegang op te heffen en stelt op die manier andere partijen in staat om de markt te kunnen betreden, dan wel op de markt (duurzaam) actief te blijven, en met KPN te kunnen (blijven) concurreren in gebieden waar KPN migreert naar ODF-access. Een toegangsverplichting tot ODF-access stelt andere aanbieders in staat om op soortgelijke wijze als op basis van MDF-access de eigen dienstverlening in te richten en daarbij innovaties mogelijk te maken zonder hierbij gebonden te zijn aan de beperkingen die kunnen

²³⁷ Analysys Consulting, "The Business Case for Subloop Unbundling in the Netherlands", 26 januari 2007.

voortvloeien uit afhankelijkheid van een downstream wholesaleproduct (in het bijzonder wholesalebreedbandtoegang).

636. Om inzicht te krijgen in de mate waarin een toegangsverplichting tot ODF-access geschikt is heeft het college Analysys Mason opdracht gegeven tot uitvoeren van een tweetal onderzoeken naar de potentiële business case van alternatieve operators die op basis van ODF-access toegang zouden krijgen tot het glazen aansluitnet van KPN.²³⁸ Analysys Mason concludeert in deze onderzoeken dat er een winstgevende *business case* is voor KPN om op basis van ODF-access een FttH-netwerk aan te leggen.

637. Analysys concludeert dat er ook voor marktpartijen met een geringere schaalgrootte dan KPN, zoals de huidige alternatieve DSL-aanbieders mogelijkheden zijn voor een *business case*. Het college verwacht dat hierdoor marktpartijen in staat zijn om (evenals gebeurd is op basis van MDF-access) geleidelijk geografische dekking op basis van ontbundelde toegang op te bouwen zonder dat vereist is om direct naar een groot aantal locaties uit te rollen.

638. Het college benadrukt dat het tweede onderzoek van Analysys Mason het college nadere inzichten heeft gegeven in de invloed die de verschillende kostcomponenten hebben op een ODF-gebaseerde business case. Hieruit vloeit een aantal nadere aandachtspunten voort die het college zal betrekking bij haar afwegingen inzake de regulering van ODF-toegang.²³⁹ Het college constateert dat de glasvezelaansluitlijnen tussen eindgebruiker en de dichtstbijzijnde (ODF)centrale per individuele eindgebruiker te ontbinden zijn op het niveau van de optische verdeler (ODF) op een manier die in grote mate vergelijkbaar is met het ontbinden van koper op het niveau van de MDF en de SDF.

639. Een toegangsverplichting tot ODF-access is niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk. In de gebieden waar KPN voor haar eigen dienstverlening uitrolt naar het glazen aansluitnet zal MDF-access (op termijn) verdwijnen waardoor in afwezigheid van een toegangsverplichting tot ODF-access ontbundelde toegang voor andere partijen niet meer mogelijk is. Gedurende de periode dat KPN MDF-access in deze gebieden in stand laat, is weliswaar tijdelijk nog een alternatief beschikbaar, maar ook in deze situatie acht het college een toegangsverplichting tot ODF-access noodzakelijk, omdat het op basis van ODF-access mogelijk is om diensten met meer toegevoegde waarde (hogere snelheden) te leveren dan basis van MDF-access. In afwezigheid van een toegangsverplichting tot ODF-access zou KPN een concurrentievoordeel hebben ten opzichte van andere partijen waarmee KPN haar concurrentiepositie op de onderliggende retailmarkten zou kunnen versterken.

640. Er zijn ook geen lichtere verplichtingen (dat wil zeggen minder belastende maar wel effectieve instrumenten) om die (duurzame) ontbundelde toegang te bewerkstelligen.

641. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat het geschikt en noodzakelijk is om een generieke verplichting tot het leveren van ODF-access aan KPN op te leggen.

²³⁸ Zie ook paragraaf 8.5.3.1.

²³⁹ Het college verwijst hiervoor naar de Nota van Bevindingen, randnummers 54 en 135.

642. Het college sluit door het opleggen van een toegangsverplichting tot ODF-access aan bij de Aanbeveling van de Europese Commissie die het wenselijk acht dat een technologie neutrale toegangverplichting tot de passieve laag van aansluitnetwerken aan een AMM partij wordt opgelegd om op die wijze infrastructuurconcurrentie tot stand te brengen en te stimuleren.

Near-net toegang ten behoeve van ODF-access

643. Het college stelt zich op het standpunt dat het ongewenst is dat er een discrepantie met betrekking tot near-net toegang zou kunnen ontstaan tussen de verplichtingen met betrekking tot ODF-access en de verplichtingen ten aanzien van wholesale zakelijke glasaansluiting in het huurlijnenbesluit.²⁴⁰ Immers de verplichting tot ODF-access in het onderhavige besluit strekt zich ook uit tot bedrijfslocaties die non-redundant op glas worden aangesloten (de zogenoemde FttO-aansluitingen).

644. Alternatieve aanbieders zijn niet alleen afhankelijk van KPN voor locaties die daadwerkelijk reeds van een glasaansluiting zijn voorzien (zogenaamde “on-net” aansluitingen), maar ook voor die locaties die binnen redelijke afstand van het glasvezelnetwerk van KPN liggen, en die tegen relatief geringe kosten aangesloten kunnen worden. Immers ook voor deze aansluitingen binnen een glasvezelaansluitgebied van KPN geldt dat de voor aansluiting benodigde duplicatie van een glasvezelnetwerk niet economisch rendabel zal zijn en wel om dezelfde redenen als bij “on-net” aansluitingen. Deze nog niet gerealiseerde aansluitingen van deze locaties in nabijheid van een gerealiseerd glasvezelaansluitnetwerk worden near-net aansluitingen genoemd.²⁴¹

645. Het opleggen van de verplichting tot near-net dient er toe andere wholesale aanbieders het mogelijk te maken om ‘near-net’ locaties aan te sluiten op het netwerk van KPN via een eigen glasvezel. Daartoe wordt aan KPN de verplichting opgelegd andere aanbieders toegang tot de ‘man-hole’ te bieden. Op deze wijze worden alternatieve aanbieders in staat gesteld zelf near-net/klantaansluitingen²⁴² te realiseren die gekoppeld worden aan KPN’s aansluitnetwerk.

646. In paragraaf 9.3.2 van het besluit heeft het college er reeds op gewezen dat het onwaarschijnlijk is dat in hetzelfde geografische gebied meerdere glasvezelaansluitnetwerken parallel naast elkaar zullen worden gelegd. Waar er sprake is van een glasaansluitnetwerk van KPN ontstaat aldus voor alternatieve aanbieders een afhankelijkheid van wholesaletoeegang tot het betreffende netwerk voor het leveren van met KPN concurrerende dienstverlening op retailniveau. KPN behaalt daarmee voordelen door de grotere geografische schaal van haar netwerk.

647. Near-net aansluitingen maken een relatief groot deel uit van de potentiële markt. Het zijn bijvoorbeeld eindgebruikers(locaties) die zich bij de initiële uitrol van het glasvezelnetwerk niet hebben ingeschreven. Een reden voor deze eindgebruikers om niet in te schrijven kan zijn geweest dat zij op dat moment gebonden waren aan een contract (voor een niet-glasvezel dienst) met een andere aanbieder of nog geen behoefte hadden aan een andere aanbieder.

²⁴⁰ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 154.

²⁴¹ Near-net aansluitingen zijn niet aangesloten locaties, in tegenstelling tot on-net aansluitingen.

²⁴² Near-net/off-net klantaansluitingen zijn locaties van eindgebruikers nabij het KPN glasvezelnetwerk, die (nog) niet zijn aangesloten.

648. De toegangsverplichting kan zich in principe alleen uitstrekken tot bestaande aansluitingen. Het lijkt namelijk niet proportioneel om KPN een verbinding te laten aanleggen op verzoek van een derde. Een toegangsverplichting die zich beperkt tot bestaande aansluitingen leidt er echter toe dat KPN ook een *first mover* voordeel heeft bij de werving van klanten die nog niet zijn aangesloten.

649. Om een level-playing field te creëren bij de nieuwe werving van locaties die nog niet op glas zijn aangesloten maar die zich wel nabij het glasvezelnetwerk van KPN bevinden, is tevens toegang nodig voor deze near-net locaties. Om deze klanten te ontsluiten zouden partijen het glasvezelnetwerk van KPN moeten dupliceren. Deze partijen missen hiervoor echter de schaal.

650. Om een level playing field te creëren kan dit *first mover* voordeel geneutraliseerd worden door de (lichtere) maatregel dat derde partijen in staat gesteld worden een aansluiting te realiseren tussen eindgebruiker en het KPN-netwerk in nabijheid daarvan. KPN dient dan de ODF-access dienst voor het gedeelte tussen KPN's glasnetwerk en eindgebruikerslocatie te realiseren op basis van de door de derde partij ter beschikking gestelde bouwsteen.

651. Gezien het gestelde in de vorige randnummers is het college van mening dat KPN toegang dient te bieden ten behoeve van near-net aansluitingen. Waar KPN besluit geen aansluiting te realiseren voor derden dient KPN gebruik te maken van de door een derde partij ter beschikking gestelde bouwsteen tussen eindgebruiker en een nabijliggende glasvezelverbinding.

652. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat de verplichting om toegang te verlenen die tevens near-net aansluitingen omvat geschikt en noodzakelijk is.

ODF-backhaul

653. Het college stelt zich voorts op het standpunt dat ODF-backhaul voor wat betreft het gedeelte beneden tussen ODF-locatie en een netwerkniveau vergelijkbaar met MDF (het lokale netvlak), een bijbehorende faciliteit bij ODF-access is, die voor regulering in aanmerking komt. Deze wijziging ten opzichte van het ontwerpbesluit is het college mede ingegeven door de in reactie op het ontwerpbesluit ingebrachte bedenkingen.²⁴³ In Annex 3 bij dit marktanalysebesluit wordt een uitgebreide analyse gegeven van de ontwikkelingen die ertoe hebben geleid dat er behoefte aan ODF-backhaul is ontstaan. De functie van de backhaul is het ontsluiten van netwerklocaties. In het geval van ODF-backhaul zijn dat ODF-centrales. Zonder ODF-backhaul voorziening kan er geen dienstverlening op basis van ODF-access aan eindgebruikers worden aangeboden.

654. Het college stelt vast dat KPN de enige telecommunicatieaanbieder is die ODF-backhaulverbindingen aanbiedt in die gebieden waar zij (al dan niet in het kader van samenwerking met Reggefiber) FttH en FttO-diensten aanbiedt of voornemens is aan te bieden op basis ODF-access. Een belangrijke conclusie uit het vervolgonderzoek van Analyses Mason over de ODF-gebaseerde business case is dat de kosten van de ODF-backhaul beneden het lokale netwerkniveau één van de grootste kostenposten is bij het gebruik van ODF-access en dat alternatieve aanbieders schaalgrootte nadelen hebben bij de kosten voor ODF-backhaul. Vanwege het ontbreken van een beschikbaar, concurrerend alternatief voor ODF-backhaul, is afname van diensten op glazen aansluitnetwerken

²⁴³ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevingingen, randnummer 148.

(ODF-access) zonder ODF-backhaul derhalve geen alternatief. Het college komt derhalve tot de conclusie dat toegang tot ODF-backhaul beneden het lokale netvlak een geschikte maatregel is.

655. Het college concludeert dat een toegangsverplichting tot ODF-backhaul niet alleen geschikt is, maar ook noodzakelijk om effectieve concurrentie op niveau van de ODF centrales mogelijk te maken. Er zijn geen lichtere verplichtingen die de effectiviteit van afname van ontbundelde toegang tot glasvezel voldoende kunnen waarborgen.

656. In paragraaf 11.4.1 zal een nadere invulling worden gegeven van de generieke toegangsverplichtingen die aan KPN zullen worden opgelegd en die op ODF-access en ODF-backhaul van toepassing zijn.

11.4.1 Nadere invulling van de generieke toegangsverplichtingen

657. Het college verplicht KPN op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw om te voldoen aan redelijke verzoeken tot ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten tot het aansluitnetwerk van KPN. Ontbundelde toegang (gedeeld of volledig ontbundeld) ziet toe op toegang tot het koperenaansluitnetwerk op het niveau van de hoofdverdeler (MDF-access), op het niveau van het subnetwerk (SDF access) en op toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk op niveau van de optische verdeler (ODF access). Een verplichting om toegang te verlenen beperkt zich tot redelijke verzoeken. KPN mag een verzoek dat onredelijk is dus weigeren. Uiteraard dient KPN de weigering van een verzoek te motiveren. Geschillen omtrent de redelijkheid van een concreet verzoek kunnen op basis van hoofdstuk 12 van de Tw aan het college worden voorgelegd.²⁴⁴

658. In artikel 6a.6, tweede lid, van de Tw is een aantal invullingen van de toegangsverplichting gegeven die het college kan opleggen. Tevens heeft het college in het verleden in toegangsgeschillen en handhaving invulling gegeven aan de norm voor redelijke verzoeken om toegang. Het college zal hierna een opsomming geven van de invulling van de toegangsverplichting op basis van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.6, tweede lid, van de Tw.

659. Het college legt de volgende invulling van de toegangsverplichting aan KPN op aangezien dit bijdraagt aan het opheffen van toegangsweigering als potentiële mededingingsbeperkende gedraging.

660. KPN dient aanbieders van elektronische communicatiediensten toegang te verlenen tot die netwerkelementen of faciliteiten die nodig zijn voor het afnemen van ontbundelde toegang teneinde elektronische communicatiediensten aan te kunnen bieden.

661. Om de verplichting tot het leveren van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN effectief te laten zijn, dient KPN aanbieders die bijbehorende diensten en faciliteiten te bieden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de levering van elektronische communicatiediensten op basis van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk op niveau van de hoofdverdeler (MDF-access), op het niveau van het subnetwerk (SDF-access) alsmede op basis van ontbundelde toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk op het niveau van de optische verdeler (ODF-access). Immers als deze

²⁴⁴ Zie Memorie van Toelichting bij artikel 6a.6 van de Tw.

bijbehorende of onlosmakelijk met toegang verbonden diensten of faciliteiten niet geleverd zouden worden, zou de toegangsverplichting tot het laagste niveau van het aansluitnetwerk (MDF, SDF en ODF) geen betekenis hebben voor de totstandkoming van de effectieve concurrentie. Dit houdt in dat KPN in ieder geval verplicht is in het kader van de toegangsverplichting de navolgende diensten te leveren:

- Co-locatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten (inclusief gedeeld gebruik van kabelgoten, gebouwen of masten);
- Open toegang tot technische interfaces, protocollen of andere kerntechnologieën die onmisbaar zijn voor de interoperabiliteit;
- Toegang tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om eerlijke concurrentie bij het aanbieden van elektronische communicatiediensten te waarborgen.
- Toegang tot de bijbehorende faciliteiten van de netwerkelementen (waaronder o.a. SDF backhaul en ODF-backhaul²⁴⁵).
- Toegang ten behoeve van near-net aansluitingen in het kader van ODF-access²⁴⁶.

662. Het college legt de volgende nadere invulling van de toegangsverplichting aan KPN op, aangezien dit bijdraagt aan het opheffen van het opwerpen van vertragingstactieken of het strategisch gebruik van informatie als potentiële mededingingsbeperkende gedragingen.

a. KPN dient te goeder trouw te onderhandelen met aanbieders van elektronische communicatiediensten die verzoeken om toegang. Het college beoordeelt van geval tot geval of partijen te goeder trouw hebben onderhandeld. Het college verstaat onder te goeder trouw handelen onder meer het volgende. KPN mag bijvoorbeeld informatie die bij het verlenen van toegang van een andere partij wordt verkregen, slechts gebruiken om de desbetreffende toegang aan die aanbieder te verlenen en mag deze informatie niet ter beschikking stellen aan haar retailbedrijf noch voor andere doeleinden gebruiken. Hierdoor wordt voorkomen dat KPN oneigenlijk gebruik maakt van informatie over haar concurrenten.

b. KPN dient informatie die een toegangverzoekende partij nodig heeft om een voldoende gespecificeerd verzoek om ontbundelde toegang of bijbehorende faciliteiten te kunnen doen, desgevraagd tijdig en volledig te verstrekken.

c. KPN dient verzoeken om ontbundelde toegang en bijbehorende diensten en faciliteiten tijdig en adequaat in behandeling te nemen en zo nodig met de toegangverzoekende partij te bespreken. Een reactie op het verzoek om toegang dient binnen een redelijke termijn aan de om toegang verzoekende

²⁴⁵ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 148.

²⁴⁶ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 154.

partij verstrekt te worden. Het college is van oordeel dat een termijn van twee weken in beginsel een redelijke termijn is voor een reactie.

d. Levering van ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten door KPN dient zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is te geschieden. Voor de levering van co-locatiefaciliteiten dient KPN een redelijke termijn te hanteren. Uitgangspunt voor de door KPN in acht te nemen serviceniveau's is dat zij onder gelijke omstandigheden gelijke voorwaarden levert aan externe afnemers als die voorwaarden die zij hanteert bij de levering aan haarzelf in het kader van de op te leggen verplichting tot non-discriminatie.

e. KPN mag geen onredelijke voorwaarden verbinden aan het verlenen van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Deze verplichting volgt uit de eis dat de partij die toegang verleent dit onder redelijke condities doet. Hieronder vallen onder andere betalingsvoorwaarden met inbegrip van facturerings- en betalingsprocedures, een transparante wijzigingsprocedure met in ieder geval bepalingen die betrekking hebben op de mogelijkheden tot wijziging van diensten, tarieven en voorwaarden die in het referentieaanbod zijn opgenomen, bepalingen inzake contractherzieningen, beëindiging van een overeenkomst en opschorting van diensten, vorm van contractuele aansprakelijkheid indien KPN tekortschiet in de nakoming van een of meer verplichtingen, een geschilbeslechtsprocedure met adequate reactietermijnen zonder inbreuk te maken op de rechten van aanbieders om gebruik te maken van de mogelijkheid om een geschil bij het college in te dienen.

f. KPN dient een procedure op te stellen voor het behandelen van verzoeken om nieuwe vormen van ontbundelde toegang of bijbehorende faciliteiten en deze in haar referentieaanbod op te nemen. In deze procedure moet onder meer geregeld zijn:

- dat binnen een redelijke termijn gereageerd wordt op een verzoek om toegang;
- dat KPN, indien een verzoek onvoldoende gespecificeerd is, aangeeft op welke punten een verzoek aangevuld dient te worden;
- dat KPN ook dient te voldoen aan redelijke verzoeken om vormen van ontbundelde toegang die KPN niet voor haar eigen retaildienstverlening gebruikt;
- dat KPN een naar haar oordeel niet-redelijk verzoek, gemotiveerd afwijst waarbij zij aangeeft op welke wijze sprake is van technische onhaalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven; en
- op welke wijze KPN in onderhandeling treedt met een partij indien er nadere afspraken gemaakt dienen te worden over de gevraagde vorm van toegang.

g. KPN mag geen gebruiksbepalingen opleggen indien daarvoor geen objectiveerbare redenen zijn.

h. KPN dient kenbare technische standaarden te hanteren ten aanzien van het netwerk en/of de toegangsdienst en bijbehorende faciliteiten.

i. KPN dient een redelijke kwaliteit van dienstverlening te leveren, inclusief redelijke leveringstermijnen. KPN dient in elk geval een minimum kwaliteit te garanderen aan de hand van service niveaus voor bestelling, levering, exploitatie en onderhoud van diensten. Dit houdt in het hanteren van expliciete kwaliteitsparameters inzake de te verstrekken diensten, een resultaatsverplichting voor de minimum serviceniveaus en een hieraan gekoppeld boetebeding in geval van niet-nakoming van de gestelde kwaliteitsniveaus.

663. Het college legt het volgende voorschrift op aangezien dit bijdraagt aan het opheffen van het opwerpen van bundeling en koppelverkoop als potentiële mededingingsbeperkende gedraging.

j. KPN dient te verzekeren dat KPN ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten niet onnodig mag bundelen, teneinde te voorkomen dat afnemers moeten betalen voor onderdelen of faciliteiten die niet nodig zijn om de beoogde toegang af te nemen. Afnemers hoeven immers niet te betalen voor onderdelen of faciliteiten van het netwerk die niet nodig zijn om de door de afnemer beoogde retaildiensten te kunnen verlenen.

664. Verder kan door het verbinden van voorschriften aan de toegangsverplichting het probleem van onbillijke voorwaarden geadresseerd worden. Daarmee wordt dit potentiële mededingingsprobleem bovendien volledig voorkomen en is de verplichting dus voldoende voor het voorkomen van onbillijke voorwaarden. Het college verbindt dan ook op basis van artikel 6a.6, derde lid, van de Tw het voorschrift aan de toegangsverplichting dat KPN geen onredelijke voorwaarden mag verbinden aan het verlenen van ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk.

665. Strategisch productontwerp kan worden voorkomen door een voorschrift dat strategisch productontwerp verbiedt. Dit betekent ten eerste dat de toegangsdienst zodanig dient te worden ontworpen dat de gezamenlijke kosten voor het aanbieden van de dienst en het gebruik van de dienst zo laag mogelijk zijn. Hiermee wordt de keuze voor onnodig dure oplossingen, die een efficiënt gebruik van de dienst belemmeren, voorkomen. Ten tweede mag de inrichting van de netwerkinfrastructuur niet zodanig ontworpen zijn dat de beschikbaarheid van de toegangsdienst en het effectief gebruik daarvan door andere partijen doelbewust wordt belemmerd.

666. Met de bovengenoemde nadere invulling van de toegangsverplichting wordt voorkomen dat KPN in staat is toegang te weigeren, vertragingstactieken te hanteren, strategisch productontwerp toe te passen, strategisch gebruik te maken van informatie, onbillijke voorwaarden te stellen en om over te gaan tot bundeling en koppelverkoop. Hiermee is de invulling van de verplichting dus afdoende om deze potentiële mededingingsproblemen te voorkomen.

Uitgangspunt intrekking van reeds verleende (gedeelde) toegang tot faciliteiten

667. KPN kan een verzoek aan het college doen tot intrekking van de reeds verleende toegang tot faciliteiten. Het college zal dit verzoek beoordelen naar de omstandigheden van het geval. Ingeval het verzoek betrekking heeft op uitfasering van netwerkklocaties dan wel op uitfasering van gedeelde fysieke toegang in het kader van de migratie, dan wordt in randnummers 674 en 685 nader omschreven wat de randvoorwaarden voor de beoordeling zijn. Daarnaast kan er ook sprake zijn van een wijziging van de verleende toegang tot faciliteiten.

668. Het algemene uitgangspunt van het college is dat reeds verleende toegang tot faciliteiten niet mag worden ingetrokken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd. In het kader van de nieuwe marktontwikkelingen All-IP en de voorgenomen uitfasering van MDF locaties door KPN zal sprake zijn van een apart beoordelingskader om te bepalen in hoeverre de intrekking van de reeds verleende toegang redelijk is. Indien KPN een verzoek tot intrekking van reeds verleende toegang tot faciliteiten bij het college indient dient zij daarbij een redelijke termijn in acht te nemen.

669. Indien en voor zover in de komende reguleringsperiode sprake zal zijn van concrete uitfasering en ontmanteling van MDF locaties (inclusief mini-MDF's), respectievelijk de beëindiging van 'gedeelde fysieke toegang' als vorm van toegang, zal het college hieronder een nadere invulling geven van de randvoorwaarden die daarbij in acht dienen te worden genomen.

670. Allereerst zal het college ingaan op de verplichting van KPN om een verzoek om intrekking van de verleende toegang (tot faciliteiten) bij het college in te dienen. Daarbij zal worden ingegaan op de randvoorwaarden die bij de beoordeling van het verzoek betekenis zullen worden toegekend. Daarna zal het college ingaan op de verplichting van KPN om een verzoek tot intrekking van gedeelde fysieke toegang (linesharing) in te dienen en de randvoorwaarden die aan goedkeuring zullen worden gesteld. Tenslotte zal het college ingaan op de situatie waarbij sprake zal zijn van een wijziging in de toegang tot collocatiefaciliteiten op zgn. mini-MDF locaties.

671. De randvoorwaarden die in de volgende randnummers worden genoemd, zullen tevens deel uit moeten maken van het door KPN te publiceren referentieaanbod voor de hierboven specifiek genoemde vormen van toegang.

Verzoek om intrekking van de verleende toegang (tot faciliteiten) in het kader van uitfasering en migratie

672. Als gevolg van het feit dat het college het opleggen van toegangsverplichtingen voor ontbundelde toegang geschikt en noodzakelijk acht, legt het college aan KPN een aantal randvoorwaarden op ten aanzien van de intrekking van de reeds door KPN verleende toegang tot faciliteiten in het kader van uitfasering en migratie.

673. Het college acht het van belang dat door KPN grote zorgvuldigheid wordt betracht bij de uitfasering van het koperen aansluitnetwerk en de daarop gebaseerde dienstverlening (MDF-dienstverlening op MDF-locaties als ook bij uitfasering van SDF dienstverlening op SDF locaties). Het college is derhalve van mening dat een minimum set aan randvoorwaarden noodzakelijk is op grond waarvan een redelijkheidstoets kan plaatsvinden en door het college kan worden beoordeeld of intrekking van een reeds verleende toegang tot faciliteiten op de desbetreffende locatie te rechtvaardigen is. Ingeval een verzoek tot uitfasering door het college niet als redelijk wordt aangemerkt, dan zal het verzoek tot intrekking van de reeds verleende toegang worden afgewezen.

674. De randvoorwaarden die het college bij de beoordeling voor intrekking van de reeds verleende toegang (tot faciliteiten) zal betrekken, zijn de navolgende:

- a. Redelijke aankondigingstermijnen uitfasering en redelijke besluitvormingstermijn voor aanbieders om alternatieve vorm kenbaar te maken;
- b. Beschikbaarheid en afneembaarheid van (gereguleerde) alternatieven;
- c. Gelijke behandeling uitfasering KPN diensten;
- d. Heldere procesafspraken over uitfasering-en overlaytermijnen;
- e. Redelijke kwaliteit en garantie van dienstverlening bij migratie;
- f. Redelijke termijn publicatie planning uitfasering MDF (en SDF) locaties;
- g. Redelijke termijn publicatie beschikbaarheid SDF en ODF locaties.

675. Ad. a. Redelijke aankondigingstermijnen en redelijke besluitvormingstermijnen: KPN dient een redelijke termijn in acht te nemen om de uitfasering van een MDF centrale aan te kondigen. Toelichting: In de brief die KPN op 17 april 2008 aan de Deelnemers van de Ronde Tafel All-IP heeft gestuurd, stelt KPN ten aanzien van de uitfasering van MDF centrales als procedure voor dat zij minimaal 24 maanden een aankondiging doet op haar website en dat de andere aanbieders binnen 6 maanden dienen mee te delen naar welke alternatieve vorm van dienstverlening zij hun bestaande MDF lijnen wensen te migreren. Het college acht de termijn van 24 maanden in beginsel niet onredelijk, maar kan zich voorstellen dat de andere aanbieders een langere aankondigingstermijn noodzakelijk achten, bijvoorbeeld teneinde uitvoering te kunnen geven aan langlopende overeenkomsten met klanten. Tevens dient aan de andere aanbieders een redelijke besluitvormingstermijn te worden gegund om kenbaar te maken naar welke alternatieve vorm zij wensen te migreren.

676. Ad b. Beschikbaarheid en afneembaarheid van (gereguleerde) alternatieven: Er is alléén uitfasering door KPN mogelijk van dienstverlening op een bepaald netwerkniveau indien er een (gereguleerd) alternatief voor afnemers voorhanden is. Toelichting: Vanaf het moment dat SDF-access dan wel ODF-access als alternatieve vormen van ontbundelde toegang daadwerkelijk beschikbaar en afneembaar zijn in het (nummer)centralegebied van de uit te faseren MDF, wordt voldaan aan dit criterium. Tevens dient WBT als reëel en (gereguleerd) alternatief voor de dienstverlening door andere aanbieders in de beoordeling te worden meegenomen. Het staat partijen vrij om afspraken te maken over feitelijke migratie naar andere vormen van toegang dan het (gereguleerde) aanbod, maar dit laat onverlet dat het college als minimale voorwaarde voor een positieve beoordeling van het intrekkingverzoek stelt dat KPN tenminste een beschikbaar en afneembaar (gereguleerd) alternatief moet bieden voorzover KPN op de desbetreffende locatie zichzelf toegang verschaft tot het aansluitnetwerk. Het college is van oordeel dat zodra bij KPN bekend is welke alternatieve vormen in een bepaald gebied afneembaar worden, ongeacht de exacte datum dat de diensten daadwerkelijk beschikbaar zijn, zij dit aan partijen dient kenbaar te maken en gelijktijdig dient op te nemen in haar planningoverzicht bij het referentieaanbod. Voorzover er voor

bepaalde afneembare alternatieven nog geen referentieaanbod is, dient KPN dit onverwijld in een referentieaanbod op te nemen.²⁴⁷

677. Ad c. Gelijke behandeling uitfasering KPN diensten: De verplichting tot non-discriminatie brengt met zich mee dat, zolang KPN zelf gebruik maakt van het koperen aansluitnetwerk voor haar eigen dienstverlening, zij dit netwerk ook aan andere partijen ter beschikking dient te stellen. Toelichting: Het betreft hier een generieke toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN en het college acht het onredelijk als de dienstverlening van andere aanbieders eerder zou worden uitgefaseerd dan overige vormen van dienstverlening die KPN op de desbetreffende locatie aan klanten aanbiedt.

678. Ad d. Heldere procesafspraken over uitfasering-en overlaytermijnen: KPN dient tijdig vóór aanvang van de daadwerkelijke uitfasering heldere procesafspraken te maken met de andere aanbieders ten aanzien van de migratie van de uit te faseren diensten. Deze afspraken dienen betrekking te hebben op de informatievoorziening, procedures en termijnen van migratie. Daarnaast is KPN gehouden om een redelijke termijn van overlay te hanteren tussen de (bestaande) uit te faseren diensten en de nieuwe dienst waarnaar toe wordt gemigreerd. Toelichting: Het college acht de informatievoorziening omtrent processen en uitvoeringsplannen essentieel voor een zorgvuldige uitvoering van het migratieproces. Een redelijke termijn van overlay is noodzakelijk om bij migratie een ongestoorde voortzetting van de dienstverlening te kunnen waarborgen.

679. Ad e. Redelijke kwaliteit en garantie van dienstverlening: KPN dient bij iedere migratie een redelijke kwaliteit van dienstverlening te leveren, inclusief redelijke leveringstermijnen. Daarbij geldt in ieder geval dat de dienstverlening van KPN op hetzelfde niveau ligt als bij migratie van eigen klanten van KPN. Toelichting: Het college acht van belang dat de serviceniveaus en andere kwaliteitsparameters voor interne en externe leveringen van KPN op hetzelfde niveau liggen.

680. Ad f. Redelijke termijn voor publicatie planningsoverzicht uitfasering van MDF(en SDF)-locaties waar binnen een termijn van 24 maanden een herontwerp van MDF-locatie of ontmanteling van MDF (en SDF) locatie plaatsvindt. Toelichting: Het is van belang dat de informatievoorziening op non-discriminatoire wijze plaatsvindt, en derhalve aan alle wholesale afnemers tegelijkertijd (inclusief KPN retail als interne afnemer) beschikbaar is.

681. Aangezien KPN de prikkel heeft om informatie eerder binnen haar eigen organisatie te verstrekken dan aan andere marktpartijen, acht het college het redelijk om aan KPN de minimum verplichting op te leggen dat een up-to-date planningsoverzicht met betrekking tot uit te faseren MDF (en SDF) locaties minimaal 1 keer per 3 maanden op de website wordt gepubliceerd. Indien en voorzover belangrijke nieuwe informatie over uitfasering binnen de periode van 3 maanden bij KPN bekend is, dan zal KPN deze informatie terstond op haar website publiceren en de wholesaleafnemers (en het college) hiervan gelijktijdig in kennis stellen. De publicatieplicht geldt op gelijke wijze voor MDF locaties waar sprake zal zijn van een overgang naar mini-MDF.^{248 249}

²⁴⁷ Het college heeft deze voorwaarde nader toegelicht naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 170.

²⁴⁸ Het college heeft deze randvoorwaarde nader toegelicht naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 182.

682. Ad g: Redelijke termijn voor publicatie overzicht van beschikbaarheid SDF en ODF. Toelichting: Het is van belang dat KPN regelmatig inzicht verschaft in geografische locaties waar SDF-access of ODF-access beschikbaar gaat komen. Het college acht het derhalve redelijk om aan KPN de verplichting op te leggen om een up-to-date planningsoverzicht met betrekking tot de beschikbaarheid van SDF en ODF minimaal 1 keer per 3 maanden op de website te publiceren. Indien en voorzover belangrijke nieuwe informatie over de beschikbaarheid binnen de periode van 3 maanden bij KPN bekend is, dan zal KPN deze informatie terstond op haar website publiceren en de wholesaleafnemers (en het college) hiervan gelijktijdig in kennis stellen.²⁵⁰

683. Het college verwacht dat op basis van de bovenstaande minimum randvoorwaarden in het kader van uitfasering en migratie een goede en evenwichtige afweging van belangen ten aanzien van de redelijkheid van al dan niet intrekking van de reeds verleende toegang tot de faciliteiten mogelijk is.

Verzoek om intrekking van gedeelde fysieke toegang (linesharing) in het kader van uitfasering en migratie

684. Zowel bij MDF-access als bij SDF-access geldt dat reeds verleende gedeelde fysieke toegang (linesharing) niet mag worden ingetrokken, tenzij voortgezette verlening van gedeelde toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd.

685. Het college zal de volgende randvoorwaarden in acht nemen bij de beoordeling en goedkeuring van KPN's verzoek om de verplichting tot levering van gedeelde fysieke toegang te mogen intrekken:

- a. Redelijke overgangsperiode;
- b. Te goeder trouw onderhandelen over alternatieve technische oplossingen;
- c. Afspraken over klantmigraties;
- d. Verplichting tot treffen maatregelen om overstapdrempels te vermijden;
- e. Migratiekosten.

686. Ad a. Redelijke overgangsperiode: De verplichting tot gedeelde fysieke toegang (linesharing) op basis van MDF techniek alsmede op basis van SDF-techniek, geldt zolang de PSTN dienstverlening op het desbetreffende deel van KPN's aansluitnet plaatsvindt. Voor de overgang dient KPN een redelijke termijn in acht te nemen teneinde de andere aanbieders in staat te stellen om hun klanten een andere propositie te doen of een alternatieve vorm van dienstverlening aan te bieden. Gelet op het feit dat een aanzienlijk deel van de op MDF gebaseerde dienstverlening plaatsvindt op basis van gedeelde toegang tot het aansluitnet, acht het college het van belang dat gedeelde toegang

²⁴⁹ Voor de volledigheid merkt het college nog op dat het publiceren van een periodiek planningsoverzicht niet kan worden beschouwd als een impliciet verzoek aan het college tot het intrekken van de reeds verleende toegang tot de desbetreffende MDF-faciliteiten. Hiertoe zal KPN per uit te faseren locatie een expliciet verzoek bij het college moeten indienen, waarbij voldoende wordt onderbouwd dat aan de randvoorwaarden voor uitfasering en migratie wordt voldaan.

²⁵⁰ Het college heeft deze randvoorwaarde nader toegelicht naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 187.

(linesharing) niet wordt uitgefaseerd zolang levering vanuit technisch oogpunt mogelijk is. Van uitfasering van linesharing zal te zijner tijd sprake zijn bij de zgn. mini-MDF's vanaf het moment dat op de betreffende locatie geen PSTN dienst meer wordt geleverd. In het centralegebied van nummercentrales die onverminderd in stand blijven zal in ieder geval in alle redelijkheid geen sprake kunnen zijn van intrekken van gedeelde toegang (linesharing).

687. Ad b. Te goeder trouw onderhandelen over alternatieve technische oplossingen: KPN dient met de andere aanbieders in overleg te treden over mogelijke technische oplossingen of alternatieve vormen (virtuele vorm van linesharing) om de dienstverlening op basis van linesharing voor te zetten.

688. Ad c. Afspraken over klantmigraties: Ingeval de uitfasering van linesharing op een locatie redelijk is bevonden, dienen er tussen partijen eerlijke afspraken te worden gemaakt ten aanzien de acquisitie van klanten. KPN dient zich daarbij te onthouden van oneerlijke handelspraktijken bij het bieden van alternatieven aan retailafnemers die op basis van linesharing diensten afnemen bij meerdere aanbieders.

689. Ad d. Verplichting tot treffen van maatregelen om overstapdrempels te vermijden: KPN mag geen overstapdrempels opwerpen bij de migratie van een klant van 'linesharing' naar 'ontbundelde toegang'. KPN dient te zorgen voor een ongestoorde voortzetting van de dienstverlening tussen de klant en de alternatieve aanbieder.

690. Ad e. Migratiekosten: Als gevolg van de 'gedwongen' migratie van linesharing naar ontbundelde toegang zal KPN geen migratiekosten voor de omzetting van gedeelde toegang naar volledig ontbundelde lijn in rekening brengen bij wholesaleafnemer.

Wijziging collocatie bij ombouw naar mini-MDF's

691. In die gevallen dat de MDF dienstverlening niet wezenlijk wordt gewijzigd, maar wel sprake zal zijn van een wijziging van collocatie in het kader van de ombouw naar zgn. mini-MDF's, is sprake van een wijziging van de toegang tot faciliteiten. Het betreft onder andere de volgende wijzigingen:

- Verhuizing naar een andere collocatieruimte binnen dezelfde (voormalige) nummercentrale dan wel een netwerkklocatie die KPN in de onmiddellijke nabijheid inricht als vervangende ruimte voor haar eigen dienstverlening;
- Mogelijke vervanging en aanpassing van apparatuur.

692. Het college gaat er vanuit dat de in het voorgaande randnummer bedoelde wijzigingen niet te rekenen zijn tot intrekking van reeds verleende toegang. KPN hoeft hiervoor dan ook geen verzoek tot wijziging bij het college in te dienen, indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- Tijdige voorafgaande publicatie van ombouw naar mini-MDF;

- Er mag geen sprake zijn van onredelijke kosten die door KPN aan de wholesaleafnemers bij de gedwongen verhuizing in rekening worden gebracht. Hierbij kan o.a. gedacht worden aan kosten met betrekking tot de wholesaledienst van KPN, zoals tarieven voor sip-stift migraties;²⁵¹
- Er dient sprake te zijn van ongestoorde voortzetting van de dienstverlening.

11.5 De verplichting tot non-discriminatie

693. Een toegangsmaatregel ontnemt KPN niet de mogelijkheid om door andere gedragingen het ontstaan van concurrentie op de relevante markten te beperken. Deze gedragingen kunnen feitelijk hetzelfde effect sorteren als een toegangsweigering. Hierbij zijn met name gedragingen van belang die zien op prijsdiscriminatie, vertragingstactieken, het discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie betreffende producten, strategisch productontwerp en het overgaan tot kwaliteitsdiscriminatie. Deze gedragingen kunnen feitelijk hetzelfde effect sorteren als een toegangsweigering. Dit zijn daarom mededingingsbeperkende gedragingen die gekoppeld zijn aan het mededingingsprobleem toegangsweigering/leveringsweigering.

694. Aangezien KPN zelf actief is op de retailmarkten die door ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk worden bediend, zal KPN voor haar *eigen* retailorganisatie bovengenoemde problemen niet opwerpen. Zoals gezegd is dergelijk gedrag immers schadelijk voor de concurrentiepositie van de afnemer van het wholesaleproduct. Door KPN te verplichten voor alternatieve partijen gelijke voorwaarden toe te passen als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen, wordt dit risico weggenomen. De verplichting tot non-discriminatie adresseert hiermee de mededingingsproblemen prijsdiscriminatie, vertragingstactieken, strategisch gebruik van informatie en kwaliteitsdiscriminatie.

695. Het college is van mening dat een verplichting tot het non-discriminatoir leveren van toegang op de markt voor ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk een geschikte maatregel is teneinde duurzame concurrentie op de onderliggende wholesale- en retailmarkten te bevorderen en de belangen van eindgebruikers te bevorderen.

696. Het college is tevens van oordeel dat het opleggen van een non-discriminatieverplichting op de markt voor ontbundelde toegang noodzakelijk is. Er bestaan namelijk geen 'lichtere' verplichtingen (dat wil zeggen minder belastende maar wel effectieve instrumenten) om de hierboven genoemde mededingingsproblemen te adresseren. Het enkel adresseren van het probleem van leveringsweigering/toegangsweigering door middel van een toegangsverplichting, het stellen van een aantal aanvullende voorwaarden en eventueel het opleggen van een transparantieverplichting, is niet voldoende KPN ervan te weerhouden om toegang voor andere partijen minder aantrekkelijk te maken dan voor haar eigen onderdelen. Dit gedrag kan ook resulteren in een de facto toegangsweigering. Een toegangs- en/of transparantieverplichting verbiedt KPN niet om toegang te verlenen tegen verschillende condities of voorwaarden en maakt het daarmee mogelijk om de eigen onderdelen van KPN te bevoordelen. Het enkel opleggen van deze verplichtingen zou ertoe leiden dat het doel van de

²⁵¹ Het college heeft het besluit verduidelijkt naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 196.

toegangsverplichting op de markt voor ontbundelde toegang, namelijk het bereiken van concurrentie op de onderliggende wholesale- en retailmarkten, niet bereikt wordt.

697. Het college concludeert dan ook dat het noodzakelijk is om een non-discriminatieverplichting op te leggen ter ondersteuning van de toegangsverplichting teneinde effectieve en non-discriminatoire toegang af te dwingen op de markt voor ontbundelde toegang zodat duurzame concurrentie op de onderliggende markten wordt bevorderd.

Subconclusie

698. Het opleggen van een non-discriminatie verplichting voldoet daarmee aan de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid ten opzichte van de geconstateerde (potentiële) mededingingsproblemen die het beoogt te remediëren.

11.5.1 Nadere invulling non-discriminatieverplichting

699. Op grond van artikel 6a.8 van de Tw legt het college KPN de verplichting op om ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN, onder gelijke omstandigheden gelijke voorwaarden hanteert ten aanzien van leveringen aan externe afnemers als die voorwaarden die zij hanteert bij de levering aan haarzelf.

700. In het kader van de All-IP plannen van KPN is het college van oordeel dat het uitgangspunt dient te zijn dat, zolang KPN zelf gebruik maakt van het koperen aansluitnetwerk voor haar eigen dienstverlening, zij dit netwerk ook aan andere partijen ter beschikking dient te stellen.

701. Ten aanzien van de voorwaarden anders dan tarieven betekent de non-discriminatieverplichting dat afnemers de diensten en bijbehorende faciliteiten tegen dezelfde voorwaarden moeten kunnen afnemen als KPN's retailbedrijf. Wholesale-afnemers moeten bovendien op basis van de inkoop van ontbundelde toegang dezelfde kwaliteitsniveau's aan eindgebruikers kunnen afgeven als KPN. Dit betekent dat de non-discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op:

- de beschikbaarheid van de diensten en netwerken. Het college bedoelt hiermee dat zowel gegarandeerde als gerealiseerde uptime van dienst respectievelijke netwerk op hetzelfde niveau dient te liggen voor zowel interne als externe leveringen.
- de onderhoudsperioden. Het college bedoelt hiermee dat voor zowel interne als externe leveringen gelijke voorwaarden dienen te gelden, in ieder geval ten aanzien van a) duur van geplande dienstonderbrekingen b) de frequentie c) aankondigingstermijnen d) planning van servicewindows over dagdelen (onder meer: binnen/buiten kantooruren).
- de hersteltijden in geval van storingen. Dit betekent dat alle afnemers dezelfde respons- en hersteltijden voor dezelfde diensten dienen te hanteren. Deze verplichting geldt zowel voor de passieve infrastructuur als de actieve apparatuur die benodigd is voor het leveren van de dienst.

- het proces van ordering en levering. Dit betekent dat voor alle afnemers gelijke behandeling gerealiseerd dient te worden met betrekking tot tenminste: responstijden, levertijden, leveringsvoorwaarden, en communicatiemogelijkheden met betrekking tot afstemming om leveringsprocessen in tijd te plannen.
- het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten. Voorafgaand en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe diensten mag de betreffende wholesaledienst nog niet in retailproposities worden aangeboden;²⁵²
- het proces van informatieverstrekking: hiermee doelt het college op gelijke behandeling van interne en externe afnemers met betrekking tot tijdige bekendmaking van (wijzigingen) in tarieven (waaronder mede begrepen eenmalige tarieven, actietarieven en kortingen) en alle voorwaarden (waaronder mede begrepen locaties waar de dienst beschikbaar is, dienstbeschrijving, order- en leveringsvoorwaarden).

702. De verplichting tot non-discriminatie heeft betrekking op alle voorwaarden, derhalve ook op tariefvoorwaarden. Onder de tarieven worden ook eenmalige tarieven, actietarieven en kortingen verstaan.

703. Een uitwerking en precisering van alle voorwaarden dient KPN op te nemen in haar referentieaanbod, zoals omschreven in paragraaf 11.6.

704. Voor wat betreft de tariefvoorwaarden die door een partij met aanmerkelijke marktmacht mogen worden gehanteerd geldt in aanvulling op het bovenstaande het hiernavolgende.

705. Als algemeen uitgangspunt geldt dat de non-discriminatieverplichting in beginsel niet in de weg staat aan enige vorm van tariefdifferentiatie. Daarmee wordt de verplichting niet zwaarder ingevuld dan strikt noodzakelijk. Tariefdifferentiatie, binnen grenzen van het wholesale tariefreguleringsstelsel (de wholesale price cap), is derhalve toegestaan mits de hierboven beschreven doelstellingen van de non-discriminatieverplichting worden gerespecteerd en derhalve de gelijke concurrentievoorwaarden op de markt niet ongelijk worden en de marges van wholesale afnemers op de downstream markten niet worden uitgehold.

706. Voorts geldt dat tariefdifferentiatie slechts is toegestaan voor zover de kortingen een door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel weerspiegelt, zoals een kostenverschil. Dit betekent in het algemeen dat kortingen, waarbij een direct verband met zo'n door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel ontbreekt, niet zijn toegestaan.

707. Kortingen waarbij de te verlenen korting uitsluitend is gerelateerd aan de hoeveelheid van de afname, de zogenaamde kwantumkortingen, zijn in het algemeen wel toegestaan. Indien deze kortingen het karakter hebben van getrouwheidskortingen, zijn ook deze kortingen niet toegestaan.

²⁵² Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevingingen, randnummer 217.

708. Teneinde te voorkomen dat partijen onevenredig worden bevoordeeld of benadeeld en te voorkomen dat marges van wholesale-afnemers worden uitgehold, worden KPN in ieder geval de volgende gedragsregels opgelegd:

1. selectieve prijsonderbieding is verboden: producten of diensten mogen niet tegen gedifferentieerde voorwaarden aan wholesale-afnemers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden geleverd;
2. getrouwheidskortingen zijn verboden. Dit betekent bijvoorbeeld dat tariefdifferentiatie waarbij in de tariefstructuur een mechanisme is ingebouwd op grond waarvan een afnemer minder snel geneigd is om voor één of meerdere wholesalediensten (tezamen) over te stappen naar een andere aanbieder, niet is toegestaan;²⁵³
3. tariefdifferentiatie op basis van het vraagprofiel is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden:²⁵⁴ 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers.²⁵⁵ Differentiatie op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is ook geoorloofd;²⁵⁶
4. tariefdifferentiatie op basis van geografische omstandigheden is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers;²⁵⁷
5. tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream-bedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-utholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.

709. Het college acht het opnemen van deze gedragsregels passend, omdat ze KPN als AMM-partij duidelijkheid geven over de door het college gehanteerde invulling van de non-discriminatieverplichting en gericht bijdragen aan de remediëring van mededingingsproblemen. Immers alleen die vormen van tariefdifferentiatie die leiden tot benadeling of marge-utholling van wholesale-afnemers worden verboden. Getrouwheidskortingen worden daarnaast verboden, omdat bij een getrouwheidskorting een drempel om over te stappen wordt gecreëerd, hetgeen een negatief effect heeft op de prikkels van andere wholesale-aanbieders om te investeren in infrastructuur. Ten

²⁵³ Een korting die afhankelijk is van de termijn dat een wholesale-afnemers reeds klant is, is derhalve niet toegestaan. Een korting die is gekoppeld aan een bundeling van wholesalediensten voldoet niet aan de tweede gedragsregel.

²⁵⁴ Een voorbeeld hiervan is een volumegerelateerde korting.

²⁵⁵ Een korting waarvoor alleen KPN's retailbedrijven redelijkerwijs in aanmerking komen, is derhalve niet toegestaan.

²⁵⁶ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 205.

²⁵⁷ Een korting op een geografische locatie van één eindgebruiker of een geografisch versnipperd gebied is derhalve niet toegestaan. Ook een korting waarvoor alleen KPN's retailbedrijven redelijkerwijs in aanmerking komen, is derhalve niet toegestaan.

aanzien van gedragsregel 5 geeft het college hieronder nog een verdere toelichting en operationalisering.

Toelichting en operationalisering gedragsregel 5

710. Het college is van oordeel dat wholesale tariefregulering alleen niet voldoende is om de prikkel en mogelijkheid tot marge-utholling bij verticaal geïntegreerde bedrijven volledig weg te nemen. KPN heeft nog steeds de mogelijkheid om marges van concurrenten uit te hollen, omdat zij een *verticaal geïntegreerde partij* is. KPN koopt een relatief groot deel van de wholesalediensten bij zichzelf in (breedband- en telefonieaansluiting, vaste en mobiele gespreksafgifte en huurlijnen) en heeft daardoor ten opzichte van andere partijen relatief veel minder out-of-pocket kosten. Dit geeft KPN een voordeel, omdat zij daardoor meer bewegingsvrijheid in haar tariefstelling heeft. Een retailtariefstelling op het niveau dat gelegen tussen de incrementele en totale (integrale) kosten geeft KPN namelijk altijd nog een dekkingsbijdrage, terwijl andere partijen dan verlies (kunnen) maken, omdat zij een groter deel van hun wholesalediensten moeten inkopen bij KPN. In feite betekent de verticale integratie van KPN dat KPN de mogelijkheid heeft om haar tarieven te stellen op een niveau gelegen tussen de incrementele kosten en de totale kosten. Andere partijen die diensten inkopen bij KPN hebben die mogelijkheid niet zonder daarbij verlies te maken. Een tariefstelling waarin niet de totale kosten zijn meegenomen leidt namelijk zonder meer tot een verliesgevende prijs. De non-discriminatieverplichting is bedoeld om een *level playing field* te creëren op wholesaleniveau, zodat efficiënte wholesale-afnemers een concurrerend aanbod op de downstream markt kunnen doen. Een wholesale price cap sluit niet uit dat KPN dit *level playing field* kan verstoren door gebruik te maken van haar voordelen als verticaal geïntegreerde aanbieder.

711. Een *level playing field* is mogelijk als KPN's downstreamdiensten (dit kan een retaildienst zijn, maar ook een wholesaledienst zoals WBT) prijstechnisch repliceerbaar zijn. Bij de beoordeling van die repliceerbaarheid dient, naar het oordeel van het college, te worden uitgegaan van de wijze waarop KPN de diensten voortbrengt en niet de voortbrengingswijze van de (grootste) efficiënte concurrent. Het college gaat ervan uit dat KPN een efficiënte partij is. Het college acht het niet wenselijk dat partijen die minder efficiënt zijn dan KPN tegen marge-utholling beschermd worden, ook niet als sprake is van kostennadelen die niet tijdelijk van aard zijn. Immers, als ook minder efficiënte partijen beschermd worden zou dat tot structureel hogere prijzen voor eindgebruikers kunnen leiden.

712. Om te beoordelen of een downstreamdienst repliceerbaar is op basis van KPN's voortbrengingswijze stelt het college als voorwaarde dat de downstreamtariefstelling van KPN in ieder geval de volgende kosten dient te dekken om te kunnen spreken van een prijstechnisch repliceerbare downstreamdienst:

- de inkoopkosten van gereguleerde wholesale diensten gebaseerd op de (non-discriminatoire) tarieven uit het referentie-aanbod;
- de lange termijn incrementele kosten voor de ongereguleerde wholesale diensten. In geval het gaat om een downstream retaildienst dienen daar nog de met de retaildienst samenhangende incrementele retailkosten aan worden toegevoegd.

713. Pas als bovenstaande kosten worden terugverdiend wordt het voordeel dat KPN heeft van haar verticale integratie voldoende geredimeerd. In geval het tarief van een downstreamdienst niet replicerbaar is c.q. niet de bovenstaande kosten dekt, zal het college concluderen dat KPN zichzelf heeft bevoordeeld door de gereguleerde wholesale bouwstenen (impliciet) tegen lagere tarieven aan zichzelf te leveren dan opgenomen in het referentie-aanbod. Door zichzelf lagere tarieven te rekenen dan andere partijen heeft KPN de non-discriminatieverplichting overtreden. KPN dient in dat geval de overtreding te beëindigen door de wholesaletarieven van gereguleerde diensten ook voor andere partijen te verlagen. Dit kan een doorwerking hebben naar nog hoger gelegen upstream wholesalemakten.

11.6 De transparantieplichting en het referentieaanbod

714. De functie van zowel de algemene transparantieplichting (artikel 6a.9, eerste lid, van de Tw) als de verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod (artikel 6a.9, tweede lid, van de Tw) is primair het verschaffen van alle informatie die partijen nodig hebben bij het afnemen van toegang. Een verschil tussen de algemene transparantieplichting en de verplichting een referentieaanbod bekend te maken, is dat het college op grond van artikel 6a.9, vierde lid, van de Tw bij een referentieaanbod expliciet de bevoegdheid krijgt om aanwijzingen te geven in het geval het referentieaanbod niet in overeenstemming is met opgelegde verplichtingen.

715. Een referentieaanbod is te beschouwen als een standaardaanbod dat toegangsverzoekende partijen op korte termijn en op eenvoudige wijze in staat stelt met KPN tot overeenstemming te komen. In de Memorie van Toelichting bij de Tw wordt hierover het volgende gezegd.²⁵⁸

“Een referentieaanbod bevat een opgave van door het college te bepalen vormen van toegang, aan te bieden door de betrokken onderneming op de bewuste relevante markt. Daarbij worden ook de gehanteerde voorwaarden en tarieven vermeld. Een plicht tot het bekendmaken van een referentieaanbod kan er toe bijdragen dat ondernemingen die toegang wensen niet behoeven te betalen voor kosten die geen direct verband houden met de gewenste toegangsverlening.”

716. Gebruikelijk is bovendien dat het referentieaanbod geen minimum aanbod is, maar wel een dusdanig complete beschrijving van de toegangsdienst omvat, dat een afnemer op basis van het referentieaanbod direct een overeenkomst kan aangaan.

717. Een noodzakelijke voorwaarde voor het effectief en efficiënt gebruik van een toegangsdienst is dat de afnemer van toegang over alle voor toegang relevante informatie beschikt. In hoofdstuk 10 is reeds toegelicht dat KPN in staat is om relevante informatie achter te houden of onvoldoende duidelijk te presenteren. De transparantieplichting adresseert het potentiële mededingingsprobleem van achterhouding van informatie. De verplichting is geschikt om te bewerkstelligen dat voor toegang relevante informatie bekend dient te worden gemaakt.

²⁵⁸ Memorie van Toelichting, Kamerstuk II, 2002-2003, 28851, nr 3.

718. De algemene transparantieplichting is echter niet voldoende om de relevante informatie bekend te maken in een zodanige vorm dat op basis van deze informatie eenvoudig en snel een nieuwe overeenkomst kan worden aangegaan tussen KPN en partijen die toegang afnemen. Daarnaast stelt de algemene transparantieplichting afnemers niet in staat om snel te kunnen constateren of zij benadeeld worden ten opzichte van andere partijen, onderdelen of dochterondernemingen van KPN. Ten slotte draagt een algemene transparantieplichting niet bij aan het voorkomen van mogelijke oneigenlijke bundeling, strategisch productontwerp of het stellen van onbillijke voorwaarden. De algemene transparantieplichting is daarom niet voldoende. Een transparantieplichting in de vorm van de verplichting om een referentieaanbod te publiceren is geschikt om ervoor te zorgen dat toegang en non-discriminatie voldoende effectief zijn om concurrentie op de onderliggende retailmarkten te bevorderen.

719. De verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod adresseert het potentiële mededingingsprobleem van achterhouding van informatie en draagt bij aan voorkoming van oneigenlijke bundeling, het stellen van onbillijke voorwaarden en strategische productontwerp. De verplichting tot het bekendmaken van een referentieaanbod stelt partijen in staat om effectief en efficiënt gebruik te maken van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk omdat op basis van deze informatie vrijwel direct een overeenkomst tot stand kan komen tussen KPN en om toegang verzoekende partijen.

Aankondiging ingangsdatum afneembaarheid nieuwe diensten ter vervanging van uitgefaseerde diensten en gewijzigde diensten

720. In het geval van nieuwe of gewijzigde diensten (bijv. een tariefswijziging of de introductie van hogere bandbreedten) of uitfaseringen is het college van oordeel dat een dergelijke aanpassing tijdig aan afnemers van wholesalebreedbanddiensten bekend gemaakt moet worden. Het college is van oordeel dat hiervoor een redelijke aankondigingstermijn in acht moet worden genomen. In beginsel dienen aanpassingen minimaal 2 maanden voor de ingangsdatum van de nieuwe of gewijzigde dienst in een specifiek gebied aan afnemers bekend moet worden gemaakt. Het college heeft daarbij afgewogen dat afnemers voldoende tijd moeten hebben om hierop in te spelen, maar dat deze termijn ook niet langer dan strikt noodzakelijk moet zijn, om te voorkomen dat KPN onnodig lang moet wachten met bijvoorbeeld de introductie van nieuwe diensten in het betreffende gebied. Bekendmaking dient in ieder geval schriftelijk aan afnemers en door publicatie op de website van KPN plaats te vinden. KPN dient voorts het college op hetzelfde moment als potentiële afnemers te informeren over voorgenomen wijzigingen.

721. Op het moment van aankondiging moet zeker zijn dat de aangekondigde wholesaledienst in het betreffende gebied ook daadwerkelijk afneembaar is aan het einde van de aankondigingstermijn. Pas dan kunnen partijen er zeker van kunnen zijn dat op het moment van introductie de wholesaledienst ook daadwerkelijk door alle afnemers afgenomen kan gaan worden en hebben partijen voldoende tijd om hun productportfolio aan te passen.²⁵⁹²⁶⁰

²⁵⁹ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 216.

²⁶⁰ Voor de volledigheid merkt het college op dat voor uitfaseringen in het kader van de All-IP plannen verschillende aankondigingstermijn gelden, die ieder op een andere fase van het proces betrekking hebben. Ingevolge de randvoorwaarden

Subconclusie

722. De verplichting is hiermee geschikt. Met deze verplichting kan het college bepalen dat alle voor het effectief en efficiënt gebruik van toegang relevante informatie bekend dient te worden gemaakt. Met een referentieaanbod in combinatie met de non-discriminatieverplichting wordt het mededingingsprobleem 'strategisch gebruik van informatie' geheel voorkomen en deze verplichting is daarom ook voldoende. De (lichtere) transparantieverplichting op zich is hiervoor niet voldoende. Een verplichting tot het publiceren van een referentieaanbod is dan ook noodzakelijk.

723. De verplichting tot het bekend maken van een referentieaanbod biedt bovendien een extra waarborg doordat het college KPN aanwijzingen kan geven indien in het referentieaanbod niet aan de in het kader van toegang opgelegde verplichtingen is voldaan. Bij het opleggen van de algemene transparantieverplichting ontbreekt een dergelijke waarborg.

11.6.1 Nadere invulling referentieaanbod

724. Het college verplicht KPN om alle diensten en bijbehorende faciliteiten die KPN op basis van de toegangsverplichting op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk dient te leveren (MDF-access, SDF-access, ODF-access) op te nemen in een referentieaanbod.

725. Gelet op het bovenstaande verplicht het college op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.9, eerste en tweede lid, van de Tw KPN om informatie met betrekking tot toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten in een referentieaanbod bekend te maken en regelmatig bij te werken.

726. Het referentieaanbod dient te zijn opgesplitst naar de onderscheiden vormen van toegang tot het aansluitnetwerk en bevat ten minste de hieronder opgesomde punten en een beschrijving van de verschillende onderdelen en respectieve voorwaarden en tarieven.

A. Voorwaarden voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk

1. Netwerkelementen waartoe toegang wordt geboden, met in het bijzonder de volgende elementen:

- a. Toegang tot aansluitnetwerken;
- b. Toegang tot het buiten de spraakband liggende deel van het frequentiespectrum van een aansluitnetwerk, in geval van gedeelde toegang tot het koperen aansluitnet.

uitfasering en migratie rust op KPN de verplichting om een up-to-date planningsoverzicht m.b.t. de uitfasering MDF (en SDF) locaties minimaal één keer per kwartaal op de website te publiceren en om minimaal één keer per kwartaal een up-to-date planningsoverzicht van beschikbaarheid SDF en ODF locaties te publiceren (zie randnummers 681-682). Verder rust op KPN de verplichting om ieder afneembaar alternatief in het referentieaanbod op te nemen en tijdig per centralegebied aan partijen bekend te maken (zie randnummer 676.) De aankondigingstermijn voor de daadwerkelijke beschikbaarheid en introductie van de nieuwe (afneembare) diensten in een bepaald gebied, als bedoeld in het onderhavige randnummer, kan worden beschouwd als de laatste fase in het migratieproces.

c. Toegang ten behoeve van near-net aansluitingen in het kader van ODF-access.²⁶¹

2. Informatie over de plaatsen van de fysieke aansluitpunten, beschikbaarheid, van aansluitnetwerken op bepaalde delen van het toegangsnet.
3. Technische voorwaarden die verband houden met toegang tot en gebruik van aansluitnetwerken, met inbegrip van de technische kenmerken van het aansluitnet.
4. Procedures voor het bestellen en verstrekken, gebruiksbeperkingen.

B. Co-locatiediensten en bijbehorende faciliteiten:

1. Informatie over de desbetreffende plaatsen van KPN.
2. Co-locatieopties op de in punt B1 genoemde plaatsen (met inbegrip van fysieke co-locatie en in voorkomend geval co-locatie op afstand en virtuele co-locatie).
3. Apparatuurkenmerken: eventuele beperkingen voor apparatuur die in co-locatie kan worden geplaatst.
4. Veiligheidsaspecten: door KPN getroffen maatregelen om de veiligheid van hun locaties te waarborgen.
5. Voorwaarden voor de toegang van het personeel van concurrerende exploitanten.
6. Veiligheidsnormen
7. Regels voor toewijzing van ruimte wanneer de co-locatieruimte beperkt is.
8. Regels voor ontvangers voor de inspectie van locaties waarop fysieke co-locatie mogelijk is of plaatsen waar co-locatie is geweigerd in verband met ruimtegebrek.
9. Bijbehorende faciliteiten, zoals onder andere SDF-backhaul en ODF-backhaul²⁶².

C. Informatiesystemen

Voorwaarden voor toegang tot de operationele ondersteunende systemen, informatiesystemen of databases voor reservering, levering, bestelling, onderhouds- en herstelverzoeken en facturering van KPN.

D. Leveringsvoorwaarden

1. Termijn waarbinnen wordt gereageerd op verzoeken om diensten en faciliteiten, overeenkomsten in

²⁶¹ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 154.

²⁶² Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 148.

zake het niveau van de dienst, procedures om gebreken te verhelpen en om terug te keren naar het gangbare niveau van dienstverlening en parameters voor de kwaliteit van de dienstverlening.

2. Standaardcontract, indien van toepassing met inbegrip van vergoeding voor te late levering.

3. Tarieven of tarifieringsformules voor elk van bovengenoemde aspecten, functies en faciliteiten.

4. Wholesale-afnemers (zowel intern als extern) dienen eveneens tijdig en op non-discriminatoire wijze geïnformeerd te worden ten aanzien van tarieven en voorwaarden.

5. Wholesale-afnemers moeten op basis van de inkoop van ontbundelde toegang dezelfde kwaliteitsniveau's aan eindgebruikers kunnen afgeven als KPN. Dit betekent dat de non-discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op:

- de beschikbaarheid van de diensten en netwerken: gegarandeerde als gerealiseerde uptime van de dienst respectievelijk het netwerk dient op hetzelfde niveau voor interne en externe leveringen te zijn.

- de onderhoudsperioden: voor interne en externe leveringen van dezelfde diensten dienen gelijke condities te gelden ten aanzien van a) duur van geplande dienstonderbrekingen b) de frequentie c) aankondigingstermijnen d) planning van servicewindows over dagdelen (onder meer: binnen/buiten kantooruren)

- de hersteltijden in geval van storingen: alle afnemers dienen dezelfde respons- en hersteltijden te hebben voor dezelfde diensten voor passieve infrastructuur en op de actieve apparatuur die nodig is voor het leveren van de dienst.

- het proces van ordering en levering: gelijke behandeling voor alle afnemers met betrekking tot tenminste: responstijden, levertijden, -leveringsvoorwaarden, informatieverstrekking en communicatiemogelijkheden met betrekking tot afstemming om leveringsprocessen in tijd te plannen.

- het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten. Voorafgaand en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe diensten mag de betreffende wholesaledienst nog niet in retailproposities worden aangeboden²⁶³.

- het proces van informatieverstrekking: gelijke behandeling van alle afnemers met betrekking tot tijdige bekendmaking van (wijzigingen) in tarieven (waaronder mede begrepen eenmalige tarieven, actietarieven en kortingen) en alle voorwaarden (waaronder mede begrepen locaties waar de dienst beschikbaar is, dienstbeschrijving, order- en leveringsvoorwaarden).

6. Voorstel voor boetebeding ingeval van het niet voldoen aan minimum kwaliteits- en serviceniveaus.

²⁶³ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 217.

E. Intrekking van reeds verleende toegang in het kader van uitfasering en migratie

Algemeen

727. Het college is zich er van bewust dat de uitfasering van de MDF centrales grote impact heeft op de positie van marktpartijen. Dit is de reden dat het college van oordeel is dat uitfasering alleen dan mag plaatsvinden indien er aan een aantal randvoorwaarden is voldaan ten aanzien van de uitfasering en de migratie. Hieronder volgen de randvoorwaarden ten aanzien van de uitfasering van MDF centrales die in ieder geval nader uitgewerkt dienen te worden in het referentieaanbod. Gezien het grote belang overweegt het college hier een Industry Group voor te organiseren waarin partijen onderling tot een redelijke invulling van het referentieaanbod kunnen komen.

Randvoorwaarden voor intrekking reeds verleende toegang (tot faciliteiten) in het kader van uitfasering en migratie

- a. Redelijke aankondigingstermijnen en redelijke besluitvormingstermijn voor aanbieders om alternatieve vorm kenbaar te maken;
- b. Beschikbaarheid en afneembaarheid van (gereguleerde) alternatieven;
- c. Gelijke behandeling uitfasering KPN diensten;
- d. Heldere procesafspraken over uitfasering-en overlaytermijnen;
- e. Redelijke kwaliteit en garantie van dienstverlening bij migratie;
- f. Redelijke termijn publicatie planning uitfasering MDF (en SDF)locaties;
- g. Redelijke termijn publicatie overzicht beschikbaarheid SDF en ODF locaties.

Randvoorwaarden voor intrekking van gedeelde fysieke toegang (linesharing)in het kader van uitfasering en migratie

- a. Redelijke overgangperiode;
- b. Te goeder trouw onderhandelen over alternatieve technische oplossingen;
- c. Afspraken over klantmigraties;
- d. Verplichting tot treffen maatregelen om overstapdrempels te vermijden;
- e. Migratiekosten.

Randvoorwaarden wijziging collocatie bij ombouw naar mini-MDF's

- Tijdige voorafgaande publicatie van ombouw naar mini-MDF;
- Er mag geen sprake zijn van onredelijke kosten die door KPN aan de wholesaleafnemers bij de gedwongen verhuizing in rekening worden gebracht. Hierbij kan o.a. gedacht worden aan kosten met betrekking tot de wholesaledienst van KPN, zoals tarieven voor sip-stift migraties;²⁶⁴
- Er dient sprake te zijn van ongestoorde voortzetting van de dienstverlening.

728. Op grond van artikel 6a.9, vijfde lid, van de Tw verbindt het college aan de verplichting om een referentieaanbod te publiceren het voorschrift dat KPN het referentieaanbod op elektronische wijze bekend maakt op haar website. Tevens verbindt het college aan de verplichting het voorschrift om wijzigingen in het wholesaleaanbod tijdig op te nemen en haar afnemers hiervan op de hoogte te stellen. Het gaat hierbij om zowel wijzigingen in de bestaande dienstverlening als introductie van

²⁶⁴ Het college heeft het besluit verduidelijkt naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 196.

nieuwe dienstverlening alsmede de aankondiging van de ingangsdatum van deze gewijzigde en nieuwe diensten²⁶⁵. Ten slotte verbindt het college aan de verplichting het voorschrift om een afschrift van het referentieaanbod en elke wijziging hiervan aan het college te verstrekken.

729. KPN dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto 6a.9, vijfde lid van de Tw, binnen dertig dagen na inwerkingtreding van dit besluit het referentieaanbod ten aanzien van alle in dit besluit genoemde toegangsverplichtingen en faciliteiten in ieder geval op zijn website te publiceren, waarin met bovengenoemde bepalingen rekening dient te worden gehouden. Daarnaast dient KPN een afschrift van het referentieaanbod en van elke wijziging aan het college te verstrekken.

11.7 De verplichting tot tariefregulering

730. In het voorgaande heeft het college vastgesteld dat een toegangsverplichting, een non-discriminatieverplichting en een verplichting tot het publiceren van een referentieaanbod geschikt en noodzakelijk zijn teneinde een aantal van de geïdentificeerde mededingingsproblemen te voorkomen.

731. In deze paragraaf motiveert het college waarom het opleggen van tariefregulering aan KPN op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk een geschikte en noodzakelijke maatregel is.

732. Artikel 6a.7, eerste lid, van de Tw bepaalt dat het college verplichtingen met betrekking tot tariefbeheersing of kostentoe rekening kan opleggen “indien uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van de eindgebruikers.” Door het opleggen van tariefregulering worden de mogelijkheden voor een AMM-partij tot het hanteren van tarieven die leiden tot marge-uitholling beperkt. Een AMM-partij kan marge-uitholling laten ontstaan door de mogelijkheden die zij heeft tot prijsdiscriminatie, het hanteren van hoge wholesaleprijzen en het subsidiëren van retailinkomsten door wholesale-inkomsten. Daarnaast kunnen door tariefregulering ook buitensporig hoge prijzen worden voorkomen.

733. In paragraaf 10.5 heeft het college toegelicht dat KPN op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk de mogelijkheid en de prikkel heeft om (te) hoge prijzen voor toegang te rekenen en om de marge van concurrerende aanbieders die gebruik maken van het netwerk van KPN uit te hollen.

734. Het toepassen van tariefregulering op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk zorgt ervoor dat KPN concurrerende aanbieders niet van de wholesale- en retailmarkt kan weren door prijsgedrag dat leidt tot marge-uitholling. Het voorkomen van dergelijke uitsluiting van andere aanbieders bevordert effectieve mededinging op de retailmarkt breedbandinternettoegang. Zonder dergelijke regulering zouden concurrerende aanbieders eenvoudig van de markt kunnen worden geweerd: feitelijk zou in die situatie de toegangsverplichting niet effectief zijn en effectieve

²⁶⁵ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevingingen, randnummer 216.

mededinging niet tot stand kunnen komen. Omdat tariefregulering eraan bijdraagt dat effectieve mededinging tot stand wordt gebracht, wordt tevens bevorderd dat eindgebruikers keuze hebben, dat concurrerende prijzen tot stand komen en dat diensten voldoen aan het kwaliteitsniveau dat door de eindgebruiker wordt gevraagd.

735. Daarnaast zorgt tariefregulering ervoor dat KPN geen buitensporig hoge prijzen kan rekenen, die uiteindelijk kunnen leiden tot hogere retailprijzen. Met wholesaletariefregulering worden eindgebruikers beschermd tegen dergelijke hoge retailprijzen.

736. Het opleggen van tariefregulering aan KPN is, op grond van het voorgaande, een geschikte verplichting.

737. In paragraaf 11.4 tot en met 11.6 heeft het college onderbouwd waarom de verplichtingen tot het bieden van toegang, transparantie en non-discriminatie geschikt en noodzakelijk zijn. Deze verplichtingen ontnemen KPN echter niet de mogelijkheid om buitensporig hoge tarieven te hanteren, waardoor het risico op deze hoge tarieven blijft bestaan.

738. Ook nemen deze verplichtingen niet KPN's mogelijkheden weg om de marges van concurrerende aanbieders uit te hollen. Weliswaar is KPN op grond van de non-discriminatieverplichting gehouden om haar eigen retaildochters niet te bevoordelen ten opzichte van externe afnemers van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, maar dit sluit marge-utholling niet uit. Indien geen tariefregulering wordt ingesteld, blijft er voor KPN de mogelijkheid en de prikkel bestaan concurrerende aanbieders van de markt te weren door haar wholesaletarieven zodanig hoog vast te stellen dat marge-utholling optreedt. De lage marge die KPN vervolgens behaalt op de retailmarkt breedbandinternettoegang (indien zijzelf tegen even hoge tarieven inkoop als haar concurrenten) kan zij immers goedmaken met de hoge tarieven op de wholesalemarkt. Dit leidt ertoe dat effectieve mededinging onmogelijk wordt gemaakt, gegeven de vaststelling dat effectieve mededinging uitsluitend mogelijk is indien partijen in staat zijn om tegen voldoende concurrerende voorwaarden ontbundelde toegang af te nemen bij KPN, omdat replicatie niet in voldoende mate mogelijk is binnen de termijn van de herziening en de direct voorzienbare toekomst.

739. Om deze potentiële gedragingen te voorkomen staan het college geen andere, lichtere maatregelen ter beschikking dan tariefregulering. Op grond van het voorgaande is tariefregulering derhalve een noodzakelijke maatregel.

Subconclusie

740. Het college stelt vast dat het opleggen van tariefregulering aan KPN op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk een geschikte en noodzakelijke maatregel is.

11.7.1 Nadere invulling tariefverplichting

741. In paragraaf 11.7 heeft het college gemotiveerd dat het opleggen van tariefregulering op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk een geschikte en noodzakelijke maatregel betreft. In deze paragraaf zal het college onderbouwen hoe hij deze tariefregulering nader zal invullen.

Voor deze onderbouwing gaat het college uit van de specifieke karakteristieken van de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.

742. In de hierna volgende paragrafen gaat het college eerst in op de tariefregulering van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN. In paragraaf 11.7.8 zal het college ingaan op de tariefregulering van ontbundelde toegang tot het glazen aansluitnet van KPN.

743. Als eerste stap wordt onderzocht of tariefregulering op basis van kostenoriëntatie passend is. Indien dit niet het geval is, zal het college andere vormen van tariefregulering onderzoeken. Tariefregulering op basis van kostenoriëntatie kan vervolgens op twee manieren ingevuld worden: met meerjarige tariefregulering of met éénjarige tariefregulering. Het college hanteert ten behoeve van de meerjarige tariefregulering het wholesale price cap systeem.

11.7.2 Passendheid van kostenoriëntatie

744. Het beginsel van kostenoriëntatie houdt in dat afnemers van toegang die gebruik maken van de infrastructuur van de AMM-partij een vergoeding aan deze AMM-partij betalen ter dekking van de relevante kosten. Men spreekt in dit verband ook wel van kostengeoriënteerde tarieven. Het college acht de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor KPN op de markt voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk een geschikte en noodzakelijke verplichting. Hieronder licht het college dit toe.

745. Door kostengeoriënteerde tarieven te hanteren wordt voorkomen dat KPN buitensporig hoge tarieven voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk in rekening kan brengen en zo de afnemers van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk kan uitbuiten. Dit gedrag zou KPN een extra marge op de wholesaledienstverlening opleveren, die KPN niet zou kunnen verdienen op een concurrerende markt.

746. Tariefregulering op basis van kostenoriëntatie voorkomt ook dat KPN te hoge tarieven voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk kan rekenen, waardoor de marges van de afnemers van ontbundelde toegang op de retailmarkten waar KPN ook actief is, onder druk komen te staan. Juist het baseren van de wholesaletarieven op kosten, draagt bij aan het ontstaan van een gelijkwaardig speelveld op de retailmarkt, waardoor afnemers van toegang op een eerlijke manier kunnen concurreren met KPN.²⁶⁶ Door deze concurrentie op de retailmarkten ontstaat er tevens druk op de retailprijzen, waar eindgebruikers voordeel van ondervinden.

747. Het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven heeft ook een goede signaalfunctie ten aanzien van investeringen door toetreders. Het college acht dit van belang voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk. Een belangrijke informatiebron bij de investeringsbeslissing van een alternatieve toetreders is het kostenniveau van KPN. De nieuwe toetreders zal namelijk willen weten of hij in staat is tegen dezelfde of lagere kosten te produceren dan KPN. Indien de tarieven van KPN niet zijn gebaseerd op de onderliggende relevante kosten, geeft het tarief derhalve niet de gewenste

²⁶⁶ Blijkens de memorie van toelichting (Kamerstukken II, 2002-2003, 28851, p.27) acht de wetgever kostenoriëntatie in beginsel de meest voor de hand liggende vorm van tariefregulering.

informatie. Dit brengt het risico met zich mee dat de toetreders besluit om in deze markt te investeren, terwijl hij dit beter niet had kunnen doen. Tarieven die zijn gebaseerd op de relevante onderliggende kosten daarentegen geven een goede prikkel aan potentiële toetreders tot het maken van efficiënte investeringen. Andere methoden dan kostenoriëntatie zijn minder geschikt, omdat daarmee de tarieven niet op de onderliggende kosten gebaseerd worden. Het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven past ook goed in het reguleringskader van het college om, daar waar dat mogelijk is, voorrang te geven aan infrastructuurconcurrentie.²⁶⁷ Ook is het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven in overeenstemming met de beleidsregels voor OPTA.²⁶⁸

748. Op basis van het bovenstaande concludeert het college het volgende. Voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN bestaat het risico dat KPN buitensporige tarieven hanteert en de marges van afnemers van toegang uitholt. Met behulp van kostengeoriënteerde tarieven voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN wordt dit voorkomen en is concurrentie op de retailmarkt mogelijk waarbij tevens prijsdruk op de retailmarkt ontstaat die ten goede komt aan de eindgebruikers. Tevens geven kostengeoriënteerde tarieven de juiste prikkels ten aanzien van investeringen met betrekking tot ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk aan alternatieve aanbieders. Het college concludeert daarom dat tariefregulering op basis van kostenoriëntatie op de markt voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk een geschikte en noodzakelijke maatregel is. Het college legt derhalve aan KPN de verplichting op om voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk kostengeoriënteerde tarieven te hanteren.

11.7.3 Invulling van kostenoriëntatie

11.7.3.1 Inleiding

749. In de vorige reguleringsperiode werd gebruik gemaakt van het WPC-systeem. Via het WPC-systeem zijn meerjarige prijsplafonds vastgesteld, gebaseerd op de kostprijzen van KPN volgens het EDC-kostentoekeningssysteem, met eventueel een correctie op de kosten op basis van een comparatieve efficiëntieanalyse.

750. In het WPC-systeem worden voor een periode van drie jaar tariefplafonds vastgesteld op basis van de gerealiseerde EDC-kostprijzen van het jaar voorafgaand aan de reguleringsperiode en de verwachte kostprijs voor het laatste jaar van de reguleringsperiode. Het EDC-systeem gaat uit van de kosten van KPN. Deze kosten worden via de EDC-systematiek toegerekend aan diensten.

751. De comparatieve efficiëntieanalyse (CEA) is een statistische analyse op basis waarvan de efficiëntie van KPN in verhouding tot Amerikaanse teleco-aanbieders kan worden bepaald. Op basis van de uitkomst van deze analyse was een correctie van toepassing op de kosten, en daarmee op de tarieven, van KPN.

²⁶⁷ Zie paragraaf 11.2 van het besluit.

²⁶⁸ Artikel 2, tweede lid, van de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken over de door het college uit te oefenen taken in de elektronisch communicatiesector (Staatscourant, 9 juni 2005, nr. 109, p. 11) stelt dat het college zijn bevoegdheid om verplichtingen op te leggen zodanig moet uitoefenen dat alternatieve aanbieders zo min mogelijk de stimulans ontnomen wordt om te investeren in netwerken en bijbehorende faciliteiten.

752. Met gebruikmaking van de CEA waren er vier WPC-varianten te onderscheiden, met verschillende efficiëntiekortingen. In de eerste variant was deze korting het hoogst. De plaatsing van een markt in een WPC-variant was gekoppeld aan de mate waarin infrastructuurconcurrentie op de bewuste markt door het college mogelijk werd geacht.

753. Het college is van mening dat het EDC-systeem een goede basis is voor de bepaling van de tarieven van KPN. Het college is verder van mening dat de CEA als standaard toe te passen instrument kan vervallen, maar mogelijk wel toegepast kan worden op de kostenprognoses die KPN in het kader van de WPC maakt. In het onderstaande licht het college dit toe.

11.7.3.2 Relevante kosten en EDC

754. Bij de toepassing van kostenoriëntatie geldt dat KPN een vergoeding dient te krijgen voor de kosten die zij moet maken om de diensten te leveren. Hierbij gaat het in beginsel om de efficiënte kosten; dat zijn immers ook de kosten die KPN in een concurrerende omgeving in de prijsstelling kan verwerken. Het is KPN in beginsel dus niet toegestaan om inefficiënties in de eigen bedrijfsvoering door te berekenen in de wholesaletarieven.²⁶⁹

755. Het college heeft drie redenen om niet direct te veronderstellen dat de kosten van KPN op dit moment niet efficiënt zouden zijn. In de eerste plaats heeft KPN prikkels om haar kosten zoveel mogelijk te minimaliseren, omdat iedere verlaging van de wholesalekosten voor KPN een hogere marge oplevert. Deze prikkel is sterk, omdat het grootste deel van de wholesaledienstverlening van KPN leveringen aan het eigen retailbedrijf betreft, zodat een efficiëntieverbetering grotendeels ten bate van KPN zelf komt. Deze efficiëntieprikkel van KPN wordt versterkt door meerjarigheid van tariefregulering (zie ook paragraaf 11.7.5). Ten tweede heeft het college in de vorige reguleringsperiode met behulp van de CEA vastgesteld dat KPN zich schaarde bij de 10 procent meest efficiënte Amerikaanse telecomaانبieders. Het college heeft geen indicaties dat de efficiëntie van KPN in de laatste periode verslechterd zou zijn. Ten derde toont KPN aan efficiëntieslagen te maken, bijvoorbeeld door personeel af te stoten en centralegebouwen te verkopen. Het voorgaande overziend, ziet het college geen aanleiding om aan te nemen dat de kosten van KPN inefficiënt zijn.

756. Ondanks dat er volgens het college geen directe aanleiding bestaat om te veronderstellen dat KPN inefficiënte kosten maakt, ziet het college wel dat KPN prikkels heeft om de wholesaletarieven zo hoog mogelijk vast te stellen, omdat zij hiermee concurrentie door afnemers van toegang kan beperken. Dit is de essentie van de prijsgerelateerde gedragingen die KPN kan toepassen indien zij marktmacht heeft.²⁷⁰ Ingeval kostenoriëntatie geldt, zijn er voor KPN twee mogelijkheden om wholesaletarieven voor concurrenten op te stuwen. Ten eerste kan KPN teveel kosten toerekenen aan gereguleerde wholesalediensten, zodat de daarop gebaseerde tarieven hoger zijn dan redelijk is en afnemers van toegang met hogere kosten geconfronteerd worden. Ten tweede kan KPN de kosten die zij alleen maakt voor het verlenen van toegang, de wholesalespecifieke kosten, hoog laten zijn, zodat de afnemers van toegang daarvoor hoge tarieven moeten betalen, terwijl KPN die voor haar eigen

²⁶⁹ Zie ook memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2002-2003, p. 119.

²⁷⁰ Zie de beschrijving van de potentiële mededingingsproblemen wat betreft de prijsgerelateerde gedragingen in paragraaf 10.5 van het besluit.

dienstverlening niet hoeft te betalen. Op deze twee manieren kan KPN als partij met marktmacht buitensporige prijzen in rekening brengen en marges van concurrenten uithollen.

757. Om te voorkomen dat KPN te veel kosten aan gereguleerde dienstverlening toerekent moet de kostentoerekening aan een aantal voorwaarden voldoen. Eén belangrijk voorschrift is dat bij de kostentoerekening in beginsel uitgegaan moet worden van causale toerekening van kosten. Deze praktijk wordt binnen het EDC-systeem al geruime tijd toegepast. Voorschriften voor een goede kostentoerekening en controle hierop zijn opgenomen in Annex A.

758. Om te voorkomen dat KPN hoge wholesalespecifieke kosten maakt, dienen deze kosten in beginsel op basis van proportionele toerekening aan diensten toegerekend te worden; hierdoor heeft KPN een prikkel om deze kosten te minimaliseren en ontstaat een gelijkwaardig speelveld tussen KPN en de afnemers van toegang. In Annex A wordt hier nader op ingegaan. Proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten is al geruime tijd onderdeel van het huidige EDC-systeem.

759. Een aantal partijen heeft bezwaren tegen het EDC-systeem. Naar hun mening dienen de tarieven gebaseerd te worden op de efficiënte kosten die met behulp van een zogenaamd bottom-up model bepaald moeten worden. Tevens vinden zij dat EDC onvoldoende transparant is. Het college constateert op dit punt het volgende.

760. Een aantal marktpartijen heeft hun bezwaren tegen het gebruik van EDC-systeem eerder naar voren gebracht en in verscheidene procedures aan de orde gesteld. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) heeft in meerdere zaken vastgesteld dat de EDC-systematiek een toelaatbare methodiek is bij de tariefbepaling van KPN.²⁷¹ Het college erkent dat vanwege bedrijfsvertrouwelijkheid de EDC-rapportages niet volledig inzichtelijk kunnen zijn voor partijen, maar constateert tevens dat het CBb heeft vastgesteld dat dit geen argument kan zijn om top-down modellen zoals EDC niet te gebruiken. Het college wijst er daarbij op dat hij het kostentoerekeningsstelsel van KPN onderzoekt. Het college vraagt daarbij input van de marktpartijen en legt vraagstukken die bij de beoordeling naar voren komen aan marktpartijen. Het college heeft dus voldoende mogelijkheden om de opgevoerde kosten en de kostentoerekening van KPN te onderzoeken en daarbij de visie en input van marktpartijen in aanmerking te nemen.

761. Op grond hiervan concludeert het college het volgende. Het EDC-systeem vormt een geschikte methode om de efficiënte kosten van dienstverlening van KPN te bepalen. Hierbij dient wel een kritische beoordeling van de kostentoerekening door het college plaats te vinden.

11.7.3.3 Comparatieve efficiëntieanalyse

762. In de voorgaande paragraaf heeft het college toegelicht dat hij geen aanleiding ziet om uit te gaan van inefficiënties van KPN. Daarom is het college niet op voorhand voornemens om opnieuw een CEA uit te laten voeren. Dit betekent dat de WPC-varianten vervallen. Het college houdt echter wel de mogelijkheid open om een CEA voor het laatste jaar uit de reguleringsperiode (2011) uit te voeren. Hieronder licht het college dit toe.

²⁷¹ Uitspraak van het CBb inzake transit en EDC van 6 april 2006, LJN: AV8782, AWB 05/83, 05/85, 05/86 en 05/88; Uitspraak van het CBb inzake co-locatietarieven van 13 juli 2006, LJN: AY3821, AWB 05/701, 05/708 en 05/709.

Geen comparatieve efficiëntieanalyse en geen varianten

763. In de vorige WPC had het college vier varianten gedefinieerd. Afhankelijk van de mate van infrastructuurconcurrentie was een bepaalde variant van toepassing. Deze varianten verschilden door de verschillende selecties van Amerikaanse telecomaانبieders die bij de verschillende varianten als maatgevend beschouwd werden bij het vaststellen van de eventuele efficiëntiecorrectie. Zo werd KPN bij variant 1 vergeleken met de 10 procent meest efficiënte Amerikaanse telecomaانبieders en bij variant 2 met de gemiddelde telecomaانبieder. Doordat de CEA heeft uitgewezen dat KPN relatief efficiënt was, waren de kortingspercentages in alle varianten 0 procent.

764. Het college ziet, zoals gezegd, geen reden om de CEA standaard opnieuw uit te voeren, aangezien KPN voldoende prikkels heeft om efficiënt te opereren en haar efficiëntie in de loop van de tijd te verbeteren en bij de vorige CEA bleek dat KPN relatief efficiënt was.

765. Als de CEA niet opnieuw uitgevoerd wordt, is er ook geen sprake meer van WPC-varianten. Het college stelt vast dat de vorige CEA heeft uitgewezen dat KPN relatief efficiënt was en in alle varianten geen sprake was van een efficiëntiekorting. Afnemers van toegang ondervinden er dus geen nadeel van dat de CEA niet wordt uitgevoerd en dat er geen sprake meer is van varianten. Op grond hiervan acht het college het hanteren van WPC-varianten niet meer passend.

Kosten- en volumeprognoses en CEA

766. Het WPC-systeem beslaat meerdere jaren. Ter bepaling van toekomstige kostprijzen en tariefplafonds wordt mede uitgegaan van verwachte kosten- en volumeontwikkelingen voor de jaren van de komende reguleringsperiode. Waar de kosten en volumes in een jaar uit het verleden ontleend kunnen worden aan gerealiseerde cijfers uit de boekhouding en andere administraties, baseert KPN de kosten en volumes voor een toekomstig jaar op prognoses in haar business plannen. Deze prognoses zijn minder gedetailleerd en zijn gebaseerd op subjectieve inschattingen.

767. Het college heeft de gewoonte om bij de beoordeling van deze prognoses marktpartijen om input te vragen en om gebruik te maken van interne gegevensbronnen en haar eigen inzichten. In het geval dat KPN hogere kosten en lagere volumes prognosticeert dan op het eerste gezicht realistisch lijkt te zijn, kan dit voor het college aanleiding zijn om alsnog een CEA uit te laten voeren op basis waarvan de hoogte van de geprognosticeerde kosten kan worden getoetst.²⁷² Wanneer blijkt dat KPN op basis van de geprognosticeerde cijfers als inefficiënte operator aangewezen zou moeten worden dan kan het college voor dat jaar alsnog een efficiëntiekorting opleggen.

768. Wanneer naar aanleiding van de prognoses van KPN een CEA wordt uitgevoerd en KPN op basis waarvan blijkt dat KPN inefficiënte kosten blijkt op te voeren, dan is hierop een efficiëntiekorting van toepassing. Hierbij hanteert het college de 10 procent meest efficiënte Amerikaanse telecomaانبieders als maatstaf voor efficiëntie.

²⁷² De kostprijsprognose voor 2011 dient, samen met de kostprijs van 2007, als basis voor de berekening van de tariefplafonds (zie verder paragraaf C.2.3 van Annex C).

Conclusie

769. Op grond van het bovenstaande concludeert het college het volgende. Omdat er geen directe aanleiding is om uit te gaan van inefficiëntie van KPN is het college niet op voorhand voornemens om opnieuw een CEA uit te laten voeren. Het college houdt echter de mogelijkheid open om een efficiëntieanalyse uit te voeren ten aanzien van de prognoses over kosten en volumes van KPN, als bij de beoordeling daarvan twijfel bestaat over de vraag of deze prognoses realistisch zijn.

11.7.4 Kostenoriëntatie en netwerkvernieuwing

770. Op telecommarkten vinden veel investeringen plaats in nieuwe soorten dienstverlening en nieuwe technologieën die uiteindelijk oude dienstverlening en oude technologieën vervangen.²⁷³ Deze situatie doet zich ook voor op het netwerk van KPN. Zo heeft KPN plannen om haar koperen aansluitnet te verglazen, en vervangt ze daarmee het circuitgeschakelde telefoonnetwerk voor pakketgeschakeld IP-netwerk.

771. Het college is van mening dat wholesaletarieven van KPN geen vergoeding mogen omvatten voor de kosten en verliezen die KPN lijdt door stranded assets en leegloop, ingeval dit veroorzaakt wordt doordat KPN zelf besluit haar netwerk te vernieuwen. In het onderstaande licht het college dit toe.

Stranded assets, overlay en leegloop

772. In een netwerksector zoals de telecomsector worden grote investeringen in netwerken gedaan. Daarbij bestaat de verwachting dat met deze netwerken gedurende een groot aantal jaren dienstverlening geleverd kan worden, zodat met de opbrengsten daarvan de investering terugverdiend kan worden.

773. In geval er technologische vernieuwing is, komen apparatuur en technieken beschikbaar waardoor de huidige dienstverlening goedkoper geproduceerd kan worden of waardoor meer en betere dienstverlening geleverd kan worden. In de telecomsector is het vernieuwen van netwerken op basis van nieuwe technologie aan de orde, middels Next Generation Networks en IP-netwerken.²⁷⁴

774. De economische rationaliteit achter migratie naar nieuwe netwerken en nieuwe technologie is dat daarmee uiteindelijk meer verdiend kan worden dan door de oude technologie en het oude netwerk te blijven gebruiken. Bij de beslissing om een bestaande technologie of netwerk te vervangen, nemen ondernemingen onder meer het volgende in beschouwing: de omvang van de investering in de nieuwe activa en implementatiekosten, extra opbrengsten door meer of betere dienstverlening (inclusief de overweging dat de opbrengsten met de oude technologie onder druk staan), besparing op operationele kosten en de eventuele restwaarde van bestaande activa. Besluitvorming hierover is niet

²⁷³ Zie ondermeer de draft van het ERG Consultation Document on Regulatory Principles of IP-IC/NGN Core, juni 2008, en de ERG Opinion/Common Position on NGA, ERG (07) 16rev2, 2007.

²⁷⁴ Kenmerk van IP-netwerken is dat daarmee verschillende clusters van diensten (telefonie, breedband, TV) via één en hetzelfde netwerk geleverd kunnen worden, terwijl met 'ouderwetse' netwerken slechts één type dienstverlening geleverd kan worden. Dit zijn breedtevoordelen (economies of scope). Ook kunnen meer waardecreërende diensten worden geleverd, die meer kwaliteit en bandbreedte vergen (zoals TV).

beperkt tot één markt of één dienst, maar vindt plaats in een lange-termijnperspectief en wordt bekeken vanuit het gehele netwerk, over meerdere markten en over het hele klantenbestand.

775. Als de investering in de oude activa nog niet volledig is terugverdiend als deze vervangen wordt, dan is sprake van een stranded asset. De waarde van de activa wordt op dat moment aangemerkt als niet meer volledig terug te verdienen. Op dat moment wordt in feite een verlies geïncasseerd.

776. Bij netwerkvernieuwingen in de telecomsector kan sprake zijn van overlay. Dit houdt in dat een aanbieder gedurende een bepaalde periode een oud en een nieuw netwerk tegelijkertijd operationeel heeft. Redenen om dit te doen zijn onder meer dat klanten dan zelf het moment van overstap kunnen kiezen of dat het technisch teveel risico's heeft om alle klanten in één keer over te zetten.

777. Ingeval sprake is van overlay, zal de bezetting op het oude netwerk teruglopen omdat een deel van de klanten overstapt van het oude naar het nieuwe netwerk. Als de kosten van het oude netwerk ongewijzigd blijven zal de kostprijs per eenheid hierdoor toenemen.²⁷⁵ Dit wordt aangeduid als leegloop. Leegloop kan ook gezien worden als een geleidelijke stranding van assets. De bezetting van de oude activa wordt lager, omdat er minder dienstverlening plaatsvindt. Hierdoor wordt de mogelijkheid om de kosten terug te verdienen kleiner en ontstaat in feite een verlies.

Geen onderdeel van kostprijs en tarief

778. Vraag is of de kosten en verliezen door stranded assets en door leegloop tot de relevante kosten behoren en in de kostprijscalculatie meegenomen moeten worden. Het college vindt dat dit niet het geval is.

779. Een eerste vraag is wat precies de oorzaak is van stranded assets en leegloop. Hierin speelt de keuze van KPN om technologische vernieuwing toe te passen een grote rol. Verwacht mag worden dat KPN er alleen voor kiest om in een nieuwe technologie te investeren als haar verwachting is dat dit over het geheel genomen en op de lange termijn een winstgevende investering is (zie randnummer 774). KPN kan hierbij zelf vaststellen óf zij de nieuwe technologie introduceert, op welk moment zij dat doet en hoe lang zij een dubbel netwerk in stand houdt. KPN zal deze beslissing ondermeer ook laten afhangen van de mate waarin klanten snel willen overstappen en de mate waarin KPN in staat is om te bezuinigen op de operationele kosten van het oude netwerk. Op het moment dat KPN haar netwerk vervangt en dit heeft tot gevolg dat een deel van de investering in oude activa niet meer terugverdiend kan worden, noch via dienstverlening door exploitatie van de activa, noch door deze activa te verkopen, dan accepteert KPN hiermee dat er sprake is van een waardeverlies, dat zij dus niet meer kan terugverdienen. KPN is daarmee zelf de actieve speler in de beslissing dat een deel van de investeringen niet meer terugverdiend kan worden. Ook bepaalt KPN zelf wat de omvang van dit verlies is, ondermeer door de lengte van de termijn van overlay en de snelheid van de uitfasering van de oude technologie, te bepalen.

²⁷⁵ Vaak zal in zo'n situatie zoveel mogelijk inspanning geleverd worden om de kosten van het oude netwerk te reduceren, bijvoorbeeld door zeer terughoudend om te gaan met onderhoud en geen updates meer toe te passen. Als dit goed lukt, is de omvang van het verlies lager, of mogelijk zelfs nihil, en stijgt de kostprijs per eenheid niet.

780. Ook vanuit de retailmarkt bezien is het voor de hand liggend dat stranded assets en leegloop niet in de prijsstelling verwerkt kunnen worden. Als dienstverlening op nieuwe technologie geïntroduceerd wordt, mag verwacht worden dat klanten overstappen als zij hierdoor beter af zijn, hetzij doordat dezelfde dienst goedkoper wordt, hetzij doordat zij voor dezelfde prijs meer of betere dienstverlening kunnen krijgen. Er zal dus geen ruimte zijn om de retailprijs van de oude dienstverlening te verhogen omdat de bezetting van het oude netwerk lager wordt of omdat activa buiten gebruik wordt gesteld; klanten zullen niet bereid zijn een dergelijke prijsverhoging te betalen. Het ligt dan ook niet in de rede dat het wholesaletarief wel zou stijgen. Dit neemt overigens niet weg dat KPN (net als andere aanbieders) de prijsstelling van oude technologiediensten langzaam kan verhogen in combinatie met aanbiedingen op de nieuwe technologie, om op deze manier klanten te stimuleren vrijwillig over te stappen. Hierbij calculeert KPN in dat door leegloop van de oude infrastructuur sprake kan zijn van onderdekking van de kosten, met andere woorden dat een deel van de investering in de oude infrastructuur niet meer terugverdiend kan worden en dat zij dat verlies moet incasseren.

781. Het college constateert dat de ERG deze mening ook is toegedaan. In de Opinion over next generation access stelt de ERG het volgende: "The costs of operating two access networks parallel for a long period of time can be highly inefficient. If cost orientation applies to the regulated services the service takers and the end-users should not pay for this inefficiency."²⁷⁶

782. Het uitgangspunt van full cost recovery houdt in dat KPN in beginsel alle kosten die zij maakt via de prijsstelling goed moet kunnen maken. Als de kosten van leegloop en verliezen door stranded assets niet in de tariefstelling verwerkt mogen worden, kan gesteld worden dat er geen sprake is van full cost recovery. Het college ondersteunt deze stelling echter niet. De prijsstelling omvat een vergoeding voor het geïnvesteerd vermogen, die mede gebaseerd is op het risico dat met de investeringen gepaard gaat. Als geïnvesteerd wordt in activa wordt een risico genomen dat deze investering niet volledig terug te verdienen is.²⁷⁷ Dit betekent dat bij iedere kostprijscalculatie waar de vermogenskosten in de kostprijs en daarmee het tarief verwerkt zijn, een vergoeding voor dit (bedrijfs)risico is ontvangen. Als dit risico dan uiteindelijk materialiseert, is hiervoor geen vergoeding meer nodig.²⁷⁸ Het college concludeert daarom dat er op grond van het uitgangspunt van full cost recovery geen reden is om kosten en verliezen door stranded assets en leegloop in de prijsstelling te verwerken.

783. Tenslotte wijst het college nog op de volgende punten. In de eerste plaats geldt dat activa die buiten gebruik gesteld worden terwijl de investering in die activa dan nog niet volledig is terugverdiend, niet meer gebruikt worden voor enige dienstverlening. Dit betekent dat er geen causale relatie is op grond waarvan dit verlies toegerekend kan worden aan bepaalde dienstverlening. Ten tweede geldt dat er in het geval van leegloop op een oude infrastructuur, sprake is van een overlay situatie met twee actieve netwerken, hetgeen niet efficiënt is.

²⁷⁶ ERG Opinion/Common position on Regulatory Principles on NGA, p.xii/xiii, zie ook p. 46.

²⁷⁷ De vermogenskostenvoet is gebaseerd op een aantal parameters. Eén daarvan het risico van de activiteiten (de beta).

²⁷⁸ Vergelijk dit met een verzekeringsmaatschappij. Deze brengt een verzekeringspremie in rekening bij de verzekerde. Op het moment dat een risico zich ook werkelijk voordoet, moet de verzekeringsmaatschappij de schade betalen, en kan deze niet op de klant verhalen.

Conclusie

784. Op grond van het bovenstaande komt het college tot de conclusie dat stranded assets en leegloop niet in de tarieven verwerkt mogen worden, in het geval dit samenhangt met het besluit van KPN om haar netwerk te vervangen. In Annex B heeft het college nader uitgewerkt op welke wijze de omvang van deze kosten bepaald moet worden en hoe de kostprijscalculatie en tariefbepaling aangepast moet worden om deze kosten daaruit te verwijderen.

11.7.5 Meerjarige of eenjarige tariefregulering

785. In de vorige paragrafen heeft het college gemotiveerd dat het opleggen van kostenoriëntatie geschikt en noodzakelijk is voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN en aangegeven wat de relevante kosten zijn. Daarna volgt de vraag of de tarieven voor één of meerdere jaren worden vastgelegd. Ten aanzien van dit punt overweegt het college het volgende.

786. Vanuit de specifieke doelstellingen in artikel 6a.7 van de Tw, te weten het voorkomen van buitensporig hoge tarieven en marge-utholling, acht het college een meerjarige invulling van de regulering van KPN's wholesaletarieven in beginsel even geschikt als eenjarige tariefregulering. Beide invullingen kunnen zodanig worden ingericht dat aan de doelstellingen van tariefregulering wordt voldaan.

787. Het college geeft echter in principe de voorkeur aan meerjarige tariefregulering vanwege de voordelige effecten die ontstaan doordat tarieven beter voorspelbaar zijn en doordat KPN een extra stimulans krijgt om haar efficiëntie te verbeteren.

788. Voorspelbaarheid van tarieven biedt marktpartijen meer zekerheid bij het opstellen van hun ondernemingsplannen voor de komende jaren en bij het aantrekken van de hiervoor benodigde financiering. Dit geldt in de eerste plaats voor alternatieve aanbieders omdat zij hierdoor beter in staat zijn een afweging te maken tussen de mogelijkheden om in eigen infrastructuur te investeren of om gebruik te blijven maken van de toegangsdiensten van KPN.²⁷⁹ Hiermee worden efficiënte investeringen gestimuleerd. Dit geldt ook voor KPN, die een steeds belangrijker deel van haar inkomsten uit wholesaledienstverlening genereert. Ook voor KPN is inzicht in de toekomstige inkomsten per dienst een belangrijke factor bij beslissingen omtrent benodigde investeringen in haar netwerk en organisatie.

789. In de tweede plaats geeft meerjarige tariefregulering KPN een stimulans om efficiënter te opereren. Bij meerjarige tariefregulering mag KPN de bovenverwachting behaalde efficiëntieverbeteringen gedurende de reguleringsperiode zelf behouden. Bij jaarlijkse tariefregulering is deze stimulans minder aanwezig, doordat de tarieven jaarlijks aangepast worden aan het door KPN gerealiseerde kostenniveau.

²⁷⁹ Een voorbeeld hiervan is de beslissing van een marktpartij op welk niveau in het netwerk van KPN interconnectie wordt aangegaan. Bij deze beslissing is zeer relevant welke tarieven op de verschillende netwerkniveaus zullen gelden en vooral wat de verschillen daartussen gedurende de komende jaren zullen zijn. Als er geen duidelijkheid bestaat over de hoogte van deze tarieven kan een marktpartij ook niet goed bepalen wat voor de meest winstgevende strategie is.

790. Een bijkomend voordeel van meerjarig tariefregulering is dat de administratieve lasten daarvan minder groot zijn dan bij eenjarige tariefregulering, aangezien niet ieder jaar opnieuw rapportages opgesteld dienen te worden en een beoordelingstraject dient plaats te vinden.

791. De voordelen van meerjarige tariefregulering worden breed gedragen door betrokken marktpartijen, zoals blijkt uit de antwoorden op de vragenlijsten.

792. Als voorwaarde voor de geschiktheid van meerjarige regulering stelt het college wel de eis dat er zekerheid moet bestaan dat de vooraf vastgestelde tariefplafonds de toekomstige kosten- en volumeontwikkelingen in voldoende mate recht zal doen. Dit betekent niet dat het college meerjarige regulering alleen geschikt vindt als vooraf precies bekend is welke ontwikkelingen de kosten en volumes van KPN zullen doormaken. Het college dient echter wel voldoende inzicht en vertrouwen te hebben in de ontwikkelingen die verwacht mogen worden. Bovendien dienen de ontwikkelingen in kosten en volumes een voldoende stabiel karakter te hebben. Indien aan de hiervoor gestelde voorwaarde is voldaan, geeft het college de voorkeur aan meerjarige tariefregulering.

793. Vanwege de voordelen van meerjarige tariefregulering en het feit dat eenjarige tariefregulering een zwaardere verplichting betreft, beschouwt het college meerjarige regulering als de passende invulling van kostengeoriënteerde tariefregulering. Daarbij dient nog wel voor iedere specifieke markt onderzocht te worden of aan de voorwaarde van voldoende zekerheid is voldaan. Indien dit niet het geval is, zal het college alsnog kiezen voor eenjarige tariefregulering conform Annex C bij dit besluit.

794. Ten aanzien van de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk is het college van oordeel dat toekomstige kosten- en volumeontwikkelingen met voldoende zekerheid door KPN geprognoseerd kunnen worden en door het college beoordeeld kunnen worden. KPN levert reeds vele jaren dienstverlening via ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, zodat voldoende gegevens hierover beschikbaar zijn. Op basis hiervan acht het college meerjarige kostengeoriënteerde tariefregulering voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk passend.

795. Het is mogelijk dat KPN wat betreft ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk nieuwe diensten introduceert, zoals SDF-backhaul. Ondanks dat dit nieuwe diensten zijn die gedeeltelijk over nieuwe infrastructuur geleverd zullen worden, verwacht het college dat de kosten en volumes hiervan voldoende voorspelbaar zijn om meerjarige tariefregulering toe te passen.

11.7.6 Tariefregulering van bijbehorende faciliteiten

796. Eerder in dit besluit heeft het college aan KPN een toegangsverplichting inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk opgelegd. De toegangsverplichting omvat ook bijbehorende faciliteiten, zoals backhaul en co-locatie.

797. De tariefverplichting is ook van toepassing op deze bijbehorende faciliteiten. Immers, als dit niet het geval zou zijn, zou KPN hoge tarieven voor de bijbehorende faciliteiten kunnen rekenen, en daarmee alsnog concurrentie door afnemers van toegang ernstig bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken. Door kostengeoriënteerde tarieven voor de bijbehorende faciliteiten van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnet te rekenen, wordt voorkomen dat KPN buitensporige tarieven kan rekenen

of marges kan uithollen. Het college concludeert dat het passend is dat de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven ook de bijbehorende faciliteiten van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk omvat.

11.7.7 Tarieven vanaf 1 januari 2009

798. Dit marktbesluit treedt per 1 januari 2009 in werking. Het college is voornemens om zo snel mogelijk een tariefbesluit te nemen waarin de kostengeoriënteerde tariefplafonds voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk bepaald worden. Deze tariefplafonds gelden vanaf 1 januari 2009.²⁸⁰

799. Tot het moment dat het college een tariefbesluit heeft genomen en daarin de tariefplafonds heeft vastgesteld, dient KPN voorlopige tarieven te hanteren. De voorlopige tarieven die KPN vanaf 1 januari 2009 hanteert mogen niet hoger zijn dan de tariefplafonds uit het WPC-besluit²⁸¹ en het SLU-tarievenbesluit²⁸² die vanaf 1 juli 2008 gelden.

11.7.8 Tariefregulering ontbundelde toegang tot glazen aansluitnetwerken

800. In het voorgaande heeft het college toegelicht voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven, bepaald op basis van toepassing van het EDC/WPC systeem, passend te vinden. Wat betreft de tariefregulering van ontbundelde toegang tot glazen aansluitnetwerken is het volgende aan de orde.

801. In het ontwerpbesluit had het college aangegeven voornemens te zijn om voor ontbundelde toegang tot het glazen aansluitnetwerk (ODF-access) de verplichting tot het hanteren van het EDC/WPC systeem op te leggen. Hierop heeft het college begin september veel bedenkingen ontvangen, die met name gerelateerd waren aan het gegeven dat het wat betreft FttH gaat om de grootschalige uitrol van een geheel nieuw glazen aansluitnetwerk. Deze bedenkingen richtten zich op de investeringsprikkel die uitgaat van de vorm van tariefregulering, het risico dat investeringen niet terugverdiend kunnen worden, de reguleringszekerheid op langere termijn, en beperkingen van de toepassing van het EDC-kostensysteem. Tevens hebben KPN en Reggefiber hun voornemen om een gemeenschappelijke onderneming te vormen bekend gemaakt en deze voorgenomen gemeenschappelijke onderneming bij de NMa gemeld.²⁸³ Dit heeft ertoe geleid dat het college zijn keuze voor de toepassing van EDC/WPC als invulling van de tariefregulering van ODF-access heeft heroverwogen.

802. Het college heeft in het licht hiervan vervolgens besloten tot de formulering van tariefprincipes die van toepassing moeten zijn bij de regulering van tarieven voor ontbundelde toegang tot glazen

²⁸⁰ Dit en het hierna volgende randnummer zijn gewijzigd naar aanleiding van nadere overwegingen van het college (zie hoofdstuk 8 van Annex 4).

²⁸¹ Wholesale price cap-besluit, 27 september 2006, OPTA/TN/2006/201811.

²⁸² SLU-tarievenbesluit, 25 september 2007, OPTA/BO/2007/201929.

²⁸³ Staatscourant 136 van 17 juli 2008, zaaknummer 6397.

aansluitnetwerken. Met het oog op de aard van de investeringen in een grootschalige uitrol van dergelijke aansluitnetwerken, zouden deze tariefprincipes naar het oordeel van het college betekenis moeten hebben voor een periode die in de tijd verder strekt dan alleen de komende reguleringsperiode.

803. Om die reden zijn deze tariefprincipes door het college geformuleerd in beleidsregels. Deze beleidsregels beperken zich niet tot één reguleringsperiode, maar beogen in beginsel ook voor langere termijn de reguleringszekerheid te bieden die met het oog op de aard van de investeringen in een grootschalige uitrol van FttH noodzakelijk is. De beleidsregels zijn op 24 november 2008 ter consultatie van de markt in ontwerp gepubliceerd; de consultatietermijn sloot op 8 december 2008.²⁸⁴ De finale beleidsregels “Tariefregulering ontbundelde glastoegang” (hierna: de beleidsregels), waarin de resultaten van de consultatie zijn betrokken, zijn gepubliceerd op 19 december 2008.²⁸⁵

804. Naar aanleiding van de op de ontwerp beleidsregels ontvangen zienswijzen is het college voorts tot de slotsom gekomen dat de in de beleidsregels geformuleerde tariefprincipes uitsluitend relevant zijn voor ontbundelde toegang tot glazen aansluitnetwerken die te typeren zijn als FttH-netwerken (hierna ook: ODF-access (FttH)).²⁸⁶ In de huidige praktijk betreft dit bijvoorbeeld de door Reggefiber voorgenomen uitrol van FttH-netwerken. De reikwijdte van de beleidsregels is daarom tot de ontbundelde toegang tot dit type glazen aansluitnetwerken beperkt.

805. De heroverweging van het EDC/WPC systeem als invulling van de tariefverplichting voor ODF-access en de daaropvolgende consultatie van de beleidsregels betekent voor het onderhavige marktbesluit dat de tariefverplichting voor ODF-access vooralsnog zonder nadere invulling is gelaten. Wat betreft ODF-access (FttH) zal het onderhavige marktbesluit op dit punt worden gewijzigd (in de zin van aangevuld) bij het op 19 december 2008 in (voor)ontwerp gepubliceerde tariefbesluit ontbundelde glastoegang (FttH) (kenmerk: OPTA/AM/2008/202876), waarmee voor de komende reguleringsperiode uitvoering wordt gegeven aan de beleidsregels. Daarnaast wordt in het tariefbesluit de tariefverplichting geoperationaliseerd, waarmee voor de komende reguleringsperiode de maximaal te hanteren tarieven voor ontbundelde glastoegang (FttH) vast komen te staan. Het ontwerp tariefbesluit wordt nationaal geconsulteerd en Europees genotificeerd.

806. Voor de tariefregulering van ontbundelde toegang tot overige typen glazen aansluitnetwerken (hierna: ODF-access (niet FttH)) geldt dat de wijziging van het onderhavige marktbesluit – waarmee ook voor deze ontbundelde toegang wordt voorzien in een nadere invulling van de tariefverplichting (te weten de reguliere toepassing van het EDC/WPC systeem) – zijn beslag zal krijgen in een separaat tariefbesluit. Het college verwacht dat tariefbesluit in de loop van 2009 in ontwerp te publiceren. Tevens zal de tariefverplichting voor ODF-access (niet FttH) worden geoperationaliseerd.

²⁸⁴ Ontwerp beleidsregels Tariefregulering ontbundelde glastoegang, OPTA/AM/2008/202710, 24 november 2008.

²⁸⁵ Beleidsregels Tariefregulering ontbundelde glastoegang, OPTA/AM/2008/202874, 19 december 2008.

²⁸⁶ FttH-netwerken impliceren de grootschalige aanleg van glazen aansluitnetwerken in gebieden die grotendeels bestaan uit residentiële gebruikers; zie in dit verband ook paragraaf 1.2 van de beleidsregels.

11.7.9 Verplichtingen tariefregulering

807. In paragraaf 11.7.2 heeft het college toegelicht dat hij kostenoriëntatie voor de wholesaletarieven van KPN op de markt voor toegangsdiensten ten behoeve van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk passend acht. In het kader daarvan legt het college KPN de volgende verplichtingen op.

808. Op grond van artikel 6a.7, tweede lid, van de Tw legt het college KPN de verplichting op kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Dit houdt in dat de tarieven die KPN hanteert niet boven de tariefplafonds mogen liggen. Deze tariefplafonds bepaalt het college in een tariefbesluit mede op basis van het goedkeurenswaardige kostentoerekeningssysteem en het resultaat van de toepassing daarvan zoals die door KPN in de rapportages opgenomen dienen te worden (zie de hierna volgende randnummers). Voorschriften hierover en de wijze waarop de tariefplafonds bepaald worden, zijn opgenomen in de Annexen A, B en C. Tot het moment dat het college een tariefbesluit heeft genomen en daarin de tariefplafonds heeft vastgesteld, dient KPN voorlopige tarieven te hanteren. De voorlopige tarieven die KPN vanaf 1 januari 2009 hanteert mogen niet hoger zijn dan de tariefplafonds uit het WPC-besluit²⁸⁷ en het SLU-tarievenbesluit²⁸⁸ die vanaf 1 juli 2008 gelden.²⁸⁹

809. De verplichting om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren is een geschikte en noodzakelijke maatregel omdat dit eraan bijdraagt dat KPN geen buitensporig hoge tarieven kan hanteren en de marges van afnemers van toegang kan uithollen. Het college heeft dit in de voorgaande paragrafen uitgebreid toegelicht.

810. Op grond van artikel 6a.7, tweede lid, van de Tw, legt het college KPN de verplichting om een door het college te bepalen of goed te keuren kostentoerekeningssysteem te hanteren. Op grond van artikel 6a.7, eerste lid, laatste volzin, van de Tw, verbindt het college voorschriften aan deze verplichting. In de Annexen A en B van dit besluit zijn nadere voorschriften ten aanzien van het kostentoerekeningssysteem uitgewerkt en gemotiveerd. Daarin is ook het voorschrift opgenomen dat KPN uiterlijk drie maanden na het van kracht worden van onderhavig besluit het kostentoerekeningssysteem ter goedkeuring aan het college voor dient te leggen. KPN dient dit kostentoerekeningssysteem, tezamen met de beschrijving van dit systeem en het resultaat van de toepassing van dit systeem als een samenhangend geheel in een rapportage aan het college te presenteren.

811. De verplichting om een door het college goed te keuren kostentoerekeningssysteem te hanteren is een geschikte en noodzakelijke maatregel omdat het college daarmee over de kosteninformatie komt te beschikken die nodig is voor de bepaling van de tariefplafonds. Op welke wijze deze informatie wordt gebruikt, staat uitgebreid beschreven in Annex C. Bovendien wordt door het vereiste dat het college het systeem goedkeurt verzekerd dat de kosteninformatie op de juiste wijze, dat wil zeggen conform de door het college in de Annexen A en B van dit besluit gestelde regels, door KPN wordt opgeleverd. Een lichtere maatregel acht het college onvoldoende. Indien KPN

²⁸⁷ Wholesale price cap-besluit, 27 september 2006, OPTA/TN/2006/201811.

²⁸⁸ SLU-tarievenbesluit, 25 september 2007, OPTA/BO/2007/201929.

²⁸⁹ Dit randnummer is gewijzigd naar aanleiding van nadere overwegingen van het college (zie hoofdstuk 8 van Annex 4).

immers geen verplichting zou worden opgelegd om een kostentoerekeningssysteem te hanteren zou de voor wholesaletariefregulering benodigde kosteninformatie niet kunnen worden aangeleverd. In het geval deze verplichting wel zou worden opgelegd maar dan zonder het vereiste van een goedkeuring door het college, zouden er onvoldoende waarborgen zijn dat de kosteninformatie op de juiste wijze zou zijn samengesteld. Het college is derhalve van oordeel dat de verplichting om een door het college goed te keuren kostentoerekeningssysteem te hanteren een geschikte en tevens noodzakelijke maatregel is.

812. Op grond van artikel 6a.7, vierde lid, van de Tw verbindt het college voorschriften aan het overleggen van de resultaten van de toepassing van het kostentoerekeningssysteem. In de Annexen A en B van dit besluit zijn nadere voorschriften ten aanzien van deze financiële rapportages opgenomen. Eén hiervan is dat KPN uiterlijk drie maanden na het van kracht worden van het onderhavige besluit het resultaat van de toepassing van het kostentoerekeningssysteem over het verslagjaren 2007 (realisatie) en de verslagjaren 2008 tot en met 2011 (prognoses) aan het college overlegt. Een ander voorschrift is dat KPN een accountantsrapportage bij de rapportage dient te overleggen. KPN dient deze financiële rapportages waarin zij rapporteert over de resultaten van de toepassing van het kostentoerekeningssysteem, tezamen met de beschrijving van het kostentoerekeningssysteem als een samenhangend geheel aan het college te presenteren.

813. Het college acht het opleggen van de verplichting tot het leveren van de genoemde rapportages een geschikte en noodzakelijke maatregel. Deze rapportages heeft het college namelijk nodig om de tariefplafonds te bepalen. Daarbij dient de rapportage over 2007 als startpunt voor het bepalen van de meerjarige tariefontwikkeling. De prospectieve rapportages over de jaren tot en met 2011 zijn nodig voor de bepaling van de tariefontwikkeling tijdens de reguleringsperiode. Een lichtere maatregel acht het college onvoldoende. In dat geval zou het college namelijk niet over de informatie beschikken die noodzakelijk is voor het toepassen van het WPC-systeem zoals beschreven in Annex C van dit besluit.

814. Op grond van artikel 6a.7, vijfde lid, onder a, van de Tw dient KPN een beschrijving van het kostentoerekeningssysteem bekend te maken. KPN dient hiervoor de voorschriften in de Annexen A en B van dit besluit in acht te nemen. Uiterlijk drie maanden na het van kracht worden van onderhavig besluit dient KPN deze beschrijving voor te leggen aan het college. Het college zal daarna de procedure ten aanzien van openbaarheid zoals vermeld in de Annexen A en B van dit besluit volgen. KPN dient de beschrijving van het kostentoerekeningssysteem, tezamen met de rapportage waarin zij rapporteert over de resultaten van de toepassing van het kostentoerekeningssysteem als een samenhangend geheel te presenteren.

11.8 De verplichting tot gescheiden boekhouding

815. Het college is op grond van artikel 6a.10 van de Tw bevoegd om een AMM-partij de verplichting op te leggen om een gescheiden boekhouding te voeren waarin de opbrengsten en de kosten van de door het college te bepalen vormen van toegang, aan de onderneming zelf of aan andere ondernemingen, gescheiden zijn van die van de door de onderneming verrichte overige activiteiten. Naar aanleiding van de bedenkingen legt het college aan KPN geen verplichting op om een

gescheiden boekhouding op de markt voor ontbundelde toegang te voeren. Dit betreft een wijziging ten opzichte van het ontwerpbesluit.

816. Het college is van mening dat de aangescherpte vijfde gedragsregel in het kader van non-discriminatie in combinatie met tariefregulering voldoende waarborgen biedt tegen het ontstaan van ongeoorloofde kruissubsidies en marge-utholling. Het college concludeert dat de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding op de markt voor ontbundelde toegang daarmee niet noodzakelijk, en dus niet passend is.²⁹⁰

11.9 Conclusie

817. Op grond van het voorgaande concludeert het college dat de hiervoor genoemde verplichtingen geschikt en noodzakelijk zijn om de geconstateerde mededingingsproblemen op de markten voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk te adresseren. In tabel 14 worden deze verplichtingen die aan KPN worden opgelegd nogmaals opgesomd voor de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en gerelateerd aan de mededingingsproblemen die zij al dan niet volledig oplossen.

818. Op grond van het vorenstaande constateert het college dat de geldende wholesaleverplichtingen als opgelegd in het besluit “Ontbundelde toegang op wholesale-niveau” van 21 december 2005 (kenmerk OPTA/TN/2005/203431) onder i t/m x van het besluit niet langer passend zijn. Deze verplichtingen worden op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder c, Tw ingetrokken, onder gelijktijdige oplegging, op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder a Tw, van de hiernavolgende wholesaleverplichtingen.

²⁹⁰ Voor nadere toelichting, zie de Nota van bevindingen over tariefregulering en gescheiden boekhouding.

Potentieel mededingingsprobleem	Toegangsverplichting	Non-discriminatie	Referentieaanbod	Tariefregulering
Leveringsweigering/toegangsweigering	x	x		
Strategisch gebruik van informatie	x	x	x	
Oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten	x		x	
Vertragingstechnieken	x	x		
Onbillijke voorwaarden	x		x	
Kwaliteitsdiscriminatie		x		
Strategisch productontwerp	x		x	
Bundeling/koppelverkoop	x		x	
Prijdiscriminatie		x		x
Marge-utholling		x		x
Buitensporig hoge tarieven				x

Tabel 14: koppeling mededingingsbeperkende gedragingen aan totaalpakket verplichtingen.

12 Effectentoets

12.1 Inleiding

819. Op grond van artikel 1.3, vierde lid, van de Tw dient het college, indien het een besluit neemt dat aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt heeft, onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve, als voor zover redelijkerwijs mogelijk in kwantitatieve zin, te onderbouwen dat de maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van de genoemde doelstellingen en dat een minder ingrijpende maatregel niet effectief is.

820. In de effectentoets bekijkt het college de effecten van regulering door de situatie waarin regulering plaatsvindt ($t=1$) te vergelijken met de situatie zonder regulering ($t=0$). Effecten van regulering vallen uiteen in 1) directe reguleringskosten, 2) markteffecten (statisch en dynamisch) en 3) overige (maatschappelijke) effecten. De belangrijkste effecten van regulering zijn de markteffecten (statisch en dynamisch). Om regulering te rechtvaardigen dienen de opbrengsten, uitgedrukt in gecreëerde welvaart, de kosten van regulering te overtreffen. In de effectentoets zullen effecten waar mogelijk worden gekwantificeerd. Waar dat niet mogelijk is, worden effecten in kwalitatieve zin weergegeven.

821. Dit hoofdstuk vormt de in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5 genoemde stap 7 in de totale marktanalyse zoals weergegeven in onderstaande figuur.

1	Afbakening retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 6
2	Dominantieanalyse retailmarkten zonder regulering	Hoofdstuk 7
3	Afbakening markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 8
4	Dominantieanalyse markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 9
5	Analyse potentiële mededingingsproblemen als gevolg van AMM op de markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 10
6	Verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 11
7	Effectentoets verplichtingen markt voor ontbundelde toegang	Hoofdstuk 12

Tabel 15: Stap 7 in de marktanalyse

12.2 Relatie met dominantie analyse en verplichtingen

822. In de dominantieanalyse is vastgesteld dat KPN beschikt over aanmerkelijke marktmacht op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Het college concludeert daarnaast dat KPN ook op de onderliggende retailmarkten beschikt over AMM of dat in ieder geval gesteld kan worden dat het risico dat KPN beschikt over AMM toeneemt in afwezigheid van regulering van de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang.

823. De AMM positie van KPN op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang verhoogt de kans op bepaalde mededingingsproblemen. Om deze mededingingsproblemen te voorkomen is het college voornemens verschillende verplichtingen aan KPN op te leggen. Deze verplichtingen zijn de toegangsverplichting, transparantieplichting, non-discriminatieplichting, tariefregulering. Deze verplichtingen dienen allen passend te zijn.

824. De verplichtingen die het college oplegt op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang vormen samen een pakket van verplichtingen. Theoretisch zou het wellicht mogelijk zijn om per verplichting een effectentoets uit te voeren. Praktisch is dit niet uitvoerbaar. Het effect van de verplichtingen transparantie en non-discriminatie is moeilijk te kwantificeren. De verplichtingen toegang en tariefregulering hebben een beter identificeerbaar effect op de markt. De effecten van beide verplichtingen bij elkaar opgeteld vormen het totale effect van regulering op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang.

12.3 De kosten van regulering

825. In deze paragraaf worden de directe reguleringskosten voor de verschillende relevante markten geschat. De directe reguleringskosten zijn de kosten die het college, KPN en andere marktpartijen maken en die direct zijn toe te rekenen aan regulering van de onderhavige markten.

826. Het onderzoeksbureau Oxera heeft in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken onderzoek gedaan naar de kosten en baten van markttoezichthouders, waaronder die van het college.²⁹¹ In het door Oxera ontwikkelde raamwerk wordt een benaderingswijze voor de directe reguleringskosten beschreven. Het college acht de door Oxera beschreven methode een bruikbare methode om de directe reguleringskosten te berekenen.

827. De directe reguleringskosten vallen uiteen in twee soorten kosten: de directe kosten van het college en de nalevingskosten van gereguleerde marktpartijen.

828. De directe reguleringskosten betreffen de kosten die het college dient te maken voor de ontwikkeling, uitvoering en handhaving van de voorgenomen verplichtingen. Deze kosten betreffen

²⁹¹ OXERA, Costs and Benefits of Market Regulators, oktober 2004 (www.minez.nl).

onder andere de kosten van de beoordeling door het college van de EDC-rapportage²⁹² van de marktpartij aan wie tariefregulering is opgelegd. Daarnaast gaat het om kosten die gemoeid zijn met de implementatie van de voorgenomen verplichtingen, zoals bijvoorbeeld de kosten voor het beslechten van eventuele geschillen en voorlichting aan marktpartijen. Tabel 16 bevat een schatting van de kosten voor het college bij de regulering van KPN, voor de periode van 3 jaar waarin het onderhavige besluit geldigheid heeft. De geschatte directe reguleringskosten voor het college bedragen naar schatting 128.000 Euro per jaar.

Kostencomponenten	Kosten in €
Interne kosten OPTA ²⁹³	18 ingeschatte man-maanden ingezet door OPTA * € 100 per uur (ruime inschatting van personeelskosten plus overheadkosten) * 160 uur per maand = 288.000 Euro
Kosten beroepsprocedures	6 ingeschatte man-maanden ingezet door OPTA * € 100 per uur (ruime inschatting van personeelskosten plus overheadkosten) * 160 uur per maand = 96.000 Euro
<i>Totale kosten in reguleringsperiode</i>	384.000 Euro
Kosten per jaar	128.000 Euro

Tabel 16. Directe reguleringskosten college

829. De nalevingskosten zijn de kosten die marktpartijen niet zouden maken indien de partijen niet gereguleerd zouden zijn. Relevante kosten zijn dus de incrementele kosten van naleving en regulering. Uit een onderzoek uitgevoerd door Oxera in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken²⁹⁴, blijkt dat de geschatte nalevingskosten van de marktpartijen drie tot vier maal de directe kosten van regulering door OPTA bedragen. Deze factor is ook in andere sectoren waargenomen en wordt beschouwd als een vuistregel voor de verhouding tussen kosten van de toezichthouder en kosten van de markt. De directe nalevingskosten voor marktpartijen van regulering van ontbundelde toegang bedragen circa 384.000 – 512.000 Euro per jaar.

830. De totale directe reguleringskosten zijn de som van de directe reguleringskosten van het college en de nalevingskosten van marktpartijen. De totale directe kosten bedragen derhalve circa 0,51 – 0,64 miljoen Euro per jaar.

12.4 Statische markteffecten

831. Er wordt onderscheid gemaakt tussen statische en dynamische markteffecten. Statische

²⁹² EDC = Embedded Direct Costs. Het EDC-systeem is het gebruikelijke kostentoerekeningsstelsel voor wholesalekosten.

²⁹³ Dit zijn de kosten van de beoordeling door het college van de EDC-rapportage van de marktpartij aan wie tariefregulering is opgelegd. De kosten bestaan uit loon- en overige personeelskosten van medewerkers van het college van OPTA. Tot de interne kosten van OPTA behoren niet de kosten van uitvoering van de marktanalyses.

²⁹⁴ OXERA, Costs and Benefits of Market Regulators, oktober 2004 (www.minez.nl).

effecten zijn effecten op korte termijn. Dynamische effecten zijn effecten op de langere termijn, zoals bijvoorbeeld innovatie, toetreding, uittreding en toe- of afnemende concurrentie en als gevolg daarvan hogere of lagere efficiëntie van aanbieders.

832. Het wholesaleproduct ontbundelde toegang is een bouwsteen van retailproducten als vaste telefonie, breedbandinternettoegang en laagcapacitaire huurlijnen. Prijzen en volumes van bouwstenen hebben direct effect op prijzen en aangeboden hoeveelheden van retailproducten. Het college heeft geconcludeerd dat bij afwezigheid van regulering of zelfregulering op de markt voor wholesaleproduct ontbundelde toegang er een aanzienlijk risico bestaat dat KPN op de bovengenoemde retailmarkten beschikt over AMM.

833. De verplichtingen opgelegd op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang dienen daarom ook als remediering voor mededingingsproblemen die kunnen ontstaan op de genoemde retailmarkten; de markt voor vaste telefonie, breedbandinternettoegang en laagcapacitaire huurlijnen. De voorgestelde verplichtingen zorgen voor een hogere afzet en een lagere prijs van de bouwsteen ontbundelde toegang. De hogere afzet en de lagere prijs van de bouwsteen heeft effect op prijs en aanbod van retailproducten op onderliggende markten.

834. Omdat de onderliggende retailmarkten allen als relatief concurrerend worden beschouwd neemt het college aan dat de lagere tarieven voor ontbundelde toegang niet leiden tot hogere marges op de retailmarkten, maar dat deze lagere prijs van de bouwsteen direct wordt doorgegeven aan de eindgebruiker. De lagere tarieven voor ontbundelde toegang zorgen dus voor een toename van het consumentensurplus en niet voor een toename van de marge of het producentensurplus.

835. Regulering heeft effect op prijzen, afgenomen hoeveelheden in de verschillende retailmarkten. Doordat prijzen en hoeveelheden veranderen wordt zowel de welvaart van producenten, het producentensurplus, als de welvaart van consumenten, het consumentensurplus, beïnvloedt. De som van het effect van regulering op het producentensurplus en het consumentensurplus is het totale welvaartseffect. In figuur 22 is het effect van regulering op welvaart schematisch weergegeven.

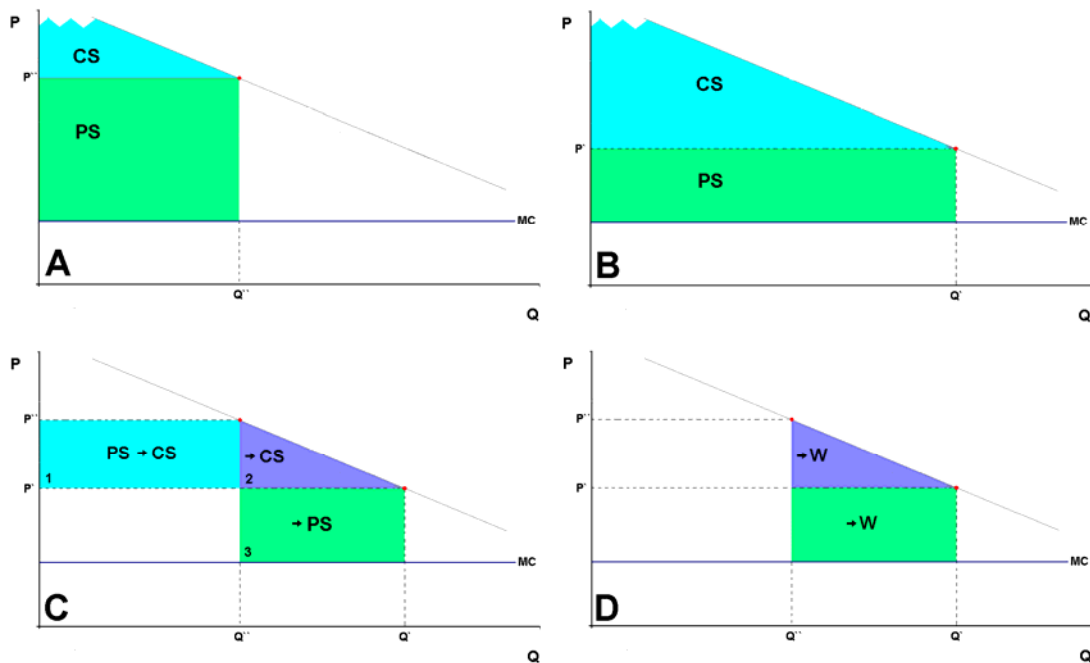
836. Voor de eenvoud wordt in figuur 22 verondersteld dat de vraagcurve lineair²⁹⁵ is en de marginale kostencurve constant.²⁹⁶ Figuur 22A geeft de situatie zonder regulering weer met P" en Q" en het bijbehorende consumenten- en producentensurplus. Onder invloed van regulering ontstaat er op de markt een lagere prijs P' (figuur 22B) en neemt de afgezette hoeveelheid toe naar Q'. In figuur 22C staat weergegeven welke veranderingen in consumenten- en productensurplus er onder invloed

²⁹⁵ Bij kleine prijseffecten veroorzaakt door regulering is de aanname dat vraagcurven lineair zijn op het relevante deel van de vraagcurve plausibel en van weinig invloed op de gemeten effecten op welvaart en consumentensurplus. Bij grotere prijsveranderingen veroorzaakt door regulering dient voorzichtiger omgegaan te worden met betrekking tot aannamen met betrekking tot de vorm van de vraagcurve. Omdat in deze effectentoets alleen kleinere prijseffecten veroorzaakt door regulering worden beschouwd, kan deze aanname gemaakt worden.

²⁹⁶ Het exacte niveau van de marginale kostencurve is vaak onbekend evenals de exacte vorm van de marginale kostencurve. Voor eenvoud worden marginale kosten constant verondersteld. Om rekening te houden met de onzekerheid omtrent het exacte niveau van de marginale kosten wordt in de analyse gewerkt met bandbreedtes waarbinnen de marginale kosten zich zullen bevinden.

van regulering zijn opgetreden. De oppervlakte van vlak 1 is verplaatst van het producenten naar het consumentensurplus, vlak 2 is gecreëerd consumentensurplus en vlak 3 is gecreëerd producentensurplus. In figuur 22D is de toename van welvaart door regulering weergegeven.

Figuur 22. Welvaartseffecten



837. Het statisch markteffect veroorzaakt door regulering is erg afhankelijk van het prijseffect van regulering en de reactie hierop van de vraag. Wanneer deze zogenaamde prijselasticiteit van de vraag hoog is dan zal een kleine prijsdaling veroorzaakt door regulering leiden tot een relatief grote stijging van de vraag. De prijsdaling heeft dan een relatief groot effect op gecreëerd consumentensurplus en vooral op de gecreëerde welvaart. Wanneer de prijselasticiteit van de vraag laag is dan zal een prijsdaling veroorzaakt door regulering leiden tot een relatief kleine stijging van de vraag. Het bijbehorende effect op consumentensurplus en gecreëerde welvaart zal dan ook kleiner zijn.

838. Net zoals OFCOM neemt ook het college aan dat voor diensten die niet excessief geprijsd zijn een prijselasticiteit van -0,1 tot -0,5 geldt. Ook ander onderzoek door Oxera naar prijselasticiteiten van datacommunicatiediensten bevestigen dit.²⁹⁷

839. De prijselasticiteit van de vraag naar breedbandinternettoegang, laagcapacitaire huurlijnen en vaste telefonie schat op het college op -0,3. Daarnaast is de inschatting van het college dat het aandeel van de kosten van ontbundelde toegang op de retailtarieven voor breedbandinternettoegang, huurlijnen en vaste telefonie respectievelijk 30 procent, 4 procent en 65 procent is. Dit betekent

²⁹⁷ Bronnen: "Review of BT's network charge controls, Explanatory statement and Notification of proposals on BT's SMP status and charge controls in narrowband wholesale markets", 23 maart 2005, www.ofcom.org.uk/consult/condocs/charge/ncc.pdf, "Costs and Benefits of Market Regulators", Oxera, oktober 2004, en "Review of price elasticities of demand for fixed line and mobile telecommunication services, augustus 2003.

bijvoorbeeld dat bij een prijsstijging van 10 procent van ontbundelde toegang de retailtarief van breedbandinternettoegang met 3 procent zal stijgen en daarmee het aantal afgenomen breedbanddiensten met circa 1 procent af zal nemen. Bij een prijsstijging van 3 procent neemt de prijs toe van 20 Euro naar 20,61 Euro per maand terwijl de afzet zal dalen van circa 5,63 miljoen naar circa 5,58 miljoen. Daarnaast wordt aangenomen dat de totale marginale kosten 556 miljoen Euro per jaar bedragen.

840. Wanneer het college aanneemt dat het gezamenlijke effect van regulering van ontbundelde toegang een prijsstijging van ontbundelde toegang van 10 procent voorkomt, dan kan met de cijfers genoemd onder randnummer 839 het welvaartseffect en het effect op het consumentensurplus berekend worden. Het effect op het consumentensurplus is gelijk aan ongeveer 54 miljoen Euro per jaar terwijl het effect op welvaart gelijk is aan ongeveer 11 miljoen Euro per jaar.

841. Met de berekeningen onder randnummer 840 is niet berekend wat het statische effect van regulering van ontbundelde toegang op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang is. De berekening geeft wel aan wat het effect van een mogelijke prijsstijging van 10 procent bij benadering is. Het is waarschijnlijk dat afwezigheid van regulering van ontbundelde toegang minstens een dergelijk effect op de prijs zal hebben. Bij grotere prijseffecten is het effect op consumentensurplus en welvaart ook groter. Daarnaast hebben ook aannamen met betrekking tot de marginale kosten en de prijselasticiteiten groot effect op de raming van welvaartseffecten.

842. In tabel 17, tabel 18 en tabel 19 is een overzicht gegeven van ramingen van welvaartseffecten en effecten op consumentensurplus onder verschillende aannamen met betrekking tot marginale kosten (bv. 10, 20 en 30 procent van de prijs), prijselasticiteit (bv. -0,1, -0,2 en -0,3) en wholesale prijsstijgingen bij afwezigheid van regulering (bv. 5 procent en 10 procent).

Gecreëerde welvaart en consumentensurplus breedbandinternettoegang onder veranderende aannamen (x EUR miljoen per jaar)								
			$\Delta P_{\text{ull}} = 5$ procent			$\Delta P_{\text{ull}} = 10$ procent		
			Prijselasticiteit			Prijselasticiteit		
			-0,1	-0,2	-0,3	-0,1	-0,2	-0,3
Welvaart	$P_{\text{retail}} = \text{EUR } 333$	MC=10%P	2,18	4,36	6,54	4,40	8,80	13,20
		MC=20%P	1,91	3,82	5,73	3,86	7,72	11,58
		MC=30%P	1,64	3,28	4,92	3,32	6,64	9,96
Consumentensurplus			28,33	29,64	30,95	56,58	59,13	61,67

Tabel 17. Gecreëerde welvaart en consumentensurplus breedbandinternettoegang

Gecreëerde welvaart en consumentensurplus <u>vaste telefonie</u> onder veranderende aannamen (x EUR miljoen per jaar)								
			$\Delta P_{\text{ull}} = 5$ procent			$\Delta P_{\text{ull}} = 10$ procent		
			Prijselasticiteit			Prijselasticiteit		
			-0,1	-0,2	-0,3	-0,1	-0,2	-0,3
Welvaart	$P_{\text{retail}} = \text{EUR } 183$	MC=50%P	1,80	3,59	5,39	3,68	7,37	11,05
		MC=65%P	1,27	2,54	3,81	2,63	5,27	7,90
		MC=80%P	0,75	1,49	2,24	1,58	3,17	4,75
Consumentensurplus			36,66	38,31	39,97	73,13	76,26	79,39

Tabel 18: Gecreëerde welvaart en consumentensurplus vaste telefonie

Gecreëerde welvaart en consumentensurplus <u>laagcapacitaire huurlijnen</u> onder veranderende aannamen (x EUR miljoen per jaar)								
			$\Delta P_{\text{ull}} = 5$ procent			$\Delta P_{\text{ull}} = 10$ procent		
			Prijselasticiteit			Prijselasticiteit		
			-0,1	-0,3	-0,5	-0,1	-0,3	-0,5
Welvaart	$P_{\text{retail}} = \text{EUR } 4.800$	MC=50%P	1,43	2,85	4,28	2,90	5,80	8,70
		MC=65%P	1,25	2,50	3,75	2,55	5,10	7,65
		MC=80%P	1,08	2,15	3,23	2,20	4,39	6,59
Consumentensurplus			17,59	17,63	17,67	35,08	35,07	35,07

Tabel 19: Gecreëerde welvaart en consumentensurplus huurlijnen

843. Het gecombineerde welvaartseffect van regulering van ontbundelde toegang bedraagt, op basis van bovenstaande aannames, minimaal 3,5 miljoen Euro en maximaal 33,0 miljoen Euro. De toename in het consumentensurplus valt binnen een breedte van 82,6 miljoen Euro –176,1 miljoen Euro.

12.5 Dynamische markteffecten

844. Regulering van ontbundelde toegang zal leiden tot toetreding van alternatieve aanbieders. Voorsnog wordt aangenomen dat alternatieve aanbieders slechts afnemer zijn op de markt voor ontbundelde toegang. Het is echter niet uit te sluiten dat partijen in de toekomst ook een eigen aansluitnetwerk zullen aanleggen. De investeringsladder is immers al gedeeltelijk beklommen. Wanneer partijen ook toetreden door een eigen aansluitnetwerk te maken dan zijn significante welvaartseffecten en effecten op het consumentensurplus te verwachten.

845. Ook wanneer uiteindelijke toetreding van alternatieve aanbieders tot de markt voor fysieke toegang uitblijft kan er een disciplinerende werking uitgaan van de mogelijke toetreding van alternatieve partijen. Aanbieders worden beperkt in het doorvoeren van prijsstijgingen, omdat de alternatieve aanbieder bij een bepaalde prijs ook tot de markt zal toetreden. Ook zonder daadwerkelijke toetreding, gaat er van de alternatieve aanbieder dus een zekere disciplinerende werking uit.

12.6 Overige effecten

846. Het reguleren van ontbundelde toegang brengt reguleringszekerheid met zich mee voor alle marktpartijen. Het is moeilijk een kwantitatieve inschatting te maken van deze effecten. Wel is het mogelijk een kwalitatieve beschrijving te geven van effecten. Er wordt verwacht dat regulering slechts positieve effecten mee zal brengen omdat het partijen zekerheid geeft over de levering van ontbundelde toegang en de voorwaarden waaronder dit gebeurt. Partijen kunnen hiervan profiteren bij het vaststellen van prijzen op de retailmarkten. Ook op deze retailmarkten worden op deze manier stabielere prijzen gewaarborgd. Een stabielere marktomgeving stelt marktpartijen en investeerders in staat om beter afgewogen investeringsbeslissingen te nemen. Dit draagt bij aan een goed investeringsklimaat wat belangrijk is in een markt die zich kenmerkt door hoge investeringskosten.

12.7 Conclusie

847. Op basis van de analyse in deze effectentoets kan geconcludeerd worden dat:

- De reguleringskosten 0,51 miljoen Euro tot 0,64 miljoen Euro per jaar bedragen.
- Het statisch markteffect op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang en vaste telefonie minstens leidt tot een toename van het consumentensurplus van 82,6 miljoen Euro per jaar en een toename van de welvaart van 3,5 miljoen Euro per jaar.
- De dynamische markteffecten en overige effecten van regulering positief zijn.

848. Op grond van het voorgaande concludeert het college dat de voordelen van de verplichtingen groter zijn dan de nadelen.

849. Op grond van het genoemde onder randnummer 848 en de eerder beschreven geschiktheid en noodzakelijkheid van genoemde verplichtingen, concludeert het college dat de verplichtingen proportioneel zijn.

13 Dictum

850. Het college heeft op grond van artikel 6a.1, eerste lid, van de Tw onderzocht welke markt(en) overeenkomen met de in de aanbeveling van de Commissie vermelde markt voor (fysieke) ontbundelde toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesale-niveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie.

851. Het college concludeert dat de relevante productmarkt voor (fysieke) toegang tot netwerk infrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledige ontbundelde toegang) op een vaste locatie toegang tot het koperenaansluitnetwerk van KPN (op basis van MDF-access en SDF-access) alsmede toegang tot glasvezelaansluitnetwerken (op basis van ODF-access) omvat.

852. Vervolgens heeft het college op grond van artikel 6a.1, derde lid, van de Tw juncto artikel 6a.1, vijfde lid, van de Tw onderzocht of deze markt daadwerkelijk concurrerend is en op grond van artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw vastgesteld of op deze markt een onderneming actief is die beschikt over AMM.

853. Het college heeft geconcludeerd dat de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN niet daadwerkelijk concurrerend is en dat KPN op deze markt beschikt over AMM. Het college wijst Koninklijke KPN N.V., haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 Burgerlijk Wetboek, alsmede Reggefiber Group B.V., waarin KPN N.V. gezamenlijke zeggenschap heeft (hierna 'KPN'), voor zover zij actief zijn als aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of elektronische communicatiediensten op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, aan als onderneming bedoeld in artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw.

854. Gelet op het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en de AMM-postitie van KPN op deze markt, legt het college de volgende verplichtingen aan KPN op.

855. Het college acht de geldende wholesaleverplichtingen als opgelegd in het besluit "Ontbundelde toegang op wholesale-niveau" van 21 december 2005 (kenmerk OPTA/TN/2005/203431) onder i t/m x van het besluit niet langer passend. Deze verplichtingen worden op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder c, Tw ingetrokken, onder gelijktijdige oplegging, op grond van artikel 6a.2, eerste lid, onder a Tw, van de hiernavolgende wholesaleverplichtingen.

Toegangsverplichting

i. KPN dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw te voldoen aan redelijke verzoeken tot ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten tot het aansluitnetwerk van KPN. Ontbundelde toegang (gedeeld of volledig ontbundeld) ziet toe op toegang tot het koperen aansluitnetwerk op het niveau van de hoofdverdelers (MDF-access), op het niveau van

het subnetwerk (SDF-access) en toegang tot glasvezelaansluitnetwerken op het niveau van de optische verdeler (ODF-access).

- ii. KPN dient in verband met de onder i. genoemde toegangsverplichting op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.6, tweede lid, van de Tw:
- (a) Aanbieders van elektronische communicatiediensten toegang te verlenen tot die netwerkelementen of faciliteiten die noodzakelijk zijn voor het afnemen van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk teneinde elektronische communicatiediensten aan te kunnen bieden.
 - (b) Aanbieders die bijbehorende diensten en faciliteiten te bieden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de levering van elektronische communicatiediensten op basis van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN. Het gaat hierbij in elk geval om de volgende diensten en faciliteiten.
 - Co-locatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten (inclusief gedeeld gebruik van kabelgoten, gebouwen of masten);
 - Open toegang tot technische interfaces, protocollen of andere kerntechnologieën die onmisbaar zijn voor de interoperabiliteit;
 - Toegang tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om eerlijke concurrentie bij het aanbieden van elektronische communicatiediensten te waarborgen.
 - Toegang tot de bijbehorende faciliteiten van de netwerkelementen (waaronder SDF-backhaul en ODF-backhaul²⁹⁸).
 - Toegang ten behoeve van near-net aansluitingen in het kader van ODF-access.²⁹⁹
 - (c) Reeds verleende toegang tot faciliteiten niet in te trekken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd. In het kader van de voorgenomen uitfasering van het koperen aansluitnetwerk en de daarop gebaseerde dienstverlening (MDF-dienstverlening op MDF-locaties, SDF-dienstverlening op SDF-locaties) dient een verzoek tot intrekking van reeds verleende toegang tot faciliteiten binnen een redelijke termijn aan het college ter beoordeling te worden voorgelegd en te voldoen aan de navolgende randvoorwaarden:
 - Redelijke aankondigingstermijnen en redelijke besluitvormingstermijn voor aanbieders om alternatieve vorm kenbaar te maken;
 - Beschikbaarheid en afneembaarheid van (gereguleerde) alternatieven;
 - Gelijke behandeling uitfasering KPN diensten;
 - Heldere procesafspraken over uitfasering-en overlaytermijnen;
 - Redelijke kwaliteit en garantie van dienstverlening bij migratie;
 - Redelijke termijn publicatie planning uitfasering MDF (en SDF) locaties;
 - Redelijke termijn publicatie overzicht beschikbaarheid SDF en ODF locaties.
 - (d) Reeds verleende toegang ten aanzien van gedeelde fysieke toegang (linesharing) mag niet worden ingetrokken tenzij voortgezette verlening van gedeelde toegang (linesharing) redelijkerwijs niet van KPN mag worden verlangd. Een verzoek tot intrekking van reeds

²⁹⁸ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 148.

²⁹⁹ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 154.

verleende toegang (linesharing) dient binnen een redelijke termijn aan het college ter beoordeling te worden voorgelegd en dient te voldoen aan de navolgende randvoorwaarden:

- Redelijke overgangsperiode;
 - Te goeder trouw onderhandelingen over alternatieve technische oplossingen;
 - Afspraken over klantmigraties;
 - Verplichting tot treffen maatregelen om overstapdrempels te vermijden;
 - Migratiekosten.
- (e) Ingeval van wijziging van de collocatie in het kader van de ombouw naar zgn. mini-MDF's dient KPN te voldoen aan de navolgende voorwaarden:
- Tijdige voorafgaande publicatie van ombouw naar mini-MDF;
 - Er mag geen sprake zijn van onredelijke kosten voor wholesaleafnemers als gevolg van de interne verhuizing;
 - Er dient sprake te zijn van ongestoorde voortzetting van de dienstverlening.
- (f) Te goeder trouw te onderhandelen met aanbieders van elektronische communicatiediensten die verzoeken om toegang.

iii. Op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.6, derde lid, van de Tw verbindt het college de volgende voorschriften betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit aan de onder i. bedoelde toegangsverplichting.

- (a) KPN dient informatie die een toegangverzoekende partij nodig heeft om een voldoende gespecificeerd verzoek om ontbundelde toegang of bijbehorende faciliteiten te kunnen doen, desgevraagd tijdig en volledig te verstrekken.
- (b) KPN dient verzoeken om ontbundelde toegang en bijbehorende diensten en faciliteiten tijdig en adequaat in behandeling te nemen en zo nodig met de toegangverzoekende partij te bespreken. Een reactie op het verzoek om toegang dient binnen een redelijke termijn aan de om toegang verzoekende partij verstrekt te worden. Een termijn van twee weken wordt in beginsel als redelijke termijn beschouwd voor een reactie.
- (c) Levering van ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten door KPN dient zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is te geschieden. Voor de levering van collocatiefaciliteiten dient een redelijke termijn te worden gehanteerd. Uitgangspunt voor de door KPN in acht te nemen serviceniveaus is de gelijke behandeling van interne en externe leveringen in het kader van de non-discriminatieverplichting.
- (d) KPN mag geen onredelijke voorwaarden verbinden aan het verlenen van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.
- (e) KPN dient een procedure op te stellen voor het behandelen van verzoeken om nieuwe vormen van ontbundelde toegang of bijbehorende faciliteiten en deze in haar referentieaanbod op te nemen. In deze procedure moet onder meer opgenomen zijn:
- dat binnen een redelijke termijn gereageerd wordt op een verzoek om toegang;
 - dat KPN, indien een verzoek onvoldoende gespecificeerd is, aangeeft op welke punten een verzoek aangevuld dient te worden;
 - dat KPN ook dient te voldoen aan redelijke verzoeken om vormen van ontbundelde toegang die KPN niet voor haar eigen (retail) dienstverlening gebruikt;

- dat KPN een naar haar oordeel niet-redelijk verzoek, gemotiveerd afwijst waarbij zij aangeeft op welke wijze sprake is van technische onhaalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven; en
 - op welke wijze KPN in onderhandeling treedt met een partij indien er nadere afspraken gemaakt dienen te worden over de gevraagde vorm van toegang.
- (f) KPN mag geen gebruiksbepalingen opleggen indien daarvoor geen objectieerbare redenen zijn.
- (g) KPN dient kenbare technische standaarden te hanteren ten aanzien van het netwerk en/of de toegangsdienst en bijbehorende faciliteiten.
- (h) KPN dient een redelijke kwaliteit van dienstverlening te leveren, inclusief redelijke leveringstermijnen. KPN dient in elk geval een minimum kwaliteit te garanderen aan de hand van serviceniveaus voor bestelling, levering, exploitatie en onderhoud van diensten. Dit houdt in het hanteren van expliciete kwaliteitsparameters inzake de te verstrekken diensten, een resultaatsverplichting voor de minimum serviceniveaus en een hieraan gekoppeld boetebeding in geval van niet-nakoming van de gestelde kwaliteitsniveaus.
- (i) KPN mag geen netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten onnodig bundelen teneinde te voorkomen dat afnemers moeten betalen voor onderdelen of faciliteiten van het netwerk die niet nodig zijn om de beoogde toegang af te nemen.
- (j) KPN dient ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten zodanig te ontwerpen dat de gezamenlijke kosten voor het verlenen van de toegang en bijbehorende faciliteiten en het gebruik van deze diensten zo laag mogelijk zijn. Toegang en bijbehorende faciliteiten mogen niet zodanig ontworpen zijn dat feitelijke beschikbaarheid en effectief gebruik ervan wordt belemmerd.
- (k) KPN mag informatie die zij ten behoeve van het verlenen van toegang verkrijgt slechts gebruiken voor dat doel en niet voor andere doeleinden.

Non-discriminatieverplichting

iv. KPN dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.8 van de Tw ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN gelijke voorwaarden toepast bij levering aan externen als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochtermaatschappijen of haar partnerondernemingen. De verplichting heeft betrekking op alle voorwaarden, derhalve ook op tariefvoorwaarden.

v. KPN dient, in het kader van haar All-IP plannen, haar koperen aansluitnetwerk ook aan andere partijen ter beschikking te stellen, zolang zij hiervan zelf gebruik maakt voor haar eigen dienstverlening.

vi. De non-discriminatieverplichting heeft in ieder geval betrekking op:

- De beschikbaarheid van de diensten en netwerken;
- De onderhoudsperioden;
- De hersteltijden in geval van storingen;
- Het proces van ordering en levering;

- Het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten³⁰⁰;
- Het proces van informatieverstrekking.

vii. De non-discriminatieverplichting staat in beginsel niet in de weg aan enige vorm van tariefdifferentiatie zolang gelijke concurrentievoorwaarden op de markt niet ongelijk worden en de marges van de wholesale afnemers op de downstreammarkten niet worden uitgehouden.

viii. Tariefdifferentiatie is slechts toegestaan voor zover de kortingen een door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel weerspiegelen.

ix. KPN dient ten aanzien van de tariefdifferentiatie de volgende gedragsregels na te leven.

1. selectieve prijsonderbieding is verboden: producten of diensten mogen niet tegen gedifferentieerde voorwaarden aan wholesale-afnemers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden geleverd;
2. getrouwheidskortingen zijn verboden. Dit betekent bijvoorbeeld dat tariefdifferentiatie waarbij in de tariefstructuur een mechanisme is ingebouwd op grond waarvan een afnemer minder snel geneigd is om voor één of meerdere wholesalediensten (tezamen) over te stappen naar een andere aanbieder, niet is toegestaan;
3. tariefdifferentiatie op basis van het vraagprofiel is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers. Differentiatie op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is ook geoorloofd;³⁰¹
4. tariefdifferentiatie op basis van geografische omstandigheden is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers;
5. tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream-bedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-utholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.

Transparantieplichting en het referentieaanbod

x. KPN dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.9, tweede lid, van de Tw binnen 30 dagen na inwerkingtreding van dit besluit een referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN en bijbehorende faciliteiten bekend te maken en regelmatig bij te werken. Het referentieaanbod bevat ten minste de hieronder opgesomde punten en een beschrijving van de verschillende onderdelen en respectieve voorwaarden en tarieven.

³⁰⁰ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 217.

³⁰¹ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 205.

A. Voorwaarden voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk

1. Netwerkelementen waartoe toegang wordt geboden, in het bijzonder de volgende elementen:
 - a. Toegang tot aansluitnetwerken
 - b. Toegang tot het buiten de spraakband liggende deel van het frequentiespectrum van een aansluitnetwerk, in geval van gedeelde toegang tot het koperen aansluitnet.
 - c. Toegang ten behoeve van near-net aansluitingen in het kader van ODF-access.³⁰²
2. Informatie over de plaatsen van de fysieke aansluitpunten, beschikbaarheid, van aansluitnetwerken op bepaalde delen van het toegangsnet.
3. Technische voorwaarden die verband houden met toegang tot en gebruik van aansluitnetwerken, met inbegrip van de technische kenmerken van het aansluitnet.
4. Procedures voor het bestellen en verstrekken, gebruiksbepalingen.

B. Collocatiediensten en bijbehorende faciliteiten:

1. Informatie over de desbetreffende plaatsen van KPN.
2. Collocatieopties op de in punt B1 genoemde plaatsen (met inbegrip van fysieke co-locatie en in voorkomend geval co-locatie op afstand en virtuele co-locatie).
3. Apparatuurkenmerken: eventuele beperkingen voor apparatuur die in co-locatie kan worden geplaatst.
4. Veiligheidsaspecten: door KPN getroffen maatregelen om de veiligheid van hun locaties te waarborgen.
5. Voorwaarden voor de toegang van het personeel van concurrerende exploitanten.
6. Veiligheidsnormen
7. Regels voor toewijzing van ruimte wanneer de collocatieruimte beperkt is.
8. Regels voor ontvangers voor de inspectie van locaties waarop fysieke co-locatie mogelijk is of plaatsen waar co-locatie is geweigerd in verband met ruimtegebrek.
9. Bijbehorende faciliteiten, zoals onder andere SDF-backhaul en ODF-backhaul³⁰³.

C. Informatiesystemen

Voorwaarden voor toegang tot de operationele ondersteunende systemen, informatiesystemen of

³⁰² Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 154.

³⁰³ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 148.

databases voor reservering, levering, bestelling, onderhouds- en herstelverzoeken en facturering van KPN.

D. Leveringsvoorwaarden

1. Termijn waarbinnen wordt gereageerd op verzoeken om diensten en faciliteiten, overeenkomsten in zake het niveau van de dienst, procedures om gebreken te verhelpen en om terug te keren naar het gangbare niveau van dienstverlening en parameters voor de kwaliteit van de dienstverlening.

2. Standaardcontract, indien van toepassing met inbegrip van vergoeding voor te late levering.

3. Tarieven of tarifieringsformules voor elk van bovengenoemde aspecten, functies en faciliteiten.

4. Wholesale-afnemers (zowel intern als extern) dienen tijdig en op non-discriminatoire wijze geïnformeerd te worden ten aanzien van tarieven en voorwaarden.

5. Wholesale-afnemers moeten op basis van de inkoop van ontbundelde toegang dezelfde kwaliteitsniveaus aan eindgebruikers kunnen afgeven als KPN. Dit betekent dat de non-discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op:

- de beschikbaarheid van de diensten en netwerken;
- de onderhoudsperioden;
- de hersteltijden in geval van storingen;
- het proces van ordering en levering;
- het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten³⁰⁴;
- het proces van informatieverstrekking.

6. Voorstel voor boetebeding ingeval van niet voldoen aan minimum kwaliteits- en serviceniveaus.

E. Voorwaarden voor intrekking met betrekking tot uitfasering en migratie

Randvoorwaarden voor intrekking reeds verleende toegang (tot faciliteiten) in het kader van uitfasering en migratie

- Redelijke aankondigingstermijnen en redelijke besluitvormingstermijn voor aanbieders om alternatieve vorm kenbaar te maken;
- Beschikbaarheid en afneembaarheid van (gereguleerde) alternatieven;
- Gelijke behandeling uitfasering KPN diensten;
- Heldere procesafspraken over uitfasering-en overlaytermijnen;
- Redelijke kwaliteit en garantie van dienstverlening bij migratie;
- Redelijke termijn publicatie planning uitfasering MDF (en SDF)locaties;
- Redelijke termijn publicatie overzicht beschikbaarheid SDF en ODF locaties.

Randvoorwaarden voor intrekking van gedeelde fysieke toegang (linesharing) in het kader van uitfasering en migratie

- Redelijke overgangsperiode;

³⁰⁴ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevingingen, randnummer 217.

- Te goeder trouw onderhandelingen over technische oplossingen;
- Afspraken over klantmigraties;
- Verplichting tot treffen maatregelen om overstapdrempels te vermijden;
- Migratiekosten.

Randvoorwaarden wijziging collocatie bij ombouw naar mini-MDF's

- Tijdsige voorafgaande publicatie van ombouw naar mini-MDF;
- Er mag geen sprake zijn van onredelijke kosten voor wholesaleafnemers als gevolg van de interne verhuizing;
- Er dient sprake te zijn van ongestoorde voortzetting van de dienstverlening.

xi. Voorts verbindt het college op grond van artikel 6a.9, vijfde lid, van de Tw de volgende voorschriften ten aanzien van de wijze van bekendmaking van het referentieaanbod:

- KPN dient het referentieaanbod op elektronische wijze bekend te maken op haar website;
- KPN dient wijzigingen in haar wholesale-aanbod tijdig op te nemen en haar afnemers hiervan op de hoogte te stellen. Het gaat hierbij zowel om wijzigingen in de bestaande dienstverlening als introductie van nieuwe dienstverlening;
- KPN dient een afschrift van het referentieaanbod en elke wijziging hiervan aan het college te verstrekken.
- KPN dient nieuwe of gewijzigde diensten binnen een redelijke termijn van in beginsel minimaal 2 maanden van te voren aan afnemers bekend te maken.³⁰⁵

Verplichting tot tariefregulering

xii. Op grond van artikel 6a.2 jo. 6a.7 van de Tw legt het college aan KPN ten behoeve van het kunnen afnemen van toegangsdiensten en bijbehorende faciliteiten die behoren tot de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN, tariefregulering op.

xiii. Op grond van artikel 6a.7, tweede lid, van de Tw legt het college aan KPN de verplichting op om voor toegangsdiensten ten behoeve van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Dit betekent dat KPN tarieven dient te hanteren die niet boven de door het college te bepalen tariefplafonds mogen liggen. De tariefplafonds gelden vanaf 1 januari 2009.³⁰⁶

xiv. Tot het moment dat het college een tariefbesluit heeft genomen en daarin tariefplafonds heeft vastgesteld, dient KPN voor toegangsdiensten ten behoeve van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk voorlopige tarieven te hanteren. De voorlopige tarieven die KPN vanaf 1 januari 2009 hanteert mogen niet hoger zijn dan de tariefplafonds uit het WPC-besluit³⁰⁷ en het SLU-tarievenbesluit³⁰⁸ die vanaf 1 juli 2008 gelden.³⁰⁹

³⁰⁵ Het college heeft het besluit aangepast naar aanleiding van de Nota van Bevindingen, randnummer 216.

³⁰⁶ Dit randnummer is gewijzigd naar aanleiding van nadere overwegingen van het college (zie hoofdstuk 8 van Annex 4).

³⁰⁷ Wholesale price cap-besluit, 27 september 2006, OPTA/TN/2006/201811.

³⁰⁸ SLU-tarievenbesluit, 25 september 2007, OPTA/BO/2007/201929.

xv. Voor de nadere invulling van voornoemde tariefregulering voor toegangsdiensten ten behoeve van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk gelden de volgende verplichtingen voor KPN:

- Het college legt op grond van het tweede lid van artikel 6a.7 van de Tw aan KPN de verplichting op een door het college te bepalen en goed te keuren kostentoekeningssysteem te hanteren. Dit systeem dient te voldoen aan de voorschriften die nader zijn uitgewerkt in de Annexen A en B van dit besluit. KPN is verplicht dit kostentoekeningssysteem binnen drie maanden na het van kracht worden van dit besluit ter goedkeuring aan het college voor te leggen.
- Het college legt op grond van het vierde lid van artikel 6a.7 van de Tw aan KPN de verplichting op om het resultaat van de toepassing van het kostentoekeningssysteem voor de verslagjaren 2007 (realisatie), 2008 tot en met 2011 (prognoses) binnen drie maanden na het van kracht worden van het onderhavige besluit ter goedkeuring aan het college voor te leggen. Tevens dient KPN een accountantsrapportage te voegen bij de rapportage over het resultaat van de toepassing van het kostentoekeningssysteem. Nadere voorschriften hierover zijn opgenomen in de Annexen A, B en C van dit besluit.
- KPN is op grond van het vijfde lid van artikel 6a.7, onder a, van de Tw verplicht binnen drie maanden na het van kracht worden van dit besluit een beschrijving van het kostentoekeningssysteem bekend te maken. Deze verplichting is nader uitgewerkt in de Annexen A en B van dit besluit.

Inwerkingtreding besluit

xvi. De datum van inwerkingtreding van dit besluit is 1 januari 2009.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT

mr. C.A. Fonteyn, voorzitter

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.

³⁰⁹ Dit randnummer is gewijzigd naar aanleiding van nadere overwegingen van het college (zie hoofdstuk 8 van Annex 4).

Annex 1 SDF-backhaul

1. In deze Annex zal uiteengezet worden dat SDF-backhaul een bijbehorende faciliteit is van de dienst subloop ontbundeling, als onderdeel van de ontbundelde toegang markt. Voorts zal worden geanalyseerd of alternatieven voor de SDF-backhaul van KPN beschikbaar zijn, en of derhalve de SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit in aanmerking komt voor regulering.

2. Hieronder wordt nader ingegaan op de nieuwe ontwikkelingen op het gebied van ontbundelde toegang tot het aansluitnet en specifiek op de ontwikkelingen die ertoe geleid hebben dat behoefte is ontstaan aan SDF-backhaul. Vervolgens zal uiteengezet worden wat een SDF-backhaul is en dat SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit bij ontbundelde toegang kan worden aangemerkt.

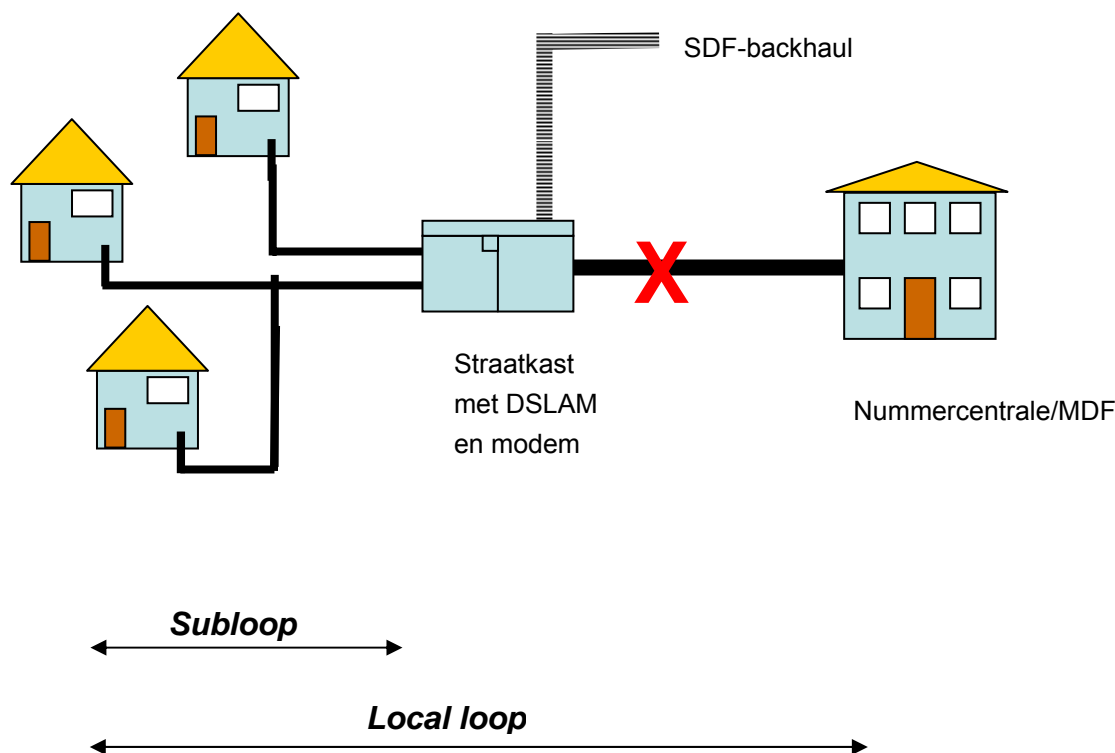
- a. Stap 1: Is SDF-backhaul een bijbehorende faciliteit van SLU?
- b. Stap 2: Zijn er alternatieven beschikbaar voor SDF-backhaul van KPN?

1.1 Inleiding

3. Deze paragraaf beschrijft allereerst kort wat SDF-backhaul is, waarbij wordt ingegaan op de techniek, alsmede op de aard van de dienst (1.2). Vervolgens wordt aangegeven dat SDF-backhaul kan worden beschouwd als een bijbehorende faciliteit bij de dienst ontbundelde toegang tot het aansluitnet op het niveau van de straatkast - SLU (1.3). Aangezien de dienst SLU is gereguleerd in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang, zal het college vervolgens ook nader uiteenzetten waarom SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit bij de dienst SLU onder de regulering in dit betreffende marktanalysebesluit dient te worden gebracht. Hierbij spelen de beschikbaarheid van de dienst SDF-backhaul en potentiële aanbieders een belangrijke rol: de conclusie is dat er geen alternatieven zijn voor de SDF-backhaulverbindingen van KPN, de partij die in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht. In paragraaf 1.5 zal worden geconcludeerd dat effectieve afname van SLU zonder een goed SDF-backhulaanbod niet mogelijk is en dat daardoor de mededingingsproblematiek van ontbundelde toegang ook van toepassing is op levering van SDF-backhaul.

1.2 De beschrijving van SDF-backhaul – techniek en dienst

4. Een (alternatieve) DSL-aanbieder plaatst bij het afnemen van SLU haar eigen apparatuur (onder meer DSLAM) in de straatkast. Vervolgens wordt met een transmissieverbinding - de SDF-backhaul - de apparatuur in de straatkast verbonden met een hoger in het netwerk gelegen punt. De backhaul is de verbinding die de apparatuur in de straatkast ontsluit en daarmee de bijbehorende klantaansluitingen. De functie van een backhaul is het ontsluiten van netwerklocaties, in het geval van SDF-backhaul zijn dat de straatkasten.



Figuur 1: De plaats van een SDF-backhaul in het telecommunicatienetwerk.

5. De SDF-backhaulverbinding bestaat uit een verbinding van hoge capaciteit voor transmissie van het klantverkeer, zoals telefonie, internetgebruik en datacommunicatiediensten. Doorgaans heeft deze verbinding een onbelichte glasvezel als drager. Vervolgens kan de verbinding worden opgezet, bijvoorbeeld op basis van Ethernet, wat op dit moment de standaard lijkt te worden voor transmissie van (data)verkeer.

6. Indien de capaciteit op een glasvezelverbinding beperkt is, kan zo een verbinding opgedeeld worden in kleuren. Door aan marktpartijen verschillende kleuren toe te wijzen kan een dergelijke verbinding door partijen gedeeld worden, waarbij iedere partij een eigen toegewezen capaciteit heeft op die verbinding. Deze zogenaamde multiplexingstechniek (xWDM) heeft een relatief transparant karakter, en is daarmee geschikt voor backhaulfuncties. Dit houdt in dat multiplexing ingezet kan worden in combinatie met bijvoorbeeld Ethernet.

7. Door straatkasten onderling, via een ring, te ontsluiten kan een enkele glasvezel verschillende straatkasten ontsluiten. Bij afname van co-locatie op een groot aantal straatkasten kan deze stapeling van het verkeer efficiëntievoordelen met zich mee brengen. Afnemers van SDF-backhauldiensten kunnen derhalve een voorkeur hebben om de straatkasten via een backhaulring te ontsluiten.

1.3 SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit bij ontbundelde toegang

8. In deze paragraaf gaat het college in op SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit van ontbundelde toegang. Het college zal aangegeven dat in deze benaderingswijze een marktafbakening voor SDF-backhaul niet nodig is indien deze bijbehorende faciliteit effectieve toegang tot SLU mogelijk

maakt en dat bij gebrek aan beschikbaarheid ervan, deze in aanmerking komt voor regulering op basis van het onderhavige marktanalysebesluit ontbundelde toegang.

9. Ingevolge artikel 1.1, sub j, van de Tw is sprake van een bijbehorende faciliteit als het gaat om, “bij een elektronisch communicatienetwerk of een elektronische communicatiedienst behorende faciliteiten die het aanbieden van diensten via het netwerk of die dienst mogelijk maken of ondersteunen (...)”

10. Uit de voorgaande beschrijving van SDF backhaul blijkt dat deze dienst kan worden beschouwd als een bijbehorende faciliteit bij de dienst SLU. Cruciaal hierbij is dat een SDF-backhaulvoorziening de dienst SLU ondersteunt dan wel mogelijk maakt. Bovendien heeft een SDF-backhaul geen zelfstandige relevantie. Het wordt alleen afgenomen ten behoeve van SLU, en zal niet als afzonderlijke dienst worden afgenomen. Daarom is SDF-backhaul als faciliteit nauw verbonden met SLU, vergelijkbaar met co-locatie en andere bijbehorende faciliteiten.

11. Een SDF-backhaulverbinding zorgt voor de ontsluiting van de straatkasten. SDF-backhaulverbindingen worden gebruikt om vanaf deze straatkasten diensten aan te bieden aan de eindgebruiker. Zonder SDF-backhaul is het niet mogelijk om diensten vanuit de straatkast op basis van SLU aan te bieden. SDF-backhaul is daarom een netwerkelement dat het mogelijk maakt, voor partijen die gebruik willen maken van SLU, om vanuit de straatkast eindgebruikersdiensten aan te bieden.

12. Het college concludeert dat SDF-backhaul een bij SLU behorende faciliteit is. In het navolgende zal nader worden uitgewerkt of en zo ja in hoeverre het ook gerechtvaardigd is deze bijbehorende faciliteit onder te brengen in het onderhavige marktanalysebesluit voor ontbundelde toegang en in hoeverre daarbij dan kan worden aangesloten bij de in dit besluit opgelegde passende verplichtingen.

13. Subconclusie: SDF-backhaul kan beschouwd worden als bijbehorende faciliteit van SLU. In deze paragraaf zal de beschikbaarheid van SDF-backhaul uiteengezet worden, en uit de beperkte beschikbaarheid volgende conclusie dat de SDF-backhaul faciliteit in aanmerking komt voor regulering onder de SLU-verplichting. In deze benaderingswijze is een marktafbakening voor SDF-backhaul niet nodig. In de toelichting op de aanbeveling relevante markten³¹⁰ wordt dit door de Europese Commissie als volgt geformuleerd:

"De vraag of het nodig is markten enger vast te stellen, moet gescheiden worden van de kwestie hoe bepaalde tekortkomingen kunnen worden verholpen. Bij het aanpakken van een gebrek aan daadwerkelijke mededinging op een vastgestelde markt kan het nodig zijn diverse verplichtingen op te leggen om tot een algehele oplossing te komen. Zo kan het vaak het geval zijn dat belerende of gerelateerde middelen op technisch gebied worden toegepast als onderdeel van een algehele verplichting die zich richt op aanmerkelijke marktmacht op de geanalyseerde markt. Indien specifieke maatregelen nodig worden geacht op een specifiek en

³¹⁰ Aanbeveling van de Commissie van 23 juli 2003 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, PbEG L 190/13 van 30 juli 2003.

nauw omschreven technisch gebied, is het niet verplicht of nodig om ieder technisch gebied als relevante markt te omschrijven om verplichtingen op dat gebied op te leggen. Een voorbeeld zou een situatie zijn waar een verplichting om ontbundelde toegang tot het aansluitnet te leveren wordt aangevuld met gerelateerde verplichtingen aangaande toegang tot collocatiefaciliteiten."

14. De verschillende nationale regulerende instanties verzameld in de European Regulators Group (hierna: ERG) hebben dit principe verder uitgewerkt in de ERG revised common position:³¹¹

"In dealing with lack of effective competition arising from a position of SMP in an identified market, it may be necessary to impose several obligations to remedy the competition problem relating to services both inside and outside the market. In principle, an NRA may impose obligations in an area outside but closely related to the relevant market under review, provided such imposition constitutes

(i) an essential element in support of obligation(s) imposed on the relevant SMP market without which these obligations would be ineffective and

(ii) in combination the most appropriate, proportionate and efficient means of remedying the lack of effective competition found on the relevant market.

In such cases, it is not necessary to consider whether the area outside the identified market forms a coherent economic market itself; nor to notify it separately under Article 7, Framework Directive; nor to notify the remedy as an exceptional measure under Article 8(3), Access Directive. Any such remedies should be notified under Article 7, Framework Directive alongside remedies which apply to services within the identified SMP market

For example, as a consequence of SMP in the local loop unbundling market, NRAs may need to impose an obligation to provide a tie-cable to link the main distribution frame to the entrant's premises."

15. Dat aan voorwaarde (i) is voldaan is geconcludeerd in randnummer 12. In het verplichtingen hoofdstuk van het besluit zal betoogd worden dat regulering van SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit de meest passende remediëring oplevert.

16. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in de nieuwe aanbeveling van de Commissie dit principe ook is uitgewerkt, en dezelfde voorwaarden hiervoor worden gesteld, waaraan volgens randnummer 12 in onderhavige situatie wordt voldaan.³¹²

³¹¹ Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06)33, mei 2006, paragraaf 5.6.3 "remedies in linked markets", <http://erg.ec.europa.eu/>

³¹² Paragraaf 2.6 van de toelichting bij de Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic Communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic Communications networks and services (C(2007)5406).

"In principle, the proposed obligations should pertain to the relevant product market in which SMP has been found. However, in dealing with lack of effective competition arising from a position of SMP in an identified market, it may be necessary to impose several obligations to remedy the competition problem relating to services both inside and outside the market. In principle, an NRA may impose obligations in an area outside but closely related to the relevant market under review, provided such imposition constitutes

- the most appropriate, proportionate and efficient means of remedying the lack of effective competition found on the relevant market; and

- an essential element in support of obligation(s) imposed on the relevant SMP market without which those obligations would be ineffective.

For instance, an obligation of accounting separation may cover the disclosure of information related to a market on which the operator does not have SMPs, which are closely associated with the markets on which the operator does have SMP."

1.3.1 Subconclusie

17. Het college concludeert dat SDF-backhaul een faciliteit is die effectieve afname van SLU mogelijk maakt, en die bij gebrek aan beschikbaarheid van deze faciliteit in aanmerking komt voor regulering op basis van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang tot wholesaleniveau.

1.4 Het aanbod van SDF-backhaul

18. Eerst zal in deze paragraaf het aanbod van KPN uiteengezet worden en daarna zal worden ingegaan op de beschikbaarheid van mogelijke alternatieven en mogelijke toetreding van nieuwe aanbieders van SDF-backhaul. Bij de alternatieven zal eerst worden ingegaan op alternatieve producten (paragraaf 1.4.2), dat wil zeggen bestaande verbindingen die gebruikt zouden kunnen worden als SDF-backhaul. Daarna zal worden ingegaan op potentiële aanbieders, en in welke mate zij in staat zijn om SDF-backhaul aan te bieden (paragraaf 1.4.4).

1.4.1 Het SDF-backhulaanbod van KPN

19. KPN is op dit moment de enige aanbieder die SDF-backhaulverbindingen aanbiedt. KPN biedt SDF-backhaulverbindingen aan in die gebieden waar zowel de straatkasten als de backhaulverbindingen gemoderniseerd zijn en klaargemaakt zijn voor subloop ontbundeling. De SDF-backhaulverbindingen van KPN voorzien in toegang tot ca. 28.000 straatkasten. KPN heeft in november 2006 het aanbod op haar wholesale website gepubliceerd.³¹³

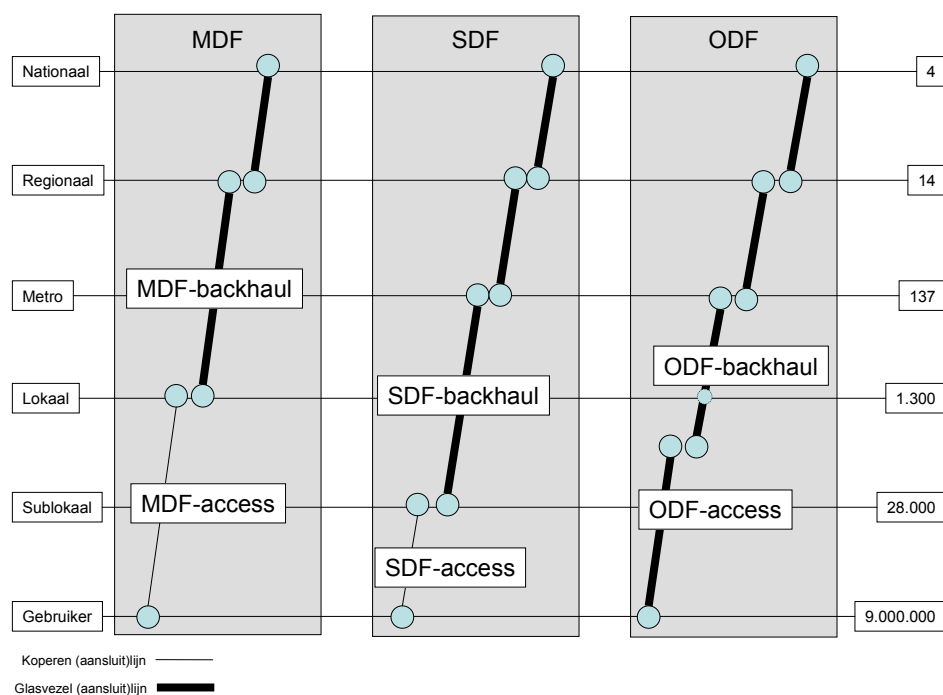
20. De door KPN aangeboden typen SDF-backhaulverbindingen zijn op basis van Ethernet en op basis van onbelicht glas. Tevens wordt met marktpartijen gesproken over SDF-backhaulverbindingen

³¹³ www.kpn-wholesale.com

met xWDM.³¹⁴ Daarnaast onderscheidt KPN verschillende koppel niveaus waar naartoe SDF-backhauldiensten worden aangeboden. Volgens het gepubliceerde aanbod van KPN wordt SDF-backhaul op basis van onbelichte glasvezelverbindingen tot aan een *fiber concentrator point* (FCP) geboden. FCP's in het nieuwe netwerk komen overeen met MDF-locaties in het huidige netwerk. SDF-backhaulverbindingen op basis van Ethernet worden ook op hogere koppelvlakken aangeboden, dat wil zeggen verder weg van de eindgebruikers. Partijen hebben aangegeven dat afnemers van SDF-backhaulverbindingen veelal behoefte zullen hebben aan SDF-backhaulverbindingen die de straatkasten verbinden met een punt op of nabij een MDF-locatie waar zij thans zijn geïncorporeerd voor MDF-access, omdat zij op dat punt een eigen *Point-of-presence* (PoP) hebben gerealiseerd.

1.4.2 Mogelijke alternatieve producten en diensten

21. Deze paragraaf gaat in op andere producten en diensten die eventueel zouden kunnen voorzien in de behoefte aan een SDF-backhaulfaciliteit. Hierbij wordt aangesloten op de in de marktanalyse huurlijnen geïdentificeerde diensten en markten. Achtereenvolgens zullen worden besproken trunkverbindingen (inclusief de segmenten MDF-backhaul en ODF-backhaul voor wat betreft het gedeelte boven het lokale netvlak³¹⁵) en hoogcapacitaire huurlijnen verbindingen.



Figuur 2: Schematische weergave netvlakken bij MDF, SDF en ODF toegang. SDF-backhaults kunnen worden ontkoppeld op lokaal, metro en regionaal niveau

³¹⁴ CWDM of DWDM, een multiplexing technologie waarmee capaciteit van een verbinding wordt vergroot door het spectrum op te delen in kleuren.

³¹⁵ Voor een afzonderlijke bespreking van het gedeelte van de ODF-backhaul beneden het lokaal netvlak wordt verwezen naar Annex 3.

22. In de bespreking van alternatieve diensten en potentiële aanbieders zal bovenstaande figuur 2 een belangrijke rol spelen. Figuur 2 is een schematische weergave van het huidige en het Next Generation netwerk (All-IP) van KPN. Onderaan de figuur bevindt zich de eindgebruiker, en bovenaan de figuur bevindt zich het core netwerk. Hoe hoger in het netwerk geïnterconnecteerd wordt, hoe groter de schaalvoordelen zijn, omdat de kosten van de verbinding dan verdeeld kunnen worden over een grotere groep eindgebruikers.

23. De hierboven genoemde mate van de te benutten schaalvoordelen bepaalt of een verbinding een aanbodsstituut is voor SDF-backhaul. Dat wil zeggen of vanuit een bestaande verbinding op economisch rendabele manier een aftakking gemaakt kan worden naar een straatkast.

1.4.2.1 Trunk

24. Bij het onderzoeken naar mogelijke alternatieven voor SDF-backhaul wordt eerst naar de trunkmarkt gekeken. De trunkmarkt is afgebakend in het marktanalysebesluit huurlijnen, en omvat naast regionale trunkverbindingen tevens lokale trunkverbindingen.³¹⁶ Deze lokale trunkverbindingen worden ook wel MDF-backhaul of ODF-backhaul genoemd voor wat betreft het gedeelte boven lokaal netvlak, en zijn als zodanig in opgenomen.

25. Regionale trunkverbindingen zijn verbindingen (of onderdelen van verbindingen) tussen regionale knooppunten in een netwerk. Regionale knooppunten zijn knooppunten vergelijkbaar met zogenaamde clusterpuntlocaties van KPN.³¹⁷ Hiervan zijn er in het huidige netwerk 17 in Nederland. Bij de trunkverbindingen gaat het om transmissiecapaciteit tussen regionale knooppunten van de netwerken van alle aanbieders die regionale knooppunten hebben. De meeste aanbieders met eigen transmissienetwerken in Nederland zijn actief in meer dan één regio en zijn daarmee actief op de trunkmarkt. Meestal gaat het om interne leveringen, maar trunkverbindingen kunnen ook direct als trunkverbinding aan een andere onderneming (extern) worden verkocht.

26. Regionale trunkverbindingen zijn geen alternatief voor SDF-backhaul. Regionale trunkverbindingen en SDF-backhaul voorzien in verschillende behoeftes en vervullen een andere rol door hun onderscheidenlijke positie in de hiërarchie van het netwerk (zie figuur 2). SDF-backhaulverbindingen voorzien namelijk in het ontsluiten van straatkasten en liggen lager in het netwerk, dat wil zeggen dicht bij de eindgebruiker dan trunkverbindingen. Regionale trunkverbindingen zijn verbindingen tussen regionale of lokale netwerkknooppunten, en liggen dus hoger in het netwerk waar veel elektronisch verkeer samenkomt en vervullen daarmee de rol van het koppelen van regio's en centralegebieden. Deze verbindingen zijn geen alternatief voor het verbinden van straatkasten.

27. Een ander segment van de in het Huurlijnenbesluit afgebakende trunkmarkt bestaat uit MDF-backhaul en ODF-backhaul (voor wat betreft het gedeelte boven lokaal netvlak), ofwel lokale

³¹⁶ Deze afbakening is een wijziging ten opzichte van het huurlijnenbesluit van 2005, en het ontwerpbesluit SDF-backhaul van december 2007. Voor de onderhavige analyse maakt dat geen verschil omdat de onderhavige analyse wel ingaat op het onderscheid MDF-backhaul en SDF-backhaul.

³¹⁷ In het nieuwe (All-IP) netwerk worden deze locaties BB-locaties genoemd.

trunkverbindingen. Deze verbindingen termineren niet bij eindgebruikers maar bij netwerkklocaties, zoals antenneopstelpunten en MDF/ODF-locaties.³¹⁸ De verbindingen die dit laatstgenoemde type locatie ontsluiten worden MDF/ODF-backhaulverbindingen genoemd. MDF-backhaulverbindingen ontsluiten de nummercentrales en termineren dus hoger in het netwerk dan SDF-backhaulverbindingen. Dat wil zeggen dat MDF-backhaulverbindingen verder van de straatkasten liggen. Zie ook figuur 2.³¹⁹

28. Een MDF-locatie ontsluit vaak circa 5000 – 6000 ontbundelde aansluitlijnen. Een MDF-backhaul kan vaak rendabel worden aangelegd omdat de aanlegkosten terugverdiend kunnen worden door de kosten te verdelen over de grote verkeersvolumes. Daardoor kunnen partijen die een dergelijke verbinding nog moeten aanleggen eventueel concurreren met een marktpartij die een dergelijke verbinding reeds beschikbaar heeft. In het geval van SDF-backhaul is dit niet het geval, en hier bestaan deze schaalvoordelen derhalve niet.

29. Vergelijkbaar met MDF-backhaults zijn ODF-backhaults, voor wat betreft het gedeelte boven lokaal netvlak, en kunnen beide worden beschouwd als lokale trunkverbindingen. ODF-backhaults ontsluiten de ODF's (Optical Distribution Frame) en kennen voor wat betreft de grotere ODF-locaties een vergelijkbare schaal als MDF-backhaults. ODF-backhaults boven het lokale netvlak zijn daarmee qua schaal en duplicatiemogelijkheden te vergelijken met MDF-backhaults³²⁰.

30. Een straatkast (en de bijbehorende SDF-backhaul) ontsluit gemiddeld 300 klantaansluitingen. Een backhaul met dezelfde kosten als MDF-backhaul zou derhalve verdeeld moeten worden over een veel geringer aantal eindgebruikers. Daar komt bij dat KPN reeds heeft besloten deze verbindingen voor zichzelf aan te leggen en op basis van een groot klantenbestand verwacht dat het een bepaalde schaal kan genereren. Een alternatieve aanbieder heeft de schaalvoordelen niet.³²¹ Het voor een alternatieve aanbieder derhalve veel moeilijker om dit netwerkgedeelte te dupliceren. Door de hoge aanlegkosten kunnen alternatieve DSL-aanbieders niet rendabel een eigen SDF-backhaul exploiteren. Alternatieve DSL-partijen hebben daartoe een te kleine verkeersvolume.

31. Het onderzoeksbureau Analysys heeft een economisch model ontwikkeld dat de business case voor SLU weergeeft.³²² Eén van de belangrijkste conclusies hieruit is dat de kosten van de SDF-backhaul één van de grootste kostenposten is bij het gebruik van SLU. Het is niet aannemelijk dat andere aanbieders concurrerende prijzen kunnen vragen ten opzichte van het KPN-aanbod. Dit zou uitsluitend nog mogelijk zijn wanneer netwerkexploitanten enorme inkomsten kunnen genereren uit een SDF-backhaulverbinding, anders dan uit het ontsluiten van SDF-locaties. Het is dus niet rendabel

³¹⁸ Besluit marktanalyse huurlijnen, met kenmerk: OPTA/BO/2005/203430, paragraaf 10.3.8.

³¹⁹ Een MDF-backhaul verbindt lokale netwerkpunten van het PSTN-netwerk met regionale knooppunten. SDF-backhaul verbindingen verbinden sublokale netwerkpunten met lokale knooppunten (respectievelijk MDF en MCL).

³²⁰ Voor een afzonderlijke bespreking van het gedeelte van de ODF-backhaul beneden het lokaal netvlak wordt verwezen naar Annex 3.

³²¹ Zie voor de analyse van de 'economies of scope' en 'economies of scale' de dominantie analyse van het hoofdbesluit.

³²² Analysys Consulting, "The Business Case for Subloop Unbundling in the Netherlands", 26 januari 2007.

voor een alternatieve telecomaandbieder om een SDF-backhaul aan te leggen, uitsluitend voor het ontsluiten van straatkasten.

32. Het is volgens Analysys ook goed verklaarbaar dat het voor een andere partij heel moeilijk is om een concurrerend aanbod te doen omdat de alternatieve aanbieder het aansluitnetwerk van KPN moet dupliceren, en de schaalvoordelen hiermee verloren gaan.³²³ Immers, bij duplicatie van de SDF-backhaulverbindingen van KPN worden de totale aanlegkosten verdubbeld, maar blijft het totale maximale aantal klantaansluitingen hetzelfde. Het is daarom inefficiënt om een eigen SDF-backhaul aan te leggen indien KPN inmiddels een SDF-backhaul heeft aangelegd.

33. Niet alleen kunnen de kosten in dat geval verdeeld worden over de grotere verkeersvolumes, de prijzen van beide producten verschillen ook aanzienlijk, en daarmee de mogelijkheid om deze kosten terug te verdienen. De marktprijs voor een MDF-backhaul met een capaciteit van 155 Mbit/s is gemiddeld circa 1200,- Euro per maand, terwijl de vraagprijs voor een SDF-backhaul met een capaciteit van circa 1Gbit/s circa 300,- Euro bedraagt.³²⁴

34. De grootste aanlegkosten worden veroorzaakt door het graven en het leggen van de kabels. In stedelijke gebieden komen daar vaak nog dure herbestratingswerkzaamheden bij. De aanlegkosten bedragen circa 55,- Euro per meter.³²⁵ Voor een minimale afstand van honderd meter bedraagt deze enkele kostenpost daarom reeds 5500,- Euro.

35. KPN heeft in haar reactie op het ontwerpbesluit aangegeven dat het onderzoek van Analysys onzorgvuldig is geweest omdat is uitgegaan van een, in het buitenland veel toegepaste, betonnen mantelbuis. Deze laatste veronderstelling is onjuist. Analysys is bij het onderzoek uitgegaan van de kosten van aanleg van SDF-backhals in stedelijk gebied, omdat juist daar de economisch interessante mogelijkheden voor afname van SLU zijn. De kosten van aanleg zijn in stedelijk gebied veel hoger dan in niet-stedelijke gebieden vanwege door gemeenten gerekende kosten en leges.

³²³ Zie pagina 34 van het Analysys rapport.

³²⁴ Bron: **[vertrouwelijk: XXX]**. KPN geeft aan dat in 'de glasmarkt' prijzen variëren van 300 tot 3000 Euro per maand, afhankelijk van de vraag en specifieke omstandigheden. In deze paragraaf wordt een vergelijking gemaakt met MDF-backhaul omdat deze dienst functioneel het meest vergelijkbaar is met SDF-backhaul (afgezien van schaalvoordelen). KPN gaat in de vergelijking met andere maandprijzen voorbij aan hoge éénmalige aanlegtarieven en langdurige contracten (3-5 jaar) in bundels van diensten waar een glasverbinding onderdeel van uit maakt. De aanlegkosten worden dan doorberekend in verschillende diensten. Eénmalige aanlegtarieven bedragen ook dan, naast maandelijkse tarieven, vaak 1500 Euro. Zie het (ontwerp-) huurlijnenbesluit.

³²⁵ De door Analysys geschatte kosten zijn gebaseerd op gegevens van marktpartijen. Eurofiber heeft aangegeven dat aanlegkosten per gemeente sterk verschillen vanwege de soms hoge doorberekende herbestratingskosten, degeneratiekosten en in rekening gebrachte leges. Ook verschillen aanlegkosten per type gebied. Zo is het logischerwijs goedkoper om een verbinding aan te leggen in ruraal gebied, dan in een stedelijk gebied. In de SDF-backhaul analyse is uitgegaan van stedelijk gebied, omdat alleen daar gebruik van SLU economisch relevant is.

36. In het ontwerpbesluit SDF-backhaul is aangegeven dat de gemiddelde lengte van een SDF-backhaul gemiddeld circa 5 kilometer is.³²⁶ Hierbij wordt uitgegaan van de afstand tussen een straatkast en de MC locatie van KPN. De MC-locatie is het eerste natuurlijke interconnectiepunt. Het tussenliggende lokale FCP³²⁷ biedt immers geen mogelijkheid voor colocatie waar de alternatieve aanbieder zijn eigen apparatuur kan plaatsen.

37. Een alternatieve aanbieder die gecoloeerd is op het netwerk van KPN heeft daarom een SDF-backhaul nodig tot aan de MC locatie. In haar reactie voert KPN terecht aan dat niet die gehele 500 meter gegraven hoeft te worden. Het college betoogt echter dat afnemers van SDF-backhaul niet alleen zullen moeten betalen voor de aanleg van de nieuw aan te leggen verbinding tussen de straatkast en het dichtst bij liggende netwerkpunt van een aanbieder van SDF-backhaul. Maar daarnaast zal deze afnemer het gebruik van het bestaande netwerk moeten betalen.

38. SDF-backhaulverbindingen kunnen het verkeer van de straatkasten uitkoppelen op verschillende niveaus in het netwerk. Figuur 2 laat de verschillende niveaus zien waarop een SDF-backhaul kan uitkoppelen. Dit kan bijvoorbeeld op lokaal of metroniveau zijn, maar ook op regionaal niveau. In dat laatste geval bestaat een regionale SDF-backhaul uit een SDF-backhaul tot metroniveau en een trunkcomponent. Een afnemer van een SDF-backhaul die op regionaal niveau uitkoppelt, kan deze zelf combineren met een trunkverbinding en op deze wijze een nationale SDF-backhaulverbinding realiseren. Op een zelfde wijze kan een lokale SDF-backhaul gecombineerd worden met een MDF-backhaul om een regionale SDF-backhaul te realiseren.

1.4.2.2 Subconclusie

39. MDF-backhaulverbindingen liggen hoger in het netwerk dan SDF-backhaul en zijn daarom geen alternatief voor SDF-backhaulverbindingen. Marktpartijen die beschikken over trunkverbindingen (waaronder MDF-backhaulverbindingen) kunnen deze niet zonder meer uitbreiden met een backhaul tussen de straatkast en de voormalige MDF-locatie, omdat dit gepaard zou gaan met substantiële investeringen.³²⁸ Wel kan worden aangenomen dat dit type verbindingen gebruikt kan worden als onderdeel van een lokale of regionale SDF-backhaul, dus voor de hogere uitkoppelniveaus. In het verplichtingenhoofdstuk van het onderhavige besluit zal nader worden ingegaan op de vraag of dit ertoe leidt dat een op te leggen toegangsverplichting voor SDF-backhaul beperkt dient te worden tot de lagere niveaus.

³²⁶ Een lokale SDF-backhaul, die ontkoppelt op een FCP heeft een gemiddelde lengte van 1,5 - 2 km. Een SDF-backhaul die ontkoppelt op het niveau van een metro core locatie (MCL) heeft een gemiddelde lengte van 5 kilometer. Bron: KPN.

³²⁷ Dit is een punt in het netwerk waar verschillende glasvezelverbindingen bijeen komen, maar waar geen actieve apparatuur geplaatst is. Een FCP kan zich in de grond bevinden of in een kleine locatie bovengronds.

³²⁸ Volgens de Richtsnoeren is het beschikken over enkele benodigde productiemiddelen alleen niet voldoende, maar moet tevens beoordeeld worden of substantiële investeringen gedaan moeten worden om daadwerkelijk toe te treden en op rendabele wijze op de markt actief te zijn.

1.4.3 Wholesalemarkt hoogcapacitaire huurlijnen

40. Zoals hierboven in de analyse is weergegeven vraagt de markt om de aansluiting van straatkassen in een bepaald gebied. Dit betekent dat een aanbieder alleen in aanmerking komt indien het alle door de SLU-afnemende marktpartij gekozen straatkassen kan ontsluiten. De op de wholesalemarkt hoogcapacitaire huurlijnenmarkt actieve marktpartijen, anders dan KPN, zijn niet in staat om in die behoefte te voorzien. Zij hebben hiervoor een te beperkt fijnmazig uitgerold netwerk.

41. De wholesalemarkt voor hoogcapacitaire huurlijnen omvat circa [vertrouwelijk: XXX] klantaansluitingen, verdeeld over heel Nederland. Deze aansluitingen zijn gerealiseerd door circa 10 marktpartijen. Het marktaandeel van KPN op de markt voor hoogcapacitaire huurlijnen is [60-70] procent. Dit betekent dat de overige partijen samen circa [vertrouwelijk: XXX] aansluitingen hebben gerealiseerd. Geen van de marktpartijen heeft een dermate fijnmazig aansluitnetwerk dat het een groot deel van de KPN-straatkassen kan ontsluiten. Dit is bevestigd door het onderzoek van Pecoma op basis van een Geografisch Informatiesysteem (GIS) naar geografische dekking van netwerken.

42. Het uiteindelijke aantal straatkassen in het nieuwe All-IP netwerk van KPN zal tussen de 24.000 en 28.000 zijn, verspreid door heel Nederland. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de marktpartijen die een klein marktaandeel op de hoogcapacitaire huurlijnen markt hebben een heel gebied kan ontsluiten met SDF-backhaulverbindingen zonder al te veel verbindingen hiervoor aan te hoeven leggen.³²⁹

43. Indien een marktpartij die op de hoogcapacitaire huurlijnen markt actief is SDF-backhaul wil aanbieden zal deze een groot aantal verbindingen moeten aanleggen om een aanbod te kunnen doen. Door de hoge aanlegkosten zal een dergelijk aanbod geen alternatief kunnen zijn van een mogelijk aanbod van KPN. Een dergelijk aanbod van SDF-backhaul zal bovendien de business case voor SLU in sterk negatieve zin beïnvloeden.

1.4.4 Potentiële toetreders als aanbieders van SDF-backhaul

44. In deze paragraaf wordt ingegaan op de verschillende aanbieders die (in de toekomst) mogelijk kunnen voorzien in de behoefte aan SDF-backhaul. Achtereenvolgens wordt ingegaan op kabelexploitanten, aanbieders met MDF-backhaulverbindingen, aanbieders van andere glasvezelnetwerken en draadloze netwerken. Deze paragraaf sluit af met de conclusie dat er geen alternatief is voor SDF-backhaul van KPN.

1.4.4.1 Kabelexploitanten

45. Kabelexploitanten verzorgen met hun netwerk van oudsher een beperkt geografisch gebied. De verzorgingsgebieden van kabelexploitanten overlappen elkaar niet. De netwerken van kabelexploitanten bestaan voor een groot deel uit glas en voor het andere deel, het aansluitnetwerk, uit coaxiaal koper. Vanuit het glazen gedeelte van het netwerk worden door verschillende kabelexploitanten huurlijnen aangesloten. Dit gedeelte van het netwerk is tevens het gedeelte dat potentieel geschikt zou zijn voor het aansluiten van verbindingen ten behoeve van SDF-backhaul.

³²⁹ Voor een indicatie van de aanlegkosten wordt verwezen naar de vergelijking met MDF-backhaul waar een toelichting wordt gegeven op de analyse van Analysys.

46. De verschillende kabelmaatschappijen hebben hun netwerken tot op verschillende niveaus verglaasd. Zo zijn er kabelmaatschappijen die zijn verglaasd tot aan de wijkcentrale (vanuit de wijkcentrale worden zo'n 1000 aansluitingen bediend) en andere tot aan de groepsversterker (ca. 300 klanten). Hoewel deze partijen tot verschillende niveaus met glas zijn uitgerold, geldt voor alle partijen dat zij voor het realiseren van SDF-backhaulverbindingen een groot gedeelte extra moeten aanleggen om een gebied via SDF-backhaulverbindingen te ontsluiten.

47. Een aantal kabelmaatschappijen [**vertrouwelijk**: XXXXXXXXXX] heeft aangegeven dat potentiële koppelpunten weliswaar in de buurt kunnen liggen van KPN-straatkasten, maar dat dit zich zou beperken tot een klein aantal locaties en het daarom voor deze partijen niet interessant is om daar een product voor te ontwikkelen [**vertrouwelijk**: XXXXXX]. Partijen hebben aangegeven een voorkeur te hebben om straatkasten binnen een bepaald gebied door één aanbieder van SDF-backhaul te laten ontsluiten. Door deze voorkeur van afnemers kunnen kabelexploatanten er niet voor kiezen om alleen SDF-backhaul aan te bieden op die straatkasten van KPN waar hun netwerk dicht bij ligt. Kabelmaatschappijen zullen deze locaties samen met de verder gelegen locaties binnen een bepaald gebied moeten ontsluiten. Voor deze business case gelden dezelfde beperkingen (hoge aanlegkosten, beperkte schaalvoordelen) zoals is uiteengezet in randnummers 31 t/m 33. Het is voor kabelexploatanten daarom economisch niet interessant, zo niet onmogelijk, om een aanbod te doen. Analyses heeft dit bevestigd.

48. Het college stelt vast dat SDF-backhaulverbindingen van KPN onvoldoende geografisch repliceerbaar zijn door kabelnetwerken en geografisch gezien geen alternatief vormen voor SDF-backhaul van KPN. Tevens stelt het college vast dat er ook geen sprake is van potentiële toetreding door exploitanten van kabelnetwerken. Het college concludeert dat de kabelnetwerken geen alternatief zijn voor SDF-backhaulverbindingen van KPN en dat dit niet wordt voorzien gedurende de reguleringsperiode.

1.4.4.2 DSL-aanbieders met eigen MDF-backhaulverbindingen

49. DSL-aanbieders zijn partijen die op dit moment MDF-access afnemen van KPN en dit koppelen aan een achterliggend eigen netwerk. De grootste afnemers van MDF-access zijn Bbnet, Tele2, Online en Easynet. DSL-aanbieders nemen MDF-access af op een variërend aantal MDF-centrales, van 6 MDF-locaties tot 400. Hoewel partijen MDF-access afnemen op een bepaald aantal MDF-locaties, worden deze locaties niet allemaal verbonden door een eigen netwerk. Vaak worden hiervoor verbindingen gehuurd bij andere aanbieders. De grootste leverancier van deze MDF-backhaulverbindingen is KPN. Andere leveranciers van MDF-backhaulverbindingen zijn Eurofiber en BT. Eigen gerealiseerde MDF-backhaulverbindingen bedragen uit gegevens van het college niet meer dan 5 procent van het totaal aantal MDF-backhaulverbindingen. Een in opdracht van het college

uitgevoerde geografische analyse van de netwerkdekking van DSL-aanbieders bevestigt de beperkte fijnmazigheid van de betreffende netwerken.³³⁰

50. Verdere uitrol van MDF-centrales naar straatkasten vergt aanzienlijke investeringen. Zo partijen al uitgerold waren naar MDF-locaties is dit onvoldoende om toe te treden tot de markt voor SDF-backhaul. DSL-aanbieders verenigd in het ACT hebben aangegeven geen winstgevende mogelijkheid te zien in het aanbieden van SDF-backhaulverbindingen, omdat zij te weinig dekking kunnen bieden met hun netwerken en geen sluitende business case kunnen maken voor SDF-backhaulverbindingen. De belangrijkste argumenten hiervoor zijn de hoge aanlegkosten en de ontbrekende schaalvoordelen. Deze argumenten komen overeen met de conclusie van het onderzoek van het bureau Analysys.³³¹ Het college stelt daarom vast dat DSL-aanbieders niet in staat zijn een alternatief aanbod te doen voor SDF-backhaul.

1.4.4.3 Aanbieders van andere glasvezelnetwerken

51. Glasaansluitingen voor zakelijke afnemers worden met name gebruikt waar koper niet voldoet om capaciteits- of betrouwbaarheidsredenen en waar klantlocaties tegen acceptabele kosten kunnen worden aangesloten. De glasnetwerken die zijn gericht op bedrijfslocaties zijn minder fijn vertakt dan de aansluitnetwerken die aansluitingen hebben naar (bijna) alle huishoudens. De huidige netwerken hebben op dit moment samen zo'n **[vertrouwelijk: XXXXX]** bedrijfsaansluitingen gerealiseerd op glasvezel. Bijna al deze aansluitingen zijn gerealiseerd door de reeds eerder besproken (type) aanbieders, te weten KPN, kabelexploitanten en enkele (DSL-)partijen die tevens eigen MDF-backhaulverbindingen hebben.

52. In reactie op het ontwerpbesluit SDF-backhaul heeft KPN aangegeven dat KPN op dit moment met eigen glas niet dichterbij de SDF kasten zit dan andere aanbieders van glas en dus niet in een evident voordeliger positie zit dan andere partijen. KPN onderbouwt dit met onderstaande grafiek.

[vertrouwelijk:

Figuur 3: KVD's binnen 150 meter van glas

³³⁰ Het Business Intelligence bureau Pecoma heeft in opdracht van het college de netwerkdekking van DSL- en glasaanbieders onderzocht op geografische spreiding. Een overzicht van deze netwerken is als (vertrouwelijke) bijlage gevoegd bij het huurlijnenbesluit.

³³¹ Pagina 34 van het Analysys rapport.

Deze stelling doet echter onvoldoende recht aan het feit dat het “glas van derden” zodanig versnipperd is over verschillende aanbieders, dat van een alternatief aanbod geen sprake is. Daarbij komt dat KPN schaalvoordelen heeft waarmee het door een hogere bezettingsgraad de verglazing beter kan betalen. Dat is het voordeel van KPN ten opzichte van andere partijen die het zelf zouden moeten aanleggen of elders moeten inkopen.

53. KPN kan op basis van het bestaande klantenbestand met een bepaalde zekerheid uitgaan van te realiseren marktaandeel. Voor een alternatieve aanbieder die gebruik maakt van SLU is het niet op voorhand duidelijk of het de schaal kan halen die een dergelijke investering rechtvaardigt.

54. Ook heeft KPN aangegeven dat indien KPN glas moet aanleggen naar een SDF kast dat een derde partij kan meeleggen waarbij de graafkosten gedeeld worden. Hierbij is volgens KPN relevant dat KPN een half jaar tevoren bekend maakt naar welke straatkasten zal worden uitgerold waardoor partijen tijdig geïnformeerd worden.

55. Het college is van mening dat het delen van graafkosten efficiëntievoordelen met zich brengt. Het delen van de kosten creëert in de praktijk echter niet meteen een gelijk speelveld. Dat komt vanwege de eerder genoemde schaalvoordelen, de wijze van verdeling van de kosten (een marktpartij **[vertrouwelijk: XXX]** heeft aangegeven dat KPN niet de kosten wil delen op basis van 50-50 procent, of maar een onevenredig groot deel van de kosten neerlegt bij de meelegger.

56. Uit gesprekken met marktpartijen en de gemeente Den Haag komt naar voren dat het gedeeld aanleggen vaak niet werkt niet omdat

- Andere partijen geen belanghebbende zijn (in de zin van Awb), en derhalve bij gemeentes geen recht hebben op informatie over het leggen van kabels en leidingen;
- De informatievoorziening van KPN, een half jaar vantevoren, te kort is voor partijen om een investeringsbeslissing te nemen en een aannemer te vinden. Partijen kunnen

pas na bekendmaking van de uitrolplannen van KPN beslissen of het interessant is om mee uit te rollen naar die specifieke straatkasten.

- Bovendien is meeleggen geen optie voor partijen die niet op hetzelfde moment gaan uitrollen als KPN.

57. Het college is op grond van de analyse van Analysys bovendien van mening dat het beperkte (potentiële) aandeel van klanten per straatkast voor een alternatieve aanbieder in veel gevallen dermate laag is dat het voor deze aanbieder economisch niet haalbaar is om een eigen backhaul aan te leggen, terwijl het gebruik van een SDF-backhaul van KPN daarentegen wel mogelijkheden biedt. Zelf leggen is in dergelijke gevallen geen alternatief. Volgens de Europese Commissie kan dan een toegangsverplichting op dark fibre ook overwogen worden naast de mogelijkheid om mee te leggen.

³³²

58. Uit onderzoek van KPN zou blijken dat 70 procent van de SDF kasten zich binnen een straal van ongeveer 500 meter van glas van derden bevindt. 56 procent van de kasten bevindt zich volgens KPN binnen een straal van 300 meter van een SDF kast en 20 procent van de SDF kasten bevindt zich in dezelfde postcode als het glas van derden. Derden zijn daardoor volgens KPN in een uitstekende positie om de concurrentie met KPN aan te gaan op het gebied van SDF backhaul.

59. Op basis van onderzoek van het college is de uitrol van glas te beperkt om van daaruit het glas uit het aansluitnetwerk van KPN te dupliceren, ten behoeve van SDF-backhaul. Het door KPN aangetroffen glas behoort tot een te grote groep verschillende afnemers om een per regio gebundeld SDF-backhaul aanbod te realiseren.

60. Verschillende partijen hebben aangegeven dat het niet realistisch is van hun te verwachten dat ze aanbieder zullen worden van SDF-backhaul **[vertrouwelijk: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]**. Ook **[vertrouwelijk: XXXXX]** heeft aangegeven dat het onwaarschijnlijk is dat zij actief worden op het gebied van SDF-backhaul. Bovendien hebben deze partijen een onvoldoende fijnmazig netwerk om een alternatief SDF-backhaul aanbod te kunnen doen.

61. De laatste jaren is er steeds meer sprake van lokale glasinitiatieven, die gericht zijn op consumenten. In totaal gaat het op dit moment om circa 150.000 aansluitingen in geheel Nederland.³³³ Glasnetwerken gericht op consumenten zijn anders ingericht en ontworpen dan backhaulnetwerken. SDF-backhaulverbindingen zijn doorgaans fysiek in een ring aangelegd en kunnen locaties daardoor

³³² Europese Commissie, Case DE/2007/0646, Wholesale unbundled access (including share3d access to metallic loops and sub-loops, Comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC. "It cannot be excluded in certain cases where the total number of end users falls below a certain threshold it might only be economically feasible for alternative operators to reach the street cabinet by accessing DT's unlit fibre instead of laying down own fibre lines. Therefore, the Commission invites BNetZA to assess whether it is proportionate and justified, ... , to redefine the proposed remedies in a way that depending on the costs of network roll-out relative to the potential absolute and per user revenue alternative operators could opt for accessing the unlit fibre also in circumstances where there is still free capacity in the duct."

³³³ Stratix, Netherlands FTTH Overview, Januari 2007, www.stratix.nl

dubbel ontsluiten. Consumentenaansluitnetwerken hebben een ander ontwerp, een zogenaamd sterontwerp, en zijn daardoor niet zonder aanpassing geschikt om straatkasten te ontsluiten.³³⁴

62. De grootste partij op het gebied van glasvezelnetwerken, anders dan de reeds eerder genoemde kabelbedrijven en KPN, en de grootste partij op het gebied van deze glasaansluitingen gericht op consumenten is Reggefiber.³³⁵ Reggefiber beschikt niet over een dusdanige wijdvertakte netwerk om SDF-backhaulverbindingen te kunnen aanbieden. Geografisch gezien zijn glasvezelnetwerken daarom geen alternatief voor SDF-backhaulverbindingen van KPN.

63. Het college concludeert dat andere glasvezelnetwerken thans geen alternatief vormen voor SDF-backhaulverbindingen van KPN.

1.4.4.4 Aanbieders van draadloze netwerken

64. Draadloze straalverbindingen worden relatief veel gebruikt door mobiele netwerkaanbieders om hun zendmasten met elkaar te verbinden. Geografisch gezien zijn draadloze netwerken eenvoudig repliceerbaar. Voor straalzenders die geschikt zouden zijn voor SDF-backhaulverbindingen kan een vergunning worden verkregen bij het Agentschap Telecom. Draadloze netwerken kunnen snel en zonder significante investeringen worden uitgebreid. De huidige locatie van draadloze netwerken en aansluitingen is weinig relevant daarvoor.

65. Functioneel gezien vormen draadloze verbindingen echter geen alternatief voor SDF-backhaulverbindingen. Allereerst is de capaciteit van draadloze verbindingen (2Mbit/s t/m 34Mbit/s) substantieel lager dan de capaciteit van SDF-backhaulverbindingen (100Mbit/s t/m 1Gbit/s) en onvoldoende groot. Daarnaast speelt mee dat bij het verkrijgen van de voor draadloze verbindingen een zichtverbinding (*line of sight*) vereist is. Door de beperkte hoogte van straatkasten (ca. 1,40 meter) is het onmogelijk om de vereiste zichtverbinding tot stand te brengen en daarom zijn straalverbindingen niet geschikt om te gebruiken voor SDF-backhaulverbindingen. Straalverbindingen kunnen geen SDF-backhaulfunctie vervullen.

1.4.4.5 Subconclusie

66. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat andere producten geen alternatief zijn voor SDF-backhaul en dat er onvoldoende potentieel aanbod is van alternatieve aanbieders voor SDF-backhaulverbindingen. KPN is de enige aanbieder die technisch en economisch in staat is SDF-backhaulverbindingen aan te bieden.

³³⁴ Een voorbeeld van een lokaal glasinitiatief gericht op consumenten met een sterontwerp is Citynet in Amsterdam.

³³⁵ Reggefiber is een investeringsmaatschappij die eigenaar is van verschillende netwerken en deze integreert. Onderdelen van Reggefiber zijn: Eurofiber, Fastfiber, Trent, Kabelcom Utrecht, Onsnet Nuenen. Reggefiber is tevens één van de partijen achter de initiatieven in Amsterdam (Citynet) Almere en Deventer.

1.5 Conclusie

67. Het college concludeert dat SDF-backhaul een faciliteit is die effectieve afname van SLU mogelijk maakt. Zonder SDF-backhaul kan op basis van SLU geen concurrerend aanbod op de onderliggende eindgebruikersmarkten gedaan worden. Voorts concludeert het college dat er geen alternatieve producten beschikbaar zijn of komen die voldoende in de behoefte aan SDF-backhaul kunnen voorzien, en KPN derhalve de enige aanbieder is van SDF-backhaul. Door de afhankelijkheid van een effectieve SLU-afname van een goed SDF-backhulaanbod doen zich daardoor bij de levering van SDF-backhaul in beginsel dezelfde mededingingsproblemen voor als bij ontbundelde toegang, namelijk leveringsweigering/toegangswegering, prijsdiscriminatie, excessieve of buitensporig hoge prijzen, discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie, vertragingstactieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, oneigenlijk gebruik van informatie, kruissubsidiëring, bundeling/koppelverkoop en strategisch productontwerp. Door de afhankelijkheid van alternatieve DSL-aanbieders van het afnemen van SDF-backhaul heeft KPN immers dezelfde mogelijkheden en prikkels om de afname van SDF-backhaul te beperken. SDF-backhaul komt hierdoor als bijbehorende faciliteit van SLU in aanmerking voor regulering op basis van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang. Hier zal in hoofdstuk 11 nader op worden ingegaan. De effecten van deze regulering zijn integraal meegenomen in hoofdstuk 12.

Annex 2 Reactie NMa

Nederlandse Mededingingsautoriteit

NMa

Aan

Het college van OPTA
T.a.v. de heer mr. C. Fonteijn
Postbus 90240
2509 LK Den Haag

Datum

14 JUL 2008

Uw kenmerk

Ons kenmerk

6354/2.b948

Bijlage(n)

Onderwerp

Zaak 6354: Advies marktanalysebesluit ULL

Geachte heer Fonteijn,

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) op 8 juli 2008 het ontwerpbesluit inzake de markt voor (fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie (oftewel: de markt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau) gestuurd.

Op grond van het samenwerkingsprotocol tussen OPTA en NMa consulteert OPTA in het kader van haar marktanalyses de NMa over de marktafbakening en de vraag of een marktpartij aanmerkelijke marktmacht (AMM) heeft. In het vervolg op het contact op de werkvloer treft u hierbij mijn advies aan.

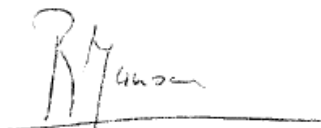
Uitkomsten marktanalyse ontwerpbesluiten

De NMa deelt de conclusie van het college dat er sprake is van een relevante nationale wholesalemkt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau. Tevens deelt de NMa de conclusie van het college dat KPN beschikt over een AMM-positie op deze markt.

Ma

Indien er nog vragen zijn, kan contact worden opgenomen met de heer drs. E.H. Klooster (070-3303397).

Hoogachtend,



R.J.P. Jansen

Lid van de Raad van Bestuur

Annex 3 ODF-backhaul

1. In deze Annex zal uiteengezet worden dat ODF-backhaul voor wat betreft het gedeelte beneden het niveau van de MDF een bijbehorende faciliteit is van de dienst toegang tot de ontbundelde glazen aansluitlijn (ODF-access) en daarbij een bijbehorende faciliteit is op de relevante markt voor ontbundelde toegang. Voorts zal worden geanalyseerd of alternatieven voor deze ODF-backhaul van KPN beschikbaar zijn, en of derhalve de ODF-backhaul als bijbehorende faciliteit in aanmerking komt voor regulering.

2. Hieronder wordt nader ingegaan op de ontwikkelingen op het gebied van ontbundelde toegang tot het aansluitnet voorzover die specifiek ertoe geleid hebben dat behoefte is ontstaan aan ODF-backhaul. Vervolgens zal uiteengezet worden wat een ODF-backhaul is en dat ODF-backhaul als bijbehorende faciliteit bij ontbundelde toegang kan worden aangemerkt.

Stap 1: Is ODF-backhaul een bijbehorende faciliteit van ODF-access?

Stap 2: Zijn er alternatieven beschikbaar voor ODF-backhaul van KPN?

3.1 Inleiding

3. Deze paragraaf beschrijft allereerst kort wat ODF-backhaul is, waarbij wordt ingegaan op de techniek, alsmede op de aard van de dienst (1.2). Vervolgens wordt aangegeven dat ODF-backhaul kan worden beschouwd als een bijbehorende faciliteit bij de dienst ontbundelde toegang tot het glazen aansluitnet, ODF-access (1.3). Aangezien de dienst ODF-access is gereguleerd in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang, zal het college vervolgens ook nader uiteenzetten waarom ODF-backhaul als bijbehorende faciliteit bij de dienst ODF-access onder de regulering in dit betreffende marktanalysebesluit dient te worden gebracht. Hierbij spelen de beschikbaarheid van de dienst ODF-backhaul en potentiële aanbieders een belangrijke rol: de conclusie is dat er geen alternatieven zijn voor de ODF-backhaulverbindingen van KPN, de partij die in het marktanalysebesluit ontbundelde toegang is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht. In paragraaf 1.5 zal worden geconcludeerd dat effectieve afname van ODF-access zonder een goed ODF-backhulaanbod niet mogelijk is en dat daardoor de mededingingsproblematiek, die geconstateerd is op de markt voor ontbundelde toegang, ook van toepassing is op de levering van ODF-backhaul.

3.2 De beschrijving van ODF-backhaul – techniek en dienst

4. Een (alternatieve) aanbieder van glasaansluitingen plaatst bij het afnemen van ontbundelde toegang tot glasvezel zijn eigen apparatuur (onder meer switches en/of optische lijnkaarten) op de locatie (of in de onmiddellijke nabijheid daarvan) waar de ODF zich bevindt waarmee fysieke toegang tot de ontbundelde glazen aansluitlijn wordt geboden. Deze locaties worden hierna kortweg aangeduid als “ODF-centrales.” Vervolgens wordt met een transmissieverbinding - de ODF-backhaul - deze apparatuur verbonden met een hoger in het netwerk gelegen punt. Vanuit de hogere netvlakken bezien, is de backhaul de verbinding die de apparatuur in de ODF-centrales ontsluit en daarmee de bijbehorende klantaansluitingen. De functie van een backhaul is daarmee het ontsluiten van

3.3 ODF-backhaul beneden lokaal netvlak als bijbehorende faciliteit bij ontbundelde toegang

10. In deze paragraaf gaat het college in op ODF-backhaul beneden het lokaal netvlak als bijbehorende faciliteit van ontbundelde toegang. Het college zal aangegeven dat in deze benaderingswijze een marktafbakening voor ODF-backhaul niet nodig is indien deze bijbehorende faciliteit effectieve toegang tot de ODF-centrales mogelijk maakt en dat bij gebrek aan beschikbaarheid ervan, deze in aanmerking komt voor regulering op basis van het onderhavige marktanalysebesluit ontbundelde toegang.

11. Ingevolge artikel 1.1, sub j, van de Tw is sprake van een bijbehorende faciliteit als het gaat om, *“bij een elektronisch communicatienetwerk of een elektronische communicatiedienst behorende faciliteiten die het aanbieden van diensten via het netwerk of die dienst mogelijk maken of ondersteunen (...)”*

12. Uit de voorgaande beschrijving van ODF backhaul blijkt dat deze dienst kan worden beschouwd als een bijbehorende faciliteit bij de dienst ODF-toegang. Cruciaal hierbij is dat een ODF-backhaulvoorziening de dienst ODF-toegang ondersteunt dan wel effectief mogelijk maakt. Bovendien heeft een ODF-backhaul beneden lokaal netvlak geen zelfstandige relevantie. Het betreffende gedeelte van de ODF-backhaul wordt alleen afgenomen ten behoeve van ODF-toegang, en zal niet als afzonderlijke dienst worden afgenomen. Daarom is ODF-backhaul beneden lokaal netvlak als faciliteit nauw verbonden met ODF-access, vergelijkbaar met co-locatie en andere bijbehorende faciliteiten.

13. Een ODF-backhaul onder lokaal netvlak verbinding zorgt voor de ontsluiting van ODF-centrales die een kleinere schaal hebben dan MDF-centrales. Deze ODF-backhaulverbinding worden gebruikt om vanaf deze ODF-centrales diensten aan te bieden aan de eindgebruiker. Zonder ODF-backhaul is het niet mogelijk om diensten op basis van ODF-access vanuit de betreffende ODF-centrales aan te bieden. De ODF-backhaul beneden lokaal netvlak is daarom een netwerkelement dat het mogelijk maakt, voor partijen die gebruik willen maken van ODF-access om vanuit de ODF-centrales eindgebruikersdiensten aan te bieden.

14. Het college concludeert dat ODF-backhaul een bij ODF-access behorende faciliteit is. In het navolgende zal nader worden uitgewerkt of, en zo ja, in hoeverre, het ook gerechtvaardigd is deze bijbehorende faciliteit onder te brengen in het onderhavige marktanalysebesluit voor ontbundelde toegang en in hoeverre daarbij dan kan worden aangesloten bij de in dit besluit opgelegde passende verplichtingen.

15. Subconclusie: ODF-backhaul beneden lokaal netvlak kan beschouwd worden als bijbehorende faciliteit van ODF-access..

16. In paragraaf 3.4 zal de beschikbaarheid van bedoelde ODF-backhaul uiteengezet worden. Tevens zal in deze paragraaf ingegaan worden op de uit beperkte beschikbaarheid volgende

conclusie dat de bedoelde faciliteit in aanmerking komt voor regulering onder de ODF-access-verplichting. In deze benaderingswijze is een marktafbakening voor ODF-backhaul niet nodig. In de toelichting op de aanbeveling relevante markten³³⁸ wordt dit door de Europese Commissie als volgt geformuleerd:

"De vraag of het nodig is markten enger vast te stellen, moet gescheiden worden van de kwestie hoe bepaalde tekortkomingen kunnen worden verholpen. Bij het aanpakken van een gebrek aan daadwerkelijke mededinging op een vastgestelde markt kan het nodig zijn diverse verplichtingen op te leggen om tot een algehele oplossing te komen. Zo kan het vaak het geval zijn dat belendende of gerelateerde middelen op technisch gebied worden toegepast als onderdeel van een algehele verplichting die zich richt op aanmerkelijke marktmacht op de geanalyseerde markt. Indien specifieke maatregelen nodig worden geacht op een specifiek en nauw omschreven technisch gebied, is het niet verplicht of nodig om ieder technisch gebied als relevante markt te omschrijven om verplichtingen op dat gebied op te leggen. Een voorbeeld zou een situatie zijn waar een verplichting om ontbundelde toegang tot het aansluitnet te leveren wordt aangevuld met gerelateerde verplichtingen aangaande toegang tot collocatiefaciliteiten."

17. De verschillende nationale regulerende instanties verzameld in de European Regulators Group (hierna: ERG) hebben dit principe verder uitgewerkt in de ERG revised common position:³³⁹

"In dealing with lack of effective competition arising from a position of SMP in an identified market, it may be necessary to impose several obligations to remedy the competition problem relating to services both inside and outside the market. In principle, an NRA may impose obligations in an area outside but closely related to the relevant market under review, provided such imposition constitutes

(i) an essential element in support of obligation(s) imposed on the relevant SMP market without which these obligations would be ineffective and

(ii) in combination the most appropriate, proportionate and efficient means of remedying the lack of effective competition found on the relevant market.

In such cases, it is not necessary to consider whether the area outside the identified market forms a coherent economic market itself; nor to notify it separately under Article 7, Framework Directive; nor to notify the remedy as an exceptional measure under Article 8(3), Access Directive. Any such remedies should be notified under Article 7, Framework Directive alongside remedies which apply to services within the identified SMP market

³³⁸ Aanbeveling van de Commissie van 23 juli 2003 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, PbEG L 190/13 van 30 juli 2003.

³³⁹ Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06)33, mei 2006, paragraaf 5.6.3 "remedies in linked markets", <http://erg.ec.europa.eu/>

For example, as a consequence of SMP in the local loop unbundling market, NRAs may need to impose an obligation to provide a tie-cable to link the main distribution frame to the entrant's premises."

18. Dat aan voorwaarde (i) is voldaan is geconcludeerd in randnummer 12. In het hoofdstuk van het besluit dat de verplichtingen beschrijft, zal beschreven worden dat regulering van ODF-backhaul als bijbehorende faciliteit de meest passende remediëring oplevert.

19. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in de nieuwe aanbeveling van de Commissie dit principe ook is uitgewerkt, en dezelfde voorwaarden hiervoor worden gesteld, waaraan volgens randnummer 12 in onderhavige situatie wordt voldaan.³⁴⁰

"In principle, the proposed obligations should pertain to the relevant product market in which SMP has been found. However, in dealing with lack of effective competition arising from a position of SMP in an identified market, it may be necessary to impose several obligations to remedy the competition problem relating to services both inside and outside the market. In principle, an NRA may impose obligations in an area outside but closely related to the relevant market under review, provided such imposition constitutes

- the most appropriate, proportionate and efficient means of remedying the lack of effective competition found on the relevant market; and

- an essential element in support of obligation(s) imposed on the relevant SMP market without which those obligations would be ineffective.

For instance, an obligation of accounting separation may cover the disclosure of information related to a market on which the operator does not have SMPs, which are closely associated with the markets on which the operator does have SMP."

3.3.1 Subconclusie

20. Het college concludeert dat ODF-backhaul een faciliteit is die effectieve afname van ODF-access mogelijk maakt, en die in geval van een geconstateerd gebrek aan beschikbaarheid van deze faciliteit in aanmerking komt voor regulering op basis van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang tot wholesaleniveau.

3.4 Het aanbod van ODF-backhaul

21. Eerst zal in deze paragraaf het aanbod van KPN uiteengezet worden en daarna zal worden ingegaan op de beschikbaarheid van mogelijke alternatieven en mogelijke toetreding van nieuwe aanbieders van ODF-backhaul. Bij de alternatieven zal eerst worden ingegaan op alternatieve

³⁴⁰ Paragraaf 2.6 van de toelichting bij de Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic Communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic Communications networks and services (C(2007)5406).

38. Indien een marktpartij die op de hoogcapacitaire huurlijnen markt actief is ODF-backhaul wil aanbieden, zal deze een groot aantal verbindingen moeten aanleggen om een aanbod te kunnen doen. Door de hoge aanlegkosten zal een dergelijk aanbod geen alternatief kunnen zijn van een mogelijk aanbod van KPN.

3.4.5 Potentiële toetreders als aanbieders van ODF-backhaul beneden lokaal netvlak

39. In deze paragraaf wordt ingegaan op de verschillende aanbieders die (in de toekomst) mogelijk kunnen voorzien in de behoefte aan ODF-backhaul. Achtereenvolgens wordt ingegaan op kabelexploitanten, aanbieders met MDF-backhaulverbindingen, aanbieders van andere glasvezelnetwerken en draadloze netwerken. Deze paragraaf sluit af met de conclusie dat er geen alternatief is voor het aanbod van KPN voor ODF-backhaul beneden lokaal netvlak.

3.4.5.1 Kabelexploitanten

40. Kabelexploitanten verzorgen met hun netwerk van oudsher een beperkt geografisch gebied. De verzorgingsgebieden van kabelexploitanten overlappen elkaar niet. De netwerken van kabelexploitanten bestaan voor een groot deel uit glas en voor het andere deel, het aansluitnetwerk, uit coaxiaal koper. Vanuit het glazen gedeelte van het netwerk worden door verschillende kabelexploitanten huurlijnen aangesloten. Dit gedeelte van het netwerk is tevens het gedeelte dat potentieel geschikt zou zijn voor het aansluiten van verbindingen ten behoeve van ODF-backhaul.

41. De verschillende kabelmaatschappijen hebben hun netwerken tot op verschillende niveaus verglaasd. Zo zijn er kabelmaatschappijen die zijn verglaasd tot aan de wijkcentrale (vanuit de wijkcentrale worden zo'n 1000 aansluitingen bediend) en andere tot aan de groepsversterker (ca. 300 klanten). Hoewel deze partijen tot verschillende niveaus met glas zijn uitgerold, geldt voor alle partijen dat zij voor het realiseren van ODF-backhaulverbindingen een groot gedeelte extra moeten aanleggen om een gebied via ODF-backhaulverbindingen te ontsluiten. Het college overweegt dat een aantal potentiële koppelpunten weliswaar in de buurt kunnen liggen van ODF-centrales, maar dat dit een beperkt aantal locaties betreft. Op basis van het glas van kabelmaatschappijen is daarom, zonder aanzienlijke investeringen en binnen een korte termijn, ook geen volledige backhaul ontsluiting van alle ODF-centrales in een bepaald gebied te realiseren. Om deze reden is het benutten van het glas van kabelmaatschappijen noch voor potentiële aanbieders, noch voor potentiële afnemers een optie. Voor deze business case gelden dezelfde beperkingen (hoge aanlegkosten, beperkte schaalvoordelen) zoals is uiteengezet in randnummers 34-36.

42. Het college stelt vast dat ODF-backhaulverbindingen van KPN onvoldoende geografisch repliceerbaar zijn door kabelnetwerken en geografisch gezien geen alternatief vormen voor ODF-backhaul van KPN. Het college concludeert dat de kabelnetwerken geen alternatief zijn voor ODF-backhaulverbindingen van KPN en dat dit niet wordt voorzien gedurende de reguleringsperiode.

3.4.5.2 DSL-aanbieders met eigen MDF-backhaulverbindingen

43. DSL-aanbieders die op dit moment MDF-access afnemen van KPN, koppelen dit aan een achterliggend eigen netwerk. De grootste afnemers van MDF-access zijn Bbnd, Tele2, Online en

Easynet. DSL-aanbieders nemen MDF-access af op een variërend aantal MDF-centrales, variërend van 6 MDF-locaties tot 400. Hoewel partijen MDF-access afnemen op een bepaald aantal MDF-locaties, worden deze locaties niet allemaal verbonden door een eigen netwerk. Vaak worden hiervoor verbindingen gehuurd bij andere aanbieders. De grootste leverancier van deze MDF-backhaulverbindingen is KPN. Andere leveranciers van MDF-backhaulverbindingen zijn Eurofiber en BT. Uit gegevens van het college blijkt dat slechts 5 procent van het totaal aantal MDF-backhaulverbindingen uit eigen gerealiseerde MDF-backhaulverbindingen bestaat. Een in opdracht van het college uitgevoerde geografische analyse van de netwerkdekking van DSL-aanbieders bevestigt de beperkte fijnmazigheid van de uitrol van de betreffende netwerken.³⁴⁷

44. Verdere uitrol van lokaal netvlak naar het lagere niveau van ODF-centrales vergt aanzienlijke investeringen. Zelfs als partijen al uitgerold waren naar MDF-locaties is dit onvoldoende om toe te treden tot de markt voor ODF-backhaul. In het kader van eerdere analyses betreffende SDF-backhaul hebben DSL-aanbieders verenigd in het ACT aangegeven geen winstgevende mogelijkheid te zien in het aanbieden van SDF-backhaulverbindingen, omdat zij te weinig dekking kunnen bieden met hun netwerken en geen sluitende business case kunnen maken voor SDF-backhaulverbindingen. De belangrijkste argumenten hiervoor zijn de hoge aanlegkosten en de ontbrekende schaalvoordelen. Niet is in te zien waarom deze argumenten niet eveneens zouden opgaan voor ODF-backhaul beneden lokaal netvlak, dit mede in het licht gezien dat reeds in het MDF-backhaul aanbod van alternatieve aanbieders sprake is van beperkte fijnmazigheid van de uitrol. Het college stelt daarom vast dat DSL-aanbieders evenmin in staat zijn een alternatief aanbod te doen voor ODF-backhaul.

3.4.5.3 Aanbieders van andere glasvezelnetwerken

Glasaansluitingen voor zakelijke afnemers worden met name gebruikt waar koper om capaciteits- of betrouwbaarheidsredenen niet voldoet en waar klantlocaties tegen acceptabele kosten kunnen worden aangesloten. De glasnetwerken die zijn gericht op bedrijfslocaties zijn minder fijn vertakt dan de aansluitnetwerken die aansluitingen hebben naar (bijna) alle huishoudens. De huidige aanbieders hebben met hun netwerken op dit moment samen circa [vertrouwelijk: XXX] bedrijfsaansluitingen gerealiseerd op glasvezel. Bijna al deze aansluitingen zijn gerealiseerd door de reeds eerder besproken (type) aanbieders, te weten KPN, kabelexploitanten en enkele (DSL-)partijen die tevens eigen MDF-backhaulverbindingen hebben. Het college benadrukt dat juist omdat het “glas van derden” zodanig versnipperd is over verschillende aanbieders, er van een alternatief aanbod geen sprake is.

45. Het college concludeert dat andere glasvezelnetwerken thans geen alternatief vormen voor ODF-backhaulverbindingen van KPN.

³⁴⁷ Het Business Intelligence bureau Pecoma heeft in opdracht van het college de netwerkdekking van DSL- en glasaanbieders onderzocht op geografische spreiding. Een overzicht van deze netwerken is als (vertrouwelijke) bijlage gevoegd bij het huurlijnenbesluit.

3.4.5.4 Aanbieders van draadloze netwerken

46. Draadloze straalverbindingen worden relatief veel gebruikt door mobiele netwerkaanbieders om hun zendmasten met elkaar te verbinden. Geografisch gezien zijn draadloze netwerken eenvoudig repliceerbaar. Voor straalzenders die geschikt zouden zijn voor ODF-backhaulverbindingen kan een vergunning worden verkregen bij het Agentschap Telecom. Draadloze netwerken kunnen snel en zonder significante investeringen worden uitgebreid. De huidige locatie van draadloze netwerken en aansluitingen is weinig relevant daarvoor.

47. Functioneel gezien vormen draadloze verbindingen echter geen alternatief voor ODF-backhaulverbindingen. De capaciteit van draadloze verbindingen (2Mbit/s t/m 34Mbit/s) is substantieel lager dan de capaciteit van ODF-backhaulverbindingen (1Gbit/s of veelvoud daarvan per locatie) en bieden daarmee onvoldoende capaciteit voor de toepassingen van ODF-access. Het college concludeert dat draadloze verbindingen geen ODF-backhaulfunctie kunnen vervullen.

3.4.5.5 Subconclusie

48. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat andere producten geen alternatief zijn voor ODF-backhaul beneden lokaal netvlak en dat er onvoldoende potentieel aanbod is van alternatieve aanbieders voor ODF-backhaulverbindingen. KPN is de enige aanbieder die economisch in staat is ODF-backhaulverbindingen aan te bieden beneden lokaal netvlak.

3.5 Conclusie

49. Het college concludeert dat ODF-backhaul beneden lokaal netvlak een faciliteit is die effectieve afname van ODF-access mogelijk maakt. Zonder ODF-backhaul kan op basis van ODF-access vanuit lokaties beneden lokaal netvlak geen concurrerend aanbod op de onderliggende eindgebruikersmarkten gedaan worden. Voorts concludeert het college dat er geen alternatieve producten beschikbaar zijn, of komen, die voldoende in deze behoefte om in ODF-backhaul te kunnen voorzien. KPN is derhalve de enige aanbieder van ODF-backhaul beneden lokaal netvlak. Door de afhankelijkheid van een effectieve afname van ODF-access van een goed ODF-backhulaanbod doen zich daardoor bij de levering van ODF-backhaul beneden lokaal netvlak in beginsel dezelfde mededingingsproblemen voor als bij ontbundelde toegang, namelijk leveringsweigering/toegangsweigering, prijsdiscriminatie, excessieve of buitensporig hoge prijzen, discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie, vertragingstactieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, oneigenlijk gebruik van informatie, kruissubsidiëring, bundeling/koppelverkoop en strategisch productontwerp. Door de afhankelijkheid van alternatieve ODF-afnemers van het afnemen van ODF-backhaul heeft KPN immers dezelfde mogelijkheden en prikkels om de afname van ODF-backhaul te beperken. ODF-backhaul beneden lokaal netvlak komt hierdoor als bijbehorende faciliteit van ODF-access in aanmerking voor regulering op basis van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang. Hier zal in hoofdstuk 11 nader op worden ingegaan. De effecten van deze regulering zijn integraal meegenomen in hoofdstuk 12.

Annex 4 Nota van Bevindingen voor Ontbundelde toegang op wholesale-niveau

1	Inleiding	257
2	Analyse van retailmarkt breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering (H6 en 7)	261
2.1	Marktafbakening breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering ...	261
2.2	Dominantieanalyse breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering	264
2.3	Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen.....	268
3	Analyse van wholesalemarkt ontbundelde toegang (H8 en 9).....	269
3.1	Marktafbakening ontbundelde toegang.....	269
3.2	Dominantieanalyse ontbundelde toegang.....	276
3.3	Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen.....	277
4	Potentiële mededingingsproblemen ontbundelde toegang (H10).....	279
4.1	Algemeen	279
4.2	Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen.....	281
5	Verplichtingen ontbundelde toegang (H11)	282
5.1	Aanwijzing	282
5.2	De verplichting tot het verlenen van toegang.....	286
5.3	De verplichting tot non-discriminatie	308
5.4	De transparantieplichting en het referentieaanbod	312
5.5	De verplichting tot tariefregulering	315
5.6	De verplichting tot gescheiden boekhouding	315
5.7	Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen.....	315
6	Horizontale bedenkingen	317
6.1	Algemene inleiding KPN	317
6.2	Methodologie	319
6.3	Tariefdifferentiatie en marge-utholling.....	321
6.4	Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen.....	326
7	Tariefregulering en gescheiden boekhouding.....	327
7.1	Tariefregulering in brede zin	328
7.1.1	<i>Investerings in nieuwe netwerken</i>	<i>328</i>
7.1.2	<i>Regulering KPN versus kabelexploitanten</i>	<i>331</i>
7.2	Kostenoriëntatie.....	333
7.2.1	<i>Kostenoriëntatie en EDC.....</i>	<i>333</i>

7.2.2	<i>Kostencomputatie bij leegloop en stranded assets</i>	339
7.2.3	<i>Afschrijvingsmethoden en -termijnen</i>	344
7.2.4	<i>Toegestaan rendement</i>	346
7.2.5	<i>Kostentoekening</i>	347
7.2.6	<i>Comparatieve efficiëntieanalyse</i>	350
7.2.7	<i>Accountantscontrole</i>	354
7.2.8	<i>Overige punten</i>	356
7.3	WPC-systeem	358
7.3.1	<i>Meerjarigheid</i>	358
7.3.2	<i>Berekeningsmethodiek tariefplafonds</i>	358
7.3.3	<i>Tariefdifferentiatie</i>	360
7.3.4	<i>Tariefmandjes</i>	361
7.4	Gescheiden boekhouding	362
7.5	Wijzigingen naar aanleiding van de bedenkingen	364
8	Tarieven per 1 januari 2009	366

1 Inleiding

1. Het college heeft op 29 juli 2008 de ontwerpbesluiten van de marktanalyses van de markten voor vaste telefonie, breedband en huurlijnen bekend gemaakt. Overeenkomstig artikel 6b.1 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) zijn belanghebbenden gedurende zes weken in de gelegenheid gesteld hun schriftelijke zienswijze tegen de ontwerpbesluiten bij het college kenbaar te maken. Tevens zijn belanghebbenden in de gelegenheid gesteld hun zienswijze mondeling naar voren te brengen in de daarvoor gehouden hoorzitting op 2 september 2008.

2. Voor het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang op wholesale-niveau hebben de volgende belanghebbenden hun zienswijze naar voren gebracht:

- Associatie van Competitieve Telecomoperators (hierna: ACT);
- BT, Colt, Verizon (hierna: BCV);
- CAIW Diensten (hierna: CAIW);
- Bbned N.V. (hierna: Bbned);
- Glasvezelnet Amsterdam C.V. (hierna: GNA);
- Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN);
- Online Breedband B.V. (hierna: Online);
- Reggefiber B.V. (hierna: Reggefiber);
- Scarlet telecom B.V. (hierna: Scarlet);
- Stichting Glazenkamp (hierna: Stichting Glazenkamp);
- Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2);
- Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone).

3. Van ACT, BCV, CAIW, Bbned, GNA, KPN, Online, Reggefiber, Scarlet, Stichting Glazenkamp, Tele2 en Vodafone heeft het college een schriftelijke zienswijze ontvangen. ACT, KPN, Online hebben tevens een mondelinge zienswijze gegeven. Bbned en Tele2 hebben een gezamenlijke mondelinge zienswijze gegeven.

4. Aangezien dit besluit een wijziging en intrekking betreft van het besluit van Ontbundelde toegang op wholesale-niveau van 21 december 2005, waarin aan KPN verplichtingen zijn opgelegd, heeft het college KPN op grond van artikel 3:15, vierde lid, van de Awb op 2 oktober 2008 in de gelegenheid gesteld om, waar nodig, te reageren op de naar voren gebrachte zienswijzen. Het college heeft deze reactie op 17 oktober ontvangen en deze vervolgens bij zijn afweging betrokken.

Verwerking van reacties

5. Het college heeft de schriftelijke reacties als uitgangspunt genomen. Indien tijdens de hoorzitting aanvullende zienswijzen zijn gegeven ten opzichte van de schriftelijke reacties heeft het college dit apart vermeld in zijn reactie op de bedenkingen.

6. Daarnaast hebben diverse partijen de reacties op de vragenlijst d.d. 4 april 2008 ingelast. Het college merkt op dat de reacties op de vragenlijst dezelfde strekking hebben als de reacties op het ontwerpbesluit. Op deze reacties wordt derhalve niet steeds specifiek ingegaan.

7. Hieronder zal het college voor de markt voor ontbundelde toegang op wholesale-niveau achtereenvolgens ingaan op de zienswijze van partijen. Daarbij volgt het college de structuur van het ontwerpbesluit. Het college wijst erop dat de zienswijze van partijen voor hem aanleiding heeft gevormd om zijn ontwerpbesluiten van 29 juli 2008 op een aantal onderdelen aan te passen. In deze gevallen heeft het college in zijn reactie op de betreffende zienswijze aangegeven wat deze wijziging inhoudt.

8. In hoofdstuk 6 staan de horizontale bedenkingen. Dat zijn de bedenkingen die identiek zijn voor de verschillende markten, dan wel horizontaal van aard zijn. Daarnaast bevat hoofdstuk 7 de bedenkingen inzake de kostengeoriënteerde tariefregulering en gescheiden boekhouding.

Samenvatting belangrijkste wijzigingen ontwerpbesluit

9. Het college is op basis van bedenkingen gekomen tot een aantal wijzigingen van het ontwerpbesluit. De belangrijkste wijzigingen zijn als volgt.

- ODF-access is een generieke vorm van ontbundelde toegang via glazen aansluitnetten, ongeacht de te ontsluiten locatie dan wel of het residentieel of zakelijk gebruik betreft. FttO, voorzover daarmee een met ODF-access via FttH vergelijkbaar product kan worden geleverd, behoort tot de relevante markt.
- Het college zal KPN verplichtingen opleggen ten aanzien van ODF-backhaul, als bijbehorende faciliteit bij ODF-access.
- Het college zal KPN verplichtingen opleggen ten behoeve van het leveren van near-net verbindingen.
- Het college zal aan KPN de verplichting opleggen om een periodiek planningsoverzicht te publiceren van uit te faseren MDF (en SDF) locaties.
- Het college zal aan KPN de verplichting opleggen om een periodiek publicatieoverzicht inzake de beschikbaarheid van SDF en ODF te publiceren.
- Het college zal in het besluit in paragraaf 11.6 een verduidelijking aanbrengen ten

aanzien van de aankondigingstermijnen van nieuwe en gewijzigde diensten. In paragraaf 11.5.1 zal in dit verband een verduidelijking van de non-discriminatie verplichting worden doorgevoerd ten aanzien van het feit dat in het proces van aankondigingstermijnen alle afnemers gelijke kansen hebben om nieuwe diensten aan te bieden.

- In het ontwerpbesluit had het college de reikwijdte van non-discriminatieverplichting gespecificeerd en tevens middels gedragsregels aangegeven welke vormen van tariefdifferentiatie het college mogelijk acht. Naar aanleiding van de bedenkingen is deze verplichting verduidelijkt. Zo is gedragsregel 5, welke is bedoeld als waarborg tegen marge-utholling, nader uitgewerkt.

Tarieven vanaf 1 januari 2009

10. Het college heeft op 29 juli 2008 respectievelijk 15 augustus 2008 de ontwerpbesluiten van de analyses van de markten voor breedband, huurlijnen, vaste telefonie en vaste gespreksafgifte geconsulteerd en op 5 november 2008, 6 november 2008 respectievelijk 12 november 2005 de ontwerpbesluiten over deze marktanalyses genotificeerd bij de Europese Commissie.

11. In deze ontwerpbesluiten zijn bepalingen opgenomen over de tarieven die vanaf 1 januari 2009 totdat het college tariefbesluiten neemt, gehanteerd dienen te worden. Het college heeft ten aanzien van deze bepalingen het volgende geconstateerd. Wat betreft markten en diensten waarbij op basis van de oude marktbesluiten geen sprake is van tariefregulering, had het college geen bepaling opgenomen over de tarieven in de periode totdat een tariefbesluit genomen is. Tevens waren de bepalingen ten aanzien van de verkeerstarieven van C(P)S/gespreksopbouw en gespreksafgifte in deze periode verschillend. Het college is tot de conclusie gekomen dat deze bepalingen wijziging en aanvulling behoeven.

12. Het college heeft besloten de bepalingen over de tarieven die vanaf 1 januari 2009 gelden te wijzigen en aan te vullen. In essentie komt het op het volgende neer:

- De tariefplafonds die het college op een later moment in tariefbesluiten zal bepalen, gelden vanaf 1 januari 2009.³⁴⁸
- Tot het moment dat het college tariefbesluiten heeft genomen en daarin tariefplafonds heeft vastgesteld, dient KPN voorlopige tarieven te hanteren.
- De voorlopige tarieven voor diensten waarvoor in tariefbesluiten op basis van de oude marktbesluiten tariefplafonds zijn vastgesteld, mogen niet hoger zijn dan de laatst geldende tariefplafonds die het college in deze tariefbesluiten heeft vastgesteld.³⁴⁹
- De voorlopige tarieven voor diensten waarvoor in op basis van de oude marktbesluiten geen tariefplafonds zijn vastgesteld mogen niet hoger zijn dan de tarieven die KPN op dit moment bij haar wholesaleafnemers in rekening brengt. In het geval KPN een openbaar aanbod heeft gedaan, mogen deze voorlopige tarieven tevens niet hoger zijn dan dit openbaar aanbod.

³⁴⁸ Wat betreft de minus bij WLR gaat het om een minimaal te hanteren minus.

³⁴⁹ Voor de voorlopige verkeerstarieven van C(P)S/gespreksopbouw en vaste gespreksafgifte geldt een andere bepaling, zie hiervoor de nota's van bevindingen bij de besluiten Vaste telefonie en Vaste gespreksafgifte.

13. Het college heeft KPN in de gelegenheid gesteld haar zienswijze hierop te geven.³⁵⁰ KPN heeft op 4 december 2008 haar zienswijze gegeven.³⁵¹

³⁵⁰ Brief aan KPN, 1 december 2008, OPTA/AM/2008/202778.

³⁵¹ Brief van KPN, 4 december 2008, WOPC/2008/010.

2 Analyse van retailmarkt breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering (H6 en 7)

2.1 Marktafbakening breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering

14. **KPN** brengt naar voren dat FttH, kabel en ADSL/VDSL netwerken geen vergelijkbare capaciteit bieden. Zo is de internetsnelheid voor ADSL/VDSL volgens KPN beperkt tot een download snelheid van 30 Mb/s, terwijl met FttH download en upload snelheden van 100 Mb/s gehaald kunnen worden. Ook kabelnetwerken kunnen volgens KPN via de DOCSIS 3.0 technologie de internetsnelheid aanzienlijk verhogen. Daarnaast voert KPN aan dat alleen FttH en kabelnetwerken analoge televisie kunnen doorgeven – ADSL/VDSL netwerken hebben hiervoor onvoldoende capaciteit.

15. Dit leidt er volgens KPN toe dat FttH en kabel zowel met elkaar kunnen concurreren als met ADSL/VDSL. ADSL/VDSL geeft daarentegen volgens KPN geen concurrentiedruk op FttH en kabel. KPN geeft aan dat dit belangrijk is voor de multiplay markt en de televisiemarkt, en dat het college hier ten onrechte geen rekening mee heeft gehouden. KPN verwijst bij deze bedenking ook naar een rapport van Case Associates over marktafbakening dat voor haar is uitgevoerd.³⁵²

16. Case Associates concludeert dat kabel en FttH in dezelfde retailmarkt zitten, maar koper niet tot die markt gerekend kan worden. Volgens Case Associates is er een missende schakel bij 30 Mbit/s en gaat daarom ketensubstitutie niet op. Verder wijst Case Associates op de convergentie tussen netwerken en merkt op dat deze convergentie niet optreedt voor analoge televisie omdat dat niet over koper kan worden geleverd. Daarom is volgens Case Associates de druk van FttH op kabel groter dan op koper.

17. Het **college** merkt allereerst op dat de relevante retailmarkt in het ontwerpbesluit is afgebakend als de relevante markt voor alleen breedband internettoegang, en niet voor multi-play diensten (waaronder televisiediensten). Dit heeft het college in hoofdstuk 6.1.6 van het ontwerpbesluit uitgebreid toegelicht. Het aspect van analoge televisie dat KPN naar voren brengt is voor de breedband retailmarkt dus minder relevant. Bovendien is er geen aanleiding om te veronderstellen dat de gebundelde breedband en omroep dienst in de komende reguleringsperiode dermate belangrijk wordt dat een mogelijk concurrentievoordeel van kabel, de positie van KPN op breedband disciplineert. Daarbij is tevens van belang dat ook KPN in staat is een vergelijkbaar rtv-aanbod te doen met vooral DVB-T. Tenslotte zou de conclusie van het college waarschijnlijk ook zijn dat KPN dominant zou zijn in het geval de relevante retailmarkt afgebakend zou worden als een bundelmarkt met internet en vaste telefonie.

³⁵² Case Associates, "New Generation Network Development in the Netherlands, Market Definitions", Report prepared for KPN, 5 september 2008.

18. Verder is het college het oneens met de stelling van KPN dat koper geen concurrentiedruk uitoefent op coax en glas. Hierbij heeft het college de volgende overwegingen. Het is een trend dat de komende jaren meer en meer afnemers zullen overstappen van koper naar glas. Echter, het college acht het waarschijnlijk dat een prijsstijging van glas ten opzichte van koper zal leiden tot een minder snelle migratie van koper naar glas. Hierdoor gaat er wel degelijk een prijsdruk uit van koper op glas, zeker als de partijen die dit aanleggen er belang bij hebben een hoge dekkingsgraad te realiseren. In het algemeen is het ook niet zo dat diensten met “inferieure” eigenschappen (bijvoorbeeld, een lagere snelheid) geen druk kunnen uitoefenen op diensten met “superieure” eigenschappen. Consumenten zullen bereid zijn meer te betalen voor diensten met “superieure” eigenschappen, maar indien een bepaald kritisch prijsverschil wordt overschreden zullen consumenten toch voor de “inferieure” diensten kiezen. Op deze manier oefenen “inferieure” diensten ook prijsdruk uit op “superieure” diensten.

19. Overigens wijst het college erop dat naar verwachting lang niet alle eindgebruikers de snelste breedbandproducten zullen afnemen. Het college acht het niet aannemelijk dat de behoefte aan bandbreedte de komende reguleringsperiode die van de capaciteit van DSL ver zal overstijgen. Dit betekent dat de hogere snelheden die op glas kunnen worden gerealiseerd naar verwachting de komende periode nog niet tot breedband retaildiensten zullen leiden waarvoor afnemers bereid zijn een grote premie te betalen ten opzichte van diensten met lagere snelheden.

20. Gezien de vergelijkbare retailtarieven van breedband via DSL en via glasverbindingen die nu beschikbaar zijn (zie randnummer 208 van het ontwerpbesluit), is er volgens het college sprake van ketensubstitutie. Er is een spectrum aan verschillende breedbanddiensten die van elkaar verschillen op het gebied van up- and downloadsnelheden en op het gebied van prijzen, en dit spectrum zal zich naar verwachting de komende reguleringsperiode uitbreiden met diensten met hogere snelheden. Deze diensten oefenen, direct of indirect, concurrentiedruk op elkaar uit. Indien de prijzen van glas met zeer hoge snelheden zouden toenemen ten opzichte van diensten via DSL of coax met minder hoge snelheden, dan zouden naar verwachting eindgebruikers overstappen, of minder snel migreren naar glas. Diensten met deze minder hoge snelheden worden op hun beurt gedisciplineerd door diensten met lagere snelheden. Zo ontstaat er een keten van substitutie die ervoor zorgt dat ook breedbanddiensten met lagere snelheden indirect concurrentiedruk uitoefenen op diensten over glas met hogere snelheden.

21. Het college is het niet eens met de stelling die wordt geponeerd in het rapport van Case Associates, dat er een ontbrekende schakel zou zijn in de keten van substitutie rond diensten met een snelheid van 30 Mbit/s (pagina 44 van het Case Associates rapport).

22. Case Associates wijst er hierbij op dat het geplande All-IP netwerk van KPN op basis van VDSL2 technologie een gemiddelde snelheid van 24 Mbit/s kan behalen over alle afnemers, en een maximale snelheid van 30 Mbit/s voor gebruikers binnen 500 meter van de straatkast (zie pagina 31 van het Case Associates rapport). Het college wijst erop dat KPN zelf in een presentatie stelt dat FttC (gebaseerd op VDSL) snelheden van 30-50 Mbit/s downloadsnelheid kent en 8 Mbit/s uploadsnelheid (“KPN Investor Day, Business and wholesale markets, London, 22 September 2008 (<http://www.kpn.com/corporate/nl/ir-nl/Presentaties/Overige>).

[presentaties.htm](#)). Koper kent dus hogere snelheden dan waar Case Associates vanuit gaat bij haar stelling. Daarnaast, ook al zou de daadwerkelijke grens momenteel bij KPN op 30 Mbit/s liggen, gaat de technologische ontwikkeling zo snel, dat het aannemelijk is dat de komende reguleringsperiode die grens wordt gepasseerd. Tenslotte gaat Case Associates in haar rapport, volgens het college ten onrechte, uit van een bundelmarkt waarin het kunnen aanbieden van analoge televisiediensten belangrijk zou zijn. Het college heeft aangegeven dat er (vooralsnog) geen sprake is van een bundelmarkt, waardoor de rol van analoge televisie in de context van breedbanddiensten niet doorslaggevend is en geen missende schakel in de ketensubstitutie kan veroorzaken.

23. Op grond van bovenstaande overwegingen is het college van mening dat de grens van 30 Mbit/s die Case Associates noemt als missende schakel geen basis heeft. Het college concludeert dat breedbanddiensten over koper, kabel en glas tot dezelfde relevante retailmarkt behoort. Het college ziet zich hierin overigens gesteund door de *“Draft Commission Recommendation, on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)”*, waarin ook staat dat het uitgangspunt bij marktafbakening is dat diensten over glas tot dezelfde relevante markt behoren als koper.³⁵³ Naar aanleiding van deze bedenkingen van KPN heeft het college besloten om de besluittekst over retailmarktafbakening (paragraaf 6.1) verder uit te breiden en bovenstaande overwegingen, voor zover die nog niet in de ontwerpbesluittekst staan, toe te voegen.

24. **ACT** onderschrijft de door het college gehanteerde retailmarktafbakening. ACT wijst er wel op dat substitutie eenzijdig kan zijn, dat wil zeggen van koper naar glas en niet andersom. Dit kan volgens ACT een risico veroorzaken dat KPN op de retailmarkt concurrenten kan uitsluiten van een concurrerend retelaanbod, met name voor een capaciteit hoger dan 20 Mbit/s, zolang KPN geen toegang verleent op glas. Ook bestaat het risico dat geen concurrerend koperaanbod meer mogelijk is, indien KPN koper uitfaseert na de uitrol van FttH.

25. Ook **Online** is van mening dat de overwegingen van het college om glasvezelnetwerken, kabel en DSL tot dezelfde retailmarkt breedband te rekenen, namelijk vergelijkbaarheid van functionaliteit, alleen geldt voor diensten met snelheden tot circa 20 Mbit/s. Daarboven biedt glas meer mogelijkheden. Verder zou het college volgens Online een prospectieve analyse dienen uit te voeren van de competitieve omstandigheden als een dominante partij als enige partij diensten met hoge snelheden kan aanbieden.

26. Het **college** is het eens met ACT en Online dat de trend in de komende reguleringsperiode zal zijn dat meer en meer afnemers van koper op glas overstappen. Deze trend betekent volgens het college echter niet dat, vanuit het perspectief van breedbanddiensten over glas, koper niet tot dezelfde relevante retailmarkt behoort. Breedband via koper oefent volgens het college ook

³⁵³ Zie http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomml/library/public_consult/nga/index_en.htm. In randnummer 23 stelt de Commissie: “... Unless there are clear indications of a break in the chain of substitution as compared to current product markets, services provided over NGA networks should be considered as incremental upgrades and therefore not treated as new markets. ...”

wel degelijk concurrentiedruk uit op breedband via glas. Dit heeft het college in haar reactie op de voorgaande bedenking van KPN toegelicht.

27. Wat betreft het risico van uitsluiting door KPN van concurrenten voor diensten van meer dan 20 Mbit/s, wijst het college erop dat in het marktbesluit ontbundelde toegang aan KPN de verplichting wordt opgelegd om toegang te verlenen op niveau van de ontbundelde aansluitlijn tot FttH-netwerken (ODF-access). Daarnaast zijn ook op basis van (gereguleerde) toegang tot FttC-netwerken (SDF-access en WBT) snelheden boven de 20 Mbit/s te behalen. Hiermee is toegang tot glas gewaarborgd. In het ontwerpbesluit ontbundelde toegang geeft het college aan, op basis van de onderzoeken uitgevoerd door Analysys Mason³⁵⁴, dat hij voldoende reden heeft om aan te nemen dat op basis van ODF-access een positieve business case voor andere partijen mogelijk is. In die gebieden waar KPN hogere snelheden dan 20 Mbit/s realiseert over FttC kunnen partijen toegang tot de betreffende eindgebruikers krijgen door middel van een gereguleerd aanbod van WBT over koper dat zowel WBT gerealiseerd over de hoofdverdelers (MDF) als ook de subverdelers (SDF) omvat. Om deze redenen acht het college het risico van uitsluiting, zoals aangegeven door ACT, beperkt.

2.2 Dominantieanalyse breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering

Dominantie-analyse

28. **KPN** is van mening dat het college in onvoldoende mate heeft aangetoond dat KPN een dominante positie heeft op de retailmarkt voor multiplay. Ook wanneer het college – ten onrechte – niet zou uitgaan van een multiplay-markt vindt KPN dat het college de disciplinerende werking van kabelbedrijven onvoldoende in haar dominantieanalyse betreft. De kabelexploitanten hebben volgens KPN zelfs een betere uitgangspositie. KPN geeft hiervoor de volgende argumenten: i) op 'single access' heeft de kabel een hoger marktaandeel dan KPN; ii) kabelbedrijven kunnen hun netwerk goedkoop upgraden naar Docsis 3.0, terwijl KPN grote investeringen moet doen in glasvezel; iii) de kabelexploitanten hebben op de lokale markt een veel hoger marktaandeel; iv) het voordeel van de kabelexploitanten op omroep is veel groter dan dat van KPN op de zakelijke markt en de TV-aanbieder heeft bij eindgebruikers de voorkeur als aanbieder van gebundelde diensten³⁵⁵; v) Niet bewezen is dat KPN beter dan andere aanbieders in staat is door haar omvang een meermerkenbeleid te voeren.

29. Het **college** onderschrijft de analyse van KPN niet dat hij de disciplinerende werking van de kabelexploitanten onvoldoende heeft meegewogen in de analyse. Het college heeft geanalyseerd of er sprake is van een bundelmarkt en heeft geconcludeerd dat dit nog niet het geval is. Het college heeft in dit besluit de retailmarkt voor breedbandinternettoegang geanalyseerd. Op deze markt heeft KPN een marktaandeel van [40-50%]. In de

³⁵⁴ Het onderzoek van Analysys Mason, waarnaar in de ontwerpbesluit(en) wordt verwezen, is in het definitieve besluit nader aangevuld.

³⁵⁵ KPN verwijst op dit punt naar een rapport van Ernst&Young uit 2007.

dominantieanalyse heeft het college de aard van de concurrentie onderzocht en daarbij geconcludeerd dat de concurrentiedruk van alternatieve DSL-aanbieders belangrijk is. Deze aanbieders hebben in afwezigheid van wholesale toegang geen business case op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang waardoor de concurrentiedruk op KPN zou kunnen verminderen. Vervolgens heeft het college vastgesteld dat KPN op deze markt over een aantal voordelen beschikt ten opzichte van andere verticaal geïntegreerde aanbieders, zoals de kabelexploitanten. Op basis van deze factoren tezamen komt het college tot de conclusie dat in afwezigheid van wholesale regulering er een risico is op AMM van KPN.

30. Het college heeft hierbij in randnummer 279 van het ontwerpbesluit gewogen dat het marktaandeel van de kabelexploitanten zorgvuldig dient te worden geïnterpreteerd vanwege de lokale dekking van de kabelbedrijven. Aan de ene kant onderschat het landelijke marktaandeel van de kabelexploitanten hun concurrentiedruk, maar aan de andere kant geven de lokale marktaandelen ook een vertekend beeld, omdat de kabelexploitanten niet één bedrijf zijn.

31. Uit consumentenonderzoek van Interview NSS dat het college heeft laten uitvoeren (zie randnummer 320) blijkt niet dat de TV-aansluiting de belangrijkste factor is die bepalend is voor de keuze van een aanbieder. In paragraaf 7.4 van het ontwerpbesluit heeft het college beargumenteerd dat KPN beschikt over meer schaalvoordelen dan de kabelaars, welke zich onder andere uiten in de mogelijkheid om een uitgebreider productportfolio te hanteren dan de kabelexploitanten, die een kleinere schaal hebben.

32. Het college onderkent dat de kabelexploitanten een voordeel hebben, omdat ze beschikken over een sterke positie op omroep. KPN heeft echter, zoals betoogd in paragraaf 7.6, een voordeel vanwege haar sterke positie op de markten voor zakelijke telefonie, laagcapacitaire huurlijnen en het zakelijke segment voor breedbandinternettoegang (met name symmetrische verbindingen en verbindingen met gegarandeerde capaciteit. Dit afwegende is het college van oordeel dat de positie van KPN respectievelijk de kabelexploitanten op aanpalende marktsegmenten geen versterkend of verzwakkend effect hebben op de positie van KPN op de breedbandinternettoegangsmarkt.

33. Het college heeft in randnummer 270 van het ontwerpbesluit aangegeven welke factoren bijdragen aan het risico op een AMM-positie van KPN op de markt voor breedbandinternettoegang in afwezigheid van wholesale regulering. Hieruit blijkt dat het college niet van mening is dat KPN op deze markt een voordeel heeft ten opzichte van de kabelexploitanten ten aanzien van 'technologische voorsprong of superioriteit'. Het college is het echter ook niet met KPN eens dat de kabelexploitanten op dit punt een voordeel hebben ten opzichte van KPN. Een upgrade naar Docsis 3 stelt kabelbedrijven in staat om breedbandinternettoegang met een hogere bandbreedte te leveren. De uitrol van Docsis 3.0 is mede mogelijk vanwege de aanzienlijke investeringen die kabelexploitanten de afgelopen jaren hebben gedaan in de uitrol van een steeds fijnmaziger glasvezel tot steeds dichterbij de eindgebruiker. De investering die de kabelexploitanten in glasvezel hebben gedaan zijn in feite vergelijkbaar met de investeringen die KPN zal doen in Fiber-to-the Curb; alleen het laatste deel van het aansluitnetwerk is nog van coax respectievelijk koper. Daarnaast kiest KPN ook voor aanzienlijke investeringen in FttH. KPN doet deze investeringen onder meer met het oog op het

kunnen versterken van zijn positie op de omroepmarkt. Op de breedbandinternetmarkt is KPN met FttH in staat om hogere snelheden te behalen dan de kabelexploitanten op basis van Docsis 3.0. Verder geldt dat met Docsis 3.0 de kabelexploitanten nog steeds niet in staat zijn om dezelfde kwaliteitsgaranties en symmetrische up-en downloadsnelheid te bieden, als KPN op basis van koperen en glasvezelaansluitnetwerken. Dit leidt er toe dat KPN ten opzichte van de kabelexploitanten op de markt voor breedbandinternettoegang beschikt over beperkte voordelen als gevolg van een niet makkelijk te dupliceren infrastructuur (zie paragraaf 7.3 van het ontwerpbesluit).

34. **ACT** onderschrijft de dominantiecriteria die door het college wel zijn opgenomen in het besluit, namelijk marktaandeel, aard van de concurrentie, controle over niet makkelijk te dupliceren infrastructuur, schaal- en breedtevoordelen, een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk en product- en dienstendiversificatie. In het kader van marktaandeel merkt het ACT op dat het marktaandeel van KPN ook in aanwezigheid van wholesaleregulering al lange tijd aanzienlijk is (40-50 procent). Tevens geeft ACT aan te verwachten dat KPN door haar participatie in glasvezel in staat zal zijn haar marktaandeel verder te vergroten. In het kader van 'de aard van de concurrentie' merkt het ACT op dat de aankondiging van All-IP heeft geleid tot een investeringsstop en dat door de voorgenomen uitfasering van MDF-access adequate regulering op ODF- en SDF-access en WBT noodzakelijk is. Ten aanzien van 'controle over niet makkelijk te dupliceren infrastructuur' merkt het ACT op dat KPN als enige partij in Nederland in staat is op grote schaal glasvezel uit te rollen (in samenwerking met Reggefiber) en dat duplicatie van een glasvezelnetwerk is uitgesloten. Ten aanzien van 'een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk' wijst het ACT nog op het feit dat KPN beschikt over het grootste marketing en sales netwerk. Ten aanzien van 'product- en dienstendiversificatie' wijst het ACT tenslotte op het brede productaanbod van KPN en haar mogelijkheden om vraag te bundelen om zo kosten over verschillende diensten te spreiden.

35. Volgens ACT dient het college in het definitieve besluit echter alle relevante dominantiecriteria uit de Richtsnoeren marktanalyse van de Commissie te analyseren. De criteria "totale omvang van de onderneming", "technologische voorsprong of superioriteit", "gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot kapitaalmarkten/ financiële middelen" en "grenzen aan expansie" dienen volgens ACT in het definitieve besluit te worden onderzocht.

36. Zoals het **college** reeds in randnummer 270 van het ontwerpbesluit ontbundelde toegang heeft geoordeeld, dragen de overige criteria naar zijn mening niet of in veel mindere mate bij aan de mogelijke dominantie van KPN. Zoals ook in de toelichting bij de Richtsnoeren marktanalyse valt te lezen, is het aan de NRI om te bepalen welke criteria het meest geschikt zijn om marktposities te meten. De criteria die moeten worden gebruikt om de marktmacht te bepalen, zijn afhankelijk van de betrokken markt.

37. Het college ziet in de door ACT genoemde argumenten bij het criterium van "totale omvang van de onderneming" een bevestiging bij hetgeen is beschreven bij "schaal- en breedtevoordelen" en "een sterk ontwikkeld distributie- en verkoopnetwerk". Het argument van ACT met betrekking tot het criterium "technologische voorsprong of superioriteit" ziet het college niet als dominantie criterium, maar meer als een potentieel mededingingsprobleem. ACT draagt

hier aan dat KPN door strategische informatievoorziening over de ontwikkeling van haar netwerk de investeringsbereidheid van concurrenten kan beïnvloeden. Het college onderschrijft dit mededingingsprobleem en zal hier nader op ingaan in de marktanalyse WBT bij het mededingingsprobleem 'strategisch gebruik van informatie'. De 'gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot de kapitaalmarkten/ financiële middelen' ziet het college niet als een onderscheidend criterium. Volgens het college zijn de grootste concurrenten van KPN (zoals Tele2, Bbnet en Online) ook kapitaalkrchtig, aangezien zij onderdeel zijn van grote, kapitaalkrchtige ondernemingen. De invulling van het criterium 'grenzen aan expansie' door ACT, heeft het college in het criterium 'controle over niet makkelijk te dupliceren infrastructuur' geadresseerd.

38. Het **ACT** is van mening dat het college aandacht had moeten besteden aan de dominantie-analyse van de retailmarkt in aanwezigheid van ULL en WBT regulering. Het college was in dat geval tot de conclusie gekomen dat de maatregelen tegen marge-utholling op wholesale niveau niet afdoende zouden zijn en maatregelen op retail niveau genomen zouden moeten worden.

39. Het **college** merkt op dat hij in de marktanalyse vaste telefonie en de marktanalyse huurlijnen heeft geconcludeerd dat KPN in aanwezigheid van wholesale regulering (waaronder ULL en WBT-regulering) niet beschikt over een dominante positie op de retail markten voor vaste telefonie en laagcapacitaire huurlijnen. Op de retail markt voor breedbandinternettoegang is op dit moment geen sprake van ex ante regulering. De markt staat ook niet in de aanbeveling van de Europese Commissie. Het college is daarom niet verplicht deze markt te onderzoeken. Conform artikel 6a.1, tweede lid, mag het college andere markten bepalen als hij daartoe aanleiding ziet. Retailmarkten kunnen echter pas gereguleerd worden indien vast is gesteld dat wholesaleregulering ontoereikend is om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken of de belangen van eindgebruikers te beschermen (6a.2, tweede lid). Het ACT ziet in aanwezigheid van wholesale regulering nog een risico op margeutholling. Het college is hier in randnummer 86 nader op ingegaan en heeft ACT op dit punt deels gevolgd door in het kader van de non-discrimatieverplichting gedragsregel 5 verder aan te scherpen. Het college gaat er vanuit dat hiermee het risico op margeutholling afdoende geremedieerd is daarmee wholesaleregulering toereikend is om daadwerkelijke concurrentie te verwezenlijken en de belangen van eindgebruikers te beschermen. Op grond van artikel 6a.2, tweede lid Tw is daarmee geen aanleiding voor het college om deze markt derhalve niet te reguleren. Het college merkt op dat de conclusie om geen retailverplichtingen op te leggen in lijn is met de aanbeveling van de Europese Commissie.

40. **Online, Bbnet en Tele2** zijn van mening dat de ontwikkeling van glasvezelnetwerken nog in de kinderschoenen staat, maar een grote vlucht kan nemen in de komende reguleringsperiode. Deze partijen vinden dat het college te gemakkelijk voorbij gaat aan de bijzondere rol van glasvezel en de impact daarvan op de concurrentie. Volgens deze partijen dient het college op dit punt een uitgebreidere prospectieve analyse uit te voeren. Indien en voorzover dit niet mogelijk is, verdient het volgens **Online** aanbeveling om op de korte termijn een nieuwe analyse uit te voeren. Deze partijen wijzen onder andere op het gevaar dat KPN als enige in staat zal zijn om diensten over glasvezel te leveren en daarmee als enige in staat zal zijn om snelheden boven de 20 Mbit/s te bieden.

41. Het **college** is het oneens met deze partijen dat het college de impact van glasvezel onderschat. Het college heeft de impact van glasvezel een nadrukkelijke plaats gegeven in de analyse. Dit heeft er ondermeer toe geleid dat het college aan KPN passende verplichtingen heeft opgelegd die er toe strekken dat KPN ontbundelde toegang tot glasvezel moet leveren waardoor afnemers in staat zijn met KPN te concurreren op de retailmarkten. Naar aanleiding van de bedenkingen heeft het college tevens besloten hoge kwaliteit WBT via glasvezel te reguleren. Regulering van lage kwaliteit WBT toegang via glasvezel acht het college niet passend.

2.3 Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen

42. Het college komt tot de volgende wijzigingen van het ontwerpbesluit:

- de besluittekst inzake de retailmarktafbakening in paragraaf 6.1 is uitgebreid met aanvullende motivering.

3 Analyse van wholesalemarkt ontbundelde toegang (H8 en 9)

3.1 Marktafbakening ontbundelde toegang

SDF-backhaul

43. **KPN** is het eens met het college dat SDF-access een onderdeel is van de relevante wholesalemarkt voor ontbundelde toegang. KPN is echter van mening dat het college in het ontwerpbesluit onvoldoende motiveert waarom SDF-backhaul een bijbehorende faciliteit is en daarmee onder dezelfde regulering als MDF en SDF valt. KPN wijst er op dat een onderneming naast SDF-backhaul nog andere faciliteiten nodig heeft, zoals DSLAM apparatuur en een leverstraat en leveringssystemen, maar dat deze niet allen zijn aan te merken als bijbehorende faciliteiten zoals bedoeld in de MvT van de Tw. Volgens KPN is SDF-backhaul geen bijbehorende faciliteit, omdat een partij die toegang zoekt redelijkerwijs een gelijkwaardig alternatief heeft. Verder noemt KPN een aantal alternatieven voor KPN's SDF-backhaul, zoals andere diensten binnen de relevante markt voor wholesale terminating huurlijnen >2Mbit/s en glas van derden in de buurt van de SDF kasten.

44. Het **college** is het niet eens met KPN dat SDF-backhaul geen bijbehorende faciliteit is en geen deel uitmaakt van de relevante wholesalemarkt voor ontbundelde toegang. Het college heeft in Annex 1 van het ontwerpbesluit SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit bij ontbundelde toegang gekenmerkt. In die Annex is het college ook reeds ingegaan op de mogelijke alternatieven die KPN naar voren brengt. Het college verwijst voor een nadere reactie over SDF-backhaul naar randnummer 120.

ODF en MDF-access

45. **Online** onderschrijft de productmarktafbakening van het college. Volgens Online zijn ontbundelde toegang en wholesale-breedband toegang afzonderlijke markten, en behoren coax aansluitnetwerken en ontbundelde toegang tot koper niet tot dezelfde relevante markt.

46. **KPN** is van mening dat de conclusie van het college in het ontwerpbesluit dat ODF access en MDF access tot dezelfde relevante wholesalemarkt behoort, niet juist is en onvoldoende gemotiveerd. Bij ontbundelde toegang tot koper, zo stelt KPN, kunnen geen snelheden boven 30 Mbit/s worden geleverd en kan geen analoge televisie worden geleverd, terwijl dit bij ontbundelde toegang tot FttH wel kan. Verder wijst KPN op verschillen tussen ODF en MDF-access op het gebied van technologie, locaties, kosten en tarieven, en op het feit dat FttH netwerken nog moeten worden uitgerold. Tenslotte geeft KPN aan dat er sprake zal zijn van eenzijdige migratie, namelijk van koper naar FttH en niet omgekeerd.

47. KPN verwijst naar het rapport van Case Associates voor een verdere uiteenzetting van waarom ODF-access niet tot dezelfde markt mag worden gerekend als MDF-access. Case

Associates brengt naar voren dat dezelfde concurrentiedruk die kabel en glas bij WBT op elkaar uitoefenen, ook van toepassing is op kabel en koper in het geval van ontbundelde toegang. Verder stelt Case Associates dat de analyse van het college van *direct constraints* niet juist is en dat koper en glas onder andere vanwege specifieke kosten niet tot dezelfde relevante wholesale markt behoren. Daarnaast zou het college niet de juiste SSNIP test zou hebben toegepast en zouden overstapkosten afnemers ervan weerhouden om over te stappen van ontbundelde toegang op koper naar glas. Tenslotte stelt Case Associates dat de marktdefinitie van het college is gebaseerd op een cirkelredenering, omdat er wel een toegangsverplichting geldt voor koper maar niet voor kabel.

48. Het **college** is van mening dat ODF-access en MDF-access wel degelijk tot dezelfde relevante wholesalemarkt behoren, en dat dit in het ontwerpbesluit ook voldoende is gemotiveerd. Reeds aangelegde glasvezel aansluitnetwerken zijn in staat om op korte termijn en zonder aanzienlijke investeringen een aan ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van toegang te bieden. Daarnaast kan een vergelijkbare retail portfolio worden aangeboden zowel op basis van ontbundelde toegang tot koper als tot glas. Op basis van deze aanbod- en vraagsubstitutie is er directe prijsdruk en behoort ODF-access tot dezelfde relevante wholesalemarkt als MDF-access (zie randnummer 405 tot en met 413 van het ontwerpbesluit).

49. Omgekeerd gaat er volgens het college ook concurrentiedruk uit van MDF-access op ODF-access, ondanks de verwachting dat migratie eenzijdig van koper naar glas zal zijn. Ook door deze eenzijdige migratie gaat er wel degelijk prijsdruk uit van koper op glas, omdat de migratie langzamer gaat indien de prijsverschillen te groot zijn. Hoewel ODF-access superieure eigenschappen heeft, zal ook een aanbieder van ODF-access een zeker maximaal prijsverschil met MDF-access moeten respecteren. Verder zal er naar verwachting van het college in de komende reguleringsperiode weinig vraag zijn naar diensten met een zodanige snelheid dat die alleen via glas kunnen worden geleverd.

50. Wat betreft het punt van Case Associates dat het onduidelijk is waarom coax en glas bij WBT wel en bij ontbundelde toegang niet tot dezelfde relevante markt behoren, het volgende. In paragraaf 8.5.2.1 van het ontwerpbesluit heeft het college aangegeven dat er bij ontbundelde toegang geen sprake is van directe prijsdruk van kabel op koper en glas, omdat een aan ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van ontbundelde toegang bij coax om technische redenen niet mogelijk is (zonder een volledige duplicatie van het coax aansluitnetwerk). In tegenstelling tot WBT is bij ontbundelde toegang een equivalente vorm van kabeltoegang dus niet mogelijk. In paragraaf 8.5.2.2 van het ontwerpbesluit wordt verder toegelicht waarom kabel ook niet op basis van indirecte prijsdruk voor de markt van ontbundelde toegang tot het aansluitnet tot dezelfde relevante markt behoort als koper en glas.

51. Wat betreft de directe prijsdruk tussen glas en koper merkt het college op dat, los van een eventueel verschil in onderliggende kosten, de commerciële tarieven voor ODF-access naar verwachting niet veel hoger zullen liggen dan voor MDF-access (zie randnummer 411 van het ontwerpbesluit). Verder merkt het college op dat ze wel degelijk de juiste SSNIP test heeft

uitgevoerd. In randnummer 406 heeft het college nagegaan of aanbieders ontbundelde toegang tot glazen aansluitnetwerken op korte termijn en zonder aanzienlijke kosten zouden kunnen aanbieden, en kwam tot de conclusie dat dit realistisch was. De overstap- en investeringskosten voor afnemers van ontbundelde toegang, waar Case Associates op wijst, staan vraagsubstitutie volgens het college niet in de weg. Bovendien is er dan sprake van aanbodssubstitutie, is migratie van ULL-koper naar ULL-glas aannemelijk, en is een vergelijkbaar aanbod via ULL-koper en ULL-glas mogelijk. Deze overwegingen leiden het college tot de conclusie dat ODF en MDF-access wel degelijk tot dezelfde relevante markt behoren.

52. Tenslotte is van een cirkelredenering, zoals Case Associates beweert, volgens het college geen sprake. Ontbundelde toegang tot de kabel is eenvoudigweg technisch en economisch niet haalbaar, en ontbundelde toegang tot koper en glas wel. Dit vormt de basis voor het verschil tussen kabel enerzijds en koper en glas anderzijds, en niet de bestaande toegangsregulering.

53. **ACT** wijst erop dat ODF-access een substituut vormt voor MDF en SDF-access, omdat dezelfde retailmarkten kunnen worden bediend. ACT wijst er wel op dat niet alle toegevoegde waarde diensten die op basis van ODF-access kunnen worden aangeboden, ook kunnen worden aangeboden op basis van MDF of SDF-access. Verder is ACT van mening dat het Analysys rapport dat is uitgevoerd voor het college onvoldoende grond is voor de conclusie van het college dat ODF-access haalbaar is.

54. Zoals eerder aangegeven is het volgens het **college** mogelijk, en hier ook het geval, dat zelfs als er meer toegevoegde waarde diensten mogelijk zijn bij ODF-access, dit toch tot dezelfde relevante markt behoort als MDF en SDF-access. Verder heeft het college aan Analysys Mason de opdracht gegeven om het eerste rapport over de commerciële haalbaarheid van ODF-access verder te onderbouwen. Na afronding van het eerste rapport is meer concrete informatie beschikbaar gekomen over onder meer architectuur en tarifiering van de door KPN en Reggefiber beoogde uitrol van FttH-netwerken. Aannames die in het eerste model zijn gemaakt, zijn waar mogelijk vervangen door gegevens zoals die ook onderdeel zijn van een aanbod dat aan potentiële wholesaleafnemers van ODF-toegang is gedaan. Het college is er zich van bewust dat de huidige beschikbare gegevens omtrent het Wholesale ODF-aanbod een niet-gereguleerd aanbod betreft. Tevens is het college zich er van bewust dat dit aanbod onder invloed van onderhandelingen met (potentiële) ODF-afnemers zich nader kan ontwikkelen. Het college meent echter dat dit in beginsel geen wezenlijke andere situatie betreft dan bij introductie van andere nieuwe wholesalediensten in het verleden, waarbij voorafgaand aan regulering deze nieuwe diensten aanvankelijk op basis van commerciële tarifiering werden aangeboden (al dan niet als startpunt voor onderhandeling). Op basis van de doorrekening in het tweede rapport komt Analysys Mason tot volgende conclusie: *“This does not change our conclusion on the viability of the FU business case for alternative operators, which remains possible but not straightforward (because it requires significant additional revenue over the LLU case).”* De noodzakelijke extra revenues zijn echter zelfs in enige mate lager dan in het eerste rapport.

55. Voor het college is het een bevestiging van zijn positie in het ontwerpbesluit met betrekking tot ODF-toegang dat het opnieuw doorrekenen van de business case op basis van meer concrete gegevens tot een conclusie bij Analysys Mason heeft geleid die op zijn minst

gelijkwaardig is aan de conclusie van het eerste rapport. Het tweede rapport van Analysys Mason heeft het college ook nader inzichten gegeven in aandachtspunten met betrekking tot een ODF-gebaseerde business case voor andere aanbieders dan KPN (waaronder de schaalgroottevoordelen). Het college zal deze aandachtspunten meenemen in de beoordeling van een referentieaanbod ODF-access. Vooruitlopend hierop heeft het college mede in dit aanvullende onderzoek van Analysys Mason aanleiding gezien om (een gedeelte van) de ODF-backhaul te reguleren als bijbehorende faciliteit. Het college gaat hierop nader in bij het onderdeel Verplichtingen van deze Nota van Bevindingen.

56. Volgens **Reggefiber** is de meest ruime markt die het college had kunnen afbakenen voor ontbundelde toegang een markt die koper, coax en FttH omvat. Reggefiber brengt naar voren dat coax een meer nabije concurrent voor glas is dan koper. Dit stelt Reggefiber vast op basis van factoren aan de aanbodzijde (verschillen in technologie, kosten en tarieven) en van factoren aan de vraagzijde (verschillen in capaciteit en mogelijkheid voor analoge televisie). De meeste enge marktafbakening voor Reggefiber is een markt die alleen FttH omvat. Reggefiber brengt naar voren dat er geen sprake is van volledige substitueerbaarheid tussen FttH en koper, maar van eenzijdige migratie van koper naar FttH. Consumenten en wholesaleafnemers die overstappen van koper naar coax of FttH zullen volgens Reggefiber niet terugkeren naar koper. Reggefiber suggereert daarom dat ODF-access wellicht niet tot dezelfde markt kan worden gerekend als MDF-access, maar wel tot dezelfde markt als ontbundelde toegang tot kabel. Als er een aparte ODF-access markt zou worden afgebakend, dan zou er volgens Reggefiber wel rekening dienen te worden gehouden met indirecte prijsdruk vanuit de onderliggende retailmarkten.

57. Het **college** kan zich niet vinden in de verschillende mogelijke marktafbakeningen voor ontbundelde toegang waar Reggefiber op wijst. Ontbundelde toegang tot kabel is niet op een manier mogelijk die equivalent is aan ontbundelde toegang tot koper of glas (zie paragraaf 8.5.2.1 van het ontwerpbesluit). Om die reden reeds kan, waar het om ontbundelde toegang gaat, coax ook geen meer nabije concurrent zijn voor glas dan koper. Wat betreft de eenzijdige migratie waar Reggefiber op wijst, voert het college aan hetgeen ze hiervoor ook reeds heeft gesteld. Zelfs al is er naar verwachting eenzijdige migratie van koper naar glas, waar het bij marktafbakening om gaat is dat er prijsdruk is. Er is wel degelijk prijsdruk van koper op glas omdat bij te grote prijsverschillen de migratie langzamer zou verlopen.

Ontbundelde toegang tot kabel

58. **KPN** is van mening dat het college ten onrechte in het ontwerpbesluit stelt dat er geen, aan ontbundelde toegang tot KPN's koperen netwerk equivalente, vorm van wholesale toegang tot kabelnetwerken mogelijk is. KPN stelt dat derden toegang kunnen krijgen tot kabel via "frequency division", en wijst hierbij op een rapport van VKA ("Third party access in the Netherlands", 29 January 2004) dat als bijlage bij haar bedenkingen is toegevoegd.

59. Het **college** wijst op paragraaf 8.5.2.1 van het ontwerpbesluit, waar wordt toegelicht dat een aan ontbundelde toegang tot KPN's koperen netwerk equivalente vorm van toegang tot kabelnetwerken niet realiseerbaar is. Het zou namelijk nagenoeg een duplicatie van het

kabelnetwerk betekenen en bovendien zouden diensten van verschillende aanbieders niet onafhankelijk zijn van elkaar. Het VKA rapport dat KPN als bijlage bijvoegt is in opdracht van het college ten behoeve van het marktanalysebesluit 2005 uitgevoerd. In randnummer 181 van het marktanalysebesluit voor ontbundelde toegang op wholesale-niveau uit 2005 wordt door het college aangegeven dat de vorm van toegang die realiseerbaar is via kabelnetwerken eerder is te vergelijken met een vorm van wholesale-breedbandtoegang dan met ontbundelde toegang.

Indirecte prijsdruk van kabel

60. Volgens **ACT** concludeert het college terecht dat er geen sprake is van directe prijsdruk van kabel, omdat een aan ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN equivalente vorm van wholesaletoeegang bij kabelnetwerken niet realiseerbaar is. Wat betreft indirecte prijsdruk is ACT van mening dat die geen rol zou moeten spelen bij marktafbakening, maar dient te worden meegewogen in de dominantieanalyse. Het college heeft indirecte prijsdruk bij marktafbakening meegenomen, en dit is volgens ACT ten onrechte omdat afnemers van ontbundelde toegang over het algemeen niet in staat zijn om prijsverhogingen op wholesaleniveau door te berekenen in hun retailtarieven. Volgens ACT zal een prijsverhoging op retailniveau namelijk met name ten opzichte van KPN tot een onvoordeliger concurrentiepositie leiden.

61. In randnummer 387 van het ontwerpbesluit heeft het **college** toegelicht waarom het indirecte prijsdruk meeneemt in de fase van marktafbakening in plaats van in de fase van dominantie analyse. In paragraaf 8.5.2.2 heeft het college vervolgens onderzocht of indirecte prijsdruk via de retailmarkt voor breedbandinternettoegang ervoor zorgt dat coax tot dezelfde relevante markt voor ontbundelde toegang behoort als koper. Daarbij gaat het in de SSNIP test om een hypothetische monopolist die zijn prijs voor ontbundelde toegang tot koper verhoogt. Alle afnemers van ontbundelde toegang tot koper, inclusief interne leveringen van KPN, worden in de SSNIP test geacht deze hogere prijs te moeten betalen. De opmerking van ACT dat afnemers niet in staat zouden zijn retailtarieven ten opzichte van KPN te verhogen als gevolg van een verhoging van tarieven voor ontbundelde toegang tot koper, is daarom niet relevant. Bovendien, hoe competitiever de retailmarkt is, hoe groter het aandeel van een kostenverhoging dat wordt doorgegeven aan eindgebruikers. Het zal dus over het algemeen niet zo zijn, in tegenstelling tot hetgeen ACT aanvoert, dat afnemers van ontbundelde toegang wholesale prijsverhogingen niet doorrekenen. Om deze redenen is het college van mening dat indirecte prijsdruk wel degelijk belangrijk is.

ODF-access en zakelijk glas

62. **ACT** stelt dat ODF-access via zakelijke glasvezelnetwerken tot de relevante markt behoort. Uit het besluit volgt volgens ACT weliswaar niet expliciet dat FttO niet tot de relevante markt behoort, maar dit lijkt wel het geval te zijn door FttO gelijk te stellen aan het dark fiber wat niet tot een relevante markt behoort. Tegenover de argumentatie in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang stelt ACT een aantal argumenten waarom het niet redelijk is dat er een verschil in regulering ontstaat tussen ODF-access op een FttH-netwerk zoals KPN/Reggefiber dat gaat aanleggen en zakelijke netwerken op bedrijventerreinen of glasvezelringen van KPN. ACT erkent

wel dat de levering van redundante verbindingen niet gereguleerd hoeft te worden (en ook niet tot de relevante markt zou behoren).

63. **BT/Colt/Verizon** geven aan dat glas inderdaad onderdeel uitmaakt van de relevante markt voor ontbundelde toegang, maar menen dat dit niet alleen moet gelden voor FttH maar ook voor FttO.

64. **KPN** geeft **in dupliek** aan dat ACT onvoldoende rekening houdt met de omstandigheid dat glasvezelnetwerken in de meeste gevallen nog moeten worden uitgerold. Regulering heeft als risico dat uitrol niet tot stand komt. Regulering van ODF FttO is volgens KPN niet proportioneel, omdat ook andere partijen op of in de nabijheid van bedrijventerreinen reeds glasringen hebben. KPN voorziet een situatie waarbij op sommige bedrijfsterreinen wel, en op andere niet, een ODF-regime van toepassing zal zijn, afhankelijk van de aanbieder. Een verplichting voor ODF FttO zou niet proportioneel zijn naast het voornemen van het college KPN's hoogcapacitaire huurlijnen (WEAS) te reguleren. KPN betoogt dat voor ODF FttO een afzonderlijke marktanalyse nodig zou zijn.

65. Het **college** is het met BT/Colt/Verizon eens dat ODF-access een generieke vorm van ontbundelde toegang via glazen aansluitnetten is, ongeacht de te ontsluiten locatie, gebruiksdoel dan wel of het residentieel of zakelijk gebruik betreft. Dit is in lijn met de uitgangspunten zoals reeds door het college gehanteerd werden bij ontbundelde toegang op basis van koperen infrastructuur. Het college onderschrijft dan ook niet dat voor ODF FttO een aparte marktanalyse nodig is, zoals KPN in haar dupliek betoogt. FttO, voor zover daarmee een met ODF-access via FttH vergelijkbaar product kan worden geleverd, behoort tot de relevante markt. Er is immers sprake van substitutie. Het college herbevestigt ook haar conclusie dat er sprake is van een nationale markt voor ontbundelde toegang. Het college is er zich van bewust dat in deze reguleringsperiode niet op alle geografische locaties dezelfde infrastructuur (koper en glas) beschikbaar zal zijn of zal blijven. Dat doet echter niets af aan de substitutie-effecten. Het college heeft ook geen aanwijzingen dat deze effecten in significante mate zullen verschillen tussen bedrijfsterreinen. Het college kan KPN in haar dupliek dan ook niet volgen ten aanzien van de betekenis die zij hecht aan mogelijke verschillen in regime tussen bedrijfsterreinen. Het voorafgaande leidt ertoe dat ook zakelijke glasvezelnetwerken op bedrijventerreinen tot de relevante markt behoren, maar ook glasvezels in de vorm van fysieke ringen, omdat hierover in belangrijke mate ook aansluitingen worden geleverd volgens eenzelfde topologie als FttH.

66. Niet alle verbindingen, echter, behoren tot deze markt. De levering van redundante ('protected') verbindingen zoals geleverd over ringen met fysiek gescheiden geografische routes, valt buiten de relevante markt. Het criterium dat voor het college bepalend is, is de topologie van het desbetreffende glazen aansluitnetwerk. Voor zover er sprake is van aansluitingen die gerealiseerd zijn in de vorm van een logisch sternet (ongeacht de fysieke uitvoeringsvorm) maken deze onderdeel uit van de relevante markt voor ODF-access. Voor zover hier op basis van het ontwerpbesluit onduidelijkheid over heeft bestaan, zal het college in de besluittekst de omvang van de markt voor ODF-access nader preciseren.

67. Het college benadrukt dat ODF en de regulering van hoogcapacitaire huurlijnen verschillende doelstellingen dienen. Ziet ODF-access juist op bevordering van infrastructuurconcurrentie, bij de reguleringskeuzen ten aanzien van huurlijnen staat juist een belang van een landelijk dekkend Wholesale aanbod voorop. Voor een uitvoeriger argumentatie van dit laatste verwijst het college naar het marktbesluit huurlijnen. Dit argument van landelijke dekking gaat overigens niet op voor de uitrol van ODF FttO. Het college gaat er vanuit dat in ieder geval in de komende reguleringsperiode geen sprake zal zijn van een landelijk dekkend glazen aansluitnetwerk, ongeacht of dit aangeduid wordt als FttO dan wel FttH. Het college ziet in de uitrolkeuzen die gemaakt worden ten aanzien van glas een eigen dynamiek waarbij tot uitrol overgegaan zal worden indien er voldoende afnemers zijn in het betreffende geografische gebied om een positieve business case mogelijk te maken. Dat regulering invloed kan hebben op de wijze waarop aanbieders elkaar vinden bij het realiseren van een dergelijke uitrol, lijkt het college niet meer dan logisch.

68. Volgens **ACT** zijn de aanduidingen die het college gebruikt in het ontwerpbesluit niet exact. Zakelijke glasvezelnetwerken op basis van ringtopologie worden volgens ACT ook ontsloten door een optisch distribution frame (ODF) en daar is dus ook sprake van ODF-access. Anderzijds is volgens ACT FttH ODF-access ook gebaseerd op “dark fiber”.

69. Het **college** heeft gemeend dat met de aanduiding ODF-access op logische en duidelijke wijze aansluiting is gevonden bij reeds eerder bestaande toegangsvormen op basis van MDF en SDF. Het college is zich ervan bewust dat Optical Distribution Frames niet uitsluitend worden toegepast in netwerken binnen de marktdefinitie van ODF-access. Echter het college gaat er vanuit dat met de verduidelijking van de marktafbakening in het besluit geen onduidelijkheid meer hoeft te bestaan op dit punt. Met betrekking tot de aanduiding van dark fiber merkt het college op dat nadrukkelijk niet beoogd is om een markt voor dark fiber af te bakenen. In beginsel is iedere vorm van niet-gebruikt glas aan te duiden als dark fiber. Nu zakelijke glasringen voor redundante verbindingen niet opgenomen zijn in enige marktdefinitie binnen het reguleringsbouwwerk, zijn deze de facto te kwalificeren als dark fiber.

Geografische marktafbakening

70. Wat betreft geografische marktafbakening merkt **Online** op dat er in de toekomst wel degelijk regionale verschillen in concurrentieomstandigheden kunnen optreden, afhankelijk van de lokale uitrol van FttH en FttC en reacties van lokale kabelaanbieders. Op dit punt dient het college de prospectieve analyse volgens Online uit te breiden. Ook **Bbnet** en **Tele2** brengen deze bedenking naar voren.

71. Het **college** stelt vast dat Online het niet onlogisch vindt om de geografische markt op dit moment nationaal af te bakenen, zoals is gebeurd in het ontwerpbesluit. Het college erkent dat er regionale verschillen kunnen voorkomen, maar de inschatting van het college is dat die in de komende reguleringsperiode nog niet zo groot zijn dat er aanleiding is om regionale of lokale markten af te bakenen. In de komende reguleringsperiode acht het college de concurrentieomstandigheden in verschillende gebieden in Nederland voldoende homogeen om

te kunnen spreken van een nationale markt. Het college verwijst naar paragraaf 8.6 van het besluit waar dit uitvoerig wordt toegelicht.

3.2 Dominantieanalyse ontbundelde toegang

AMM-positie KPN ontbundelde toegang

72. **KPN** acht in het kader van de dominantieanalyse van de markt voor ontbundelde toegang het volgende van belang:

- i) in de komende reguleringsperiode vindt er geen uitfasering van MDF-access plaats waardoor DSL-aanbieders niet afhankelijk worden van SDF-access van KPN of ODF-access van Reggefiber.
- ii) ODF-access ondervindt prijsdruk van de kabel;
- iii) de aantallen ODF-access zijn voorlopig gering;
- iv) ODF-access wordt geleverd door Reggefiber, een onderneming die geen deel uitmaakt van KPN.

73. Het **college** merkt op dat het argument van KPN dat er de komende reguleringsperiode (nagenoeg) geen uitfasering van MDF-access plaatsvindt geen invloed heeft op de dominantieanalyse van de markt voor ontbundelde toegang. Het effect van de uitfasering van MDF-access speelt alleen op de onderliggende markten voor WBT een rol en wordt in de marktanalyse WBT onderzocht.

74. Het college merkt tevens op dat hij de markt voor ontbundelde toegang heeft afgebakend en heeft geconcludeerd dat deze zowel MDF-access, SDF-access als ODF-access omvat. In de dominantieanalyse heeft het college vervolgens geconcludeerd dat KPN op deze markt een marktaandeel heeft van (nagenoeg) 100 procent en dat er sprake is van hoge toetredingsdrempels, omdat KPN beschikt over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur. Zo is het aantal ODF-aansluitingen van derde partijen op de totale markt voor ontbundelde toegang in de komende reguleringsperiode nog beperkt (maximaal enkele honderdduizenden) ten opzichte van het aantal MDF-aansluitingen (ruim 3,5 miljoen) van KPN. Het is daarom niet aannemelijk dat de uitrol van ODF-access de AMM-positie van KPN op de markt voor ontbundelde toegang teniet zal doen. Hier komt bij dat KPN zelf plannen heeft om (via de gemeenschappelijke onderneming met Reggefiber) een aanbieder van diensten over glasvezel te worden. Het college heeft tenslotte in paragraaf 9.6 van het ontwerpbesluit ontbundelde toegang geconcludeerd dat ook de indirecte prijsdruk die KPN ondervindt van andere aansluitnetwerken tezamen (waaronder de kabelbedrijven) onvoldoende is om KPN te disciplineren.

Gemeenschappelijke onderneming KPN/Reggefiber

75. **Reggefiber** is van mening dat de gemeenschappelijke onderneming KPN/Reggefiber door de concurrentiedruk op de retailmarkten van met name de kabelbedrijven wordt gedisciplineerd. Dit blijkt onder meer uit het feit dat kabelbedrijven lokale marketingacties zijn gaan uitvoeren

voor die wijken waar zij sinds de komst van glasvezelaansluitingen veel klandizie hebben verloren.

76. **Vodafone en ACT** onderschrijven de conclusie van het college dat KPN beschikt over een AMM positie op de markt voor ontbundelde toegang. ACT en Vodafone zijn van mening dat de machtspositie van KPN op de markt voor ontbundelde toegang (en WBT) wordt versterkt door de (voorgenomen) gemeenschappelijke onderneming tussen KPN en Reggefiber. Het college dient volgens deze partijen een impactanalyse uit te voeren op dit punt.

77. Het **college** constateert dat Vodafone en ACT de conclusie van het college dat KPN beschikt over AMM op de markt voor ontbundelde toegang onderschrijft. In zijn ontwerpbesluit heeft het college aangegeven ten aanzien van de gemeenschappelijke onderneming KPN/Reggefiber een impactanalyse uit te zullen voeren. Het college heeft conform de aankondiging in het ontwerpbesluit de mogelijke impact van de gemeenschappelijke onderneming, voorzover uitvoerbaar op basis van de beschikbare informatie, meegenomen in de analyse naar aanleiding van de bedenkingen. Waar relevant wordt dit aangegeven.

Kopersmacht

78. **Stichting Glazenkamp** is van mening dat de uitspraak van het college dat er geen kopersmacht is om marktpartijen te disciplineren te absoluut is gesteld. Glazenkamp geeft een toelichting over de problematiek die komt kijken bij de exploitatie van een glasvezelnetwerk en over de wijze waarop de eindgebruikers, actieve operators en dienstverleners beschermd kunnen worden tegen voorspelbaar monopolistisch gedrag van de (toekomstige) exploitant van het glasvezelnetwerk in de Nijmeegse wijk Hazenkamp door duidelijke afspraken met de investeerder van het glasvezelnetwerk te maken en waarborgen in te bouwen

79. Het **college** merkt op dat het bij kopersmacht gaat om de vraag of de onderhandelingsmacht van afnemers dusdanig is dat deze van invloed is op de mate waarin een onderneming zich onafhankelijk van zijn afnemers kan gedragen. Zoals betoogd in paragraaf 9.5 van het ontwerpbesluit acht het college het niet aannemelijk dat afnemers van ontbundelde toegang van KPN beschikken over kopersmacht die er toe leidt dat KPN niet beschikt over AMM. Om afnemers en uiteindelijk eindgebruikers te beschermen tegen potentieel mededingingsbeperkend gedrag van KPN legt het college in dit besluit een aantal passende verplichtingen aan KPN op. Ook Stichting Glazenkamp heeft het gewenst en noodzakelijk geacht om een aantal voorwaarden te verbinden aan de exploitatie van het glasvezelnetwerk in de Nijmeegse wijk Hazenkamp. Hiermee beoogt de Stichting evenals het college potentieel mededingingsbeperkend gedrag te remediëren.

3.3 Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen

80. Het college komt tot de volgende wijziging van het ontwerpbesluit:

- in de marktafbakening ODF-access wordt in paragraaf 8.5.3.2 verduidelijkt dat FttO voor

zover daarmee een met ODF-access via FttH vergelijkbaar product kan worden geleverd, tot de relevante markt behoort.

- De resultaten van het vervolgonderzoek dat door Analysys Mason is uitgevoerd naar de financiële haalbaarheid van ontbundelde toegang via glasvezelaansluitnetwerken zijn in het besluit meegenomen.

4 Potentiële mededingingsproblemen ontbundelde toegang (H10)

4.1 Algemeen

81. **KPN** wijst er in het algemeen op dat met betrekking tot MDF en SDF access, KPN geen prikkel meer heeft voor een groot aantal in het ontwerpbesluit genoemde potentiële mededingingsproblemen, aangezien KPN meer dan in het verleden gebaat is bij maximaal benutten en vullen van haar kopernetwerk. Het college gaat daar volgens KPN ten onrechte aan voorbij. Met betrekking tot ODF access wijst KPN erop dat uitrol van dit netwerk gebaat is bij zekerheid over afname, en dat KPN zelf daarom gebaat is bij een openbaar, non-discriminair aanbod voor ODF-access.

82. Het **college** is van mening dat KPN onvoldoende onderbouwt waarom KPN geen prikkel meer heeft voor de in het ontwerpbesluit genoemde mededingingsproblemen. In het algemeen geldt dat KPN inderdaad opbrengsten heeft uit wholesalediensten, maar het college stelt ook vast dat KPN hogere opbrengsten op retailniveau kan hebben als op wholesaleniveau ontbundelde toegang wordt geweigerd of als KPN andere mededingingsbeperkende gedragingen vertoont. Gezien de mogelijkheid en prikkel van KPN acht het college het risico op deze mededingingsbeperkende gedraging aanzienlijk.

83. **ACT** onderschrijft de conclusies van het college in het ontwerpbesluit met betrekking tot de aanwezigheid van potentiële mededingingsproblemen inzake ontbundelde toegang, maar is van mening dat een aantal mededingingsproblemen onvoldoende is beschreven.

84. Het **college** zal hierna verder ingaan op elk van de genoemde mededingingsproblemen die door ACT worden genoemd.

Marge-utholling

85. **ACT** is van mening dat het college het mededingingsprobleem van marge-utholling niet afdoende adresseert. ACT wijst daarbij op het voorbeeld, dat ze al heeft genoemd in haar reactie d.d. 15 mei 2008 op de vragenlijst ontbundelde toegang op wholesale-niveau, van het retailaanbod van KPN waarin Telfort hetzelfde tarief rekent voor een abonnement op basis van line sharing als een abonnement op basis van volledige ontbundeling. Volgens ACT heeft het college in het ontwerpbesluit nauwelijks aandacht besteed aan marge-utholling en aan het door ACT aangedragen voorbeeld. Verder brengt ACT naar voren dat ze het risico op marge-utholling op het zakelijke segment zeer aanzienlijk acht, met name indien de tarieven voor toegang tot glasvezel op een hoog niveau komen te liggen. Ook **Online, BT/Colt/Verizon** en **Vodafone** betwijfelen of de voorgestelde wholesale tariefregulering voldoende waarborgen biedt dat marge-utholling wordt voorkomen.

86. Het **college** heeft naar aanleiding van de bedenkingen van partijen over de verplichtingen om marge-utholling te voorkomen, besloten om gedragsregel 5 met een nadere invulling van de non-discrimatieverplichting (zie paragraaf 11.5.1 van het ontwerpbesluit), aan te passen. Deze gedragsregel, die toeziet op het voorkomen van marge-utholling, is aangescherpt. Hiertoe zijn onderdelen in de besluittekst ontbundelde toegang (randnummers 667 en 668) aangepast. Het doel van de wholesaleverplichtingen is dat efficiënte wholesale-afnemers een concurrerend aanbod op de downstream markt kunnen doen. Dit houdt in dat KPN's downstreamdiensten (dit kan ook een wholesaledienst zoals WBT zijn) repliceerbaar dienen te zijn op basis van KPN's aanbod voor ontbundelde toegang. Daarbij dient, naar het oordeel van het college, te worden uitgegaan van KPN's voortbrengingswijze (inkooprecept) van diensten.

Strategisch gebruik van informatie

87. Bij het mededingingsprobleem "strategisch gebruik van informatie" benadrukt **ACT** dat dit probleem zich ook voordoet, en in de toekomst zal blijven voordoen, bij de uitvoering van KPN's All-IP plannen. Het college dient volgens ACT te erkennen dat dit mededingingsprobleem ook het achterhouden door KPN van informatie aangaande de planning en uitvoering van de All-IP plannen omvat.

88. Het **college** concludeert in randnummer 501 van het ontwerpbesluit dat KPN de mogelijkheid en prikkel heeft om informatie strategisch te gebruiken. Ter onderbouwing van deze conclusie noemt het college een aantal concrete voorbeelden. Het college is het eens met ACT dat het mogelijk achterhouden van informatie met betrekking tot de All-IP plannen van KPN een mededingingsrisico van strategisch gebruik van informatie vormt.

Kwaliteitsdiscriminatie

89. Bij het mededingingsprobleem "kwaliteitsdiscriminatie" noemt **ACT** een aantal concrete voorbeelden van kwaliteitsdiscriminatie die zich volgens ACT hebben voorgedaan bij de levering van ontbundelde toegang door KPN. KPN zou gebruik van xIP diensten ontmoedigen en een verouderde AIP dienst aanmoedigen; KPN's prestaties ten aanzien van New Line Services zouden slecht zijn; KPN zou KPI's ten eigen voordeel toepassen; KPN zou de gegarandeerde reparatietijden ten gunste van zichzelf toepassen; KPN zou ten onrechte Trouble Tickets accepteren en sluiten; en KPN WBA zou een voordeel hebben ten opzichte van andere partijen bij Directe Toegang en Escalatie. ACT is van mening dat de genoemde voorbeelden expliciet in het marktanalysebesluit zouden moeten worden erkend.

90. In randnummer 513 van het ontwerpbesluit concludeert het **college** dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om kwaliteitsdiscriminatie toe te passen. De voorbeelden die ACT noemt zijn niet noodzakelijk voor het trekken van deze conclusie. Bovendien vereist het een gedetailleerde analyse van het college om vast te stellen dat het inderdaad voorbeelden van kwaliteitsdiscriminatie zijn zoals ACT beweert. Meer algemeen is het college van mening dat de marktanalysebesluiten er niet in eerste instantie voor dienen om bestaande conflicten tussen partijen op te lossen. Bestaande conflicten die het college zelf heeft beoordeeld kunnen wel een indicatie vormen van het risico op een bepaald mededingingsprobleem.

Strategisch productontwerp

91. Bij het mededingingsprobleem “strategisch productontwerp” dient het college volgens **ACT** aan de hand van concrete voorbeelden expliciet het gevaar te erkennen op het risico op dit mededingingsprobleem met betrekking tot ontbundelde toegang via het glasvezelnetwerk. ACT brengt voorbeelden naar voren op het gebied van netwerktopologie voor ODF-access; glasvezel aansluitlijnen; SLA ULL versus SLA ILL; wireless redundantie; technische eigenschappen van SDF/ODF backhaul; spectraal management; en gezamenlijk gebruik van backhaul. De aangevoerde voorbeelden geven volgens ACT het mededingingsprobleem “strategisch productontwerp” aan.

92. In randnummer 519 van het ontwerpbesluit stelt het **college** vast dat KPN de mogelijkheid en prikkel heeft tot strategisch productontwerp op de markt voor wholesale ontbundelde toegang. Deze markt omvat zowel KPN’s koperen aansluitnet als de glasvezelaansluitnetten. Hiermee erkent het college dus dat het mededingingsprobleem van “strategisch productontwerp” zich ook voordoet bij glasvezelnetten. De voorbeelden die ACT naar voren brengt zijn niet noodzakelijk voor het college om tot deze conclusie te komen.

Leveringsweigering/toegangsweigering

93. Bij het mededingingsprobleem “leveringsweigering/toegangsweigering” stelt **ACT** dat het college in het definitieve besluit expliciet dient te erkennen dat de huidige aanbiedingen van ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken niet zo “open” zijn. ACT noemt het voorbeeld van het glasvezelnet dat wordt aangelegd in Nijmegen Hazenkamp, waarbij Reggefiber een exclusief gebruik zou hebben voor de eerste twee jaar.

94. In randnummer 494 van het ontwerpbesluit concludeert het **college** dat KPN de mogelijkheid en de prikkel heeft om toegang te weigeren. Toegang tot glasvezelnetwerken vormt onderdeel van de relevante markt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau. Daarmee erkent het college reeds dat leveringsweigering ook in het geval van toegang tot glasvezelnetwerken een potentieel mededingingsprobleem is.

4.2 Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen

95. Het college komt tot de volgende wijziging van het ontwerpbesluit:

- In paragraaf 10.4.1 wordt bij het mededingingsprobleem “strategisch gebruik van informatie” het voorbeeld van de All-IP plannen van KPN toegevoegd als concreet risico op dit mededingingsprobleem.

5 Verplichtingen ontbundelde toegang (H11)

5.1 Aanwijzing

Aanwijzing KPN

96. De **ACT** partijen stellen dat het essentieel is dat de gemeenschappelijke onderneming van KPN en Reggefiber onder de aanwijzing valt. De toegangsmaatregelen voor ODF mogen geen doel missen. Indien door het college anders wordt besloten, dan dient de impactanalyse met marktpartijen te worden gedeeld alvorens een definitief besluit wordt genomen. In dat geval dient er sprake te zijn van een herziening van het ontwerp reguleringskader.

97. ACT beargumenteert in haar zienswijze dat de gemeenschappelijke onderneming onder de AMM aanwijzing van KPN dient te vallen (economische eenheid). Deze conclusie wordt versterkt door de verklaring van KPN in haar kwartaalreportage Q2 2008 dat zij deze concentratie als een versterking van haar FttH activiteiten beschouwt en alle FttH activiteiten van KPN en Reggefiber ondergebracht worden in de betreffende gemeenschappelijke onderneming. Voor de WBT markten is van belang te constateren dat KPN in beginsel aanbieder van WBT is, ook in het geval dat de gemeenschappelijke onderneming onverhoopt niet onder de AMM aanwijzing van KPN valt. Indien de gemeenschappelijke onderneming niet onder de AMM aanwijzing zou vallen, valt een belangrijke grond onder het door het college voorgestelde reguleringskader weg. De door het college beoogde regulering mbt toegang tot glasvezelnetwerken is alleen effectief indien de gemeenschappelijke onderneming onder de AMM aanwijzing valt.

98. ACT constateert voorts dat de dominantie analyse geheel voorbij gaat aan de samenwerking tussen KPN en Reggefiber. Het college dient in het definitieve besluit de impact van de concentratie KPN Reggefiber mee te nemen in de marktanalyse. ACT meent dat er ofwel een nieuw ontwerpbesluit dient te worden gepubliceerd na afronding van de impactanalyse, ofwel een herziening van de marktanalyse besluit dient plaats te vinden na afronding van de aanmeldingsprocedure bij de NMa. De uitkomst van de NMa procedure en de impact daarvan op de marktomstandigheden dienen in het laatste geval te worden meegewogen.

99. **Vodafone** merkt op dat de voorgenomen gemeenschappelijke onderneming van KPN en Reggefiber een versterking van machtspositie van KPN tot gevolg heeft. Indien Nma de deelneming KPN toestaat, dan dient het college op te nemen in het besluit dat de aan KPN opgelegde (toegangs)verplichtingen zich mede uitstrekken tot de gemeenschappelijke onderneming. Vodafone licht toe dat Reggefiber de belangrijkste speler is in de aanleg van FttH en dat kan worden aangenomen dat KPN de facto zeggenschap over deze gemeenschappelijke onderneming heeft waar het de toegang tot aansluitingen betreft. KPN is immers feitelijk exclusief actief op het netwerk van de gemeenschappelijke onderneming aangezien de gemeenschappelijke onderneming pas overgaat tot aanleg als 50 procent van huishoudens

diensten over het netwerk. Door afname van de concurrentie druk van Reggefiber is KPN nu in staat zijn All-IP investeringen veilig stellen. Vodafone is van mening dat er sprake is van een eenvoudige omzeiling door KPN van de door het college opgelegde verplichtingen door FttH activiteiten door de gemeenschappelijke gemeenschappelijke onderneming te laten uitvoeren.

100. Vodafone benadrukt dat de KPN dienstverlening aan retailzijde altijd door de gemeenschappelijke onderneming zal worden bevoorreed, ondanks dat sprake zal zijn van 'open wholesale model'. Het is derhalve nodig om aan de gemeenschappelijke onderneming zelfstandig en in combinatie met KPN verplichtingen op te leggen. Tevens dient beoorreed te worden of sprake is van een collectieve machtspositie KPN en Reggefiber tezamen (art 6a.1 lid 8 Tw).

101. **KPN** vraagt zich af of het college op basis van de Telecommunicatiewet de aanwijzing aan KPN als partij met AMM kan uitbreiden tot ondernemingen waarin KPN alleen gezamenlijke zeggenschap heeft. KPN stelt dat er op basis van de jurisprudentie geen sprake is van een economische eenheid wanneer een onderneming geen andere zeggenschap heeft dan uit hoofde van een minderheidsbelang. KPN zal in de gemeenschappelijke onderneming met Reggefiber participeren als minderheidsaandeelhouder en beschikt niet over uitsluitende zeggenschap en kan niet (alleen) het marktgedrag van Reggefiber FttH bepalen. Van een economische eenheid kan dan ook geen sprake zijn zodat de gemeenschappelijke onderneming geen deel uitmaakt van de dezelfde onderneming als KPN.

102. **Reggefiber** constateert dat, vergeleken met het marktanalysebesluit van 21 december 2005 aan de aanwijzing van de onderneming met AMM is toegevoegd de ondernemingen waarin KPN of haar groepsmaatschappijen gezamenlijke zeggenschap hebben. Deze toevoeging is niet uitgelegd of gemotiveerd. Reggefiber stelt dat de gemeenschappelijke onderneming geen economische eenheid met KPN vormt nu de gemeenschappelijke onderneming een gemeenschappelijke onderneming zal zijn die duurzaam alle functies van een zelfstandige eenheid vervult. KPN zal daarin slechts participeren als een minderheidsaandeelhouder. KPN zal weliswaar een belangrijke leveringsrelatie voor ODF toegang hebben met de gemeenschappelijke onderneming maar dit is onvoldoende om een economische eenheid van de gemeenschappelijke onderneming met KPN aan te nemen. KPN heeft geen beslissende invloed op het gedrag van de gemeenschappelijke onderneming. Daarnaast is het van belang dat de gemeenschappelijke onderneming in belangrijke mate afhankelijk is van de beschikbaarheid van graafcapaciteit, die vooral van Reggefiber afkomstig zal zijn en niet van KPN. Evenmin leidt het feit dat KPN een optie heeft om haar aandelenpercentage in de gemeenschappelijke onderneming uit te breiden ertoe dat KPN een beslissende invloed zal hebben op het gedrag van de gemeenschappelijke onderneming. Bedacht dient te worden dat deze optie van KPN pas bij een vrijwel volledige uitrol van het glasvezel aansluitnetwerk van de gemeenschappelijke onderneming kan worden uitgeoefend, onder voorwaarden.

103. **GNA** stelt dat, mocht KPN een belang verkrijgen in Reggefiber, één van de participanten in GNA, dan behoudt GNA zich alle rechten voor. De verplichtingen op een AMM-partij als KPN zijn in ieder geval niet gerechtvaardigd voor GNA, zolang KPN niet de uitsluitende zeggenschap in de onderneming bezit ('sole control'). De aandeelhouders/participanten in een onderneming

waarin KPN slechts een niet-controlerend (minderheids-) belang verwerft, moeten erop kunnen vertrouwen dat hun investering niet over dezelfde kam wordt geschoren als een investering van KPN: er gelden immers verschillende risico's, terwijl de dominantie van KPN op een andere markt de rechtspositie van een onafhankelijke, niet door KPN in haar commerciële beleid aangestuurde onderneming, niet behoort te beïnvloeden.

104. GNA is opgezet als een niet-verticaal geïntegreerde onderneming die geen telecom diensten aanbiedt maar zich beperkt tot het tegen transparante, non-discriminatoire tarieven en ander voorwaarden aan derden verhuren van passieve aansluitlijnen.

105. Het **college** heeft de markt ten aanzien van ontbundelde toegang op wholesaleniveau geanalyseerd. In hoofdstuk 9 heeft het college geconstateerd dat KPN beschikt over aanmerkelijke marktmacht op deze markt. Hierdoor kan KPN zich in hoge mate onafhankelijk gedragen en bestaat er een risico op de volgende mededingingsbeperkende gedragingen:

- leveringsweigering/toegangswegering;
- strategisch gebruik van informatie;
- oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van de concurrenten;
- vertragingstactieken;
- onbillijke voorwaarden;
- kwaliteitsdiscriminatie;
- strategisch productontwerp;
- bundeling/koppelverkoop;
- prijsdiscriminatie;
- marge-utholling;
- buitensporig hoge prijzen.

106. Op 19 december 2008 is de samenwerking tussen KPN en Reggefiber goedgekeurd door de NMa. Het doel van deze samenwerking is het aanleggen en exploiteren van FttH netwerken. KPN heeft in de samenwerkingsovereenkomst aangegeven dat ze zich na de implementatie zal inspannen om zo spoedig mogelijk zo veel mogelijk klanten te migreren naar de FttH netwerken van de gemeenschappelijke onderneming. Daarnaast zal worden bevorderd dat de groepsmaatschappijen van KPN hun bestaande klanten zullen migreren naar de FttH netwerken van de gemeenschappelijke onderneming.

107. Het college dient op grond van de bedenkingen van marktpartijen en haar eigen analyse een inschatting te maken van de risico's die deze gemeenschappelijke onderneming zal hebben op een markt die reeds als niet concurrerend is bestempeld. Het college is hierbij van oordeel dat Reggefiber een disciplinerende werking op de AMM positie van KPN zou hebben indien er geen sprake was geweest van een gemeenschappelijke onderneming. Door deze samenwerking is de kans groot dat de concurrentie nadelig wordt beïnvloed doordat er tussen KPN en de gemeenschappelijke onderneming geen daadwerkelijke concurrentie zal bestaan. De conclusie kan dan ook worden getrokken dat de mededingingsproblemen die reeds zijn geconstateerd bij de AMM partij KPN, door de gemeenschappelijke onderneming zullen worden vergroot.

108. In de kwartaalrapportage Q2 van KPN stelt zij dat de gemeenschappelijke onderneming als een versterking van haar (eigen) FttH activiteiten wordt beschouwd. KPN geeft hiermee zelf ook aan dat zij de marktactiviteiten van de gemeenschappelijke onderneming als haar eigen marktactiviteiten beschouwd. Het feit dat KPN slechts een minderheidsbelang heeft in de gemeenschappelijke onderneming sluit geenszins uit dat zij de facto zeggenschap heeft in de gemeenschappelijke onderneming. Reggefiber geeft immers in haar bedenkingen ook aan dat KPN een belangrijke leveringsrelatie voor ODF toegang zal hebben met de gemeenschappelijke onderneming. Feitelijk is het klantenbestand van KPN de basis voor deze gemeenschappelijke onderneming. Het gevolg van het vorenstaande is dat KPN door de feitelijke afhankelijkheid, gecombineerd met de juridische zeggenschap, de facto zeggenschap heeft over de gemeenschappelijke onderneming. Geconcludeerd moet dan ook worden dat de gemeenschappelijke onderneming onder de aanwijzing van KPN als AMM-partij behoort.

Collectieve machtspositie

109. **Reggefiber** geeft aan dat de gemeenschappelijke onderneming en KPN niet actief zijn op een markt die specifieke kenmerken vertoont uit bijlage II van de Kaderrichtlijn (criteria die de nationale regelgevende instanties dienen te hanteren wanneer zij een evaluatie van gezamenlijke machtspositie maken). De door het college afgebakende relevante markt kan niet als een stagnerende markt worden aangemerkt. De vraag vertoont nu al verschuivingen in de zin dat ODF-toegang (en WBT over glas) steeds meer vraag zal kennen en er bij MDF-toegang (en WBT over koper) steeds minder vraag zal zijn. De twee diensten verkeren in verschillende stadia van de business cycle en de vraag zal hierdoor in de komende jaren voortdurend verschuiven. Reggefiber geeft voorts aan dat tegen een collectieve machtspositie pleit het ontbreken van symmetrie in kostenstructuur en marktaandeel bij de gemeenschappelijke onderneming en KPN. De gemeenschappelijke onderneming zal hoge eenmalige kosten maken om een glasvezel aansluitnetwerk uit te rollen, terwijl dit voor KPN niet geldt nu zij een koper aansluitnetwerk heeft dat meer dan 80 jaar geleden is uitgerold. Onder andere hierdoor hebben de ondernemingen een verschillende tariefopbouw. Verder geldt dat er geen symmetrie in marktaandeel is, nu Reggefiber naar eigen inschatting minder dan 1% marktaandeel heeft en KPN bijna 100% marktaandeel heeft op de door het college afgebakende relevante markt. Reggefiber stelt tenslotte dat in het geval van de gemeenschappelijke onderneming is geen sprake van een afschrikings- of vergeldingsmechanisme zoals dat is beschreven in het arrest Airtours. Uit dit arrest blijkt tevens dat de beoogde minderheidsparticipatie van KPN in de gemeenschappelijke onderneming geen doorslaggevende factor is, omdat structurele en economische relaties geen constitutief vereiste zijn voor een collectieve machtspositie. Beoordeeld dient te worden of de minderheidsparticipatie van KPN in de gemeenschappelijke onderneming het afstemmen van gedrag kan faciliteren. KPN zal geen betrokkenheid hebben bij het dagelijks bestuur van de gemeenschappelijke onderneming. KPN zal slechts algemene beslissingsrechten hebben. Op grond van het bovenstaande kan niet worden geconcludeerd dat de gemeenschappelijke onderneming en KPN een collectieve machtspositie hebben.

110. Het **college** is van oordeel dat op grond van het bovenstaande de gemeenschappelijke onderneming onder de aanwijzing valt. Dientengevolge is er op dit moment geen onderzoek gedaan naar een eventuele collectieve machtspositie van KPN en de gemeenschappelijke

onderneming. Mocht hier aanleiding toe zijn, zal het college tot een dergelijk onderzoek overgaan en hier het marktanalysebesluit eventueel op aanpassen. Ten overvloede merkt het college op dat uit de jurisprudentie blijkt dat een collectieve dominantie kan voortvloeien uit een oligopolistische marktstructuren, maar ook uit juridische en economische banden die er tussen 2 ondernemingen kunnen bestaan.

5.2 De verplichting tot het verlenen van toegang

MDF-access

111. **ACT** verzoekt het college in het definitieve besluit expliciet te erkennen dat MDF-access ook geschikt en passend is op het moment dat ODF-access op een bepaalde locatie geïntroduceerd wordt. De verplichting tot levering van MDF-access dient derhalve onverminderd van toepassing te blijven. ACT is van mening dat het creëren van voldoende schaalgroottes en een voldoende groot klantenbestand door middel van MDF-access en/of wholesale-breedbandtoegang (WBT) een belangrijke randvoorwaarde is om te kunnen investeren in ODF-access.

112. Het **college** erkent dat alternatieve aanbieders behoefte (kunnen) hebben aan een situatie waarin de verplichting tot MDF-access naast ODF-access nog enige tijd gehandhaafd blijft. Anderzijds kan niet van het college worden verwacht dat hij KPN dwingt om te blijven investeren in het in stand houden van het koperen aansluitnetwerk op desbetreffende locatie, indien KPN ook voor andere vormen van dienstverlening op de desbetreffende locatie niet langer gebruikt maakt van het koperen aansluitnetwerk. Het college heeft in zijn ontwerpbesluit een minimum set aan randvoorwaarden opgenomen dat tot doel heeft om de uitfasering van MDFdienstverlening met de nodige waarborgen te omgeven. Zo zal het verzoek tot intrekking van reeds verleende toegang tot een locatie altijd worden beoordeeld op basis van redelijkheid, zulks met inachtneming van de specifieke omstandigheden op de desbetreffende locatie.

SDF-access

Redelijkheid van verzoeken van derden

113. **KPN** heeft geconstateerd dat zij in het ontwerpbesluit de verplichting heeft om tegemoet te komen aan redelijke verzoeken van derden om SDF-access uit te rollen in een gebied, ondanks dat KPN hier zelf (nog) geen SDF wil uitrollen, dit ter voorkoming dat KPN een strategie voert waarbij een alternatieve operator buitenspel wordt gezet. KPN is van mening dat zij, gezien de concurrentie van de kabelexploitanten, voldoende in staat is een strategische keuze te maken die overeenkomt met de behoefte van een alternatieve operator. Daarnaast is zij van mening dat het disproportioneel is haar te verplichten een investering te doen voor een alternatieve operator, die aanzienlijke risico's meebrengen en bovendien de uitrol zal vertragen. KPN maakt bij haar uitrolplanning een weloverwogen beslissing, waarbij zij rekening houdt met de marktpotentie en de concurrentie van de kabel.

114. **ACT** stelt dat het college in het definitieve besluit expliciet moet bepalen dat redelijke verzoeken tot SDF-access door KPN gehonoreerd dienen te worden. Dit is slechts anders, indien toegang technisch niet haalbaar is of de netwerkintegriteit van KPN in gevaar brengt. Dat KPN zelf op een bepaalde locatie geen SDF-access afneemt, kan in ieder geval geen afwijzingsgrond zijn. ACT licht toe dat op dit moment alle verzoeken die betrekking hebben op toegang tot straatkasten waar KPN voor zichzelf (nog) geen SDF-access heeft gerealiseerd of gepland, momenteel door KPN in ‘overweging’ worden genomen ofwel geweigerd.

[**VERTROUWELIJK:**

XX
XX
XX
XX
XX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX]

115. Het **college** [**VERTROUWELIJK:**

XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XXXXXX].

Verplichting linesharing MDF-access en SDF-access

116. **KPN** interpreteert het uitgangspunt van het college voor gedeelde toegang zodanig dat dit gelijk is aan hetgeen KPN in artikel 1.3 van de MDF Migration Agreement heeft opgenomen. Hierin staat dat linesharing zal worden omgezet in volledige ontbundeling, indien de centrale wordt uitgezet. KPN merkt op dat dit uiteraard ook geldt indien in dat gebied de MDF wordt vervangen door de zogenaamde mini-MDF.

117. Het **college** refereert in dit verband naar randnummer 645 van het ontwerpbesluit waar als uitgangspunt is opgenomen dat de verplichting tot het leveren van gedeelde toegang redelijk is, zolang de traditionele PSTN dienstverlening op het desbetreffende deel van KPN’s aansluitnetwerk plaatsvindt. Uit het oogpunt van non-discriminatie acht het college het redelijk dat zolang KPN bepaalde diensten aan zichzelf levert, zij deze ook aan wholesale afnemers

levert. Teneinde te voorkomen dat KPN bepaalde diensten versneld uitfaseert, en gelet op het feit dat een aanzienlijk deel van de op MDF-gebaseerde dienstverlening door wholesale afnemers plaatsvindt op basis van gedeelde toegang, heeft het college het van belang geacht dat gedeelde toegang niet wordt uitgefaseerd zolang levering vanuit technisch oogpunt (bijv. via een PSTN emulatie-dienst van KPN) mogelijk is. Ten aanzien van voortzetting van de MDF-dienstverlening op zogenaamde mini-MDF's geldt hetzelfde uitgangspunt dat evenmin sprake kan zijn van uitfasering van gedeelde toegang zolang dit vanuit technisch oogpunt mogelijk is.

118. **KPN** stelt dat zij op lijnen die op basis van SDF worden geleverd, geen linesharing zal leveren. Het college houdt bij de in het ontwerpbesluit opgenomen verplichting tot het leveren van linesharing op basis van SDF-access geen rekening met het feit dat het economisch onrendabel is om te investeren in oude technieken op nieuwe infrastructures. Partijen moeten bovendien bereid zijn de volledige kosten te dragen voor het in standhouden van een platform waarop leegloop in hoge mate van toepassing is. Hiermee wordt de verplichting disproportioneel.

119. Het **college** merkt op dat KPN in haar bedenkingen van mening is dat SDF-access als onderdeel van de wholesalemkt ontbundelde toegang kan worden gezien. Dit impliceert naar de mening van het college dat MDF-access en SDF-access gelijkwaardige vormen van toegang zijn. Het college stelt vast dat het referentieaanbod SDF-access van KPN ook voorziet in de specificaties en prijsstelling voor de afname van gedeelde toegang op SDF-niveau en dat dit aanbod van KPN voor alternatieve aanbieders direct afneembaar is. Het college acht het redelijk en proportioneel om de verplichting tot het leveren van gedeelde toegang op het niveau van de subnetten te handhaven, aangezien de migratie van MDF naar SDF het directe gevolg kan zijn van de uitfasering van de op MDF-access gebaseerde dienstverlening.

SDF-backhaul

120. **KPN** geeft aan dat SDF-backhaul ten onrechte als aanvullende faciliteit onder de markt voor ontbundelde toegang wordt gevoegd en dat het college onvoldoende redenen heeft aangegeven om de SDF-backhaul faciliteit van KPN te reguleren. De voorgestelde regulering van het college is derhalve niet passend en niet proportioneel. KPN gaat immers zelf over tot aanbieden van SDF-backhaul op non-discriminatoire basis. Daarnaast is er voor concurrenten een rendabele business case om een gelijkwaardige dienst aan te bieden.

121. KPN is van mening dat niet alle faciliteiten zijn aan te merken als bijbehorende faciliteit en dat het college niet heeft aangetoond dat 'redelijkerwijs niet kan worden voldaan aan de vraag naar SDF-backhaul door een gelijkwaardige dienst bij een andere partij in te kopen dan wel de verbinding zelf aan te leggen'.³⁵⁶

122. KPN vat in het kort een aantal punten samen die zij reeds in eerdere bedenkingen naar voren heeft gebracht en die haar inziens onvoldoende onderbouwd zijn.

³⁵⁶ Memorie van Toelichting bij Tw.

- *Graafprijs*: het is niet duidelijk waarom het college het maximale bedrag van EUR 50 als graafprijs handhaaft terwijl naar de mening van KPN zou moeten worden uitgaan van een gemiddelde omdat KPN landelijk uitrolt en ook andere partijen dit zullen doen.
- *Schaalvoordelen*: het college trekt volgens KPN een onjuiste conclusie als wordt gesteld dat KPN schaalvoordelen heeft, omdat KPN meer verkeersvolume en SDF-access aansluitingen heeft. Schaalvoordelen hebben, naar de mening van KPN, enkel betrekking op de mate waarin glas is uitgerold. Uit de glaskaart van KPN blijkt dat derden even ver zijn uitgerold als KPN en dat deze partijen daardoor gezamenlijk over dezelfde schaalvoordelen beschikken, met de kanttekening dat derden moeten bij elkaar inkopen. Het college gaat verder ten onrechte voorbij aan het feit dat een partij altijd naar een groep straatkasten in een wijk zal uitrollen en nooit naar een geïsoleerde straatkast.
- Ten aanzien van *uitkoppelpunten* toont het college niet aan dat collocatie nodig is op FCP niveau. KPN is van mening dat het niet noodzakelijk is om in de onmiddellijke nabijheid van een FCP een collocatie in te richten. De afnemer kan zelf huisvesting organiseren binnen een straal van enkele kilometers van de FCP en is dus niet afhankelijk van KPN.
- *Meeleggen*: KPN vindt dat het argument van het college dat partijen niet kunnen meeleggen, niet kan overtuigen. De gedoogplichtige (bijv. de gemeente) heeft er belang bij dat partijen zoveel mogelijk gelijktijdig uitrollen en zal dit in de voorwaarden voor het afgeven van een vergunning meewegen. Bovendien heeft KPN er belang bij om partijen te laten meeleggen omdat hierdoor de kosten voor beide partijen worden verlaagd. KPN vindt het argument niet relevant dat meeleggen geen optie is voor partijen die niet op hetzelfde moment gaan uitrollen. Partijen hebben volgens KPN de mogelijkheid en de prikkel hebben om gelijktijdig met KPN uit te rollen.

123. Het **college** is het oneens met het standpunt van KPN dat SDF-backhaul niet als bijbehorende faciliteit onder de markt voor ontbundelde toegang kan worden gevoegd en dat deze faciliteit derhalve niet voor regulering in aanmerking komt. In haar reactie op het ontwerpbesluit SDF-backhaul van 20 december 2007 zijn deze bedenkingen al door KPN naar voren gebracht. Het college acht daarbij de bewering van KPN onjuist dat concurrenten op basis van een rendabele business case een gelijkwaardige backhaul dienst kunnen aanbieden. De bewering wordt bovendien door KPN onvoldoende aangetoond.

124. Anders dan KPN's uitleg ten aanzien van het begrip bijbehorende faciliteit in artikel 1.1, sub j Tw geeft, neemt het college het standpunt in dat in beginsel alle faciliteiten als een bijbehorende faciliteit kunnen worden aangemerkt.

125. In het onderhavige geval is vervolgens door het college beoordeeld in hoeverre SDF-backhaul als bijbehorende faciliteit bij de SLU dienst voor regulering in aanmerking komt. Hiervoor is relevant dat er redelijkerwijs niet aan de vraag aan SDF-backhaul kan worden voldaan door een gelijkwaardige dienst bij een andere partij in te kopen, dan wel door de

verbinding zelf aan te leggen. Op grond van de analyse die het college heeft uitgevoerd³⁵⁷ is het college tot de conclusie gekomen dat de SLU dienst op het niveau van de subnetten alleen effectief kan worden afgenomen als ook SDF-backhaul onder de regulering van de markt voor ontbundelde toegang valt. Uit de analyse komt naar voren dat KPN vanwege de fijnmazigheid van haar netwerk de enige aanbieder van SDF-backhaul is en dat zonder SDF-backhaul geen concurrerend aanbod van SLU dienst kan worden gedaan. Het college acht het evenmin rendabel en efficiënt voor alternatieve aanbieders om een eigen SDF-backhaul aan te leggen. Het college is van oordeel dat het opleggen van verplichtingen aan KPN voor SDF-backhaul passend en proportioneel is, om effectieve concurrentie op subloop niveau te bereiken.

126. Ter onderbouwing van de passendheid en de proportionaliteit van de aan KPN op te leggen verplichtingen ten aanzien van SDF-backhaul wordt in de Annex uitgebreid ingegaan op de positie die de Europese Commissie in haar Aanbevelingen inneemt ten aanzien van het onderwerp 'bijbehorende faciliteiten'. In de Aanbeveling uit 2003³⁵⁸ noemt de Commissie zelf als voorbeeld de situatie waarbij een verplichting tot het leveren van ontbundelde toegang wordt aangevuld met een gerelateerde verplichting met betrekking tot toegang tot collocatiefaciliteiten.

127. In de recente Aanbeveling³⁵⁹ maakt de Commissie duidelijk dat het een toezichthouder in beginsel is toegestaan om verplichtingen op te leggen buiten een gebied, maar wel nauw verbonden aan de betreffende markt, indien en voorzover het opleggen daarvan (i) het meest geschikte, proportionele en efficiënte middel is om het gebrek aan effectieve concurrentie te remediëren, en het opleggen ervan (ii) een essentieel element is ter ondersteuning van de verplichtingen op de relevante markt, zonder welke de verplichtingen op de markt ineffectief zouden zijn.

128. Het college gaat hieronder nader in op de belangrijkste bedenkingen van KPN ten aanzien van de onderbouwing van de SDF-backhaul verplichting.

Graafprijzen

Ten aanzien van het hanteren van de maximale graafprijs van EUR 50 licht het college toe dat bij deze graafprijs is uitgegaan van de aanname dat de meest interessante straatkasten zich bevinden in stedelijk gebied, en dat dit hogere graafkosten met zich brengt dan in andere gebieden³⁶⁰. Dit staat los van de tarieven. De graafprijs die het college hanteert bij het onderzoek naar de business case staat los van de eventueel door KPN in rekening te brengen graafkosten. Het zijn de graafkosten die een marktpartij zou moeten maken om een straatkast naar zijn keuze te ontsluiten dat bepalend is voor zijn business case. Het is zeer wel mogelijk dat bij het vaststellen van het kostengeoriënteerde tarief van KPN wel uitgegaan wordt van gemiddelde landelijke graafkosten.

³⁵⁷ Zie Annex 1 SDF backhaul bij dit besluit.

³⁵⁸ Aanbeveling van de Commissie van 23 juli 2003 (PbEG L 190/13) van 30 juli 2003.

³⁵⁹ Paragraaf 2.6 van de toelichting bij de Aanbeveling van de Commissie, (C(2007)5406).

³⁶⁰ Bron: Reggefiber.

Schaalvoordelen

Het college is van mening dat KPN een onjuiste uitleg geeft aan het begrip 'schaalvoordelen' door te stellen dat schaalvoordelen enkel betrekking hebben op de mate waarin glas is uitgerold. Anders dan KPN stelt, trekt het college daarentegen de juiste conclusie door te stellen dat KPN schaalvoordelen heeft vanwege het feit dat KPN meer verkeersvolume en meer SDF-access aansluitingen heeft, terwijl voor de alternatieve aanbieders onzeker is in hoeverre zij de schaal zal halen die een backhaul investering rechtvaardigt. De bewering van KPN dat het college ten onrechte voorbij gaat aan het schaalvoordeel dat een partij altijd naar een groep straatkasten in de wijk zal uitrollen in een wijk en nooit naar een geïsoleerde straatkast, is onjuist. Het college beweert juist expliciet dat een enkele glasvezel de straatkasten onderling via een backhauring kan ontsluiten en dat de afnemers van SDF backhauldiensten een voorkeur kunnen hebben om het op die wijze te doen.

Uitkoppelpunten

Ten aanzien van een uitkoppeling op FCP niveau stelt KPN dat het college niet heeft aangetoond dat collocatie op FCP niveau noodzakelijk is. Het college heeft een indicatieve, niet limitatieve, lijst van bijbehorende faciliteiten benoemd. Onderdeel van de bijbehorende faciliteit SDF-backhaul is collocatie ten behoeve van backhaul. Het college maakt hierbij geen onderscheid naar uitkoppelpunten.

Meeleggen door partijen

Het college heeft in de randnummers 55-58 van Annex 1 SDF-backhaul een onderbouwing gegeven van het feit dat ondanks de efficiencyvoordelen, het meeleggen door een derde partij economisch niet aantrekkelijk is. Een belangrijke reden is het - niet door KPN in haar bedenkingen genoemde - gebrek aan level playing field tussen KPN en een derde partij, zowel waar het de informatie van de gemeente betreft, als de informatievoorziening van KPN zelf, waardoor een derde partij vaak pas na bekendmaking van de uitrolplannen van KPN kan beslissen of het interessant is om mee te leggen.

129. **ACT** onderschrijft de conclusie van het college in het ontwerpbesluit dat SDF-backhaul een bijbehorende faciliteit is bij SDF-access. Daarbij merkt ACT wel op dat KPN heeft aangekondigd 'voorlopig' alleen enkelvoudige SDF-backhaul aan te bieden (beschikbaarheid 99,8%). KPN retail lost dit op met HSDPA back up verbindingen (beschikbaarheid 99,99%). Gevolg is dat SDF-access vanwege de lagere beschikbare kwaliteit afvalt als toegangsproduct voor de zakelijke markt. Aangezien alleen voor het zakelijke segment een positieve business case valt te realiseren, is SDF-access geen optie meer en valt deze af als onderdeel van het volwaardige alternatief voor uitfasering van MDF-access. Het college dient dan ook te waarborgen dat KPN een wholesale equivalent aanbiedt op basis waarvan alternatieve aanbieders op retail-niveau met KPN kunnen concurreren.

130. Het **college** acht de mededeling van ACT relevant dat KPN voorlopig alleen van plan is enkelvoudige SDF-backhaul aan te bieden met een lagere beschikbaarheid dan aan KPN retail en dat daarmee SDF-access, dat alleen voor het zakelijk segment een positieve business case oplevert, afvalt als volwaardig alternatief voor de uitfasering van MDF-access. Deze aankondiging van KPN bevestigt volgens het college dat het noodzakelijk en proportioneel is om

SDF-backhaul te reguleren als bijbehorende faciliteit bij SDF-access, zodat effectieve toegang tot SDF-access kan worden gerealiseerd. KPN dient in haar referentieaanbod SDF-access een SDF-backhaul aanbod op te nemen, dat voldoet aan alle verplichtingen die in dit verband aan KPN worden opgelegd. De non-discriminatie verplichting brengt met zich mee dat de kwaliteit van de SDF-backhaul gelijkwaardig dient te zijn aan het aanbod dat aan KPN retail wordt gedaan.

ODF-access

Rapport Analysys Mason

131. **ACT** merkt op dat het Analysys rapport op zichzelf onvoldoende grond biedt voor de conclusie van het college dat ODF-access voor alternatieve aanbieders realistisch is.

132. **Bbnet/Tele 2** stellen dat het college niet zonder nadere overwegingen tot het oordeel kan komen dat alternatieve aanbieders een winstgevende business case hebben. Bovendien erkent Analysys zelf ook dat de nauwkeurigheid te lijden heeft gehad aan het feit dat men geen inzage had in plannen van KPN. De volgende aannames van Analyses hebben een negatieve invloed op de business case als deze onjuist juist blijken te zijn:

- De studie is gebaseerd op de aanname dat KPN ODF-access zal aanbieden op bestaande MDF-locaties. Dit is allerminst zeker;
- Het is onduidelijk wat de onderbouwing van de extra ARPU is of deze de extra netwerk kosten zullen dekken; bovendien is het niet waarschijnlijk dat klant bereid is om extra te betalen voor een hogere snelheid;
- Kosten voor hardware zijn niet te beoordelen; aangezien markt voor glas kleiner is dan voor ADSL, zullen de kosten voor CPE aanzienlijk hoger zijn dan in geval van ADSL;
- De aanname dat een alternatieve aanbieder een marktaandeel heeft van 10 procent in het dekkingsgebied klopt niet;
- Voorts gaat het rapport uit van een niet-realistisch migratiescenario. De migratie zal eerder geleidelijk gaan dan dat alle klanten in een gebied direct zullen overstappen.

133. **Online** steunt de analyse van het college met betrekking tot de toegangsverplichtingen op basis van MDF, SDF en ODF-access, maar plaatst de volgende kanttekeningen bij de ODF business case voor alternatieve aanbieders:

- de studie van Analysys Mason biedt onvoldoende basis voor de vaststelling door het college dat alternatieve aanbieders een winstgevende business case zouden hebben voor ontbundelde toegang via FttH op basis van ODF-access.

- Een toegangsverplichting kan alleen zinvol zijn wanneer de toegangspunten zich grosso modo op hetzelfde niveau bevinden als thans het geval is bij MDF-access. Analysys gaat er bij gebrek aan voldoende kennis vanuit dat KPN ODF-access zal aanbieden vanuit bestaande MDF-centrales. Het college zou een dergelijke voorwaarde moeten opnemen in het ontwerpbesluit, indien ODF-access niet vanuit MDF-centrales wordt aangeboden.
- De toegangsverplichting bevat ten onrechte geen toegang tot de bijbehorende ODF-backhaul. Het ontwerpbesluit zegt hier niets over en is dus onvoldoende gemotiveerd op dit punt. Het college gaat er gemakshalve vanuit dat deze toegangspunten zich op dezelfde locatie bevinden als bij MDF-access. De eerste signalen wijzen er echter op dat dit niet het geval is. Derhalve kan niet gesteld worden dat er een concurrerend alternatief is, zodat niet valt in te zien waarom ODF-backhaul, evenals SDF-backhaul geen bijbehorende faciliteit is.
- ODF kan niet gelden als een afneembaar (gereguleerd) alternatief. Als ODF geen volwaardig alternatief is, dan dient KPN een ander alternatief te bieden. Dit moet ook door regelgeving worden gefaciliteerd. De non-discriminatie verplichting van KPN mag niet in de weg staan aan het geven van een korting/compensatie voor migratie naar volwaardig alternatief via WBT over VDSL of over glasvezel.
- ODF-access kwalificeert eerst als een beschikbaar en afneembaar alternatief, wanneer de business case per individuele MDF-locatie gelijk blijft, in die zin dat de kosten per bestaande gebruiker niet stijgen. Deze eis geldt steeds wanneer het besluit spreekt over alternatieve vormen van dienstverlening.

134. Online merkt voorts op dat de business case waar Analysys Mason van uit gaat veel verder reikt dan de reguleringsperiode van het college, die drie jaar bestrijkt. Het college geeft geen zekerheid dat toegang tot galsvezel na drie jaar zal worden gereguleerd. Alternatieve partijen hebben hierdoor te maken met grote investeringonzekerheid. Dit pleit volgens Online voor een gefaseerde aanpak, waarbij in de eerste fase toegang op basis van wholesale dienstverlening wordt geboden, om daarna bij voldoende marktvraag over te stappen naar ontbundelde toegang.

135. Het **college** verwijst in dit kader in de eerste plaats naar het onderdeel ‘*Marktafbakening*’ van deze Nota van Bevindingen, waar het college mede op basis van door Analysys Mason verrichte vervolgonderzoek uitlegt de conclusie te handhaven dat ODF-access onderdeel is van de markt voor ontbundelde toegang. Het college is van mening dat ODF-access op zijn eigen merites beoordeeld dient te worden. Hierbij is van belang of alternatieve aanbieders op basis van de inkoop van ODF-access een positieve business case kunnen realiseren. Hierbij zijn niet alleen de kosten, maar ook de opbrengsten van belang die op basis van ODF-access gerealiseerd kunnen worden. In dit licht merkt het college op dat met glasvezel ‘meer’ mogelijk is dan met koper (bijvoorbeeld hogere snelheden en toevoeging van analoge TV) waardoor tegenover hogere kosten potentieel ook hogere opbrengsten staan.

136. Het college benadrukt dat het reguleringskader dat uitgaat van perioden van 3 jaar niet de opening biedt om nu reeds vooruit te lopen op beslissingen na de eerstkomende reguleringsperiode van 3 jaar, zoals Online bepleit. Het college is er zich van bewust dat partijen dit kunnen percipieren als reguleringsonzekerheid, maar benadrukt dat hier feitelijk geen andere situatie is dan ten tijde van de kopergebaseerde concurrentie, ook toen was reeds sprake van een terugverdiendtijd van investeringen van langer dan drie jaar. Ook bij de komende reguleringsperiode gaat het college daarom uit van een prospectieve analyse over deze periode zoals gebruikelijk. Vanuit dat kader bezien staat het college op het standpunt dat er voldoende grond is dat er reeds in de komende reguleringsperiode sprake is van een positieve business case op ODF voor andere aanbieders dan KPN.

ODF - strategisch productontwerp

137. **ACT** is van mening dat de nadere specificaties met betrekking tot de toegangsverplichting MDF-, SDF- en ODF-access onvoldoende waarborgen bevatten tegen strategisch productontwerp. ACT licht toe dat de netwerkarchitectuur van glasvezelnetwerken bepalend kan zijn voor een business case voor alternatieve aanbieders. Hieraan wordt in het ontwerpbesluit geen of nauwelijks aandacht besteed. ACT acht van groot belang dat alternatieve aanbieders betrokken worden bij de keuzes of KPN haar dienst bij uitfasering van MDF-access zal voortzetten op basis van SDF-access of ODF-access.

138. **ACT** verzoekt het college om in het definitieve besluit te bepalen dat alternatieve partijen betrokken worden bij de besluitvorming met betrekking tot netwerkarchitectuur, waarbij de belangen van alle betrokkenen op evenwichtige wijze dienen te worden behartigd. Daarbij dient het college zonodig op pro-actieve wijze een sturende rol in te nemen. Te allen tijde dient voorkomen te worden dat alternatieve aanbieders in feite toegang wordt geweigerd, of althans onmogelijk wordt gemaakt op grond van technische en/of economische keuzes die KPN in haar netwerkarchitectuur en/of dienstverlening maakt.

139. Het **college** hanteert het uitgangspunt dat KPN in beginsel zelf beslist over de wijze waarop ze haar netwerk wenst in te richten en te exploiteren. Er kan daarbij geen sprake zijn van een ongerechtvaardigde inbreuk op de rechten die een onderneming heeft op het eigen netwerk. Echter gegeven de AMM-positie van KPN op de markt voor ontbundelde toegang en het doel van het regelgevend kader om een situatie van daadwerkelijke concurrentie te bewerkstelligen, kan het passend zijn verplichtingen op te leggen die er toe nopen in meer of mindere mate af te wijken van dit uitgangspunt. In randnummer 625 van het ontwerpbesluit is door het college reeds aangegeven dat de toegangsverplichting zich ook strekt tot een verbod op strategisch productontwerp. Het college acht het echter niet op zijn plaats deze afwijking reeds in dit besluit verder tot in detail uit te werken. Veel eerder ziet het college het op zijn plaats om deze issues samen met marktpartijen nader te adresseren in een Industry Group in het kader van de totstandkoming van een referentieaanbod ODF.

ODF verplichtingen

140. **KPN** is van mening dat het disproportioneel is om de gemeenschappelijke onderneming KPN/Reggefiber verplichtingen op te leggen, die verder strekken dan non-discriminatie. Bovendien maakt ODF-access in komende reguleringsperiode een dusdanig klein deel uit van de totale markt voor ontbundelde toegang, dat enige vorm van regulering disproportioneel is. KPN zal ook niet in staat zijn te voldoen aan de verplichtingen zoals het college deze oplegt, aangezien KPN niet zelf het eigendom over het FttH netwerk zal hebben. KPN stelt dat, als regulering al noodzakelijk zou zijn, een verplichting tot non-discriminatie een minder vergaande maatregel zou zijn, die wel zou leiden tot het beoogde doel van het waarborgen van eerlijke concurrentie verhoudingen. Een non-discriminatieverplichting die in de weg zou staan aan een geografische of andere prijsdifferentiatie is niet passend. Er kan namelijk sprake zijn van objectieve verschillen in regionale omstandigheden die een dergelijke differentiatie rechtvaardigen.

141. **Reggefiber** meent dat haar businessmodel positieve effecten zal hebben op de betrokken (toegangs)markten. In eerste plaats gaat het om toegang voor derden binnen het open wholesale model van de gemeenschappelijke onderneming. Door de komst van glasvezel zal er ook in de toekomst infrastructuurconcurrentie zijn.

142. Reggefiber stelt dat het afnemen van ODF-access marktpartijen in staat stelt om actieve operator op het glasvezelnetwerk van Reggefiber te worden. De belichtingsapparatuur die noodzakelijk is om actieve operator te worden is de afgelopen jaren goedkoper geworden. Bovendien is ODF-access een goed alternatief voor MDF-access en SDF-access. SLU -access zal op ten hoogste 28.000 toegangspunten in Nederland worden geboden, terwijl het aantal te verwachten ODF toegangspunten, bij een volledige nationale uitrol van een glasvezelnetwerk circa 2000 zal zijn. Dit betekent dat voor marktpartijen de investeringen benodigd voor ODF-access goedkoper zijn dan voor SLU-access.

143. Reggefiber benadrukt dat zij een belang heeft bij meerdere actieve operators. Zij heeft een belang om zoveel mogelijk actieve aansluitingen te hebben waarvoor een model met meerdere concurrerende actieve operators betere waarborg biedt. ODF-access wordt aan derden geboden onder dezelfde voorwaarden als de ODF-overeenkomst, zoals aangegaan met KPN. Deze situatie verandert niet na het aangaan van een samenwerking met KPN. Daarnaast stelt Reggefiber dat zij ook in de toekomst alleen een business case heeft, als er een penetratiegraad van minstens 50 procent wordt bereikt en dat hiervoor de (retail) installed base van alleen KPN niet voldoende is.

144. Het **college** benadrukt dat er geen sprake is van een aparte markt voor toegang tot glazen aansluitnetwerken. Zoals reeds betoogd in paragraaf 8.5.3 van het ontwerpbesluit maakt ODF-access deel uit van een de markt voor ontbundelde toegang die zowel MDF-access, SDF-access als ODF-access omvat. Het college heeft geconcludeerd dat KPN op deze markt beschikt over AMM en aan KPN geschikt en noodzakelijke verplichtingen opgelegd.

ODF-backhaul

145. **ACT** is van mening dat het college in het kader van ODF-access in het geheel voorbijgaat aan het backhaul aspect, terwijl er nog geen duidelijkheid bestaat over het toegangsniveau voor ODF-access alsmede de topologie van de ODF-access knooppunten. ACT stelt dat de ODF-backhaul faciliteit, evenals SDF-backhaul, voor regulering in aanmerking komt, daar waar buiten het KPN aanbod geen alternatief aanbod beschikbaar is. Daarmee is voldaan aan de criteria voor regulering van ODF-backhaul als bijbehorende faciliteit. Het college dient deze aanvulling expliciet op te nemen in de het kader van de toegangsverplichting.

146. **KPN in dupliek** op ACT en Online geeft aan op dit moment geen reden te zien om over te gaan op regulering van ODF-backhaul. Volgens KPN zal de schaalgrootte van ODF-access toegangspunten ongeveer **[VERTROUWELIJK XXXXXXXXXXXXX]** groter zijn dan die van SDF-access toegangspunten. ODF-afnemers kunnen dan ook een rendabele business case hebben op basis van inkoop van backhaul bij derden. KPN wijst er op dat glasnetwerken thans nog niet zijn uitgerold en dus niet op voorhand te zeggen is dat geen marktconform aanbod ODF-backhaul zal komen van een derde partij. Bovendien heeft het college de mogelijkheid om op een later moment alsnog over te gaan tot regulering van ODF-backhaul.

147. Het **college** heeft geconstateerd dat de door KPN/Reggefiber geplande ODF-locaties op een lager niveau in het netwerk komen te liggen, dan het college op het moment van publicatie van de ontwerpbesluiten aannam. Naar nu blijkt zijn in het netwerkontwerp van KPN/Reggefiber wel knooppunten opgenomen op een niveau van de MDF (aangeduid als "City PoP"). De feitelijke ODF's bevinden zich dan op een niveau tussen CityPop en de eindgebruikers. Voor deze verbindingen tussen dit lagere ODF-niveau en het niveau van CityPop/MDF is geen sprake van concurrerende trunkverbindingen. Deze problematiek is in belangrijke mate vergelijkbaar met die voor SDF-backhaul. Het college acht het geschikt en noodzakelijk om ODF-backhaul als bijbehorende faciliteit bij ODF-access aan te merken voor het netwerkdeel tussen de CityPop/MDF-niveau en de ODF. Het gedeelte van de ODF-backhaul dat betrekking heeft op verbindingen vanaf het niveau van MDF/CityPop naar hogere gelegen delen in het netwerk acht het college concurrerend. Dit deel van het netwerk blijft onderdeel uitmaken van de (niet gereguleerde) trunkmarkt. Het college verwijst voor een analyse van de trunkmarkt naar het marktanalysebesluit Huurlijnen.

148. Het college constateert dat KPN in haar dupliek aangeeft dat er op enig moment reden is om over te gaan tot regulering van ODF-backhaul, maar dat regulering nu niet opportuun is. In de door KPN geopperde mogelijkheid om pas ODF-backhaul te gaan reguleren bij geconstateerde toetredingsproblemen, ziet het college het gevaar van significante verstoring van een level playing field bij de uitrol van ODF-infrastructuur door een AMM-partij. Juist bij de uitrol van glas als nieuwe uitvoeringsvorm van infrastructuur hecht het college sterk belang aan gelijke kansen voor toetreding van meerdere actieve operators. Daarnaast constateert het college dat Reggefiber als belangrijke aanbieder van backhaul juist bij ODF als onafhankelijk alternatief mogelijk kan wegvallen als gevolg van de door KPN met Reggefiber voorgenomen samenwerking. Om genoemde redenen acht het college het dan ook noodzakelijk om ODF-backhaul te reguleren om te waarborgen dat niet reeds bij voorbaat sprake zal zijn van ineffectieve ODF-regulering. Het college past het ontwerpbesluit op dit punt aan.

Verplichtingen voor FttO

149. **ACT** stelt dat ODF-access naast FttH/FttB ook FttO dient te omvatten, ook in kader van een volwaardig alternatief voor de uitfasering van MDF dienstverlening.

150. Het **college** verwijst naar zijn reactie in het kader van de bedenkingen van partijen bij de marktafbakening. Het college verduidelijkt daar welke diensten wel en niet tot de markt voor ontbundelde toegang en daarmee ODF-access behoren.

On-net en near-net toegang

151. **ACT** stelt zich op het standpunt dat - evenals bij het ontwerpbesluit Huurlijnen - de toegangsverplichting niet alleen het aanleggen van on-net, maar ook near-net aansluitingen dient te omvatten. Dit is in het bijzonder van belang omdat ACT van mening is dat FttO tevens deel dient uit te maken van de markt voor ontbundelde toegang. Eventuele verschillen in aanlegkosten kunnen tot uitdrukking komen in de gereguleerde tarieven. KPN zou de redelijkheid van de opgegeven aanlegkosten van de incidentele gevallen van toegangsweigering moeten motiveren.

152. **KPN** geeft in haar **dupliek** op ACT aan dat het college terecht heeft overwogen dat KPN niet wordt verplicht tot het leveren van een glasaansluitlijn naar een eindgebruiker die geen afnemer van glas is bij KPN. KPN benadrukt dat het bij deze aansluitingen gaat om relatief korte glasverbindingen en dat het onwaarschijnlijk is dat deze verbinding een aanzienlijk slechtere SLA zou opleveren, indien er geen regulering is. KPN geeft daarnaast aan dat het aanleggen van een aansluitlijn geen telecommunicatiedienst is maar een graafwerkzaamheid, en om deze reden buiten de werkingssfeer van de Telecommunicatiewet zou vallen.

153. Het **college** bevestigt dat in het marktanalysebesluit Huurlijnen aan KPN voor een wholesale zakelijke glasaansluiting een verplichting wordt opgelegd om het andere wholesale aanbieders mogelijk te maken om 'near-net' locaties aan te sluiten op het netwerk van KPN via een eigen glasvezel (toegang tot de 'man-hole'). In verband met het feit dat ook FttO onder de regulering van ontbundelde toegang valt, zal het college deze near-net verplichting tevens in het definitieve besluit ontbundelde toegang opnemen.

154. Het college onderschrijft de dupliek van KPN op ACT in die zin dat het college geen reden ziet om KPN een verplichting tot het aanleggen van glazen aansluitlijnen (zgn. on-net aansluitingen) op het leggen. Daarentegen wordt het belang van andere aanbieders om de zogenaamde "near-net"-locaties te kunnen ontsluiten dusdanig groot geacht, dat in onderhavig marktanalysebesluit aansluiting is gezocht bij de regulering inzake near-net in het marktanalysebesluit Huurlijnen.

Extended tiecable

155. **Tele2** doet een uitdrukkelijk verzoek aan het college om de extended tiecable optie specifiek te noemen als alternatief voor MDF-access bij het onderwerp alternatieven waaraan KPN moet meewerken.

156. Het **college** geeft aan dat niets partijen in de weg staat om bij KPN een redelijk verzoek tot deze toegangsvorm in te dienen. De extended tiecable is niet anders dan een bepaalde uitvoeringsvorm van ontbundelde toegang op het niveau van de hoofdverdelers. Indien de extended tiecable wordt afgenomen, is er sprake van continuering van MDF-access. Het college benadrukt dat de randvoorwaarden uitfasering eerst van toepassing zijn in die gevallen dat er concreet sprake is van uitfasering MDF-access dan wel SDF-access. Het college heeft in dat licht deze toegangsvorm niet als afneembaar alternatief meegenomen in het kader van de randvoorwaarden voor uitfasering.

Randvoorwaarden intrekking reeds verleende toegang

Algemeen

157. **ACT** onderschrijft het voorstel van het college om de randvoorwaarden inzake 'intrekking reeds verleende toegang' nader uit te werken in een Industry Group en op te nemen in het referentieaanbod. Een pro-actieve en sturende rol van het college acht ACT daarbij echter essentieel.

158. **Online** heeft veel waardering voor de door het college gestelde randvoorwaarden voor uitfasering en ontmanteling van MDF-centrales en beëindiging van gedeelde toegang. De belangrijkste is de voorwaarde dat er een 'afneembaar (gereguleerd) alternatief' voor handen is. Online acht het onwaarschijnlijk dat de onderhandelingen tussen Online en KPN binnen afzienbare tijd zullen leiden tot overeenstemming over een volwaardig alternatief voor MDF-access. Online roept het college op om ruim voordat de toegang tot centrales wordt ingetrokken, duidelijkheid te geven over de voorwaarden waaraan een alternatief voor MDF-access moet voldoen.

159. Online is voorts van mening dat het besluit aandacht dient te besteden aan het bestuursrechtelijke behandelings- en beoordelingskader van MDF-sluitingsverzoeken van KPN, waardoor de positie van afnemers beter is gewaarborgd.

160. Het **college** licht toe dat de in het ontwerpbesluit opgenomen randvoorwaarden tot doel hebben om een beoordelingskader te geven teneinde te kunnen bepalen in hoeverre de voorgenomen intrekking van de reeds verleende toegang door KPN op een bepaalde locatie redelijk is. Het college hecht daarnaast belang aan het organiseren van een Industry Group waarin partijen onderling tot een redelijke invulling van het referentieaanbod kunnen komen. De rol van het college zal mede afhankelijk zijn van de voortgang die partijen daarbij maken. Het college benadrukt dat het de voorkeur verdient dat partijen in goed onderling overleg tot afspraken komen over het migreren van hun bestaande dienstverlening naar alternatieve afneembare aanbiedingen.

MDF Migration Agreement

161. **KPN** constateert dat het college de intrekking van de MDF-access dienstverlening door KPN wil onderwerpen aan toestemming door het college. Hierbij noemt het college een aantal uitgangspunten waarin hij een verzoek zal toetsen. KPN acht deze toetsing echter overbodig, omdat KPN in haar openbaar aanbod MDF Migration Agreement al heeft opgenomen dat er procedures worden gevolgd om de uitfasering van centrales en MDF-access dienstverlening goed te laten verlopen. Aanvullende regulering door het college met betrekking tot MDF-migraties is derhalve niet noodzakelijk.

162. **ACT** verzoekt het college om in het definitieve besluit te waarborgen dat bepaalde afspraken naar aanleiding van de All-IP onderhandelingen niet ondermijnd worden. Dergelijke afspraken dienen als ondergrens te worden beschouwd bij het vaststellen van randvoorwaarden.

163. **Online** meent dat het college voorbij gaat aan de stand van zaken van de onderhandelingen met betrekking tot de MDF Migration Agreement. Op hoofdlijnen waren er 2 sporen in de onderhandelingen: (i) afspraken over continuering MDF-access (aantal locaties, voorwaarden en tarieven) en (ii) afspraken over een volwaardig alternatief. Ten onrechte wordt het onderhandelingsresultaat door het college niet meegenomen als startpunt van de verplichtingen. Dit betreft onder andere de vergoeding van de gemaakte kosten bij migratie van MDF naar WBA of mini-MDF, afspraken over tarieven voor MDF en colocatie, locaties waar MDF-access in ieder geval wordt gecontinueerd, invulling van voorwaarden voor beëindiging linesharing, aanbod voor extended tiecable oplossing en swaps apparatuur. Het college zou de stand van zaken als startpunt moeten nemen bij het opleggen van verplichtingen nu de kans reëel is dat er geen overeenstemming met KPN wordt bereikt.

164. Online constateert dat het college op een aantal plaatsen in de randvoorwaarden bepaalt dat KPN geen kosten in rekening mag brengen. Online zou het daarnaast redelijk vinden wanneer door KPN kosten worden vergoed die Online in redelijkheid moet maken. Dit zou ook in lijn zijn met de huidige besprekingen in kader van de MDF Migration Agreement.

165. Het **college** heeft in het ontwerpbesluit al aangegeven veel waardering te hebben voor hetgeen partijen met elkaar hebben bereikt in het onderhandelingstraject. Het college heeft echter moeten vaststellen dat partijen op een aantal essentiële punten geen overeenstemming hebben kunnen bereiken, met als gevolg dat het college er zelf toe is overgegaan om verplichtingen aan KPN op te leggen. Het is uiteraard niet de bedoeling van het college om de onderhandelingsresultaten van partijen te ondermijnen. Het college gaat er dan ook vanuit dat de punten waarover marktpartijen wel overeenstemming bereikt hebben, en die niet strijdig zijn met de door het college aan KPN opgelegde verplichtingen, door KPN in een referentieaanbod worden opgenomen. Het college zal bij de hieronder specifiek genoemde randvoorwaarden nader ingaan op de door marktpartijen naar voren gebrachte bedenkingen en zal daarbij aangeven in hoeverre het college rekening zal houden met de reeds bereikte principe afspraken.

Redelijke aankondigingstermijnen

166. **ACT** geeft aan dat zij een aankondigingstermijn van minimaal 3 jaar vanaf het moment van aankondiging tot de daadwerkelijke uitfasering van MDF-access redelijk en noodzakelijk acht in verband met langlopende contracten en het onderzoeken van een volwaardig alternatief. Deze zienswijze wordt mede ondersteund door het rapport van TNO van 21 december 2006. ACT is bovendien van mening dat een aankondiging door KPN pas kan worden gedaan nadat er volwaardige alternatieve aanbiedingen technisch en commercieel gespecificeerd zijn.

167. **Online** onderschrijft de overweging van het college in randnummer 635 van het ontwerpbesluit dat de termijn voor aankondiging van alternatieve dienstverlening in bepaalde situaties langer dient te zijn dan 24 maanden. Een redelijke termijn voor het doen van een dergelijke aanbieding zou drie jaar moeten bedragen.

168. Het **college** verwijst naar randvoorwaarde 635 van het ontwerpbesluit waarin een aankondigingstermijn van minimaal 24 maanden in beginsel niet onredelijk wordt geacht door het college. De ACT partijen brengen daarentegen naar voren dat zij een termijn van minimaal drie jaar vanaf moment van aankondiging tot daadwerkelijke uitfasering redelijk achten. Het college is van oordeel dat een aankondigingstermijn van 24 maanden in beginsel een redelijk uitgangspunt is, echter kan zich voorstellen dat de andere aanbieders een langere aankondigingstermijn noodzakelijk achten. Van de specifieke situatie op een locatie zal derhalve afhangen of een langere termijn tot het moment van uitfasering in redelijkheid gerechtvaardigd is. De verschillende randvoorwaarden (o.a. beschikbaarheid en afneembaarheid van alternatieven en gelijke behandeling uitfasering KPN diensten) vertonen een duidelijke samenhang met elkaar en kunnen derhalve niet los van elkaar beoordeeld worden.

Beschikbaarheid en afneembaarheid van (gereguleerde) alternatieven

169. **ACT** is van mening dat er volwaardige alternatieve aanbiedingen dienen te zijn voor alle op koper gebaseerde diensten (incl. huurlijnen), die technisch en commercieel gespecificeerd zijn op het moment van aankondiging van de uitfasering. ACT acht het bovendien noodzakelijk dat een dergelijk aanbod 2 jaar voorafgaand aan uitfasering effectief afneembaar is; bovendien is ACT van mening dat het college bij de beoordeling van het verzoek tot uitfasering de beschikbare alternatieven dient mee te wegen en zolang er onvoldoende alternatieven zijn, de uitfasering geen doorgang kan vinden. ACT is voorts van mening dat de beschikbaarheid van WBT en huurlijnen eveneens als voorwaarde bij de beoordeling dient te gelden en niet alleen de beschikbaarheid van SDF en/of ODF-access.

170. Het **college** heeft in het ontwerpbesluit aangegeven dat intrekking van de reeds verleende toegang (tot faciliteiten) in beginsel gekoppeld wordt aan het moment dat SDF-access dan wel ODF-access als alternatieve vormen van ontbundelde toegang daadwerkelijk beschikbaar en afneembaar zijn in het (nummer)centralegebied van de uit te faseren MDF. Het college wijst er op dat afneembare alternatieven zoals SDF en ODF niet altijd direct geleverd kunnen worden, maar pas op een later moment daadwerkelijk beschikbaar zijn. Het college is van oordeel dat zodra bij KPN bekend is welke alternatieve vormen in een bepaald gebied afneembaar worden, ongeacht de exacte datum dat de diensten daadwerkelijk beschikbaar zijn, zij dit aan partijen dient kenbaar te maken en gelijktijdig dient op te nemen in

haar planningoverzicht bij het referentieaanbod. Voorzover er voor bepaalde afneembare alternatieven nog geen referentieaanbod is, dient KPN dit onverwijld in een referentieaanbod op te nemen.

171. In aansluiting op het vorige randnummer wijst het college er op dat de in randnummer 635 van het ontwerpbesluit bedoelde verplichting van redelijke termijnen tevens van toepassing is op de redelijke besluitvormingstermijn die aan wholesaleafnemers gegund dient te worden om kenbaar te maken naar welke alternatieve vorm zij wensen te migreren. Ten aanzien van de aankondiging van de daadwerkelijke ingangsdatum van nieuwe en gewijzigde afneembare diensten verwijst het college naar de transparantieverplichting voor KPN in paragraaf 11.6 van het definitieve besluit.

Gelijke behandeling uitfasering KPN diensten

172. **KPN** stelt zich op het standpunt dat de door het college geformuleerde eis van 'gelijktijdigheid' voor uitfasering van diensten ('zolang KPN zelf gebruik maakt van het koperen aansluitnetwerk voor haar eigen dienstverlening, moet zij haar netwerk ook aan anderen ter beschikking stellen') te ruim is geformuleerd. Het uitgangspunt van gelijktijdigheid moet gelden voor diensten die via de MDF worden geleverd. Als het uitgangspunt van gelijktijdigheid ook zou gelden voor andere diensten, die via de aansluitlijn worden geboden door KPN, is er sprake van een niet-passende maatregel. Overigens stelt KPN dat het beginsel van gelijktijdigheid reeds is opgenomen in artikel 1.4 van het openbaar aanbod voor een MDF Migration Agreement.

173. **ACT** is van mening dat uitfasering alleen kan worden toegestaan als KPN de MDF-locatie zelf ook verlaat en de voortzetting van de dienstverlening derhalve in redelijkheid niet langer van KPN kan worden verwacht. ACT acht het door KPN in haar brief van 29 juli 2008 genoemde 'All together principe' niet juist. KPN dwingt andere partijen om te stoppen op het moment dat KPN ook stopt met MDF-dienstverlening en maakt daarmee de alternatieve dienstverleners volledig afhankelijk van haar eigen commerciële keuzes. Op veel uit te faseren locaties blijkt dat KPN voornemens is de locatie te gebruiken voor toegang op zakelijke cityringen en als Fibre Concentration Point (FCP) ten behoeve van SDF en/of ODF. ACT acht het onaanvaardbaar dat een MDF-afnemer wordt gedwongen een locatie te ontruimen terwijl KPN haar activiteiten (ongeacht welke) op deze locaties voortzet. Daarnaast is ACT van mening dat het niet acceptabel is dat het recht op MDF-dienstverlening wordt ingetrokken op een MCL en MBL (metrobridge-locatie), waar alternatieve DSL aanbieders (nog) niet aanwezig zijn. Ten slotte wijst **ACT** het college nog op de mogelijke 'sale & lease back constructies' met betrekking tot de MDF-centrales. ACT maakt zich zorgen over de houding die KPN in het proces inneemt en benadrukt het belang van de pro-actieve rol van het college in deze.

174. ACT verzoekt het college in haar definitieve besluit te bepalen dat het aanbod van gedeelde en volledige ontbundeling dient te worden voortgezet, ook nadat KPN zelf is gestopt met het aanbieden van bepaalde retail dienstverlening zoals PSTN. ACT is van mening dat KPN gedeelde fysieke toegang op een locatie moet aanbieden totdat dit in redelijkheid niet meer van KPN is te verlangen. Hiervan is geen sprake zolang er vraag is naar deze vorm van toegang en

zolang KPN beschikt over netwerkfaciliteiten (MDF en SDF locaties) om deze toegang aan te bieden.

175. Het **college** licht in randnummer 637 van het ontwerpbesluit toe dat het onredelijk zou zijn als de dienstverlening van andere aanbieders op het koperen aansluitnetwerk eerder zou worden uitgefaseerd dan overige vormen van dienstverlening die KPN aan klanten aanbiedt. Het college is het oneens met het standpunt van KPN dat er sprake is van een niet-passende maatregel om andere aanbieders gebruik te laten maken van het koperen netwerk, zolang KPN zelf van het koperen netwerk gebruikmaakt. De meer beperkte uitleg die KPN aan het beginsel van gelijkheid geeft, is naar het oordeel van het college strijdig met de doelstelling en de reikwijdte van de non-discriminatie verplichting die in het ontwerpbesluit aan KPN wordt opgelegd. Het college is verder van oordeel dat de uitleg die ACT aan de randvoorwaarde 'gelijke behandeling uitsluiting' geeft, te ruim is geformuleerd. De reikwijdte van de voorwaarde is beperkt tot dienstverlening over de koperen aansluitlijnen en de faciliteiten die direct daarmee in verband staan. Dit laat onverlet dat KPN de andere aanbieders wel de mogelijkheid dient te bieden om op de desbetreffende locaties volwaardige andere diensten (bijvoorbeeld op basis van ODF-access) van KPN af te nemen.

Heldere procesafspraken over uitsluiting-en overlaytermijnen

176. **ACT** onderschrijft de noodzaak van dergelijke procesafspraken. Migratie kan pas plaatsvinden nadat overeenstemming is bereikt over de procesafspraken en zowel KPN als de alternatieve aanbieder(s) redelijkerwijs in staat zijn om de migratie te realiseren. Mocht er geen overeenstemming worden bereikt, dan dient KPN de faciliteit in stand te houden. ACT benadrukt dat voorkomen dient te worden dat KPN het onderhandelingsproces aanwendt om te traineren en de dienstverlening te staken (vgl. de situatie indertijd ten aanzien van CPS).

177. Het **college** benadrukt het belang voor partijen om afspraken te maken over planning en de invulling van de procesafspraken. Deze procesafspraken dienen tijdig te worden gemaakt tussen partijen en KPN in de zin dat de alternatieve aanbieders redelijkerwijs in staat zijn om de migratie te realiseren.

Redelijke kwaliteit en garantie van dienstverlening

178. **ACT** acht de service niveaus in het kader van migraties van ten minste zo groot belang als voor de reguliere dienstverlening. Ook hiervoor dienen garanties, inclusief boetebeding ingeval van het niet voldoen aan minimum niveaus, door KPN te worden verstrekt.

179. Ook **Online** pleit in aanvulling op de non-discriminatie verplichting met betrekking tot kwaliteit en garantie van dienstverlening (randnummer 639) ook voor een verplichting om servicelevels af te spreken, die afdwingbaar zijn met behulp van een boetebeding. Dit draagt bij aan de vereiste transparantie met betrekking tot kwaliteit van dienstverlening, ook richting eindgebruikers van afnemers van alternatieve aanbieders.

180. Het **college** verwijst naar randnummer 660 van het ontwerpbesluit (invulling van de non-discriminatie verplichting) waarin een uitgebreide bepaling is opgenomen dat KPN ten aanzien van diensten en faciliteiten die zij levert aan wholesale afnemers hetzelfde kwaliteitsniveau dient af te geven als ten aanzien van de diensten die KPN aan haar eindgebruikers afgeeft. Dit principe is op gelijke wijze van toepassing op de kwaliteit en garantie van dienstverlening in het kader van de migratie. De ACT partijen verzoeken daarnaast nog om het opnemen van service levels en het afdwingbaar maken daarvan met behulp van een boetebeding. Het college wijst er op dat KPN de verplichting heeft om in haar referentieaanbod (randnummer 680, onderdeel D6) een voorstel voor een boetebeding op te nemen, ingeval er niet wordt voldaan aan de minimum kwaliteits- en serviceniveaus. Deze afspraken dienen op gelijke wijze te gelden voor de dienstverlening in het kader van de migratie.

Redelijke termijn publicatie planningsoverzicht uitfasering van MDF en SDF-locaties

181. **ACT** acht het van essentieel belang dat KPN dit planningsoverzicht periodiek (maandelijks) in actuele vorm aan alternatieve aanbieders beschikbaar stelt. Alternatieve aanbieders dienen over hetzelfde informatie-niveau te beschikken als KPN zelf (zowel retail als wholesale). Daarnaast onderstreept ACT het belang dat het college verplichtingen opneemt voor het geval KPN uitfasering aankondigt en de plannen vervolgens wijzigt of niet laat doorgaan. Dergelijke wijzigingen schaden alternatieve partijen in hoge mate. Een boetebeding is in dit kader passend en noodzakelijk om KPN te prikkelen om informatie over haar plannen zorgvuldig te communiceren.

182. Het **college** heeft bij de invulling van de non-discriminatie verplichting (randnummer 660 van het ontwerpbesluit) ten aanzien van het proces van informatieverstrekking als voorwaarde gesteld dat alle partijen (zowel KPN intern als de externe wholesale afnemers) gelijk behandeld dienen te worden en derhalve over hetzelfde kennisniveau dienen te beschikken. Aangezien KPN de prikkel heeft om informatie binnen haar eigen organisatie eerder te verstrekken dan aan andere marktpartijen, acht het college het redelijk om aan KPN de verplichting op te leggen om een periodiek planningsoverzicht te publiceren. ACT pleit voor een maandelijks planningsoverzicht van uit te faseren locaties, maar het college acht het veel meer redelijk dat het overzicht minimaal één keer per kwartaal door KPN wordt gepubliceerd. Deze termijn is mede ingegeven door de recente brief van KPN³⁶¹ die als bijlage een eerste lijst centrales bevat waar KPN in de periode tot en met 2011 gaat uitfaseren. Uitgaande van deze informatie lijkt het er op dat het aantal uit te faseren MDF-locaties in de komende reguleringsperiode beperkt zal zijn. De kwartaaltermijn betreft een minimum verplichting hetgeen er op neerkomt dat indien en voorzover binnen de termijn van 3 maanden belangrijke nieuwe informatie over uitfasering bij KPN bekend is, KPN dit terstond op haar website dient te publiceren en gelijktijdig de wholesale afnemers hiervan in kennis dient te stellen. De publicatieplicht geldt op gelijke wijze voor MDF-locaties waar sprake zal zijn van een overgang naar mini-MDF.

183. Voor de volledigheid merkt het college nog op dat het publiceren van een periodiek planningsoverzicht niet kan worden beschouwd als een impliciet verzoek aan het college tot het

³⁶¹ Brief van KPN aan de marktpartijen van 29 juli 2008.

intrekken van de reeds verleende toegang tot de desbetreffende MDF faciliteiten. Hiertoe zal KPN per uit te faseren locatie een expliciet verzoek bij het college moeten indienen, waarbij voldoende wordt onderbouwd dat aan de randvoorwaarden voor uitfasering en migratie wordt voldaan.

184. Het college wijst verder het verzoek van ACT van de hand om een boetebeding aan KPN op te leggen indien sprake is een wijziging en/of aanpassing van de planning van KPN omtrent de uitfasering van locaties.

Redelijke termijn publicatie overzicht beschikbaarheid SDF en ODF

185. **ACT** geeft aan dat de hiervoor dezelfde principes gelden, als voor de hierboven genoemde randvoorwaarden genoemd. Daarnaast benadrukt ACT dat alternatieve aanbieders betrokken dienen te worden in de besluitvorming omtrent de beschikbaarheid van SDF en ODF-access, en de bijbehorende faciliteiten SDF en ODF-backhaul.

186. **Online** lijkt het redelijk wanneer de door het college genoemde redelijke termijn voor publicatie van het overzicht van beschikbaarheid SDF en ODF (randnummer 641) wordt ingevuld. Daarnaast dient het college concrete criteria op te nemen voor alle relevante stadia bij het totstandkomen van FttH netwerken en ODF-access. Als voorbeeld kan vraagbundeling worden genoemd waarin KPN een aankondigingstermijn van 1 dag hanteerde om deel te nemen aan vraagbundeling. KPN dient minimaal een termijn van 3 maanden en ten minste 6 maanden te hanteren voordat het netwerk operationeel wordt. Online stelt voor deze stadia en de redelijke termijn uit te werken in het referentieaanbod ODF.

187. Het **college** verwijst naar zijn reactie in het voorgaande punt en is van oordeel dat voor het publicatieoverzicht inzake de beschikbaarheid van SDF en ODF eveneens een periodieke publicatieplicht van 3 maanden als een redelijke termijn dient te gelden. Evenals bij de uitfasering van locaties is dit een minimum verplichting hetgeen er op neerkomt dat indien en voorzover binnen de termijn van 3 maanden belangrijke nieuwe informatie over de beschikbaarheid van SDF en ODF-locaties bij KPN bekend is, KPN deze informatie terstond op haar website dient te publiceren en gelijktijdig de wholesale afnemers hiervan in kennis dient te stellen.

Uitbreiding randvoorwaarden intrekking reeds verleende toegang

Investeringsbescherming bij capaciteitsuitbreiding en investering in VDSL

188. **ACT** geeft aan dat indien haar vermoeden juist is, en MDF gedurende een relatief lange periode nog beschikbaar zal zijn, dat alternatieve aanbieders in staat gesteld dienen te worden om noodzakelijke investeringen in capaciteitsuitbreiding te doen en te investeren in toekomstige ontwikkelingen, zoals VDSL vanuit de MDF. ACT verzoekt het college om een investeringsbescherming voor een periode van 5 jaar in te stellen.

189. Ook **Online** geeft aan dat zij in het ontwerpbesluit aandacht mist voor waarborgen tot toekomstige investeringen in bestaande MDF-locaties. Het is voor Online van belang om een zekere mate van investeringsbescherming te genieten ingeval zij opteert voor uitbreiding van het aantal Dslam's op een MDF-locatie, of indien zij zou opteren voor VDSL diensten vanuit een bestaande VDSL locatie. Ten eerste zou Online graag zien dat het college een algemene verplichting opneemt om regelmatig de status van All-IP en glasvezelinitiatieven bekend te maken, inclusief de bepaling dat concurrenten rechten kunnen ontlenen aan de prognoses. Ten tweede meent Online dat KPN verplicht moet worden om een uitbreidingsaanvraag van marktpartijen te beantwoorden, hetzij met de garantie dat de betreffende MDF-locatie nog 5 jaar open blijft, hetzij met de mededeling dat de betreffende locatie wordt uitgefaseerd, onder vermelding van de sluitingsdatum. In het laatste geval dient er een sanctie te worden ontworpen indien de mededeling van KPN, dat de locatie wordt gesloten, naderhand onjuist blijkt te zijn.

190. Het **college** constateert dat de alternatieve aanbieders, met het oog op het feit dat MDF eventueel voor een langere periode nog beschikbaar zal zijn, een voorzetting van de dienstverlening overwegen om uitbreidingsinvesteringen dan wel investeringen in nieuwe standaarden zoals VDSL te doen. Deze partijen vragen hierbij om een investeringsbescherming van 5 jaar. Het college heeft in het ontwerpbesluit randvoorwaarden opgenomen met betrekking tot uitfasering van MDF-locaties, zulks met het oog op voorgenomen All-IP plannen van KPN en teneinde de continuïteit van de dienstverlening door de alternatieve aanbieders te waarborgen. Het college heeft hierbij een balans gezocht tussen aan de ene kant de ruimte geven aan KPN om te investeren in dienstverlening via nieuwe netwerken en de dienstverlening op oude netwerken uit te faseren en aan andere kant de bescherming van afnemers van toegang op bestaande netwerken. Het college heeft in het ontwerpbesluit aangegeven dat hij de door KPN voorgestelde aankondigingstermijn van 24 maanden alvorens een MDF-centrale kan worden uitgefaseerd in beginsel niet onredelijk acht, maar zich kan voorstellen dat dat andere aanbieders een langere aankondigingstermijn noodzakelijk achten.

191. Een termijn van 5 jaar acht het college onredelijk, omdat KPN daarmee de facto verplicht wordt haar investeringen in haar nieuwe netwerk te vertragen of een onredelijk lange overlay situatie te laten bestaan. Daarnaast werkt dit strategisch gedrag in hand. Afnemers van MDF-access kunnen 'strategisch' het aantal Dslams uitbreiden en daardoor uitfasering uitstellen. Ten overvloede zij nog opgemerkt dat het college slechts verplichtingen kan opleggen voor de reguleringsperiode van 3 jaar en derhalve geen besluiten kan nemen die een langere periode bestrijken. Het college adviseert de alternatieve aanbieders dan ook om zelf met KPN afspraken te maken ten aanzien van de minimale duur dat zij de dienstverlening op de desbetreffende locatie kunnen voortzetten.

Migratiekosten

192. **ACT** merkt op dat [VERTROUWELIJK:

XX

XX

XX

XX

wholesaleafnemers bij de gedwongen verhuizing in rekening worden gebracht. Hierbij kan o.a. gedacht worden aan kosten met betrekking tot de wholesaledienst van KPN, zoals tarieven voor sip-stift migraties. Het college zal de tekst van het ontwerpbesluit op dit punt verduidelijken.

197. Ten aanzien van directe kosten die door de marktpartijen zelf worden gemaakt in het kader van de gedwongen interne verhuizing verwijst het college graag naar de afspraken hieromtrent tussen KPN en marktpartijen, welke in de MoU's tussen partijen als ook in het openbare aanbod MDF Migration Agreement zijn opgenomen. Het college gaat er vanuit dat deze afspraken door KPN in het referentieaanbod worden opgenomen.

Randvoorwaarden intrekking gedeelde toegang

Level playing field inzake klantmigraties

198. **ACT** acht van belang dat bij uitfasering van 'gedeelde toegang' een level playing field wordt gecreëerd en dat KPN verplicht wordt om op transparante wijze en met inachtneming van redelijke aankondigingstermijnen te communiceren over eventuele uitfasering. ACT memoreert het CPS dossier waarbij KPN in een aankondiging over uitfasering van de CPS dienst meteen een agressief bod voor een vervangende dienst had opgenomen, waardoor de CPS aanbieders vele klanten hebben verloren. ACT verzoekt het college om aan de in randnummer 646/649 genoemde randvoorwaarden voor intrekking van gedeelde toegang, toe te voegen dat (i) KPN redelijke aankondigingstermijnen voor uitfasering in acht dient te nemen waarbij alternatieve aanbieders gelijktijdig in staat worden gesteld om een aanbod te doen en (ii) KPN de PSTN klantenbestanden niet exclusief mag gebruiken voor het werven van breedbandklanten en deze ook ter beschikking dient te stellen aan alternatieve aanbieders.

199. **Online** stelt zich op het standpunt dat KPN verboden moet worden om de retailklanten te benaderen voordat afspraken zijn gemaakt over klantmigraties en deze afspraken bovendien zijn getoetst door het college.

200. Het **college** onderkent het belang van een level playing field voor alternatieve aanbieders bij de uitfasering van gedeelde toegang. Het college betwijfelt echter in grote mate of het opleggen van een additionele randvoorwaarde dat KPN 'redelijke aankondigingstermijnen' in acht dient te nemen, zinvol is. Daarmee kan immers niet worden voorkomen dat KPN op een eerder moment dan de andere partijen in staat is om een aanbod aan haar klanten te doen. Het college vindt het een gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen om terzake eerlijke gedragsregels op te stellen. Indien in de praktijk bij de uitfasering op specifieke locaties blijkt dat één of meerdere partijen zich niet conform deze regels hebben gedragen, dan zal dit zeker door het college worden meegewogen in haar beoordeling van toekomstige intrekkingverzoeken van KPN.

Ten slotte merkt het college op dat hij ACT niet kan volgen in haar redenering dat KPN de PSTN klantenbestanden aan haar wholesaleafnemers ter beschikking dient te stellen. De ACT beschikken immers over eigen klantenbestanden van hun breedbandklanten. Ten overvloede wijst het college erop dat vanuit die invalshoek aanbieders van breedbanddiensten over

gegevens beschikken met betrekking tot welke klanten een shared line afnemen en klaarblijkelijk een PSTN-dienst (bij een andere aanbieder) afnemen. Het college wijst dit verzoek dan ook als onredelijk van de hand.

Migratiekosten

201. **Online** constateert dat waar het gaat over gedwongen migratie van linesharing naar ontbundelde toegang, KPN wordt verboden migratiekosten in rekening te brengen. Online meent dat KPN daarnaast de redelijke kosten van migratie zou moeten vergoeden aan alternatieve aanbieders.

202. Het **college** bevestigt dat het college in randnummer 649 als randvoorwaarde heeft opgenomen dat KPN als gevolg van de gedwongen migratie géén migratiekosten in rekening mag brengen voor de omzetting van gedeelde toegang naar een volledig ontbundelde lijn. Ten aanzien van de redelijke kosten die door de marktpartijen zelf worden gemaakt in het kader van de migratie verwijst het college graag naar de afspraken tussen KPN en marktpartijen over de directe kosten, welke in de MoU's tussen partijen als ook in het openbare aanbod MDF Migration Agreement zijn opgenomen. Het college gaat er vanuit dat deze afspraken door KPN in het referentieaanbod worden opgenomen.

5.3 De verplichting tot non-discriminatie

Tariefdifferentiatie

203. **KPN** wijst er op dat de business case voor ODF-access wordt gedreven door enerzijds de capex en anderzijds de tarieven. De tarieven zouden volgens KPN mee moeten bewegen met de capex. Hiervoor is het volgens KPN van belang dat geografische en prijsdifferentiatie mogelijk is. KPN geeft aan dat doordat de inkoopkosten per gebied verschillen, dit niet kan leiden tot marge uitholling. Ook geeft KPN aan dat verplichtingen die verder strekken dan non-discriminatie (waar dan nog wel differentiatie op grond van kostenverschillen mogelijk is), niet proportioneel zijn.

204. **ACT** verzoekt het college om in het definitieve besluit expliciet te bepalen dat tariefdifferentiatie slechts is toegestaan indien er sprake is van aantoonbare en objectieve kostenvoordelen. **ACT** stelt dat dit nimmer mag leiden tot bevoordeling van KPN's eigen retailorganisatie. Daarnaast verzoekt ACT het college om te erkennen dat er in het kader van ontbundelde toegang sowieso geen sprake kan zijn van objectieve kostenvoordelen en dat kwantumkortingen niet aan de orde kunnen zijn.

205. Het **college** heeft in het ontwerpbesluit aangegeven op welke gronden tariefdifferentiatie mogelijk is. De algemene regel is dat tariefdifferentiatie mogelijk is als dit door een economische prestatie gerechtvaardigd wordt. Dit is nader uitgewerkt in de gedragsregels. Een aantoonbaar objectief kostenvoordeel is ook een grond voor differentiatie, die niet in de gedragsregels is genoemd. Deze grond zal worden toegevoegd aan de derde gedragsregel.

206. Het college heeft tevens in gedragsregel 3 aangegeven dat differentiatie op basis van het vraagprofiel mogelijk is. Hieronder vallen ook de kwantumkortingen, die in de tekst boven de gedragsregels worden genoemd. De differentiatie mag echter niet zodanig worden vormgegeven dat de facto alleen KPN profiteert. Het college volgt echter niet de argumentatie van ACT, namelijk dat kwantumkortingen in het geheel niet moeten worden toegestaan. Er ligt naar het oordeel van het college een economische prestatie aan ten grondslag. Wholesale afnemers die succesvol zijn op de onderliggende markten kunnen immers profiteren van een lager wholesale tarief.

Marge-uitholling

207. In het kader van tariefregulering bij ontbundelde toegang en wholesale-breedbandtoegang is de grote zorg van **Online** het gevaar van marge-uitholling. Het college adresseert volgens Online dit gevaar niet afdoende door het toepassen van tariefregulering op de wholesalemarkt. Online is van mening dat het college in het ontwerpbesluit niet onderbouwt waarom het principe van proportionele toerekening dat bij de invulling van kostenoriëntatie, het probleem van marge-uitholling voorkomt. Online bepleit niet dat het college de twee testen uit het door KPN voorgestelde MDF Migration Agreement (een toets op dienstniveau, “best offer test”, en een toets op marktniveau), overneemt. Online heeft hier namelijk geen overeenstemming bereikt met KPN. Volgens Online kan het gevaar van marge uitholling best worden bestreden door een combinatie van wholesale- en retailtariefregulering.

208. Het **college** heeft naar aanleiding van bedenkingen van partijen over de verplichtingen om marge-uitholling te voorkomen, besloten om gedragsregel 5 met een nadere invulling van de non-discriminatieverplichting (zie paragraaf 11.5.1 van de ontwerpbesluiten), aan te passen. Deze gedragsregel, die toeziet op het voorkomen van marge-uitholling, is aangescherpt. Hiertoe zijn onderdelen in de ontwerpbesluittekst wholesale-breedbandtoegang (randnummers 808 en 809) en in de ontwerpbesluittekst ontbundelde toegang (randnummers 667 en 668) aangepast. Deze aangescherpte gedragsregel 5 ziet toe op zowel op het voorkomen van marge-uitholling op het niveau van WBT wholesale tarieven en retailtarieven, als op het niveau van wholesale ontbundelde toegangstarieven en wholesale-breedbandtoegangstarieven (waarbij het risico op marge-uitholling optreedt bij partijen die wholesale-breedbandtoegang aanbieden op basis van bij KPN ingekochte ontbundelde toegangsdiensten).

Invulling non-discriminatieverplichting

209. **ACT** hanteert als uitgangspunt dat de non-discriminatieverplichting dient te waarborgen dat sprake is van *equivalence of input* op basis van *equal time to market*. ACT meent dat daartoe een verdergaande precisering nodig is van de non-discriminatieverplichting.

210. *Equivalence of input*. ACT pleit ervoor om ook op te nemen dat “KPN zichzelf onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden behandelt als haar concurrenten”. Dit betekent dat KPN zelf de diensten afneemt die zij aan derden levert. Voorkomen dient te worden dat KPN zichzelf wholesalediensten levert die zij niet beschikbaar stelt aan haar afnemers.

211. **KPN is in dupliek** van mening dat het regelgevend kader geen ruimte biedt voor hiervoor genoemde invulling van het discriminatieverbod, omdat die in feite een toegangsverplichting inhoudt. De toegangsverplichting kan volgens KPN niet verder gaan dan een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot door het college te bepalen vormen van toegang.

Equivalence of input betekent volgens KPN niet dat er sprake moet zijn van gelijke input, maar van gelijkwaardige input die marktpartijen in staat stelt om onder billijke concurrentievoorwaarden diensten te verlenen op de downstream retailmarkt.

212. Aan het begrip *equivalence of input* komt volgens KPN in haar dupliek geen generieke betekenis toe, en is juist ontstaan in de context van het beoordelen van de vraag of de condities en (leverings)voorwaarden van de dienstverlening die gelden voor een externe afnemer van de wholesaledienst gelijk zijn aan die van de eigen downstream partij.

213. Het **college** heeft de non-discriminatieverplichting opgelegd om ervoor te zorgen dat KPN zichzelf niet bevoordeelt ten opzichte van andere partijen. Dit betekent dat KPN zichzelf niet een gereguleerde wholesaledienst mag leveren die zij niet tevens tegen dezelfde voorwaarden aan andere partijen aanbiedt (en levert) en in het verlengde daarvan dat KPN de gereguleerde diensten die zij zichzelf levert ook aan andere partijen moet aanbieden (en leveren) tegen dezelfde voorwaarden. Het kan dus niet zo zijn dat KPN zichzelf een uitgebreidere of kwalitatief betere gereguleerde wholesaledienst levert dan aan andere marktpartijen. Dit geldt uiteraard niet voor wholesalediensten die het college heeft uitgezonderd van de toegangsverplichting. De toegangsverplichting geldt voor zover sprake is van redelijke verzoeken. Met de non-discriminatieverplichting is de *equivalence of input* dus reeds gewaarborgd en is naar het oordeel van het college geen aanpassing nodig.

214. *Equal time to market*: **ACT** is van oordeel dat in het discriminatieverbod dient te worden bepaald dat KPN pas een nieuwe retaildienst mag introduceren als concurrenten concurrerende diensten kunnen aanbieden op basis van wholesale equivalenten die een rechtstreekse afspiegeling zijn van de betrokken retaildiensten. Daarmee wordt bereikt dat KPN en concurrenten gelijktijdig aan de start verschijnen en wordt voorkomen dat KPN de markt naar zich toetrekt door niet gelijktijdig een wholesale equivalent aan te bieden. De toetsing dient plaats te vinden aan de hand van een *fit-for-purpose* test.

215. **KPN merkt in dupliek** op dat het regelgevend kader geen ruimte biedt voor een verplichting waarbij wholesale equivalenten een rechtstreekse afspiegeling vormen van de betrokken retaildiensten. Partijen kunnen altijd gebruik maken van de wholesale dienstverlening waarvoor openbare aanbiedingen of referentieaanbiedingen gelden. De toegangsverplichting kan niet verder dan te voldoen aan redelijke verzoeken. Daarnaast zet die rechtstreekse afspiegeling, al dan niet in combinatie met een *fit for purpose test*, een rem op de dienstontwikkelingen en innovatie aan de zijde van KPN.

216. Het **college** volgt ACT in zoverre dat het belangrijk is dat partijen gelijktijdig aan de start kunnen verschijnen. Daartoe verplicht het college KPN in de transparantieplichting om een aankondigingsstermijn te hanteren voor de introductie van nieuwe wholesalediensten. Deze verplichting houdt in dat op het moment van aankondiging zeker moet zijn dat de aangekondigde

wholesaledienst ook daadwerkelijk afneembaar is aan het einde van de aankondigingstermijn. Pas dan kunnen partijen er zeker van zijn dat op het moment van introductie de wholesaledienst ook daadwerkelijk door alle afnemers afgenomen kan gaan worden en hebben partijen voldoende tijd om hun productportfolio aan te passen. Deze verduidelijking zal worden toegevoegd aan de transparantieverplichting in paragraaf 11.6.1 van het ontwerpbesluit.

217. De non-discriminatieverplichting houdt naar het oordeel van het college ook in dat voorafgaand en tijdens de aankondigingstermijn een nieuwe wholesaledienst nog niet in retailproposities mag worden aangeboden. Immers, dan zou KPN reeds een retailcontract gebaseerd op inkoop van de nieuwe wholesaledienst kunnen sluiten, voordat andere partijen hun business case hebben kunnen aanpassen op de nieuwe wholesaledienst. Dat is strijdig met de non-discriminatieverplichting, die tot doel heeft om partijen een gelijke kans te geven. Dit neemt niet weg dat wholesale afnemers wel degelijk overleg kunnen voeren met KPN wholesale over de ontwikkeling van nieuwe wholesalediensten, zodat innovaties niet geremd worden. Deze verduidelijking zal worden toegevoegd aan de non-discriminatieverplichting in paragraaf 11.5.1 van het ontwerpbesluit.

218. Met bovenstaande verduidelijkingen van de verplichtingen acht het college voldoende geborgd dat sprake is van een *equal time to market*. Bij het punt inzake de *equivalence of input* is het college reeds ingegaan op de wholesalediensten die KPN dient aan te bieden. Daarbij is opgemerkt dat de toegangsverplichting geldt voor zover sprake is van redelijke verzoeken.

219. Het college is van oordeel dat KPN in eerste instantie zelf dient te toetsen of aan de verplichtingen wordt voldaan. De door ACT voorgestelde *fit-for-purpose* test, indien ACT daarmee een ex ante toets door het college bedoeld, gaat volgens het college te ver en is volgens hem ook niet nodig indien de normering in het besluit voldoende helder is. Het is dan aan KPN om zich aan deze normering te houden, het college houdt toezicht op de naleving daarvan door KPN.

Non-discriminatie en migratieaanbod van KPN

220. **BCV** geeft aan dat KPN van plan is in het kader van MDF-access uitfasering migratiecompensatie kortingen te verlenen aan partijen die vrijwillig de MDF's verlaten. Het gevolg is dat deze partijen veel lagere tarieven zullen betalen voor dezelfde hoge kwaliteit bitstroom dienst dan partijen zonder MDF verleden of met een beperkt MDF verleden. In eerdere brieven van BCV is al gesteld dat hier sprake is van handelen in strijd met geldende non-discriminatie verplichting van ULL en WBT. Dit geldt zowel voor de zgn. migratie compensatiekortingen als ook ten aanzien van andere onderdelen die in migratie-aanbod van KPN zijn opgenomen. Hierin worden voordelen die KPN in verband met haar dienstverlening op de markt voor ontbundelde toegang aanbiedt afhankelijk gemaakt van het afnemen van diensten bij KPN op de markten van lage kwaliteit WBT en hoge kwaliteit WBT. Een dergelijke koppeling is in strijd met de verplichting om de diensten op de ULL markt non-discriminatoire aan te bieden. BCV verzoekt het college om in de definitieve besluiten expliciet te maken dat dergelijke constructies niet geoorloofd zijn.

221. Op basis van de non-discrimatieverplichting is KPN verplicht om toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te leveren. Het **college** is van oordeel dat er een verschil is in uitgangspunt tussen DSL-aanbieders die hun diensten al enige jaren op MDF-access baseren en daarvoor aanzienlijk investeringen hebben verricht (assets, know how, R&D en marketing) en aanbieders die op dienstenniveau WBT van KPN afnemen en die geen substantiële investeringen hebben gedaan. Als gevolg van het feit dat hier geen sprake lijkt te zijn van gelijke omstandigheden verzet de non-discrimatieverplichting zich in beginsel niet tegen een migratiecompensatievergoeding. Hierbij geldt echter als randvoorwaarde dat de vormgeving van de migratievergoeding moet passen binnen de non-discrimatieverplichting, inclusief de daarbij opgenomen gedragsregels. Dit betekent ondermeer dat getrouwheidskortingen verboden zijn. In dit kader is tenminste het volgende van belang: i) de migratievergoeding moet in verhouding staan tot de compensabele schade. Het kan niet zo zijn dat het financiële voordeel dat afnemers van MDF-access verkrijgen als compensatie voor de gedwongen migratie uit de MDF onredelijk hoger is; ii) de migratiecompensatie mag niet uitsluitend gekoppeld worden aan de afname van een specifieke KPN toegangsdienst, zoals WBT, maar dient ook bij de afname van alternatieve toegangsdiensten, zoals SDF- en ODF-access beschikbaar te zijn.

222. Het college wijst het verzoek van BCV van de hand om in algemene zin alle migratiecompensatievergoedingen te verbieden. Zoals in het voorgaande randnummer betoogd door het college is het niet per definitie zo dat iedere vorm van compensatievergoeding, zoals hier bedoeld, leidt tot strijd met het beginsel van non-discriminatie.

Gebruik van informatie

223. **ACT** geeft aan dat dient te worden gewaarborgd dat de wholesaleorganisatie van KPN geen concurrentiegevoelige informatie naar de retailorganisatie kan doorsluizen (chinese walls).

224. Met betrekking tot de *chinese walls* wijst **KPN in dupliek** erop dat voorschriften ten aanzien van de doorgifte van concurrentiegevoelige informatie niet kan worden opgelegd in het kader van een non-discrimatieverplichting, maar in het kader van de toegangsverplichting. Volgens KPN is deze verplichting op grond van het mededingingsrecht ook van toepassing op alle partijen die wholesalediensten leveren die door hun afnemers worden gebruikt ten behoeve van hun dienstverlening aan eindgebruikers.

225. Het **college** is van oordeel dat het doorgeven van concurrentiegevoelige informatie van KPN's wholesalebedrijf aan KPN's retailbedrijven reeds wordt verboden in randnummer 622, sub a, van het ontwerpbesluit en in het dictum bij randnummer 805 iii, sub k, van het ontwerpbesluit en dat derhalve geen aanvullende bepalingen nodig zijn.

5.4 De transparantieplichting en het referentieaanbod

Transparantie en All-IP plannen

226. **ACT** merkt op dat de transparantieplichting tevens de verplichting voor KPN zou moeten omvatten dat alle informatie met betrekking tot de All-IP plannen met de alternatieve aanbieders wordt gedeeld. ACT acht het in dit verband van belang dat KPN wordt verplicht periodiek, ten minste maandelijks, en te goeder trouw alle informatie met betrekking tot de uitvoering van All-IP te actualiseren en ter beschikking te stellen aan alternatieve aanbieders. Daarnaast dient nieuwe informatie, op het moment dat deze binnen KPN bekend wordt, ongeacht of dit KPN retail of wholesale betreft, op non-discriminatoire wijze met andere aanbieders te worden gedeeld.

227. Het **college** is zich bewust van het feit dat KPN een prikkel heeft om informatie achter te houden met betrekking tot de All-IP plannen van KPN en dat daarin een mededingingsrisico van strategisch gebruik van informatie schuilt. Het college is van oordeel dat de transparantieplichting zich in ieder geval dient uit te strekken tot informatie die directe consequenties heeft voor de dienstverlening van de alternatieve aanbieders, zoals bijvoorbeeld de uitfasering van MDF en SDF-locaties. In dit kader acht het college het redelijk om aan KPN een periodieke informatie publicatieplicht op te leggen ten aanzien de uitvoering van de All-IP plannen. Dit heeft het college ook in de randnummers 182 van de Nota van Bevindingen vermeld.

Referentieaanbod en servicelevels

228. **ACT** verzoekt het college om in het definitieve besluit de verplichting tot het doen van een referentieaanbod aan te vullen in die zin dat het referentieaanbod binnen 1 maand na inwerkingtreding van het besluit aan het college voorgelegd dient te worden, zodat het college hiertoe een implementatiebesluit kan nemen. Bijzondere aandacht verdient de noodzakelijke herziening van KPI's, SLA's en boetebedingen door middel van een Industry Group. Tevens dient KPN in het kader van de transparantieplichting verplicht te worden de naleving van KPI's en SLA's voor zowel interne als externe leveringen (en in vergelijking met elkaar) inzichtelijk te maken.

229. ACT is van mening dat het college extra aandacht dient te besteden aan de mate van detaillering van het door KPN te publiceren referentieaanbod. Specifiek wijst zij op de noodzaak voorschriften op te nemen met betrekking tot het opnemen van zogeheten Key Performance Indicators (KPI's) teneinde kwaliteitsqueeze te voorkomen, bijvoorbeeld door het voorschrijven van specifieke kwaliteitsparameters. In het kader van de non-discriminatieplichting kan daarbij volgens ACT worden aangesloten door te bepalen dat de kwaliteit van de bovenliggende wholesale bouwstenen niet minder mag zijn dan op retailniveau wordt aangeboden. Aangezien het college niet bevoegd is om het uiteindelijke referentieaanbod goed te keuren, is het volgens ACT noodzakelijk om vooraf duidelijke aanwijzingen te geven voor wat betreft de (minimale) inhoud van het referentieaanbod (KPI's, SLA's, boetebedingen). ACT stelt derhalve voor het referentieaanbod in samenspraak met marktpartijen te ontwikkelen in een Industry Group en eventuele aanwijzingen van het college in een implementatiebesluit te verankeren. Tevens dient KPN volgens ACT in het kader van de transparantieplichting verplicht te worden de naleving van KPI's en SLA's voor zowel interne als externe leveringen (en in vergelijking met elkaar) inzichtelijk te maken.

230. Ook **Online** is van mening dat het referentieaanbod MDF spoedig moet worden herzien. Daarin moeten service level agreements worden opgenomen ten aanzien van de minimum serviceniveau's, gegarandeerd door boetebedingen. Daarnaast dient het referentieaanbod aangepast te worden aan de huidige en toekomstige marktomstandigheden. In het referentieaanbod MDF zullen de voorwaarden die KPN mag stellen aan migraties (bijv. WBA of ODF-access), waaronder tarieven/kortingen voor dergelijke bulkmigraties, servicelevels voor dienstonderbreking etc, nader uitgewerkt moeten worden en goedgekeurd door het college. Online is verder van mening dat het referentieaanbod MDF, respectievelijk ODF expliciet dient te voorzien in de mogelijkheid voor alternatieve aanbieders om infrastructuur (zoals inkoppelpunten, backhaul etc) te delen, waar dat redelijk mogelijk is. Indien noodzakelijk, dient het college via een transparante procedure de gelegenheid te bieden het referentieaanbod aan te passen als dat niet compleet of passend blijkt te zijn.

231. Online is het verder eens met de in randnummer 660 van het ontwerpbesluit uitgebreid geformuleerde non-discriminatie verplichting (en herhaald in randnummer 680 onder D), waarin is geregeld dat wholesale afnemers dezelfde kwaliteitsniveau's aan hun klanten moeten kunnen bieden als KPN. Online is van mening dat een en ander moet worden gezekerd met behulp van service levels in combinatie met een rapportage verplichting en een boetebeding.

232. **Tele2** stelt dat de SLA's van ontbundelde toegangsdiensten ontoereikend zijn om een volwaardig aanbod voor zakelijke afnemers in de markt te zetten. Dit is het eerste probleem dat het college moet aanpakken.

233. **Online, Bbnet en Tele2** verzoeken het college ten slotte om KPN te verplichten om adequate servicelevels te leveren met daarbij behorende adequate boeteclausule/schadevergoedingsregeling. In dit verband wijzen zij op de schade die de wholeseraanbieders momenteel lijden als gevolg van aantoonbare storingen in het KPN netwerk. Door de storingen in de verbindingen zijn de wholesale aanbieders genoodzaakt om schadevergoedingen aan hun klanten te betalen terwijl er op wholesale niveau geen goede regeling is tussen KPN en de wholesaleaanbieder.

234. Allereerst wijst het **college** partijen erop dat artikel 6a.9 lid 4 van de Tw er reeds in voorziet dat het college aanwijzingen kan geven, indien het referentieaanbod niet in overeenstemming is met de opgelegde verplichtingen.

235. Het college kan ACT volgen in haar redenering voor zover dit betekent dat het college scherp toezicht dient te houden op de naleving van de toegangs-, non-discriminatie- en transparantieplichting door KPN. De normen waaraan KPN zich dient te houden zijn volgens het college echter duidelijk genoeg opgenomen in het ontwerpbesluit en zullen naar aanleiding van de bedenkingen (waar nodig) nog iets scherper worden neergezet in het definitieve besluit. Het college benadrukt dat de verplichting voor KPN om een referentieaanbod te publiceren er op neer komt dat KPN zo exact mogelijk dient te beschrijven welke diensten, condities en (tarief)voorwaarden daadwerkelijk van toepassing zijn.

236. Specifiek ten aanzien van de het door ACT genoemde risico op kwaliteitsqueeze heeft het college in randnummers 660 van het ontwerpbesluit expliciet aangegeven dat wholesale afnemers op basis van inkoop van ontbundelde toegang bij KPN dezelfde kwaliteitsniveau's aan eindgebruikers moeten kunnen afgeven als KPN zelf op de retailmarkt afgeeft. Ook is gesteld dat zij de toegangsdiensten en bijbehorende faciliteiten tegen dezelfde voorwaarden moet kunnen afnemen als KPN's retailbedrijf. Het laten opnemen van KPI's als onderdeel van referentieaanbod gaat volgens het college te ver en is ook niet nodig.

237. Het college constateert verder dat bij de wholesaleafnemers in toenemende mate behoefte is aan adequate afspraken over de hoogte van de boetes indien overeengekomen servicelevels niet worden gehaald. Het college acht het van belang dat er in de Industry Group tussen partijen besprekingen worden gevoerd over de herziening van de kwaliteitsniveaus alsmede een herziening van de hoogte van de boetebedragen. Deze afspraken dienen vervolgens onderdeel uit te maken van het door KPN te publiceren referentieaanbod.

5.5 De verplichting tot tariefregulering

238. Het college verwijst voor de bedenkingen van partijen en zijn zienswijze hierop naar hoofdstuk 7.

5.6 De verplichting tot gescheiden boekhouding

239. Het college verwijst voor de bedenkingen van partijen en zijn zienswijze hierop naar hoofdstuk 7.

5.7 Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen

240. Het college komt tot de volgende wijzigingen van het ontwerpbesluit:

- Het college zal KPN verplichtingen opleggen ten aanzien van ODF-backhaul (lager dan lokaal netvlak), als bijbehorende faciliteit bij ODF-access.
- Het college zal KPN verplichtingen opleggen ten behoeve van het leveren van near-net verbindingen.
- Het college zal aan KPN de verplichting opleggen om een periodiek planningsoverzicht te publiceren van uit te faseren MDF (en SDF) locaties.
- Het college zal aan KPN de verplichting opleggen om een periodiek publicatieoverzicht inzake de beschikbaarheid van SDF en ODF te publiceren.
- Het college zal in het besluit de zinsnede 'er mag geen sprake zijn van onredelijke kosten voor wholesaleafnemers als gevolg van de interne verhuizing' (randnummer 651 van het ontwerpbesluit) verduidelijken.
- Het college zal in het besluit de toelichting in randnummer 636, sub b, van het ontwerpbesluit inzake beschikbaarheid en afneembaarheid van (gereguleerde)

alternatieven nader aanvullen.

- Het college zal aan KPN in het kader van de transparantieverplichting de verplichting opleggen om een aankondigingstermijn te hanteren voor de introductie van nieuwe en gewijzigde wholesalediensten.
- Het college zal de non-discriminatieverplichting verduidelijken in de zin dat voorafgaand en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe of gewijzigde diensten de betreffende (nieuwe) wholesaledienst nog niet in retailproposities mag worden aangeboden.
- In paragraaf 11.5.1 wordt gedragsregel 3 aangepast.
- In paragraaf 11.5.1 wordt gedragsregel 5 aangepast.

6 Horizontale bedenkingen

241. In dit hoofdstuk en het volgende hoofdstuk komen bedenkingen aan bod die betrekking hebben op verschillende marktanalyses. In het volgende hoofdstuk gaat het om bedenkingen ten aanzien van tariefregulering en gescheiden boekhouding. In dit hoofdstuk komen de overige horizontale bedenkingen aan bod.

6.1 Algemene inleiding KPN

242. **KPN** heeft als inleiding op haar bedenkingen een aantal algemene opmerkingen gemaakt ten aanzien van de ontwerpbesluiten vaste telefonie, breedband en huurlijnen. KPN plaatst kanttekeningen bij het “two is not enough” principe, geeft aan meer zekerheid nodig te hebben met betrekking tot de regulering van glas in de komende reguleringsperiode en de periode daarna, geeft aan dat zij een strategie van een open wholesalemodel is begonnen, plaatst kanttekeningen bij de vraag of FttH tot dezelfde markt als koper gerekend mag worden en is van mening dat de proportionaliteit van de opeenstapeling van wholesaleverplichtingen ver te zoeken is.

243. Het **college** zal op elk van deze punten hierna apart ingaan.

244. Ten aanzien van het “two is not enough” principe vraagt **KPN** zich af in hoeverre het realistisch is dat er méér dan twee vaste aansluitnetwerken in één regio komen. KPN geeft aan dat het vanuit bedrijfseconomisch perspectief niet aannemelijk lijkt te zijn dat hiervan sprake is en dat het een rationele strategie voor KPN is om toegang te bieden aan andere telecomaانبieders op het netwerk. Een marktanalyse zou daarom volgens KPN niet op voorhand moeten beginnen met het uitgangspunt dat twee vaste aansluitnetten onvoldoende concurrerend zijn; in een marktanalyse is ruimte voor een onafhankelijke beoordeling van de concurrentiesituatie noodzakelijk. KPN stelt verder dat ook het buitenland laat zien dat de aanwezigheid van twee infrastructures lang geen vanzelfsprekendheid is.

245. Het **college** merkt hierover op dat het uitgangspunt bij de marktanalyses ontbundelde toegang en wholesale-breedbandtoegang vooraf niet was dat twee vaste aansluitnetten onvoldoende concurrerend zijn. Het college heeft de concurrentie op retailniveau beoordeeld en vastgesteld dat concurrentie met name door andere spelers dan de spelers met de vaste aansluitnetten (KPN en de kabelondernemingen) is aangewakkerd. Ook heeft het college vastgesteld dat er op wholesaleniveau vanuit kabelondernemingen onvoldoende concurrentiedruk ontstaat om de positie van KPN te disciplineren. Mede op die grond komt het college tot de conclusie dat KPN op wholesaleniveau aanmerkelijke marktmacht heeft en legt het college aan KPN toegangsregulering op.

De vraag die KPN opwerpt of het realistisch is dat meer dan twee aansluitnetwerken in één regio ontstaan (waarbij KPN erop wijst dat twee infrastructuren al meer is dan in veel andere landen) doet volgens het college minder ter zake. Het college is namelijk van mening dat concurrentie kan worden bevorderd door het verlenen van toegang aan alternatieve partijen op KPN's netwerk; hiervoor is het niet nodig dat meer dan twee aansluitnetwerken ontstaan.

246. **KPN** geeft aan dat er duidelijkheid moet komen over de vraag of en hoe het college ingrijpt in de tarieven van ODF en WBA en of het college de zekerheid kan verschaffen dat de business case gedurende de terugverdienperiode niet wordt ondermijnd.

247. Het **college** verwijst wat betreft zijn reactie hierop naar het volgende hoofdstuk van deze Nota van Bevindingen over Tariefregulering en gescheiden boekhouding.

248. **KPN** stelt voorts dat zij een strategie van een open wholesalemodel is begonnen onder het motto "beter een wholesale klant dan helemaal geen klant". KPN geeft aan dat in de marktanalysebesluiten als gevolg van de marktdruk onvoldoende rekening wordt gehouden met de gewijzigde strategie van KPN om met All-IP ervoor te zorgen dat er meerdere telecommunicatie aanbieders meerdere diensten kunnen aanbieden, hetgeen mogelijk wordt gemaakt met de IP-technologie waarbij alle diensten over één infrastructuur kunnen worden aangeboden. Het college gaat nog teveel uit van de gedachte dat KPN een closed shop strategie wil volgen; een gedachte die de kabelexploitanten uitdrukkelijk wél ondersteunen.

249. Het **college** verwijst naar de behandeling van de mededingingsproblemen in de Nota van Bevindingen. Daar legt het college uit dat het risico van leveringsweigering door KPN wel degelijk aanwezig is.

250. **KPN** geeft aan dat het college in de marktanalysebesluiten er ten onrechte vanuit gaat dat FttH een opvolger is van het koperen netwerk waardoor in de wholesaledefinities koper en FttH ten onrechte tot één markt worden gerekend. Dit is maar de vraag. Volgens KPN behoren in ieder geval FttH en kabel tot dezelfde markt van WBT en ontbundelde toegang, hetgeen gevolgen heeft voor de dominantieanalyse. De positie van kabel voor multiplay (en televisie) is zo sterk dat, nu FttH nog in de kinderschoenen staat, er geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht van een aanbieder van FttH.

251. Het **college** verwijst naar paragraaf 2.1 in de Nota van Bevindingen bij het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang tot wholesale-niveau. Hier brengt het college verschillende argumenten naar voren voor het bestaan van wederzijdse concurrentiedruk tussen koper, kabel en glas, die ervoor zorgt dat deze onderdeel zijn van één en dezelfde relevante markt.

252. Verder geeft **KPN** aan het college in haar ontwerpbesluiten een overkill van wholesale maatregelen voor zakelijke marktsegmenten heeft voorgesteld. Zowel hoge kwaliteit WBT over koper als ILL als WEAS wordt door het college met zware verplichtingen gereguleerd. De proportionaliteit van de opeenstapeling van verplichtingen is ver te zoeken. Dit terwijl hier vaak dezelfde type retaildiensten over worden geboden. Daarnaast stelt KPN dat het aantal

wholesaleverplichtingen voor KPN op verschillende markten beduidend hoger is dan voor de kabel. Dit verschil in behandeling is volgens KPN niet te rechtvaardigen omdat de multiplay ontwikkeling wordt ondergewaardeerd.

253. Het **college** is van oordeel dat er geen “overkill” aan wholesalemaatregelen voor zakelijke segmenten wordt voorgesteld. Het college heeft de proportionaliteit (en effectiviteit) van elke individuele wholesalemaatregel meegenomen in zijn afweging om een bepaalde maatregel al dan niet op te leggen. Verder stelt het college vast dat KPN op de markt voor ontbundelde toegang en de markt voor wholesale-breedbandtoegang een positie van aanmerkelijke marktmacht heeft, waaruit verplichtingen voortkomen. Kabelondernemingen hebben geen aanmerkelijke marktmacht op deze markten, en kennen hier dus ook geen verplichtingen. Hier doet de multiplay ontwikkeling die KPN aangeeft niets aan af. Er is weliswaar een trend gaande dat sommige diensten steeds meer in bundels worden aangeboden en afgenomen, maar vooralsnog is het college van mening dat dit niet leidt tot de afbakening van aparte bundelmarkten.

254. Tot slot geeft **KPN** in dit verband aan dat de keuze van het college voor het stimuleren van infrastructuurconcurrentie terecht is. Deze benadering heeft het college gevolgd voor wholesale-breedbandtoegang en ontbundelde toegang over koper en glas. Doordat KPN pas na publicatie van de ontwerpbesluiten in staat was om informatie te geven over de uitfasering van de MDF-centrales, kon het college in haar ontwerpbesluit niet meewegen dat er in de komende reguleringsperiode geen MDF-access, op enkele centrales na, wordt uitgefaseerd. Nu deze informatie wel bekend is gemaakt gaat KPN ervan uit dat het ontwerpbesluit op dit punt wordt aangepast en de voorgenomen regulering van WBT niet doorgaat.

255. Het **college** verwijst voor reactie hierop naar paragraaf 3.2 in de Nota van Bevindingen bij het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang.

6.2 Methodologie

256. Volgens het **ACT** geeft het college in paragraaf 2.2.2 van de ontwerpbesluiten een definitie aan de 3-criteriatoets welke niet in overeenstemming is met de definitie van de Commissie. In de eerste plaats stelt het college bij het tweede criterium dat de markt dient te beschikken over “kenmerken waardoor deze na verloop van tijd een ontwikkeling richting daadwerkelijke concurrentie zal vertonen”. Het ACT geeft hierbij aan dat de Commissie het heeft over de “relevante tijdshorizon”. Volgens het ACT wordt hiermee verwezen naar de reguleringsperiode in (ontwerp)besluit. Het college zou derhalve een te ruime uitleg geven. In de tweede plaats breidt het college ten onrechte het derde criterium uit door naast de relatieve doeltreffendheid ook de “aanvullende regelgeving ex ante” relevant te achten.

257. Het **college** volgt het ACT in die zin dat de formulering van de 3-criteria in randnummer 31 niet overeenstemt met het lijstje van criteria van de Commissie zoals opgenomen in de Aanbeveling. Het college heeft bij opschrijven reeds aansluiting gezocht bij de toelichting op de Aanbeveling. Daarmee is de omschrijving op zichzelf niet onjuist. Desalniettemin zal het college

de formulering in de marktanalysebesluiten aanpassen in die zin dat de tekst uit de Aanbeveling zelf zal worden overgenomen.

258. Echter, naar het oordeel van het college heeft een dergelijke aanpassing materieel geen effect. Immers, het feit dat de terminologie “relevante tijdshorizon” wordt overgenomen, betekent nog niet dat het college geen marktontwikkelingen buiten de reguleringsperiode zou mogen betrekken. Dit blijkt uit de Toelichting op de (nieuwe) Aanbeveling.³⁶² De Commissie geeft daarbij het volgende aan:

“The tendency towards effective competition does not necessarily imply that the market will reach the status of effective competition within the period of review. It simply means that there is clear evidence of dynamics in the market within the period of review which indicates that the status of effective competition will be reached in the longer-run without ex ante regulation in the market concerned. Where market dynamics are changing rapidly care should be taken in choosing the period of review so as to reflect the pertinent market developments. Anticipated events must be expected within a meaningful timeframe and on the basis of concrete elements (e.g. business plans, investments made, new technologies being rolled out) rather than something which may be theoretically possible.”

259. Het college geeft derhalve niet een te ruime uitleg aan het tweede criterium. Ook wat betreft het derde criterium hanteert het college niet een te ruim criterium. Zoals blijkt uit de toelichting op de Aanbeveling³⁶³ voldoet deze omschrijving aan het door de Commissie gehanteerde kader. De Commissie geeft daar aan dat de regelgeving ex-ante als een geschikte aanvulling op het mededingingsrecht kan worden beschouwd in gevallen waarin de toepassing van het mededingingsrecht niet voldoet bij de aanpak van de slechte marktwerking in kwestie.

260. **KPN** is het oneens met de gehanteerde aanpak van de marktanalyse. KPN is van mening dat het college ten onrechte geen analyse van de (mogelijke) mededingingsproblemen en de daarbij behorende verplichtingen op de retailmarkt uitvoert alvorens toe te komen aan de (mogelijke) mededingingsproblemen op de wholesalemarkten. Volgens KPN had het college derhalve moeten nagaan of de prijsniveaus op de retailmarkt mededingingsverstoring zijn, of dat er sprake is van andere verstoringe gedragingen.

261. Het **college** is van oordeel dat de gehanteerde stappen van afbakening zoals nader uiteengezet in paragraaf 3.3 van dit besluit in overeenstemming zijn met de structuur zoals uiteengezet door de Commissie. Dit blijkt uit paragraaf 2.5 van de toelichting bij de (nieuwe) Aanbeveling. Hierin bepaalt de Commissie als volgt.

³⁶² Pag. 10 van de Explanatory note to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services).

³⁶³ Par 3.2 sub 2 onder “de relatieve doeltreffendheid van het mededingingsrecht en aanvullende regelgeving ex ante” van de toelichting op de Aanbeveling (2003/311/EG). Zie ook par. 2.5 Explanatory note.

“Certain of the markets identified in the Recommendation are interrelated and for NRAs there is a logical sequence for analysing these markets.

In general, the market to be analysed first is the one that is most upstream in the vertical supply chain. Taking into account the ex ante regulation imposed on that market (if any), an assessment should be made as to whether there is still SMP on a forward-looking basis on the related downstream market(s). This methodology has become known as the “modified greenfield approach”. Thus the NRA should work its way along the vertical supply chain until it reaches the stage of the retail market(s). A downstream market should only be subject to direct regulation if competition on that market still exhibits SMP in the presence of wholesale regulation on the related upstream market(s).”

262. Uit het bovenstaande citaat volgt dat het college de juiste structurele benadering hanteert bij het bepalen van relevante markten.

263. Ten overvloede merkt het college op dat wel wordt beoordeeld of er sprake is van mededingingsproblemen op de retailmarkt, zij het in een latere fase van de analyse, indien er toegekomen wordt aan de stap van ex-ante retailregulering. Het college ziet derhalve niet in op welke wijze KPN slechts een bedenking zou kunnen hebben tegen het moment van het wegen van potentiële mededingingsproblemen op de retailmarkt.

6.3 Tariefdifferentiatie en marge-utholling

264. In deze paragraaf behandelt het college paragraaf 9C van de EDC-bijlage van KPN en de gehele bijlage van ACT over marge-utholling.

Horizontale consistentie

265. **KPN** geeft aan dat de non-discriminatieverplichting verschilt voor kabels en KPN ten aanzien van de gedragsregel inzake marge-utholling (gedragsregel 5).

266. Het **college** heeft dit ook geconstateerd. Het college zal op basis van de bedenkingen bij de omroepbesluiten beoordelen of er redenen zijn om in dat besluit te komen tot een afwijkende gedragsregel. Daarnaast heeft het college geconstateerd dat gedragsregel 5 in de besluiten inzake vaste telefonie, breedband en huurlijnen niet, zoals wel bedoeld, op dezelfde wijze is geformuleerd. Dit zal worden geharmoniseerd, waarbij de tekst, zoals opgenomen in paragraaf 15.2.3 van het ontwerpbesluit voor vaste telefonie de juiste tekst is.

Remediëring marge-utholling

267. **ACT** stelt voor dat er in aanvulling op de verplichting tot kostengeoriënteerde tarieven een *imputation test* wordt gehanteerd voor het bestrijden van marge-utholling. Marge-utholling is één van de kernproblemen in de telecommunicatiesector. Marge-utholling wordt niet voorkomen

door kostengeoriënteerde wholesale tarieven als deze tarieven worden vastgesteld op het niveau van de totale wholesale kosten (inclusief een redelijk rendement). Pas als deze zijn gebaseerd op de marginale kosten is de prikkel tot marge-uitholling weggenomen. De vijfde gedragsregel, zoals opgenomen in een aantal ontwerpbesluit als nadere invulling van de non-discriminatieverplichting, biedt geen oplossing voor marge-uitholling als gevolg van te hoge wholesaletarieven die intern en extern door KPN worden gehanteerd. Deze moeten als volgt uitgewerkt worden: als KPN's retailbedrijf tarieven hanteert en concurrenten aan de hand van de *imputation test* constateren dat het wholesaletarief dat KPN in rekening brengt aan concurrenten leidt tot marge-uitholling, dan is dat een teken dat KPN tariefdifferentiatie toepast en zichzelf bevoordeelt. Het college dient KPN dan te verplichten deze retaildienst uit de markt te halen dan wel het wholesaletarief met terugwerkende kracht naar beneden aan te passen.

268. **KPN is in dupliek** van mening dat een maatregel gericht op het voorkomen van marge-uitholling niet passend is, omdat niet is voldaan aan de voorwaarden genoemd in artikel 6a.2 Tw. KPN geeft hiervoor een aantal uit het mededingingsrecht ontleende cumulatieve randvoorwaarden waaraan moet worden voldaan om van prijssqueeze sprake te kunnen zijn:

- KPN heeft op upstream markt een AMM-positie;
- de input is essentieel voor iedere concurrent op de downstream markt en kan niet zelf worden gebouwd of bij een ander worden ingekocht;
- de downstream markt is niet concurrerend;
- de wholesaleregulering op de upstream markt heeft niet geleid tot de doelstelling uit artikel 1.3 Tw;
- de mogelijkheid tot recoupment dient te zijn aangetoond.

269. Daarnaast geeft **KPN in dupliek** aan dat zij helemaal geen baat heeft bij marge-uitholling als een breed gevoerde pricing tactiek op een van de retailmarkten. Er van uitgaande dat de wholesaletarieven voor het totaal van die diensten op de markt op basis van kostprijzen worden bepaald, zou marge-uitholling leiden tot overall verliezen voor KPN op die markt. Bovendien heeft KPN op de onderhavige downstream markten niet de mogelijkheid tot *recoupment*, om dat de markten niet worden gekenmerkt door hoge toetredingsbarrières.

270. Het **college** is het eens met ACT dat marge-uitholling een belangrijk mededingingsprobleem is op de telecommunicatiemarkten. Het college volgt ACT er ook in dat wholesaletariefregulering alleen niet voldoende is om de prikkel tot marge-uitholling bij verticaal geïntegreerde bedrijven volledig weg te nemen. KPN heeft dan nog steeds de mogelijkheid om marges van concurrenten uit te hollen. KPN heeft deze mogelijkheid omdat zij een *verticaal geïntegreerde partij* is. KPN koopt daardoor een relatief groot deel van de wholesalediensten bij zichzelf in (breedband- en telefonieaansluiting, vaste en mobiele gespreksafgifte) en heeft daardoor ten opzichte van andere partijen relatief veel minder out-of-pocket kosten. Dit geeft KPN een voordeel, omdat zij daardoor meer bewegingsvrijheid in haar tariefstelling heeft. Een retailtariefstelling op het niveau dat gelegen is tussen de incrementele en totale (integrale) kosten geeft KPN namelijk altijd nog een dekkingsbijdrage, terwijl andere partijen dan verlies

(kunnen) maken, omdat zij een groter deel van hun wholesalediensten moeten inkopen bij KPN. In feite betekent de verticale integratie van KPN dat KPN de mogelijkheid heeft om haar tarieven te stellen op een niveau gelegen tussen de incrementele kosten en de totale kosten, zonder verlies te maken. Andere partijen die diensten inkopen bij KPN hebben die mogelijkheid niet. Een tariefstelling waarin niet de totale kosten zijn meegenomen leidt namelijk zonder meer tot een verliesgevende prijs. De non-discriminatieverplichting is bedoeld om een *level playing field* te creëren op wholesaleniveau. Een kostengeoriënteerde wholesale price cap sluit de mogelijkheid niet uit dat KPN dit *level playing field* verstoort door gebruik te maken van haar voordelen als verticaal geïntegreerde aanbieder. Derhalve is gedragsregel 5 als onderdeel van de non-discriminatieverplichting opgenomen. Het college volgt ACT als zij zegt dat deze gedragsregel een nadere concretisering behoeft. Deze concretisering volgt verderop.

271. Het college volgt KPN niet in haar dupliek. Allereerst geldt dat het college voldaan heeft aan de voorwaarden voor het overwegen van wholesaleverplichtingen, namelijk het constateren van dominantie. Daarbij zijn de wholesaleverplichtingen zo vormgegeven dat de geconstateerde mededingingsproblemen opgelost worden. Gedragsregel 5 al dan niet in combinatie met tariefregulering³⁶⁴ remedieert het probleem van marge-uitholling. Het college volgt KPN in zoverre dat het snapt dat KPN niet marktbreed tot marge-uitholling zal overgaan, omdat het vermindering van de concurrentie ook kan worden bereikt door marge-uitholling op grond van een kleinere set van diensten. Het college volgt KPN niet in haar standpunt dat recoupment aangetoond dient te worden. Zelfs in het Europese mededingingsrecht wordt deze eis niet gehanteerd, laat staan bij ex ante regulering, die juist is bedoeld om concurrentie te bevorderen.

272. **ACT** is van oordeel dat het college bij de remediëring niet in lijn handelt met de ERG common position over remedies en de afwijking van de ERG niet motiveert.

273. Het **college** volgt ACT niet in deze bewering. Het college heeft wholesale price caps opgelegd en als onderdeel van de non-discriminatieverplichting gedragsregel 5 opgelegd. Daarmee heeft het college wel degelijk verplichtingen opgelegd ter remediëring van de vormen van marge-uitholling zoals de ERG die beschrijft. Daarenboven geldt dat de ERG common position geen remedies voorschrijft. Deze is, zoals in paragraaf 2.2.3 is aangegeven, bedoeld om toezichthouders te leiden in de keuze voor passende verplichtingen.

274. **ACT** vindt het mededingingsrecht onvoldoende vanwege lange procedures, de terughoudende opstelling van de NMa en de zware bewijslast.

275. **KPN** geeft in **dupliek** aan dat het algemene mededingingsrecht voldoende waarborgen biedt ter voorkoming van prijsqueeze. De door marktpartijen aangevoerde grond dat de NMa traag zou zijn, kan niet dienen ter onderbouwing van een dergelijke maatregel.

276. Het **college** heeft gedragsregel 5 opgenomen om te waarborgen dat KPN's downstreamdiensten repliceerbaar zijn. Door deze gedragsregel ex ante te specificeren is het

³⁶⁴ Of en in welke vorm tariefregulering is opgelegd hangt af van de aard en omvang van de mededingingsproblemen en de prioritaire doelstelling van de regulering.

inderdaad een aanvulling op het mededingingsrecht. Het college volgt derhalve niet KPN in haar dupliek.

277. **ACT** geeft aan dat artikel 6a.7 Tw een grond geeft voor het nemen van prijsmaatregelen op wholesaleniveau om marge-uitholling te adresseren en dat derhalve waarborgen tegen marge-uitholling bij de tariefregulering opgenomen dienen te worden.

278. Het **college** is van oordeel dat de tariefregulering alleen niet voldoende is om marge-uitholling te remediëren. Het college heeft daarom gedragsregel 5 (als onderdeel van de non-discriminatieverplichting) opgenomen in aanvulling op de tariefregulering om zodoende voldoende waarborgen tegen marge-uitholling te geven. Met die aanvulling is geen verdere uitwerking nodig onder de tariefregulering op het punt van marge-uitholling. Deze gedragsregel is ook nodig om de toetredingsbarrières voldoende weg te nemen.

279. **ACT** wijst er daarbij op dat de EC twee *imputation tests* heeft vastgesteld aan de hand waarvan marge-uitholling kan worden vastgesteld: 1) het eigen stroomafwaartse bedrijfsonderdeel zou niet kunnen concurreren op basis van de wholesaleprijs die het stroomopwaartse deel aan concurrenten vraagt; 2) efficiënte dienstverleners kunnen niet concurreren op basis van de prijs die het stroomopwaartse deel vraagt aan concurrenten. De 1^e test is door het GEA bevestigd in de DT zaak (Case T-27/03, 10 april 2008). Deze test is volgens ACT in de praktijk zeer lastig en bovendien kan niet worden vastgesteld of het nadelig is voor efficiënte concurrenten. ACT stelt voor de 2^e test te hanteren en derhalve uit te gaan van de kosten van een efficiënte concurrent en niet van de kosten van de incumbent. De kosten van de efficiënte concurrent kunnen volgens ACT afwijken van die van de incumbent als gevolg van de volgende factoren:

- specifieke out-of-pocket kosten;
- ontbreken van schaal- en breedtevoordelen;
- gebrek aan ervaring;
- hoger risico wegen het ontbreken van een historisch klantenbestand en goede reputatie;
- andere gebruikersprofielen, contractduur en klantenstructuur; en
- aanbod moet significant goedkoper zijn of meer functionaliteiten bieden.

280. Om te corrigeren voor schaalvoordelen van KPN dient volgens **ACT** te worden uitgegaan van de kosten van een efficiënte partij die een marktaandeel heeft gelijk aan de grootste concurrent. Het college dient te bepalen dat iedere retaildienst moet voldoen aan de *imputation test* die nagaat of efficiënte afnemers in staat zijn de relevante retailprijzen van de AMM-partij te repliceren zonder dat sprake is van marge-uitholling. Indien niet aan de test wordt voldaan dienen de tarieven verplicht te worden aangepast. Deze test moet door KPN worden uitgevoerd voorafgaand aan de introductie van nieuwe diensten.

281. **KPN** geeft in **dupliek** aan dat het voeren van een discussie over de noodzaak tot het opleggen van een maatregel ter voorkoming van marge-utholling gevoerd dient te worden op het niveau van een relevante markt, en niet op aanbiedingsniveau.

282. Het **college** volgt ACT in haar standpunt dat duidelijk moet zijn hoe marge-utholling wordt getoetst. Het college geeft hieronder dan ook een nadere uitwerking van gedragsregel 5. Het doel van de wholesaleverplichtingen is dat efficiënte wholesale-afnemers een concurrerend aanbod op de downstream markt kunnen doen. Dit houdt in dat KPN's downstreamdiensten (dit kan een retaildienst zijn, maar ook een wholesaledienst zoals WBT) prijstechnisch repliceerbaar dienen te zijn. Daarbij dient, naar het oordeel van het college, te worden uitgegaan van de wijze waarop KPN de diensten voortbrengt. Het college volgt derhalve ACT niet in haar pleidooi om uit te gaan van de grootste efficiënte concurrent. Het college gaat ervan uit dat KPN een efficiënte partij is. Het college acht het niet wenselijk dat partijen die minder efficiënt zijn dan KPN tegen marge-utholling beschermd worden, ook niet als sprake is van kostennadelen die niet tijdelijk van aard zijn. Immers, als ook minder efficiënte partijen beschermd worden zou dat tot structureel hogere prijzen voor eindgebruikers kunnen leiden. Het college volgt KPN niet dat een dergelijke toets slechts op marktniveau uitgevoerd dient te worden, omdat KPN reeds de concurrentie kan verminderen door op een lager niveau de marges uit te hollen.

283. Om te beoordelen of een downstreamdienst prijstechnisch repliceerbaar is op basis van de wholesale tarieven uit het referentie-aanbod stelt het **college** als voorwaarde dat de downstream tariefstelling van KPN in ieder geval de volgende kosten dient te dekken om te kunnen spreken van een repliceerbare downstreamdienst:

- de inkoopkosten van gereguleerde wholesale diensten gebaseerd op de (non-discriminatoire) tarieven uit het referentie-aanbod;
- de lange termijn incrementele kosten voor de ongereguleerde wholesale diensten. In geval het gaat om een downstream retaildienst dienen daar nog de met de retaildienst samenhangende incrementele retailkosten aan worden toegevoegd.

284. Pas als bovenstaande kosten worden terugverdiend wordt het voordeel dat KPN heeft van haar verticale integratie voldoende geredimeerd. In geval het tarief van een downstreamdienst niet repliceerbaar is c.q. niet de bovenstaande kosten dekt, zal het **college** concluderen dat KPN zichzelf heeft bevoordeeld door de gereguleerde wholesale bouwstenen (impliciet) tegen lagere tarieven aan zichzelf te leveren dan opgenomen in het referentie-aanbod. Door zichzelf lagere tarieven te rekenen dan andere partijen heeft KPN de non-discriminatieverplichting overtreden. KPN dient in dat geval de overtreding te beëindigen door de wholesale tarieven van gereguleerde diensten ook voor andere partijen te verlagen. Dit kan een doorwerking hebben naar nog hoger gelegen upstream wholesale markten.

285. Het college is van oordeel dat KPN haar downstreamdiensten zelf dient te toetsen aan gedragsregel 5 en het college desgevraagd inzicht moet kunnen geven in de resultaten van een dergelijke toets. Het college acht het in dat geval niet passend dat KPN voorafgaand aan de

introductie van een nieuwe retaildienst de toets aan hem moet voorleggen, dan wel een ex ante goedkeuring nodig heeft.

286. Het college zal de bovenstaande uitwerking van gedragsregel 5 toevoegen aan de besluiten waar gedragsregel 5 is opgelegd. De formulering van het dictum behoeft geen wijziging (uitgezonderd daar waar per abuis niet de juiste tekst was opgenomen)

6.4 Wijzigingen naar aanleiding van bedenkingen

287. Het college komt tot de volgende wijzigingen van het ontwerpbesluit:

- aanpassing van de formulering van de 3-criteriatest in hoofdstuk 3;
- in de vaste telefonie-, breedband- en huurlijnenbesluiten wordt dezelfde invulling en uitwerking van gedragsregel 5 opgenomen onder de non-discriminatieverplichting. Daarbij wordt aangegeven dat gedragsregel 5 is bedoeld om het voordeel van verticale integratie te remediëren en wordt tevens de toets geconcretiseerd door aan te geven dat wordt uitgegaan van KPN's voortbrengingswijze van diensten en de kostenniveaus die door de downstreamtarieven gedekt dient te worden.

7 Tariefregulering en gescheiden boekhouding

288. In deze nota van bevindingen geeft het college zijn reactie op de bedenkingen die zijn ingediend bij tariefregulering en gescheiden boekhouding in de ontwerp marktbesluiten voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau (hierna: ULL), wholesale breedbandtoegang (hierna: WBT), huurlijnen (hierna: HL), vaste telefonie (hierna: VT) en vaste gespreksafgifte (hierna: VGA).

289. De volgende partijen hebben bedenkingen bij tariefregulering en gescheiden boekhouding ingediend.

- Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN): WPC-bijlage als onderdeel van de bedenkingen bij alle besluiten en specifieke opmerkingen in de bedenkingen bij ULL en VT
- Associatie van Competitieve Telecomoperators (hierna: ACT): bijlage kostentoerekening en financiële rapportages als onderdeel van bedenkingen bij ULL, WBT en VT
- Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2): aanvulling op de bedenkingen van ACT bij ULL, bedenkingen bij VGA (VGA bevat referentie naar bijlage ACT)
- Online Breedband B.V. (hierna: Online): bedenkingen bij ULL, WBT en VGA (met referenties naar bijlage ACT)
- Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone): bedenkingen bij ULL/WBT en VGA
- Reggefiber B.V. (hierna Reggefiber): bedenkingen bij ULL en WBT
- Glasvezelnet Amsterdam CV: bedenkingen bij ULL
- BT Nederland N.V., Colt Telecom B.V., Priority Telecom Netherlands B.V. en Verizon Nederland B.V. (hierna: BCPV): bedenkingen bij HL
- bbned, Online en Tele2 (hierna: BOT): bedenkingen bij HL
- BT Nederland N.V., Colt Telecom B.V., Verizon Nederland B.V. (hierna: BCV): bedenkingen bij alle besluiten
- Tele2 Nederland B.V., Atlantic Telecom Business B.V. en Pretium Telecom B.V. (hierna: TAP): bedenkingen bij VT.

290. Deze nota van bevindingen is uniform bij alle in randnummer 288 genoemde marktbesluiten en betreft in beginsel de bedenkingen die betrekking hebben op passages in de besluiten die in hun basis uniform zijn.³⁶⁵ In een aantal gevallen zijn de betreffende bedenkingen slechts bij één markt ingediend. Ook zijn in bedenkingen die uniform bij meerdere marktbesluiten zijn ingediend (met name die van KPN en ACT) opmerkingen over of voorbeelden van specifieke markten gemaakt. Hierdoor bevat deze nota van bevindingen in een aantal gevallen opmerkingen over specifieke markten.

³⁶⁵ Ontwerpbesluit ULL paragrafen 11.7 en 11.8, ontwerpbesluit WBT paragrafen 11.7 en 11.8, ontwerpbesluit HL paragrafen 12.3.4, 12.3.5, 12.4.4, 12.4.5, 13.1.4, 13.1.5, 13.2.4 en 13.2.5, ontwerpbesluit VT paragrafen 11.7, 11.8, 12.2.6-9 en 12.3.7, ontwerpbesluit VGA paragrafen 8.3, 8.6, 9.3 en 9.4 en de Annexen A, B, C en D.

7.1 Tariefregulering in brede zin

7.1.1 Investerings in nieuwe netwerken

Bedenkingen partijen

291. **KPN**³⁶⁶ vindt dat de marktbesluiten en het contextdocument dat OPTA bij de ontwerpen van de marktbesluiten heeft gepubliceerd onvoldoende zekerheid geven over de tariefregulering van glas in de komende reguleringsperiode en daarna. Van belang is te weten of en hoe OPTA in zal grijpen in de tarieven voor ODF en WBT en of OPTA de zekerheid kan verschaffen dat de business case gedurende de terugverdienperiode niet wordt ondermijnd. Dit is van belang voor de bereidheid tot investeren in een grootschalige uitrol van glas. KPN³⁶⁷ licht nader toe dat de kosten van glas aan het begin op het moment van investeren bepaald worden, en dat het realiseren van de business case dus afhangt van de omzet, die op haar beurt bepaald wordt door zekerheid over het al dan niet reguleren van de prijs. Hierover willen externe financiers zekerheid hebben.

292. **KPN**³⁶⁸ stelt dat kostenoriëntatie geen passende maatregel is voor een netwerk dat nog uitgerold moet worden. KPN stelt dat door kostenoriëntatie de prikkel om te investeren wordt weggenomen en afgezien wordt van investeringen in nieuwe netwerken. KPN refereert hierbij naar één van de suggesties die onderzoeksbureau SEO doet, namelijk om tariefregulering met een winst cap toe te passen. Daarmee zou de investeringsprikkel behouden blijven omdat een deel van de overwinsten naar de operator toevloeit, terwijl de winst cap er wel voor zorgt dat excessieve monopoliewinsten ingeperkt worden.

293. Ingeval kostenoriëntatie bij ODF-access wel aan de orde is, stelt **KPN**³⁶⁹ dat het niet automatisch voor de hand ligt om uit te gaan van de EDC-systematiek. Argument van KPN hiervoor is dat ODF-access door een andere onderneming, namelijk de gemeenschappelijke onderneming die KPN en Reggefiber voornemens zijn op te richten, geleverd zal worden, dat deze gemeenschappelijke onderneming een eigen financiële huishouding, business plan, financiering en risico zal hebben, en dat deze gemeenschappelijke onderneming begint met het uitrollen van een groot netwerk. Dit leidt volgens KPN tot significante verschillen in de kosten en risico's, zoals hoge afschrijvingskosten in de aanvangsperiode, lage aantallen aansluitingen en daarmee samenhangende aanloopverliezen. Een periodieke EDC zou dan tot hoge tarieven leiden die in de markt niet realiseerbaar zijn. Winsten die op langere termijn gerealiseerd zouden kunnen worden, zouden dan echter afgeroomd worden door de regulering. In dit verband suggereert KPN het hanteren van economische afschrijvingen, zodat eventuele aanloopverliezen in latere jaren gecompenseerd kunnen worden.³⁷⁰ Ook pleit KPN voor een

³⁶⁶ KPN, bedenkingen bij ULL, WBT, HL en VT, Algemene inleiding. Zie ook bedenkingen van KPN bij WBT, p.27.

³⁶⁷ KPN, bedenkingen bij ULL, p.18.

³⁶⁸ KPN, bedenkingen bij ULL, p.19.

³⁶⁹ Idem.

³⁷⁰ KPN, WPC-bijlage, zie ook paragraaf 4.

langjarige tariefregulering, die ook in volgende marktanalyses gevolgd zou worden en vastgelegd kan worden in beleidsregels.

294. **ACT**³⁷¹ merkt op dat de business modellen van de aanbieders een aanzienlijk langere periode beslaan dan de reguleringperiode. Hierdoor ontstaat bij deze aanbieders en hun investeerders regulatorische onzekerheid. KPN heeft volgens ACT deze onzekerheid niet, omdat zij bij toepassing van kostenoriëntatie altijd haar kosten aan concurrenten kan doorbelasten en toekomstige kosten beter kan inschatten.

295. **Glasvezelnet Amsterdam**³⁷² waarschuwt ervoor dat OPTA niet bij voorbaat de investeringen in glazen aansluitnetten mag ontmoedigen door onvoldoende zekerheid te geven over de regulering. Glasvezelnet Amsterdam pleit ervoor dat OPTA vooraf voldoende rendement toestaat en dat investeerders voldoende zekerheid krijgen dat hun rendement later niet alsnog onder het toegestane rendement zal worden gereguleerd. Aangezien glasvezelaansluitnetten een veel langere looptijd hebben dan de reguleringsperiode van drie jaar, stelt Glasvezelnet Amsterdam voor dat OPTA op het moment van investeren bepaalt welk rendement zij voor de looptijd van de investering zal hanteren. Daarbij pleit Glasvezelnet Amsterdam er ook voor om bij de bepaling van het toegestaan rendement rekening te houden met het risico van deze investeringen en verwijst naar een opmerking van Eurocommissaris Reding hierover.

296. **Reggefiber**³⁷³ geeft aan dat onzekerheid over de regulering ongunstig is voor de investeringsbereidheid in glazen aansluitnetten, gegeven dat het om ongewoon grote investeringen gaat. Verder verzoekt Reggefiber OPTA om rekening te houden met het lange termijns karakter van de investeringen in glazen aansluitnetten, het risico en de rendementseisen van Reggefiber, waarbij Reggefiber erop wijst dat de wacc voor Reggefiber niet gelijk is aan de wacc voor KPN.

297. **Vodafone**³⁷⁴ vindt dat er geen sprake van kan zijn dat KPN een hoger rendement (wacc) zou mogen genieten waar het glas betreft en dat er geen aanleiding is voor een gedifferentieerde wacc.

Reactie college

298. Het **college** heeft in het ontwerpbesluit ontbundelde toegang op wholesaleniveau de verplichting aan KPN opgelegd om toegang te verlenen tot de ontbundelde aansluitlijn tegen kostengeoriënteerde tarieven, en deze tariefverplichting nader ingevuld met het EDC/WPC-systeem. Deze verplichtingen zijn van toepassing op toegang tot de koperen aansluitlijn, maar ook op toegang tot de glazen aansluitlijn (ODF-access).

³⁷¹ ACT, Bijlage kostentoerekening en financiële rapportages, punt 15b.

³⁷² Glasvezelnet Amsterdam, bedenkingen bij ULL.

³⁷³ Reggefiber, bedenkingen bij ULL, p.23/24 en WBT, p.23/24.

³⁷⁴ Vodafone, bedenkingen bij ULL/WBT, p.5/6.

299. Het college constateert dat partijen in hun bedenkingen veel opmerkingen hebben gemaakt over de tariefregulering van ODF-access, omdat het gaat om de uitrol van een geheel nieuw aansluitnetwerk. Tevens hebben KPN en Reggefiber hun voornemen om een gemeenschappelijke onderneming te vormen bekend gemaakt en deze voorgenomen concentratie bij de NMa gemeld. Naar aanleiding hiervan heeft het college besloten om een aparte consultatie over de tariefregulering van ODF-access te houden. Onderwerp van consultatie zullen de door het college voorgenomen beleidsregels inzake de tariefreguleringsprincipes voor ODF-access zijn. Zoals in zijn brief van 20 oktober 2008 door het college is aangekondigd, is het college voornemens deze consultatie op maandag 17 november te starten.³⁷⁵ De publicatie van de beleidsregels wordt voorzien voor 19 december 2008, gelijktijdig met de publicatie van het marktbesluit ontbundelde toegang op wholesaleniveau.

300. Naar aanleiding van het voorgaande, komt het college terug op de keuze voor de toepassing van EDC/WPC als invulling van de tariefregulering voor ODF-access, zoals hij die in het ontwerp van het marktbesluit ontbundelde toegang op wholesaleniveau had opgenomen en geconsulteerd heeft. Omdat de voorgenomen nadere invulling van de tariefverplichting nog onderwerp wordt van consultatie, ziet het college redelijkerwijs geen andere mogelijkheid dan om de tariefverplichting in het marktbesluit (vooralsnog) zonder nadere invulling te laten. Die nadere invulling zal worden gegeven in de beleidsregels die het college voornemens is op 19 december 2008 te publiceren, tegelijkertijd met het definitieve marktbesluit ontbundelde toegang op wholesaleniveau. Deze invulling van de tariefregulering van ODF-access zoals die in de beleidsregel opgenomen zal worden, maakt deel uit van dit marktbesluit. Deze invulling zal zo nodig geoperationaliseerd worden in de begin 2009 te starten tariefbeoordeling die zal resulteren in een implementatiebesluit. Dit implementatiebesluit zal nationaal worden geconsulteerd en Europees worden genotificeerd.

301. In het marktbesluit ontbundelde toegang op wholesaleniveau heeft dit geleid tot de volgende aanpassingen.

- Toelichting in paragraaf 11.7.8 dat voor ontbundelde toegang tot het glazen aansluitnetwerk de tariefregulering nader gespecificeerd zal worden in een beleidsregel en zo nodig geoperationaliseerd zal worden in een implementatiebesluit.
- Wijziging in de dictumpunten xiii, xiv en xv van het ontwerpbesluit waarmee de kostengeoriënteerde tariefregulering wordt beperkt tot dienstverlening over het koperen aansluitnetwerk:
 - Op grond van het tweede lid van artikel 6a.7 van de Tw legt het college aan KPN de verplichting op om voor toegangsdiensten ten behoeve van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Dit betekent dat KPN tarieven dient te hanteren die niet boven de door het college te bepalen tariefplafonds mogen liggen.
 - Tot het moment dat het college een nieuw tariefbesluit heeft genomen en daarin opnieuw tariefplafonds heeft vastgesteld, dient KPN voor toegangsdiensten ten

³⁷⁵ OPTA, brief met aankondiging marktconsultatie beleidsregels tariefregulering van glastoegang, 20 oktober 2008, OPTA/AM/2008/202345.

behoefte van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk tarieven te hanteren die niet hoger zijn dan de tariefplafonds uit het WPC-besluit³⁷⁶ en het SLU-tarievenbesluit³⁷⁷ zoals die gelden voor de periode vanaf 1 juli 2008.

- o Voor de nadere invulling van de voornoemde tariefregulering voor toegangsdiensten ten behoeve van ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk gelden de volgende verplichtingen voor KPN. [... opsomming ongewijzigd]

7.1.2 Regulering KPN versus kabelexploitanten

302. **KPN**³⁷⁸ is van mening dat aan haar ten onrechte een zwaardere kostenoriëntatieverplichting en zwaardere rapportageverplichtingen zijn opgelegd dan aan kabelexploitanten, en dat OPTA voor deze zwaardere regulering geen motivatie geeft. KPN noemt drie voorbeelden.

303. In de eerste plaats dient bij zowel KPN als de kabelaars de jaarrekening als startpunt van de kostprijsbepaling, maar heeft het college bij KPN bepaald dat “Als het college vindt dat afwijkende grondslagen voor waardering en resultaatbepaling gehanteerd moeten worden, geeft het college dat expliciet aan,” terwijl het college ten aanzien van kabelexploitanten heeft bepaald dat “Kabelbedrijven kunnen hiervan afwijken als dit tot een betere kostprijscalculatie leidt. Dit dient gemotiveerd te worden en is onderdeel van de beoordeling van het college in het kader van de goedkeuring van het kostentoekeningssysteem.”

304. In de tweede plaats stelt KPN dat OPTA meer regels stelt in de vorm van Annex B en C voor KPN, dan voor de kabelexploitanten. Hierbij is ook sprake van inhoudelijke verschillen. OPTA heeft ten aanzien van KPN bepaald dat een nieuwe comparatieve efficiëntieanalyse uitgevoerd kan worden, maar vindt het klaarblijkelijk niet nodig om rekening te houden met de efficiëntie van de kabelexploitanten. Ook constateert KPN dat OPTA ten aanzien van KPN expliciet aangeeft dat zij in kan grijpen in de gehanteerde afschrijvingstermijnen, terwijl bij kabelexploitanten de in de boekhouding gehanteerde afschrijvingstermijnen kennelijk wel gerespecteerd worden. Ook mag KPN de kosten van stranded assets door netwerkmodernisering niet in de kostprijzen verwerken, waarbij OPTA er kennelijk van uit gaat dat er bij kabelexploitanten geen sprake is van netwerkmodernisering en OPTA hen deze beperking niet heeft opgelegd. Ten slotte merkt KPN op dat OPTA bepaald heeft dat eenmalige hoge kosten in meerjarenvensters verwerkt moeten worden om zo de kosten over de tijd te spreiden, terwijl aan kabelexploitanten deze verplichting niet is opgelegd.

305. In de derde plaats voert KPN aan dat aan haar wel, en aan kabelexploitanten niet de verplichting tot gescheiden boekhouding is opgelegd, ondanks dat voor kabelexploitanten net als voor KPN de non-discriminatieverplichting geldt.

³⁷⁶ Wholesale price cap-besluit, 27 september 2006, OPTA/TN/2006/201811.

³⁷⁷ SLU-tarievenbesluit, 25 september 2007, OPTA/BO/2007/201929.

³⁷⁸ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 9.

306. Het **college** heeft niet de intentie om bij KPN en de kabelexploitanten verschillende principes of uitgangspunten van kostenbepaling en kostentoerekening te hanteren. Het college constateert echter dat er een groot verschil is tussen KPN en de kabelexploitanten. Bij KPN bestaat inmiddels tien jaar geschiedenis wat betreft het bepalen van de kosten en de toerekening daarvan aan diensten. De Annexen bij de besluiten van KPN bevatten bepalingen die voortkomen uit de kostentoerekeningssystemen en de beoordelingen daarvan van de afgelopen tien jaar. De kabelexploitanten hebben slechts eenmaal een kostentoerekeningssysteem ter goedkeuring aan het college voor moeten leggen, en met deze systemen zijn tot heden nog geen tarieven bepaald. Het college heeft bij de beoordeling van de kostentoerekeningssystemen van de kabelexploitanten ook alleen de methodiek beoordeeld en niet de cijfermatige inhoud van het kostentoerekeningssysteem. Aangezien bij de kabelexploitanten veel zaken nog niet eerder beoordeeld zijn, heeft het college gemeend dat minder gespecificeerde bepalingen op dit moment voldoende zijn.

307. Dit heeft ook zijn uitwerking op de drie thema's die KPN noemt. Wat betreft de afschrijvingstermijnen is er bij KPN sprake van een lange historie, die in eerdere besluiten door het college is goedgekeurd. Het ligt daarom voor de hand dat bij KPN wat betreft bestaande activa in beginsel de afschrijvingstermijnen blijven zoals ze zijn, tenzij er belangrijke wijzigingen in omstandigheden hebben plaatsgevonden. Bovendien geldt dat KPN de mogelijkheid heeft om in het kostentoerekeningssysteem dat zij ter goedkeuring bij het college moet indienen gemotiveerd wijzigingen aan te brengen. Bij de kabelexploitanten ligt dit anders omdat het college slechts eenmaal de kostentoerekeningssystemen van de kabelexploitanten heeft beoordeeld. In de goedkeuringsbesluiten inzake de wholesalekostentoerekeningssystemen van de kabelexploitanten heeft het college juist expliciet bepaald dat de beoordeling van de lengte van de afschrijvingstermijnen nog plaats dient te vinden.³⁷⁹ Daarom heeft het college in de omroepbesluiten een afwijkende formulering gehanteerd. Zowel bij KPN als bij de kabelexploitanten geldt overigens dat het college tot de conclusie kan komen dat de afschrijvingstermijnen uit de jaarrekening dan wel de afschrijvingstermijnen die eerder in de kostprijsbepaling gebruikt zijn, aangepast dienen te worden.

308. Deze zelfde argumentatie is ook de reden dat het college een afwijkende formulering heeft gebruikt ten aanzien van het hanteren van de jaarrekening als startpunt van de kostprijscalculatie.

309. Wat betreft meerjarenvensters heeft het college bij KPN aangegeven dat zij deze moet gebruiken, hetgeen al vele jaren standaard praktijk in EDC is. Bij de kabelexploitanten is nog geen situatie voorgekomen waarin meerjarenvensters een gepaste oplossing zijn, zodat het college de verplichting hiertoe nog niet heeft geëxpliciteerd. Aangezien het gebruik van meerjarenvensters gebaseerd is op de toepassing van dezelfde principes van kostentoerekening, die zowel bij KPN als bij de kabelexploitanten leidend zijn, is het mogelijk dat bij kabelexploitanten in de toekomst meerjarenvensters toegepast zullen worden.

³⁷⁹ Zie de Besluiten Wholesalekostentoerekeningssysteem Casema, UPC en Essent (OPTA/BO/2007/200553, OPTA/BO/2007/200549 en OPTA/BO/2007/200547) van 25 maart 2007.

310. In de marktbesluiten alsmede in Annex B heeft het college bepalingen opgenomen ten aanzien van de kostprijscalculatie in verband met stranded assets en leegloop op het netwerk van KPN. Het college heeft dergelijke bepalingen bij de kabelexploitanten niet opgenomen. De reden dat het college bij KPN hier expliciet op in gaat is omdat KPN grootschalige plannen heeft om haar oude netwerk te vervangen is door een nieuw netwerk, waardoor het oude netwerk leegloopt. Dit is ook gebleken bij de beoordeling van de WPC-I.³⁸⁰ Wat betreft de verplichting tot doorgifte van digitale rtv-signalen door kabelaars is de situatie anders. Hier is geen sprake van een situatie dat op grote schaal het oude netwerk van kabelexploitanten vervangen wordt door een nieuw netwerk. Ten aanzien van doorgifte van digitale rtv-signalen is het juist zo dat dit een relatief nieuw netwerk en technologie betreft en dat het niet te verwachten is dat daar de situatie van grootschalige netwerkvernieuwing zich op korte termijn voor zal doen. Daarom vindt het college het niet nodig om bij kabelexploitanten bepalingen op dit punt op te nemen.

311. Ten aanzien van KPN heeft het college bepaald dat de efficiënte kosten het uitgangspunt dienen te zijn voor de kostencalculatie, en dat zij de kosten van KPN daarvoor maatgevend acht. Het college heeft bij de kabelexploitanten bepaald bij de kostprijscalculatie van hun kosten uit te gaan. Het college wijst erop dat hij bij kabelexploitanten bepaald heeft een redelijkheidstoets op de kosten uit te zullen voeren.

312. In paragraaf 7.4 licht het college toe dat de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding voor KPN komt te vervallen. Het college constateert dat hierdoor op dit punt geen sprake is van verschil in zwaarte van regulering tussen KPN en kabelexploitanten.

7.2 Kostenoriëntatie

7.2.1 Kostenoriëntatie en EDC

313. **KPN**³⁸¹ is van mening dat kostenoriëntatie de prikkels tot investeren in alternatieve infrastructuur vermindert, en dat het opleggen van kostenoriëntatie door OPTA op gespannen voet staat met het bevorderen van infrastructuurconcurrentie. Ook is KPN van mening dat de stelling van OPTA dat kostengeoriënteerde tarieven een goede signaalfunctie hebben ten aanzien van toetreders, niet per definitie juist is. KPN stelt dat in een aantal markten op dit moment door de markt bepaalde tarieven bestaan, en dat de kostengeoriënteerde tarieven daarvan af kunnen wijken, hetgeen volgens KPN een effect op de investeringsprikkel heeft. Tevens stelt KPN dat de belangrijkste informatiebron voor partijen de kosten van zelfbouw op basis van offertes is, alsmede de tarieven van toegang, ongeacht de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen.

314. Het **college** merkt hier het volgende over op. Afnemers van toegang baseren hun beslissingen, waaronder ook de beslissing om zelf te investeren of juist gebruik te maken van het

³⁸⁰ Met WPC-I wordt bedoeld op het WPC-besluit van 26 september 2007, waarin de tariefplafonds voor de afgelopen reguleringsperiode 2006-2008 bepaald zijn.

³⁸¹ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 2.1.

netwerk van KPN, mede op basis van het tarief dat KPN hanteert. Dit betekent dat iedere vorm van tariefregulering invloed heeft op de investeringsprikkel die derde partijen ervaren. De centrale vraag is echter niet of de prikkels tot investeren beïnvloed worden, maar of de juiste prikkels gegeven worden. De juiste prikkels worden gegeven in het geval de tarieven zich bevinden op het niveau dat bij effectieve concurrentie zou bestaan. Het prijsniveau bij effectieve concurrentie is lager dan het prijsniveau dat een partij met marktmacht kan hanteren, wat betekent dat het prijsniveau dat een partij met marktmacht zonder tariefregulering zou kunnen hanteren te hoog is en niet de juiste prikkels geeft.

315. **ACT** kan zich niet vinden in de handhaving van de tariefregulering op basis van het WPC-systeem. ACT hanteert vijf uitgangspunten bij de keuze voor invulling van de tariefregulering.³⁸² Allereerst moet de tariefregulering invulling geven aan de *verbetering van de efficiëntie*, hetgeen moet resulteren in lagere wholesaletarieven, ook in de situatie dat KPN relatief efficiënt zou zijn. Ten tweede moeten de *tarieven* volgens ACT in relatie tot de kosten staan en moeten ze laag zijn, vanwege de gunstige geografische situatie in Nederland en omdat KPN als efficiënte operator te boek staat. In de derde plaats moeten de tarieven bepaald worden op een manier die *transparant* en controleerbaar is voor marktpartijen. OPTA zou er in dit verband voor kunnen kiezen zelf een kostenmodel te bouwen. Ten vierde moeten tarieven *voorspelbaar* zijn. De tariefontwikkeling moet voor minimaal drie jaar vast staan vanwege het aangaan van langdurige klantcontracten en de ontwikkeling van business modellen. Daarbij kan volgens ACT de tariefontwikkeling niet sterk afwijken van de inflatie aangezien de kostenontwikkeling niet ook niet sterk afwijkt van de inflatie. Als laatste uitgangspunt stelt ACT dat bestuurlijke en juridische *zekerheid* over de tarieven gewenst is en juridische gevechten voorkomen moeten worden. Dit kan gerealiseerd worden door bestuurlijk te borgen dat alle partijen inclusief KPN zich in de tarieven kunnen vinden.

316. **ACT**³⁸³ is van mening dat het WPC/EDC-systeem niet in lijn is met de genoemde uitgangspunten en dat OPTA moet kiezen voor een BULRIC-model, net als in de meeste andere landen het geval is, dat OPTA benchmarks moet gebruiken als sanity check, en dat OPTA moet toetsen of de wholesaletarieven squeeze proof zijn. Het EDC-systeem is volgens ACT *intransparant* waardoor OPTA niet de mogelijkheid heeft gebruik te maken van de kennis en expertise van de afnemers van gereguleerde dienstverlening. Toen OPTA indertijd een BULRIC-model gebruikte voor vaste gespreksafgifte bleek dat marktpartijen inhoudelijke feedback konden geven die geleid heeft tot herstel van fouten en een aanpassing van het model, waardoor tarieven lager uitvielen. Ook vindt ACT dat het hanteren van het WPC-systeem geen rust en *zekerheid* in de markt creëert. In de WPC-I is uiteindelijk rust in de markt gecreëerd door gemaakte afspraken en niet op grond van de uitkomsten van het WPC/EDC-systeem. Verder voert ACT aan dat KPN geen prikkel tot *kostenminimalisatie* heeft als zij de kostendalingen moet delen met concurrenten, en dat KPN zelfs een prikkel heeft om kosten te laten stijgen, omdat op die manier meer gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten aan partijen toegerekend kunnen worden. ACT onderschrijft de overweging van OPTA dat KPN prikkels heeft om de *wholesaletarieven* zo hoog mogelijk vast te stellen, en voert hierbij aan dat het opvallend is dat

³⁸² ACT, Bijlage kostentoe rekening en financiële rapportages, punt 1, zie ook punten 4 en 6.

³⁸³ ACT, Bijlage kostentoe rekening en financiële rapportages, punten 2 tot en met 8.

hoge EBITDA-marges realiseert. Ook wijst ACT erop dat de tarieven van KPN niet behoren tot de best practice van Europa, wat wel het geval zou moeten zijn als KPN een efficiënte aanbieder is, en dat vanwege de gunstige geografische omstandigheden de tarieven in Nederland juist tot de laagste van Europa zouden moeten behoren en een dalende trend zouden moeten laten zien. ACT vindt dat inhoudelijke argumenten voor de handhaving van EDC/WPC ontbreken en dat het feit dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven EDC een toelaatbare methodiek vindt voor de tariefbepaling van KPN, niet betekent dat EDC de meest geëigende methode is.

317. Het **college** kan zich grotendeels vinden in de uitgangspunten die ACT noemt, maar is het niet eens met de conclusie van ACT dat de tariefregulering niet op basis van het WPC-systeem en het EDC-systeem moet plaatsvinden.

318. Het college is van mening dat het uitgangspunt bij kostenoriëntatie is dat een aanbieder in beginsel een vergoeding dient te krijgen voor de efficiënte kosten van de dienstverlening. Het college gebruikt hiervoor als maatstaf de kosten van KPN. De kosten van KPN worden bepaald en aan diensten toegerekend met behulp van het EDC-systeem. Het EDC-systeem is een beproefd systeem dat reeds een groot aantal jaren gebruikt wordt om de kosten te bepalen en toe te rekenen aan diensten. In beginsel worden de kosten op causale wijze aan diensten gealloceerd. Het college heeft geen reden om te veronderstellen dat de kosten van KPN niet efficiënt zouden zijn, en ziet dus ook geen reden om over te stappen op een ander systeem van kostenoriëntatie, zoals een bottom-up LRIC model. Het college merkt daarbij op dat met behulp van het EDC-systeem de long run incremental costs van de dienstverlening worden bepaald, maar dan op een top-down manier, dat wil zeggen op basis van de kosten van de onderneming.³⁸⁴ Het college merkt verder op dat het een misvatting is dat in de meeste landen in Europa BULRIC-modellen gebruikt worden als het leidende model voor de bepaling van kostengeoriënteerde tarieven. Uit interne gegevens van de IRG blijkt dat waar BULRIC-modellen voor de tarifiering van wholesale spraakdiensten gebruikt worden zij in de regel niet het leidende model zijn maar worden gebruikt in combinatie met top-down modellen. Bij breedband en huurlijnen wordt slechts in enkele landen gebruik gemaakt van bottom-up modellen.

319. Met ACT vindt het college dat de tariefregulering een prikkel tot *efficiëntieverbetering* moet geven. Het college constateert dat het hanteren van een meerjarig price cap systeem een extra prikkel tot efficiëntieverbetering geeft, omdat KPN de efficiëntieverbeteringen die gedurende deze periode gerealiseerd worden tot het einde van deze periode mag houden. Het college constateert dat het EDC/WPC-systeem dus aan dit uitgangspunt tegemoet komt. In paragraaf 7.2.8 gaat het college in op de opmerkingen van ACT over hoogte van de *tarieven* en de EBITDA-marges van KPN.

320. Ook kan het college zich vinden in het uitgangspunt dat tarieven zoveel mogelijk *voorspelbaar* moeten zijn. Het college heeft daarom in beginsel voorkeur om, waar dat mogelijk is, meerjarige tariefregulering te hanteren. Door het hanteren van een systeem van meerjarige tariefregulering ontstaat er voor de lengte van de reguleringsperiode van drie jaar zekerheid over de tariefontwikkeling. Voor een langere periode kan het college geen zekerheid over de

³⁸⁴ Zie hiervoor de toelichting in paragraaf B.2.1 van Annex B.

tariefontwikkeling geven, aangezien het college op grond van de Tw verplicht is om iedere drie jaar opnieuw een marktanalyse uit te voeren. Het college kan de tariefontwikkeling dus niet voor een langere periode dan drie jaar vaststellen.

321. Het college is het ook eens met het uitgangspunt dat *zekerheid* over de tarieven in de markt gewenst is. Dit is echter iets dat het college niet volledig in de hand heeft. Het college kan alleen beslissingen nemen over de invulling van kostenoriëntatie, en het kostentoerekeningssysteem van KPN daarop beoordelen en op basis daarvan de tariefplafonds vaststellen. Daarbij kan het college dit aanvullen met maatregelen om de betrouwbaarheid en transparantie van deze processen te waarborgen, zoals het hanteren van een accountantscontrole en het betrekken van partijen bij de tariefbeoordelingstrajecten, zodat zij hun zienswijzen kunnen inbrengen en hun belangen kunnen verdedigen. Het college kan partijen echter niet ontzeggen om tegen de besluiten van het college in het verweer te komen, waardoor juridische onzekerheid ontstaat. Tegen de achtergrond van een systeem met tariefplafonds staat het KPN en partijen echter vrij om afspraken te maken over de tarieven zolang deze tarieven maar niet boven de tariefplafonds liggen. Hierdoor kunnen juridische procedures voorkomen worden en kan snel nadat het college een tariefbesluit heeft genomen zekerheid ontstaan over de in de praktijk gehanteerde tarieven. Het college is echter niet in de positie om afspraken tussen partijen af te dwingen.

322. Het college vindt ook dat zoveel mogelijk *transparantie* gezocht moet worden. Het college is zich ervan bewust dat andere partijen geen volledig inzicht in een kostentoerekeningssysteem zoals het EDC-systeem kunnen krijgen. Dit is ook een reden voor het college om partijen bij tariefbeoordelingstrajecten te betrekken, om accountantscontrole voor te schrijven en om voor te schrijven dat het kostentoerekeningssysteem en de daarop gebaseerde rapportage gepubliceerd dienen te worden. Het college vindt echter niet dat transparantie een doel van regulering moet zijn en dat om die reden een kostensysteem dat gebaseerd is op de kosten van KPN niet gebruikt zou kunnen worden. Het college constateert dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven deze mening ook is toegedaan.

323. ACT maakt een opmerking over het squeeze proof zijn van tarieven. In de horizontale bedenkingen over marge-uitholling gaat het college hier nader op in. In paragraaf 7.2.6 gaat het college nader in op de opmerking van ACT over de allocatie van gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten. In paragraaf 7.2.8 gaat het college nader in op de hoogte van de EBITDA.

324. **Vodafone**³⁸⁵ stelt dat EDC onvoldoende controleerbaar is. Ten aanzien van vaste gespreksafgifte vindt Vodafone dat daarom een ander kostenmodel als referentie gehanteerd dient te worden, en vindt een LRIC-model hiervoor het meest geschikt, omdat dit volledig ter inzage aan andere marktpartijen gesteld kan worden. Ten aanzien van ULL en WBT stelt Vodafone als alternatief een systeem van retail-minus voor, dat volgens haar effectiever is bij het bestrijden van price squeeze. Bovendien acht Vodafone EDC niet bruikbaar voor tariefregulering bij WBT, omdat dit volgens haar tot langdurige discussies en zeer hoge tarieven zou kunnen leiden in verband met de toegestane risico-opslag voor verglazing van het netwerk van KPN. In

³⁸⁵ Vodafone, bedenkingen bij ULL/WBT, p.6 en bedenkingen bij VGA, p.5.

geval EDC wel gebruikt wordt, dienen partijen de mogelijkheid te hebben een onafhankelijk accountant aan te wijzen om de EDC-kostentoerekening te kunnen toetsen.

325. In reactie op de bedenkingen van ACT heeft het **college** hierboven al toegelicht zich ervan bewust te zijn dat vanwege bedrijfsvertrouwelijkheid marktpartijen geen volledig inzicht kunnen krijgen in het EDC-kostentoerekeningssysteem en de daarop gebaseerde rapportages. Dit is inherent aan het gebruik van een top-down kostensysteem, maar is naar mening van het college onvoldoende reden om af te zien van het gebruik van het EDC-systeem. Het college is het oneens met Vodafone dat het EDC-systeem onvoldoende controleerbaar is. KPN dient alle informatie die nodig is om de kostenbepaling en kostentoerekening te kunnen beoordelen aan het college op te leveren. Ook controleert een onafhankelijke accountant het EDC-systeem en de daaraan ontleende rapportages.

326. Het college volgt de suggestie van Vodafone om partijen de mogelijkheid te geven een onafhankelijke accountant aan te wijzen om de EDC-kostentoerekening te controleren, niet. KPN is reeds verplicht om de EDC-kostentoerekening door een onafhankelijk accountant te laten controleren. Het college heeft de mogelijkheid om een andere accountant aan te wijzen en zelf als opdrachtgever van het accountantsonderzoek op te treden.

327. Het college ziet geen belemmering om het EDC-systeem te gebruiken bij de kostprijsbepaling van WBT.³⁸⁶ De stelling van Vodafone dat de tarieven van WBT hoog kunnen worden vanwege de risico-opslag op glas is onjuist. In geval zou blijken dat voor investeringen in een nieuw glazen aansluitnet sprake is van een afwijkend risicoprofiel ten opzichte van investeringen in het bestaande netwerk, dan zal dit in de tarieven voor dienstverlening over glas verwerkt worden.

328. Wat betreft de opmerking van Vodafone over het gebruik van retail-minus en price squeeze verwijst het college naar de horizontale bedenkingen over marge-utholling.

329. In het besluit over vaste gespreksafgifte gaat het college verder in op de suggestie van Vodafone om een LRIC-model te hanteren.

330. **BCPV**³⁸⁷ en **ACT**³⁸⁸ vinden dat EDC KPN de ruimte geeft om allerlei kosten op te voeren, zonder dat partijen de mogelijkheid hebben om deze kosten te verifiëren.

331. Het **college** is het oneens met de opmerking van BCPV en ACT dat EDC aan KPN ruimte zou geven om allerlei kosten op te voeren. Het college heeft namelijk uitgebreide voorschriften gegeven over de invulling van EDC. KPN dient de kosten zoals die in de jaarrekening verantwoord zijn te gebruiken als startpunt van de berekening en deze kosten in beginsel causaal toe te rekenen aan diensten. KPN heeft dus niet de mogelijkheid om allerlei willekeurige

³⁸⁶ Het college heeft besloten om de in het ontwerpbesluit voorgestelde tariefregulering van lage kwaliteit WBT niet op te leggen. Zie hiervoor het WBT-besluit.

³⁸⁷ BCPV, bedenkingen bij HL, p.31.

³⁸⁸ ACT, bedenkingen bij ULL, p.32.

extra kosten op te voeren of om kosten ten onrechte aan diensten toe te rekenen. Dit wordt door een accountant gecontroleerd, en ook het college onderzoekt de kostenbepaling en kostentoerekening.

332. **Online**³⁸⁹ onderstreept in haar bedenkingen bij ULL en WBT dat het niet zo moet zijn dat de tarieven stijgen als gevolg van inherente tekortkomingen van het EDC-systeem.

333. Het **college** stelt vast dat het EDC-systeem een beproefd systeem is dat reeds vele jaren gehanteerd wordt, waarvoor het college regels gesteld heeft voor de bepaling en toerekening van kosten. De EDC-rapportage moet door een onafhankelijk accountant gecontroleerd worden. Ook onderzoekt het college zelf de EDC-rapportage. Het is dus niet zo dat de tarieven 'zomaar' stijgen. In geval sprake is van een kostprijsstijging, zijn daar oorzaken voor en heeft het college dit beoordeeld.

334. In haar bedenkingen bij vaste gespreksafgifte geeft **Online**³⁹⁰ aan het ermee oneens te zijn dat OPTA de kosten van KPN als invulling van de efficiënte kosten neemt, zich daarbij baserend op de uitkomst van de CEA van drie jaar geleden. Online verwijt OPTA niet te kiezen voor een bepaald kostentoerekeningsmodel om de efficiënte kosten te bepalen. Daarbij betwist Online de uitkomsten van deze efficiëntieanalyse. Online is van mening dat OPTA een bottom-up LRIC model moet gebruiken met de hypothetisch efficiënte aanbieder als uitgangspunt. Aangezien OPTA hier niet voor gekozen heeft, moet OPTA motiveren waarom zij bij mobiele gespreksafgifte wel voor een bottom-up LRIC model heeft gekozen en bij vaste gespreksafgifte niet.

335. **BCV**³⁹¹ en **Tele2**³⁹² hebben net als Online opmerkingen gemaakt over het gebruik van een BULRIC-model bij vaste gespreksafgifte.

336. Het **college** heeft in de besluiten uitgebreid gemotiveerd om welke redenen de kosten van KPN als efficiënte kosten beschouwd kunnen worden. De uitkomst van de comparatieve efficiëntieanalyse van drie jaar geleden is hierbij één argument. Het college constateert dat Online geen argumenten geeft op grond waarvan zij de uitkomst van de CEA betwist. Over de mogelijkheid om een bottom-up LRIC-model voor vaste gespreksafgifte te gebruiken en de rol die mobiele gespreksafgifte hierbij speelt en het reguleringsmodel voor mobiele gespreksafgifte, gaat het college bij de bedenkingen bij vaste gespreksafgifte verder in.

337. Het college ziet in de bedenkingen van partijen geen aanleiding om de bepalingen in de marktbesluiten over de invulling van kostenoriëntatie met de kosten van KPN en het EDC-systeem te wijzigen.

³⁸⁹ Online, bedenkingen bij ULL, alinea 6.34 en bedenkingen bij WBT, alinea 6.38.

³⁹⁰ Online, bedenkingen bij VGA, alinea's 4.21 en 4.25.

³⁹¹ BCV, bedenkingen bij VGA, p.4.

³⁹² Tele2, bedenkingen bij VGA, alinea 80.

7.2.2 Kostencalculatie bij leegloop en stranded assets

338. **KPN**³⁹³ stelt dat haar keuze tot netwerkinnovatie geen volledig vrije keuze is, maar mede door de omstandigheden bepaald wordt. Een zekere overlay periode is volgens KPN hierbij onvermijdelijk en kan dus niet als inefficiënt aangemerkt worden. KPN vindt dat de regulator alleen moet ingrijpen als de overlay periode te lang is. Dit is volgens KPN echter niet nodig, omdat KPN prikkels heeft om de overlay periode niet te lang te laten duren, aangezien zij zelf het merendeel van deze kosten draagt.

339. Het **college** is van mening dat het tot het normale economische proces behoort dat bedrijven hun beslissingen, waaronder ook beslissingen over netwerkvernieuwing, afstemmen op de omstandigheden en verwachtingen voor de toekomst. Dit betekent echter niet dat de omstandigheden volledig bepalend zijn en de onderneming geen keuze heeft. In de marktbesluiten heeft het college aangegeven dat er juist over veel zaken beslissingen genomen kunnen worden, zoals over de technologie, het moment van investeren, hoe snel eindgebruikers ertoe aangezet worden te switchen naar het nieuwe netwerk en hoelang een dubbel netwerk in stand wordt gehouden. KPN is de partij die deze beslissingen neemt, niet het college en ook niet andere partijen. Het college is dus van mening dat KPN met haar beslissingen zelf in belangrijke mate bepalend is voor de leegloop en stranded assets. Dit is één van de redenen op grond waarvan het college bepaald heeft dat KPN de kosten van leegloop en stranded asset niet in de tarieven mag verwerken.

340. **KPN** geeft aan dat er verschillende oorzaken zijn dat de netwerkbezetting terugloopt, en dat het dus een discutabele en arbitraire aangelegenheid is om vast te stellen welk deel van de lagere netwerkbezetting samenhangt met netwerkvernieuwing. Verder vindt KPN het ook onterecht dat zij een afzetzaling door leegloop niet in de tarieven mag verwerken, maar dat als er sprake is van een kostenreductie deze wel in de tarieven verwerkt moet worden. Hierdoor profiteren marktpartijen wel van kostendalingen, maar hoeven zij niet bij te dragen aan kostenstijgingen. Ook vindt KPN dat de kostprijscalculatie gebaseerd moet zijn op de verwachte kostenontwikkeling, en dat het mogelijk is dat de kosten van bepaalde inputfactoren stijgen. Zo wordt bepaalde apparatuur niet meer door de fabrikant ondersteund hetgeen kan resulteren in hogere onderhoudskosten. Ook de energiekosten stijgen. KPN vindt het onredelijk dat zij voor deze stijgende kosten dient op te draaien. Mede hierom is KPN het oneens met de bepaling dat de tarieven niet ten opzichte van de bestaande tarieven mogen stijgen. KPN vindt dat OPTA naar de onderliggende kosten moet kijken en niet haar toevlucht kan nemen tot algemene overwegingen om op basis daarvan te bepalen dat de tarieven niet mogen stijgen. Daarbij vindt KPN dat OPTA haar verwachting dat KPN de retailtarieven op de oude infrastructuur niet zal laten stijgen niet goed onderbouwd heeft. KPN licht hierbij toe dat een stijging van de wholesalekostprijs en daarmee van het retailtarief ondersteunend kan zijn aan het beleid van netwerkrationalisatie en voorkoming van dubbele kosten en kan helpen om eindgebruikers te stimuleren over te stappen naar toekomstvaste diensten en om het bestaande netwerk uit te kunnen faseren.

³⁹³ KPN, WPC-bijlage, hoofdstuk 5.

341. Het **college** onderschrijft dat het niet eenvoudig is om vast te stellen welk deel van de lagere netwerkbezetting samenhangt met leegloop door netwerkvernieuwing. Dat het lastig is om dit vast te stellen, betekent echter niet dat hiervan afgezien moet worden. Het college constateert dat het bij kostentoerekening vaker moeilijk is om de relatie tussen kosten en diensten op een juiste manier te beschrijven en de beste kostentoerekeningsleutels te kiezen. Hiermee hebben KPN en het college bij eerdere beoordelingsrondes ervaring opgedaan. Bovendien beschikt KPN over veel informatie over de bezetting van het netwerk en de ontwikkeling daarvan. Het college verwacht dat met behulp van deze informatie voldoende bepaalbaar is welk deel van de leegloop samenhangt met netwerkvernieuwing. KPN kan hiertoe een voorstel doen als onderdeel van het kostentoerekeningsstelsel dat zij ter goedkeuring aan het college dient voor te leggen. Tijdens het tariefbeoordelingsproces zal het college uitgebreid aandacht geven aan dit onderwerp.

342. Het college onderkent dat bij sommige kostencomponenten de kosten kunnen stijgen, terwijl de kosten van andere kostencomponenten kunnen dalen. Het college heeft op basis van de gescheiden financiële rapportage over 2007 de indruk dat overall sprake is van zodanig grote kostendalingen dat als gevolg daarvan de kostprijzen ook lager zullen zijn, ondanks de opgetreden volumedaling. Dit is ook te verwachten omdat de oude infrastructuur langzamerhand volledig afgeschreven raakt, waardoor het bedrag aan afschrijvingen en vermogenskosten daalt. Het college wil voorkómen dat de regels wat betreft leegloop en stranded assets zodanig begrepen worden dat een gelijkblijvend tarief bij voorbaat aan de leegloopregel zou voldoen. Als immers de kostendalingen zodanig groot zijn dat de kostprijzen dalen, dan is het gerechtvaardigd dat de tarieven ook dalen. Het college beoogt dus niet om KPN bij voorbaat een vergoeding te ontzeggen voor bij individuele kostenposten. Daarbij merkt het college op dat de kosten van electra-energieverbruik separaat afgerekend worden.

343. Wat betreft de retailtarieven is het college het oneens met KPN. Het college heeft in de besluiten gemotiveerd aangegeven hoe hij tegen de retailprijsstelling aan kijkt. Daarbij heeft het college overigens niet uitgesloten dat KPN langzamerhand de retailprijsstelling van oude technologiedienstverlening zal verhogen in combinatie met aanbiedingen op de nieuwe technologie, met als doel hun eindgebruikers te motiveren over te stappen naar IP-dienstverlening. Op dit punt verschillen KPN en het college niet van mening.

344. **KPN** is ook van mening dat als kosten van stranded assets en leegloop niet toegerekend mogen worden aan gereguleerde wholesaletarieven, dit investeringen door andere partijen ontmoedigt. Zij kunnen immers kiezen tussen zich vast te leggen in eigen investeringen of gebruik te maken van het netwerk van KPN. Door gebruik te maken van het netwerk van KPN houden andere partijen hun mogelijkheden open om te reageren op veranderende marktomstandigheden, en leggen zij zich dus niet vast, hetgeen wel het geval is als zij zelf zouden investeren. Het voordeel voor andere partijen wordt alleen maar vergroot als de kosten van stranded assets bij de netwerkeigenaar gelegd worden. Dit is volgens KPN in strijd met kostenoriëntatie, en is ook in strijd met één van de hoofddoelstellingen van het regelgevend kader, namelijk het bevorderen van duurzame, op infrastructuur gebaseerde concurrentie.

345. KPN stelt terecht dat partijen, door gebruik te maken van het netwerk van KPN, niet zelf een (volledig) netwerk hoeven aan te leggen. Het **college** constateert echter dat deze andere

partijen zelf niet goed in de gelegenheid zijn om een volledig telecommunicatienetwerk (dat tot aan de eindgebruiker reikt) aan te leggen. Indien dat wel het geval was, zou een toegangsverplichting, en, afhankelijk van de potentiële concurrentieproblemen, een tariefverplichting niet noodzakelijk zijn. Het college legt KPN verplichtingen op omdat het zonder deze verplichtingen voor andere partijen niet goed mogelijk is actief te worden op telecommunicatiemarkten. Bovendien moeten partijen, ook als ze gebruik maken van toegang tot het netwerk van KPN, ook zelf investeren in een eigen netwerk en apparatuur, en zijn zij wat betreft het bouwen van hun eigen netwerk en de technologie gebonden aan de netwerkkarchitectuur van KPN. Verder laten partijen hun beslissing om toegang af te nemen dan wel zelf de daarvoor benodigde netwerken aan te leggen niet alleen afhangen van de prijsstelling van de toegang tot het netwerk van KPN, maar ook van strategische aspecten als afhankelijkheid van KPN en de mogelijkheden om de kwaliteit van de dienstverlening zelf te bepalen. Het college kan daarom KPN in deze bedenking niet volgen.

346. **KPN** is het er niet mee eens dat de wacc een vergoeding zou bevatten voor het risico dat investeringen niet terugverdiend kunnen worden vanwege stranded assets en leegloop. Volgens KPN is de risicovergoeding in de wacc gebaseerd op fluctuaties van het rendement en het risico dat vreemd vermogen verschaffers de geleende bedragen niet volledig terugontvangen. Doordat OPTA de wacc vaststelt, kan KPN dit toegestane rendement alleen verdienen als zij alle kosten vergoed krijgt. Volgens KPN kan het redelijk rendement hierdoor niet fluctueren met de risico's die worden gelopen.

347. Het **college** stelt vast dat KPN terecht stelt dat de wacc een risicovergoeding omvat. Wat betreft vreemd vermogensverschaffers gaat het dan om het risico dat geleende bedragen niet volledig terugbetaald zullen worden, en wat betreft de eigen vermogensverschaffers gaat het om het risico wat betreft de fluctuaties van de waarde van het aandeel.³⁹⁴ Deze risico's worden op hun beurt weer beïnvloed door de realisaties op de activiteiten: kosten kunnen mee- of tegenvallen, evenals de afzet en de prijs. Het risico dat in de wacc verdisconteerd is, is gebaseerd op verwachtingen die beleggers vooraf hebben. Achter zal blijken wat de realisatie is en zal dus blijken dat meer of minder dan de investering terugverdiend is. Dan blijkt ook in welke mate de ondernemer haar schuldeisers kan terug betalen en in hoeverre de resterende waarde voor de aandeelhouders hoger of lager is dan zij verwacht hadden. In de risicoperceptie van beleggers zit hun verwachting verdisconteerd over de kans dat de investering niet volledig terugverdiend kan worden. Het college is het dus oneens met KPN.

348. Dit betekent dat het risico dat uiteindelijk gaat blijken dat investeringen niet volledig terugverdiend kunnen worden invloed heeft op de hoogte van de wacc.

349. Ten slotte wijst **KPN** erop dat het college in het BULRIC kostenmodel voor mobiele gespreksafgifte rekening gehouden heeft met leegloop van de oude infrastructuur in de laatste jaren van exploitatie. KPN wijst erop dat de benadering die het college nu kiest ten aanzien van het vaste netwerk niet consistent is met de benadering die bij mobiele gespreksafgifte gekozen is.

³⁹⁴ In feite: om die fluctuaties in het rendement niet weggediversificeerd kunnen worden, dat is het systematisch risico.

350. Het **college** stelt vast dat er grote verschillen zijn tussen de situatie bij mobiele gespreksafgifte en het vaste netwerk van KPN. In het geval van het vaste netwerk is er sprake van een reeds tientallen jaren bestaand netwerk dat in de loop der jaren langzamerhand uitgebreid en gemoderniseerd is. KPN zal dit netwerk op termijn uitfaseren, maar het is nog onduidelijk wanneer dit zal plaatsvinden. Voor de tariefbepaling is het niet goed mogelijk om het totale netwerk over de gehele levensduur in een tariefmodel te modelleren, maar moet gebruik gemaakt worden van kostprijscalculatie per jaardoorsnede. De situatie bij mobiel is geheel anders. Hier is sprake van tweede generatie netwerken waarvan de volledige levensduur in het bottom-up model gemodelleerd kon worden. Het college signaleert verder ook dat uit de gescheiden financiële rapportage blijkt dat KPN in 2007 op de traditionele dienstverlening nog steeds een redelijk rendement verdient, ondanks dat de verwachting was dat door leegloop de kostprijzen zouden oplopen en hoger zouden zijn dan de tarieven. Op basis van het voorgaande concludeert het college dat de situatie wat betreft mobiele netwerken en het vaste netwerk van KPN in grote mate onvergelijkbaar is.

351. **ACT**³⁹⁵ is het eens met de bepaling van het college dat de wholesaletarieven geen vergoeding mogen omvatten voor de kosten en verliezen die KPN lijdt door stranded assets en leegloop, doordat KPN zelf besluit om haar netwerk te vernieuwen. ACT vindt dat niet valt in te zien dat partijen hogere tarieven zouden moeten betalen voor de leegloop op het PSTN/ISDN-netwerk terwijl KPN zelf een goedkopere wholesalesale IP equivalent gebruikt, maar partijen geen mogelijkheid biedt tot IP-interconnectie. ACT meldt in deze context dat de Franse toezichthouder ARCEP ook bepaald heeft dat volumedalingen op traditionele telefonie door migratie naar IP geen negatieve impact mogen hebben op de wholesaletarieven voor traditionele telefonie.

352. **ACT**³⁹⁶ vindt echter dat OPTA een stap verder moet gaan en als principieel uitgangspunt moet hanteren dat concurrenten niet hoeven te betalen voor de stranded assets en leegloop van KPN, ongeacht de oorzaak van het klantenverlies. Volgens ACT is het juist de bedoeling van regulering dat KPN klanten verliest, waarbij KPN in het verleden ook gecompenseerd is voor het klantenverlies, ondermeer doordat KPN bij de verzelfstandiging het netwerk gratis meegekregen heeft. Daarnaast geldt ook dat partijen ook geen factuur aan KPN kunnen sturen als de kostprijs per eenheid hoger is bij tegenvallende verkoopresultaten.

353. Verder merkt **ACT**³⁹⁷ op dat de stelling van OPTA dat Nederland wat betreft migratieproblematiek en leegloop op het netwerk van de incumbent voorop loopt in Europa en er geen vergelijkingsmateriaal beschikbaar is, niet geheel juist is. ACT meldt dat de Franse toezichthouder bepaald heeft dat de volumedaling op traditionele telefonie vooralsnog geen negatieve impact mag hebben op de wholesaletarieven voor traditionele telefonie.

354. Het **college** constateert dat ACT het eens is met de bepaling dat de kosten van leegloop en stranded assets niet in de tarieven verwerkt mogen worden als KPN zelf besluit haar netwerk te vernieuwen. Het college is het echter niet eens met het standpunt van ACT dat alle kosten van

³⁹⁵ ACT, Bijlage kostentoerekening en financiële rapportages, punt 13.

³⁹⁶ Idem, punt 14.

³⁹⁷ Idem, punt 4.

leegloop en stranded assets – ongeacht de oorzaak van het klantenverlies – niet in de tarieven verwerkt zouden moeten worden. In het verleden hebben partijen er ook voordeel van gehad dat de tarieven daalden doordat de schaalvoordelen als gevolg van een stijgende bezetting van het netwerk van KPN toenamen. Er is op zich geen reden om als de schaalvoordelen wat minder groot worden dit bij de tariefbepaling buiten beschouwing te laten. De opmerking van ACT dat het juist de bedoeling is dat KPN klanten kwijt raakt, is naar de mening van het college niet relevant. Kern van de regulering is dat de concurrentie bevorderd wordt en concurrentieproblemen voorkomen worden. Het is geen primair doel van de regulering dat KPN klanten kwijtraakt.

355. Het college ziet niet in wat de door ACT veronderstelde weigering van KPN tot IP-interconnectie van doen heeft met de bepalingen over leegloop en stranded assets, aangezien er een onderhandelingsplicht voor interconnectie bestaat in die gevallen dat daarvoor nog geen overeenkomst bestaat.³⁹⁸ In geval partijen menen dat KPN ten onrechte geen IP-interconnectie aanbiedt, dienen partijen dit via de geëigende wegen aanhangig te maken. Daarnaast merkt het college op dat andere partijen zelf ook hun dienstverlening via IP kunnen leveren op basis van het gebruik van ontbundelde aansluitlijnen.

356. Het vervangen van PSTN-technologie door IP-technologie zal in veel meer landen dan alleen Nederland gaan plaatsvinden. Inmiddels is ARCEP, zoals ACT aangeeft, ook tot besluitvorming gekomen over stranded assets en leegloop. Het college constateert dat deze besluitvorming alleen betrekking heeft op vaste gespreksafgifte, hetgeen een bijzondere markt is omdat dit two-way access betreft. De argumenten die ARCEP hanteert ten aanzien van leegloop en stranded assets zijn vrij specifiek voor two-way access.

357. **Vodafone**³⁹⁹ geeft in haar bedenkingen bij vaste gespreksafgifte aan niet in te zien hoe de tarieven zouden kunnen stijgen, gegeven de bepalingen van OPTA dat leegloop van het netwerk niet in de kostprijscalculatie verwerkt mag worden en dat kostendalingen op de oude infrastructuur in de calculatie betrokken moeten worden. De tarieven van KPN zouden alleen omlaag moeten gaan, aangezien KPN om redenen van efficiëntie migreert naar All-IP. Ook vraagt Vodafone zich af of de rekenregel een juiste methode is om leegloop buiten de kostprijscalculatie te houden, omdat dit erop neerkomt dat het EDC-tarief aangepast wordt “als de uitkomst niet bevalt”. Vodafone vindt dat op z'n minst een ander kostenmodel als referentie gebruikt dient te worden, en dat zo'n ander kostenmodel de voorkeur heeft boven de rekenregel.

358. Het **college** is van mening dat een rekenregel een goede methode is om de kosten van leegloop buiten de kostprijscalculatie te houden. Het college heeft namelijk duidelijk aangegeven welke redenen hij heeft om de verrekening van leegloop door netwerkvernieuwing niet in de kostprijscalculatie te verwerken en welke randvoorwaarden van toepassing zijn. Het college zal toetsen of de rekenregel die KPN als onderdeel van het kostentoerekeningsstelsel ter goedkeuring aan het college voorlegt, hieraan voldoet. De hoogte van het tariefplafond voor vaste gespreksafgifte zal door het college vastgesteld worden op basis van de beoordeling van

³⁹⁸ Zie artikelen 6.1 en 6.2 van de Tw.

³⁹⁹ Vodafone, bedenkingen bij VGA, p.5.

het kostentoe rekeningssysteem dat KPN ter goedkeuring aan het college dient voor te leggen. Het college zal, zoals gebruikelijk, andere partijen bij deze beoordeling betrekken.

359. Het college ziet in de bedenkingen van partijen geen aanleiding om de bepalingen in de marktbesluiten over leegloop en stranded assets te wijzigen.

7.2.3 Afschrijvingsmethoden en -termijnen

360. **KPN**⁴⁰⁰ is van mening dat bij EDC de door KPN zelf in het kader van de jaarrekening gehanteerde grondslagen voor waardering en winstbepaling leidend dienen te zijn, ook wat betreft de afschrijvingsmethoden en -termijnen ten aanzien van investeringen in het geval van ingrijpende netwerkvernieuwingen. OPTA wekt de indruk dat zij deze principes op grond van gelegenheidsargumenten terzijde zal schuiven en waardoor de EDC-principes geweld wordt aangedaan. Ten aanzien van de afschrijvingstermijnen stelt KPN dat, voor zover deze voor de tariefregulering anders vastgesteld dienen te worden dan in de externe verslaggeving, zij zelf beter dan OPTA in staat is de economische levensduur van haar activa vast te stellen, en dat OPTA moet afzien van het bijstellen van afschrijvingstermijnen. Wat betreft de te hanteren afschrijvingsmethode beaamt KPN dat in bepaalde gevallen afgeweken moet kunnen worden van de methode die in de jaarrekening wordt toegepast, en dat een vorm van economische afschrijving mogelijk de voorkeur verdient om een gelijkmatiger tariefpatroon te krijgen en om risk sharing te bewerkstelligen. KPN acht het van belang dat ze in staat wordt gesteld alle kosten inclusief een redelijk rendement terug te verdienen.

361. Het **college** constateert dat KPN het eens is met de bepalingen die het college in randnummers 6 en 7 van Annex A heeft geformuleerd, namelijk dat in beginsel aansluiting gezocht wordt bij de jaarrekening, en dus in beginsel gebruik gemaakt wordt van lineaire afschrijvingen en de afschrijvingstermijnen die KPN in de jaarrekening hanteert. Het college is het echter oneens met KPN dat hier altijd aan vastgehouden moet worden en dat geen afwijkingen mogelijk zijn. Bij het opstellen van de jaarrekening wordt immers van andere uitgangspunten uitgegaan dan bij tariefbepaling, en dus is het van belang dat indien dat nodig is, de cijfers zoals die in de jaarrekening staat gecorrigeerd worden. Het college constateert overigens dat KPN het hier in veel opzichten mee eens is, getuige het feit dat KPN geen bedenkingen heeft bij andere bepalingen van het college over afwijkingen van de principes uit de jaarrekening en ook dat KPN beaamt dat in bepaalde gevallen economische afschrijvingen de voorkeur kunnen verdienen boven lineaire afschrijvingen, hetgeen een afwijking is ten opzichte van de jaarrekening.

362. Het college bestrijdt dat hij met gelegenheidsargumenten EDC-principes terzijde wenst te schuiven. De reden dat het college in paragraaf B.2.3 nader is ingegaan op afschrijvingsmethoden en afschrijvingstermijnen heeft te maken met het feit dat KPN van plan is om ingrijpende netwerkvernieuwingen toe te passen. Juist door aandacht te geven aan de wijze van tariefbepaling in de context van de ingrijpende netwerkvernieuwingen van KPN, geeft het

⁴⁰⁰ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 4.

college meer zekerheid over de wijze waarop hij het kostentoerekeningssysteem dat KPN ter goedkeuring aan het college dient voor te leggen, zal beoordelen. Er is dus geen sprake van dat het college op basis van gelegenheidsargumenten de EDC-principes geweld aan zal doen.

363. Het college constateert ook dat KPN het er mee eens is dat in bepaalde gevallen afgeweken zou moeten kunnen worden van het gebruik van de lineaire afschrijvingsmethode bij nieuwe activa. Het college onderschrijft dat het hanteren van een vorm van economische afschrijving een oplossing kan bieden om een gelijkmatiger tariefpatroon te krijgen, en mogelijk ook een oplossing kan bieden om de (mogelijk hogere) risico's van investeringen in nieuwe generatie aansluitnetten te adresseren. Het college constateert bij nader inzien wel dat de bepaling in randnummer 20 van Annex B breder geformuleerd moet worden, en dat de annuïtaire afschrijvingsmethode als een voorbeeld van economische afschrijvingen genoemd moet worden. Het college zal dit randnummer als volgt aanpassen:

- In dergelijke gevallen kan het hanteren van economische afschrijvingen de voorkeur verdienen. Een mogelijkheid daarbij is om gebruik te maken van de annuïtaire afschrijvingsmethode ~~oplossing bieden~~. [...]

364. Wat betreft de afschrijvingstermijnen wijst het college er op dat de beoordeling hiervan integraal onderdeel uitmaakt van de beoordeling van het kostentoerekeningssysteem dat KPN ter goedkeuring aan het college voor dient te leggen. Het college heeft dus in alle gevallen, ook als er geen sprake is van de bijzondere situatie van grootschalige netwerkvernieuwingen, de mogelijkheid de afschrijvingstermijnen te beoordelen, en kan daarbij tot het oordeel komen dat KPN niet de juiste afschrijvingstermijnen heeft gehanteerd. Dit is ook van groot belang, aangezien de afschrijvingstermijnen die KPN in de jaarrekening hanteert vanuit het perspectief van tariefbepaling niet persé de juiste afschrijvingstermijnen hoeven te zijn. Bij het opstellen van de jaarrekening wordt immers van andere uitgangspunten uitgegaan dan bij tariefbepaling.

365. Echter, in het geval van ingrijpende netwerkvernieuwingen, zoals KPN van plan is toe te passen, is sprake van nieuwe activa waarbij nog geen of weinig ervaring bestaat over de juiste afschrijvingstermijnen. Het college heeft daarom in paragraaf B.2.3 duidelijk aangegeven hier kritisch naar te zullen kijken. Daarbij is het aan KPN is om een kostentoerekeningssysteem op te stellen en daarbij dus ook keuzes over de afschrijvingstermijnen te maken en deze keuzes te onderbouwen. KPN heeft dus alle mogelijkheid om haar inzichten ten aanzien van specifieke situaties naar voren te brengen.

366. **Vodafone**⁴⁰¹ is van mening dat het college in bepaalde gevallen, bij grote investeringen in nieuwe technologie, wel moet kunnen afwijken van de methode van lineair afschrijven, omdat deze methode leidt tot zeer hoge kostprijzen in de begintijd van de nieuwe technologie. Vodafone concludeert dat OPTA deze mening ook lijkt te hebben, gezien de bepaling van OPTA dat andere afschrijvingsmethoden zoals annuïtaire afschrijvingen mogelijk zijn.

⁴⁰¹ Vodafone, bedenkingen bij ULL en ACT.

367. Het **college** heeft in randnummer van 21 van Annex B expliciet bepaald de toepasselijkheid van de lineaire afschrijvingsmethode bij nieuwe activa te zullen beoordelen als onderdeel van de beoordeling van het kostentoerekeningssysteem van KPN. Zoals gebruikelijk zal het college andere marktpartijen betrekken bij dit beoordelingstraject.

368. Het college ziet in de bedenkingen van partijen geen aanleiding om de bepalingen in de marktbesluiten over de afschrijvingsmethodiek te wijzigen, behoudens de tekstuele wijziging ten aanzien van de afschrijvingsmethodek zoals die hierboven gespecificeerd is.

7.2.4 Toegestaan rendement

369. In paragraaf 7.1.1 zijn de bedenkingen weergegeven ten aanzien van de tariefregulering van met het oog op grootschalige investeringen in nieuwe netwerken. Hierbij zijn ook enkele opmerkingen gemaakt over het toegestaan rendement. Samengevat betreft het de volgende punten. **Glasvezelnet Amsterdam** pleit er voor om bij de bepaling van het toegestaan rendement rekening te houden met het risico van deze investeringen en verwijst naar een opmerking van Eurocommissaris Reding hierover. **Reggefiber** verzoekt OPTA om rekening te houden met het risico en de rendementseisen van Reggefiber, en wijst erop dat de wacc voor Reggefiber niet gelijk is aan de wacc voor KPN. **Vodafone** vindt dat er geen sprake van kan zijn dat KPN een hoger rendement (wacc) zou mogen genieten waar het glas betreft en dat er geen aanleiding is voor een gedifferentieerde wacc.

370. Het **college** heeft in de ontwerpbesluiten uiteen gezet dat het mogelijk is dat glasinvesteringen een ander risicoprofiel hebben en dat indien er sprake is van een ander risicoprofiel dit gevolgen heeft voor de hoogte van de wacc.⁴⁰² Dit strookt met de visie van Glasvezelnet Amsterdam en Reggefiber. Het college is het echter niet per se eens met het standpunt van Vodafone dat er geen sprake kan zijn van een aparte wacc voor glasinvesteringen. Het college wijst er in dit verband ook op dat de Europese Commissie recent in de ontwerp aanbeveling over de regulering van toegang tot NGA netwerken⁴⁰³ heeft aangegeven dat een aanpassing van de wacc nodig kan zijn ingeval van glasinvesteringen een afwijkend risicoprofiel hebben. Het college heeft in de ontwerpbesluiten aangegeven onderzoek te zullen doen naar de vraag of de risicograad van glasinvesteringen tot een andere wacc moet leiden. Inmiddels heeft het college het onderzoeksbureau NERA opdracht gegeven hier onderzoek naar te doen⁴⁰⁴.

⁴⁰² Zie paragraaf B.2.4 van Annex B van de ontwerpbesluiten.

⁴⁰³ Europese Commissie, Draft recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA), 18 september 2008

⁴⁰⁴ Na afronding zullen de resultaten kenbaar worden gemaakt via www.opta.nl

371. Met betrekking tot de tarieven voor WBT merkt **Vodafone**⁴⁰⁵ op dat een EDC-verplichting tot discussies kan leiden, ondermeer omdat een risico-opslag voor verglazing van het KPN-netwerk in de tarieven verwerkt mag worden.

372. Het **college** constateert dat deze veronderstelling van Vodafone onjuist is. In geval er sprake is van een hoger risico van glasinvesteringen, zal de toepassing van causale kostentoerekening ertoe leiden dat dit hogere risico in beginsel niet aan de dienstverlening over het koperen aansluitnet van KPN toegerekend wordt. Tarieven voor dienstverlening via het koperen aansluitnetwerk van KPN zullen in beginsel dus geen risico-opslag bevatten vanwege de verglazing van het KPN-netwerk.

7.2.5 Kostentoerekening

373. **KPN**⁴⁰⁶ is van mening dat wholesalespecifieke kosten niet zonder meer proportioneel toegerekend moeten worden, maar dat de partij voor wie de voorziening gerealiseerd wordt in principe de kosten van de voorziening dient te dragen. KPN verwijst hierbij naar de memorie van toelichting bij de Tw en de uitspraak van het CBb inzake WLR, waaruit KPN concludeert dat de algemene stelling dat wholesalespecifieke kosten zonder meer proportioneel kunnen worden toegerekend, onjuist is, en moet worden genuanceerd. KPN concludeert dat OPTA per dienst moet afwegen of een voor KPN minder nadelige vorm van kostentoerekening voldoende zou zijn voor het bereiken van de doelstellingen van tariefregulering en dat OPTA deze afweging expliciet moet opnemen in haar besluit. Ten aanzien van de wholesalespecifieke kosten van WLR stelt KPN dat er geen risico is dat de wholesalespecifieke kosten te hoog zullen zijn, en dat de KPN-klanten niet zullen profiteren van de WLR-dienstverlening, terwijl zij door proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten wel moeten bijdragen aan de dekking van deze kosten. In geval de wholesalespecifieke kosten proportioneel worden toegerekend, is de WLR-verplichting volgens KPN niet gerechtvaardigd.

374. Het **college** heeft in randnummers 18 en 19 van Annex A toegelicht dat ten aanzien van wholesalespecifieke kosten proportionele toerekening de voorkeur verdient. Het college heeft hier toegelicht dat een belangrijke reden om de wholesalespecifieke kosten proportioneel toe te rekenen is, dat dit bijdraagt aan het ontstaan van een gelijkwaardig speelveld tussen het retailbedrijf van KPN en afnemers van toegang en dat KPN een prikkel krijgt om deze kosten te minimaliseren. Daarnaast profiteren alle eindgebruikers in een markt van de concurrentie die door het gelijkwaardig speelveld ontstaat.

375. Het college is het oneens met het standpunt van KPN dat er slechts een gering gevaar zou zijn dat de wholesalespecifieke kosten van WLR onnodig hoog zijn. Als wholesalespecifieke kosten volledig aan de afnemers van toegang toegerekend worden, dan heeft KPN er alle belang bij deze kosten onnodig hoog te laten zijn, zodat het voor de afnemers van toegang

⁴⁰⁵ Vodafone, bedenkingen bij ULL/WBT, p.5/6.

⁴⁰⁶ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 3, zie ook bedenkingen bij VT, p.33.

moeilijker wordt om met KPN te concurreren. Dit geldt voor de wholesalespecifieke kosten van WLR, maar ook voor wholesalespecifieke kosten van andere wholesaledienstverlening.

376. Het college is het ook oneens met het standpunt van KPN dat de klanten van KPN geen voordeel van de WLR-dienstverlening hebben, en het dus onredelijk is dat zij wel moeten bijdragen aan de dekking van de wholesalespecifieke kosten van WLR. In statische zin is het zo dat iedere vorm van toegang kosten genereert die er anders niet geweest zouden zijn. Daar staat een dynamisch effect tegenover, namelijk dat de concurrentie wordt bevorderd, waardoor keuze voor klanten ontstaat en prijzen onder druk komen te staan. Hiervan hebben alle eindgebruikers uiteindelijk voordeel. Met het oog hierop maakt het college ook een welvaartsanalyse. Als de kosten van de verplichtingen niet opwegen tegen de welvaartswinsten, is er onvoldoende rechtvaardiging om de verplichtingen op te leggen. Uit de welvaartsanalyse van WLR blijkt dat de WLR-verplichtingen een positieve bijdrage aan de welvaart leveren. Het college is het dus ook oneens met de conclusie van KPN dat de WLR-verplichting niet passend is in het geval de wholesalespecifieke kosten van WLR proportioneel worden toegerekend.

377. De beoordeling van de kostentoerekening, waaronder ook de toerekening van de wholesalespecifieke kosten, maakt deel uit van de beoordeling van het kostentoerekeningsstelsel dat KPN ter goedkeuring aan het college dient voor te leggen en waarover het college in een tariefbesluit een oordeel geeft. Het college heeft in eerdere tarieftrajecten proportionele toerekening ten aanzien van wholesalespecifieke kosten toegepast, ondermeer wat betreft de gezamenlijke kosten van KPN's wholesale organisatie alsmede bij – zoals reeds aangegeven – de wholesalespecifieke kosten van WLR.⁴⁰⁷ In specifieke gevallen kan het college echter tot het oordeel komen dat proportionele toerekening niet nodig is, en dat causale toerekening volstaat. Zo heeft het college in het geval van lokale interconnectie geoordeeld dat proportionele toerekening van de wholesalespecifieke kosten niet redelijk was. Het college acht bij de proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten derhalve een 'ja, tenzij' benadering het meest passend.

378. Het college constateert echter dat hij in de besluittekst, waar KPN ook naar refereert, zich stilliger heeft uitgedrukt, hetgeen niet de bedoeling is. Daarom heeft het college de formulering van de besluitteksten aangepast, door een toevoeging te maken, zodat deze bepalingen in lijn zijn met hetgeen in Annex A gesteld is:

- Om te voorkomen dat KPN hoge wholesalespecifieke kosten maakt, dienen deze kosten in beginsel op basis van proportionele toerekening aan diensten toegerekend te worden; [...].⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Besluit tariefregulering wholesale line rental van 8 september 2008, OPTA/AM/2008/201839. Annex 11 van de EDC-rapportage van KPN van 7 oktober 2005, die ter goedkeuring aan het college is voorgelegd, en is goedgekeurd in het WPC-besluit van 27 september 2006, OPTA/TN/2006/201811.

⁴⁰⁸ Randnummer 711 van het ontwerpbesluit ULL, randnummer 856 van het ontwerpbesluit WBT, randnummer 1132 van het ontwerpbesluit HL, randnummer 766 van het ontwerpbesluit VT en randnummer 506 van het ontwerpbesluit VGA.

- [...] In Annex A heeft het college toegelicht dat voor wholesalespecifieke kosten in beginsel proportionele toerekening toegepast dient te worden. [...].⁴⁰⁹

379. Het college had in Annex E van het ontwerpbesluit vaste telefonie regels opgenomen over wholesalespecifieke kosten van WLR. Bij nader inzien constateert het college dat de algemene voorschriften over dit onderwerp in paragraaf A.2.3 van Annex A voldoende zijn. Het college is van oordeel dat er geen aanvullende bepalingen nodig zijn ten aanzien van de wholesalespecifieke kosten van WLR. Het college heeft daarom de tekst uit paragraaf E.3 van Annex E van het ontwerpbesluit verwijderd en vervangen door het volgende randnummer:⁴¹⁰

- KPN maakt in het kader van WLR kosten waarvoor geen relevant retailtarief bestaat. Met andere woorden, het gaat hier om zogenaamde wholesalespecifieke kosten (hierna: WSK).⁴¹¹ Voor die kosten geldt kostenoriëntatie. In annex A zijn de principes beschreven die worden gehanteerd bij de WSK.

380. **Online**⁴¹² geeft aan dat OPTA zonder nadere toelichting stelt dat proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten marge-uitholling voorkomt.

381. Het **college** begrijpt niet waar Online op doelt. In randnummer 18 van Annex A heeft het college juist uitgebreid toegelicht dat als de wholesalespecifieke kosten op basis van causale toerekening worden toegerekend, de afnemers van toegang deze kosten volledig dienen te dragen, en dat hierdoor een ongelijk speelveld ontstaat tussen KPN en de afnemers van toegang, omdat KPN voor haar eigen dienstverlening niet met deze kosten geconfronteerd wordt. Juist het proportioneel toerekenen van wholesalespecifieke kosten draagt bij aan het ontstaan van een gelijkwaardig speelveld, zodat de wholesalespecifieke kosten geen oorzaak zijn van marge-uitholling.

382. **TAP**⁴¹³ kan zich vinden in het standpunt van het college dat de wholesalespecifieke kosten in het kader van de WLR-tariefregulering proportioneel worden toegerekend.

383. Het **college** constateert dat TAP de benadering van het college ondersteunt.

384. **Vodafone**⁴¹⁴ is van mening dat niet alleen bij de wholesalespecifieke kosten, maar ook bij andere kosten afgeweken moet kunnen worden van causale kostentoe rekening, bijvoorbeeld als dit de totstandkoming van duurzame concurrentie bevordert of als daardoor een prikkel voor KPN ontstaat om de kosten te minimaliseren.

⁴⁰⁹ Randnummer 871 van het ontwerpbesluit VT.

⁴¹⁰ In het definitieve besluit is dit Annex D geworden. Zie randnummer 29 van deze Annex D.

⁴¹¹ Wholesalespecifieke kosten zijn kosten die KPN maakt in verband met een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot door OPTA bepaalde vormen van toegang.

⁴¹² Online, bedenkingen bij ULL, alinea 6.27 en bedenkingen bij WBT, alinea 6.31.

⁴¹³ TAP, bedenkingen bij VT.

⁴¹⁴ Vodafone, bedenkingen bij ULL en WBT, p.5.

385. Het **college** heeft in randnummer 18 van Annex A toegelicht dat hij kan afwijken van de toepassing van het principe van kostencausaliteit als hierdoor de concurrentieproblemen beter bestreden kunnen worden. Aan de bedenking van Vodafone wordt dus reeds tegemoet gekomen.

386. Het college ziet in de bedenkingen van partijen geen aanleiding om de bepalingen in de marktbesluiten over kostentoe rekening te wijzigen, behoudens de tekstuele wijzigingen ten aanzien van de wholesalespecifieke kosten zoals die hierboven gespecificeerd zijn.

7.2.6 Comparatieve efficiëntieanalyse

387. **KPN**⁴¹⁵ vindt dat het college geen heldere criteria heeft gegeven op basis waarvan de CEA-methodiek voor het laatste reguleringsjaar toegepast kan worden. In aanvulling daarop heeft KPN de volgende bedenkingen bij het toepassen van een efficiëntiekorting. In de eerste plaats, aangezien OPTA zelf aangeeft dat de CEA niet langer passend is, vindt KPN het niet passend om de CEA op 2011 toe te passen. Ten tweede vindt KPN het oneigenlijk dat OPTA haar toevlucht neemt tot het toepassen van de CEA wanneer de volume- en kostenprognoses voor het laatste reguleringsjaar haar niet realistisch voorkomen. KPN vindt dat OPTA de volume- en kostenprognoses direct moet toetsen. Ook vraagt KPN zich daarbij af waarom OPTA meer waarde hecht aan een benchmark waarvan de vergelijkbaarheid in een aantal opzichten mank gaat, in plaats van de volume- en kostenprognoses direct te toetsen. Ten derde heeft KPN er bezwaar tegen dat de meest strenge CEA-variant voor alle diensten geldt, omdat er geen aanleiding is om in de aankomende periode strenger te gaan reguleren. In de vorige marktbesluiten onderbouwde OPTA uitgebreid per dienst welke CEA-variant van toepassing was, maar voor de komende reguleringsperiode acht OPTA dit kennelijk niet nodig. Daarom vindt KPN dat indien de CEA al toegepast wordt, het om de meest milde vorm moet gaan (variant 4). Ten slotte plaatst KPN vraagtekens bij de vergelijkbaarheid van KPN met de Amerikaanse telecombedrijven die in de CEA gebruikt zijn, ook tegen de achtergrond van de migratie naar All-IP.

388. Het **college** is het oneens met KPN dat niet duidelijk gedefinieerd zou zijn in welke situatie de CEA op 2011 toegepast zal worden. Het college heeft juist in de besluiten duidelijk aangegeven de CEA alleen opnieuw toe te passen als het college bij de beoordeling van de kosten- en volumeprognoses onvoldoende zekerheid verkrijgt dat deze realistisch zijn.

389. Het college is het oneens met KPN dat het niet meer toepassen van een CEA op 2007 automatisch ook zou moeten betekenen dat de CEA niet toegepast moet worden op 2011. Het college heeft in de besluiten uitgebreid toegelicht dat hij de CEA voor 2007 niet nodig vindt, kort gezegd omdat de CEA in 2005/6 heeft uitgewezen dat KPN toen relatief efficiënt was en KPN prikkels heeft om haar efficiëntie verbeteren. Verschil tussen 2007 en 2011 is dat ten aanzien van 2007 de kosten en volumes op een betrouwbare wijze vastgesteld kunnen worden, aangezien deze cijfers ontleend worden aan de boekhouding. De rapportage over 2011 bevat

⁴¹⁵ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 6.

verwachtingen over kosten en volumes. Weliswaar kan gecontroleerd worden of de verwachtingen ontleend zijn aan business plannen, maar deze business plannen zijn met een zekere mate van onzekerheid omgeven. De mogelijkheden van het college om deze prognoses op hun realistisch gehalte te controleren zijn beperkter dan bij gerealiseerde cijfers. Om die reden vindt het college het passend om ingeval deze voorspellingen niet realistisch lijken te zijn, alsnog een CEA toe te passen.

390. Het college is het eveneens met KPN eens dat kosten- en volumeprognoses in de eerste instantie direct getoetst moeten worden en het college doet dit bij tariefbeoordelingen ook altijd. Het is echter zo dat het niet eenvoudig is om kosten- en volumeprognoses direct te toetsen, omdat het verwachtingen over de toekomst betreft. Dit in tegenstelling tot de gerealiseerde kosten en volumes die in een EDC-rapportage van een reeds afgesloten verslagjaar zijn opgenomen; deze zijn op eenvoudige wijze te toetsen en zijn ook standaard onderdeel van het accountantsonderzoek. In geval de directe toetsing van kosten- en volumeprognoses indicaties geeft dat deze prognoses niet realistisch zijn, vindt het college het passend om een CEA uit te voeren.

391. KPN heeft ook bezwaar tegen de bepaling van OPTA dat als de CEA toegepast wordt, KPN vergeleken zal worden met de 10% meest efficiënte Amerikaanse telecomaانبieders, in plaats van met de gemiddelde efficiënte van de Amerikaanse telecomaانبieders.⁴¹⁶ Het college vindt echter, gegeven de uitkomst van de CEA van 2005/6, dat het niet onredelijk is van KPN te verwachten dat zij op z'n minst gelijke tred houdt met de efficiëntieontwikkeling van de Amerikaanse telecombedrijven. Het college vindt ook niet dat hierdoor sprake is van een strengere vorm van reguleren, zoals KPN stelt. In de afgelopen reguleringsperiode had het college met de verschillende WPC-varianten verschillende efficiëntienormen gedefinieerd en deze varianten van toepassing verklaard op de markten afhankelijk van de mogelijkheden tot infrastructuurconcurrentie. Er is toen echter gebleken dat KPN relatief efficiënt was, zodat uiteindelijk de korting 0% bedroeg en de tariefniveaus van de verschillende varianten aan elkaar gelijk waren. Feitelijk voldeden daarmee de tariefplafonds binnen alle WPC-varianten aan de strengste variant. Juist omdat bleek dat KPN relatief efficiënt was, vindt het college dat er nu geen sprake is van een zwaardere norm voor KPN door, in geval de CEA toegepast zal worden, KPN te vergelijken met de 10% meest efficiënte telecomaانبieders.

392. Het college is het oneens met KPN dat de invoering van all-IP door KPN een belemmering zou zijn om opnieuw een CEA uit te voeren. Net als KPN zullen ook de Amerikaanse telecombedrijven nieuwe technologieën introduceren, met als oogmerk om efficiënter te worden dan wel om meer en betere diensten te kunnen leveren. Voor zover er sprake is van verschillende omstandigheden die invloed hebben op het kostenniveau, zoals demografische situatie, wordt dit in de CEA verdisconteerd, en voor zover de dienstverlening van KPN en

⁴¹⁶ KPN maakt hierbij een verwijzing naar variant 4 uit het oude WPC-systeem. Variant 4 was qua niveau echter gelijk aan de strenge variant 1, maar betrof een ondergrens in plaats van een bovengrens. Het college gaat er daarom van uit dat KPN hier de bedoeling heeft om te pleiten voor vergelijking met de gemiddelde efficiënte Amerikaanse telecomaانبieder die in varianten 2 en 3 gebruikt werd, in plaats van met de 10% meest efficiënte telecomaانبieders uit variant 1.

Amerikaanse telecombedrijven niet vergelijkbaar is, worden deze diensten en de daarmee samenhangende kosten buiten de CEA gehouden. Het college ziet daarom geen redenen die het toepassen van een nieuwe CEA in de weg zouden kunnen staan.

393. **ACT**⁴¹⁷ vindt dat als EDC als kostentoe rekeningssysteem gehandhaafd blijft, OPTA de CEA opnieuw moet uitvoeren. ACT geeft aan dat ondanks dat KPN prikkels heeft om efficiënt te opereren, de situatie van KPN ten tijde van de vorige CEA (2005/2006) niet representatief is voor de huidige mate van efficiëntie ten opzichte van andere aanbieders, aangezien KPN haar All-IP plannen heeft aangekondigd en een aanvang gemaakt heeft met het moderniseren van haar netwerk. ACT meent ook dat de CEA een nuttige aanvulling kan zijn om te voorkomen dat stranded assets ten onrechte tot de relevante kosten worden gerekend. Ten slotte vindt ACT dat OPTA de CEA voor 2011 sowieso moet toepassen, en niet alleen als de prognoses van kosten en volumes daar aanleiding toe geven.

394. **ACT**⁴¹⁸ is ook van mening dat KPN geen prikkel heeft tot efficiënte kosten, omdat kostendalingen gedeeld moeten worden met concurrenten. ACT stelt dat doordat de gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten verdeeld worden op basis van de reeds gealloceerde kosten, een groter deel van de gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten door concurrenten wordt betaald en dus niet door KPN gedekt hoeft te worden via niet-gereguleerde diensten.

395. Het **college** constateert dat ACT verschillende standpunten naar voren brengt wat betreft de prikkels die KPN heeft om efficiënt te opereren. Het college is het er echter mee oneens dat de allocatie van gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten iets van doen heeft met de prikkel tot efficiëntie. Zoals ACT aangeeft worden deze kosten op basis van de reeds gealloceerde kosten verdeeld. Dit heeft tot gevolg dat alle diensten, gereguleerd en ongereguleerd, en door KPN aan externe partijen dan wel aan het eigen retailbedrijf geleverd, een evenredig deel van de gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten dragen. Dit heeft dus een neutrale invloed op de prikkel die KPN heeft om haar efficiëntie te verbeteren. Het is voor KPN niet mogelijk om een onevenredig groot deel van de gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten af te wentelen op de gereguleerde wholesaledienstverlening.

396. Het college is het niet eens met de mening van ACT dat de CEA onvoorwaardelijk toegepast dient te worden op het jaar 2007. Het is uiteraard mogelijk om op ieder moment opnieuw een CEA uit te voeren om de relatieve efficiëntie van KPN te bepalen ten opzichte van andere telecomaandieners. Echter, aangezien in de loop van de tijd de omstandigheden waarin de telecomaandieners en KPN zich bevinden langzamerhand wijzigen, evenals de strategieën die ondernemingen kiezen en implementeren en het feit dat een groot deel van de kosten een vast karakter heeft, zal hun relatieve efficiëntie slechts langzamerhand wijzigen. Dit wordt ook bevestigd door de tijdreeksdata van de CEA uit 2005/6 waarin te zien is dat de relatieve efficiëntie van telecombedrijven in de jaren langzamerhand wijzigt en er dus geen sprake is van grote sprongsgewijze veranderingen in relatieve efficiëntie. Hoewel de CEA uit 2005/6 dus niet

⁴¹⁷ ACT, Bijlage kostentoe rekening en financiële rapportages, punten 10-12.

⁴¹⁸ ACT, Bijlage kostentoe rekening en financiële rapportages, punt 5.

volledig representatief is voor de huidige situatie, vindt het college het niet passend om nu opnieuw een CEA uit te voeren, omdat het niet te verwachten is dat een nieuwe CEA wezenlijk andere uitkomsten zal opleveren, aangezien KPN toen relatief efficiënt bleek te zijn, KPN prikkels heeft om haar efficiëntie verder te verbeteren, en het college ook geen aanwijzingen heeft dat de efficiëntie van KPN aan het verslechteren is.

397. Het college vindt de gedachte van ACT dat de CEA een techniek is die mogelijk aanvullend kan werken bij het voorkomen dat de kosten van leegloop en stranded assets in de tarieven verwerkt worden, een interessante gedachte. Het college constateert echter ook dat de CEA hier niet op gericht is en dat het op voorhand onduidelijk is hoe de CEA inzicht kan geven in de omvang van de leegloop en de stranded assets, dan wel kan voorkomen dat de kosten hiervan in de tarieven worden verwerkt. Het college heeft daarbij ook niet de verwachting de CEA hier veel uitkomst biedt, omdat de CEA gericht is op het totale kostenniveau, terwijl de stranded assets en leegloop juist op specifieke terreinen plaats vindt. Bovendien bleek uit de CEA uit 2005/6 dat KPN relatief efficiënt was, ook ten aanzien van de geprognosticeerde kosten van 2008, terwijl ook toen voor het jaar 2008 al leegloop werd voorzien. Het college heeft daarom niet de verwachting dat de CEA iets kan toevoegen bij de bepaling van stranded assets van mening is dat de bepalingen ten aanzien van leegloop en stranded assets die hij in de marktbesluiten heeft opgenomen daar goed in voorzien. Daarbij constateert het college dat hij reeds op andere wijze de problematiek rond leegloop en stranded assets adresseert.

398. Wat betreft toepassing van de CEA op de geprognosticeerde kosten en volumes in 2011 merkt het college het volgende op. Voor zover deze kosten en volumes op een betrouwbare en realistische manier geprognosticeerd zijn, is er vanwege dezelfde redenen die eerder genoemd zijn geen reden aan te nemen dat KPN in 2011 inefficiënt zou zijn. Daarom heeft het college bepaald dat het niet passend is om standaard een CEA op 2011 toe te passen. Het college is het dus oneens met ACT.

399. **Vodafone**⁴¹⁹ vindt dat de keuze van OPTA om de CEA achterwege te laten onzorgvuldig dan wel onbegrijpelijk. Vodafone vindt dat het te kort door de bocht is om te stellen dat er geen reden bestaat om aan te nemen dat KPN nu nog steeds efficiënt is. Vodafone voert daarbij aan dat het niet vaststaat dat de Amerikaanse telecombedrijven nu ook nog een representatieve vergelijking vormen, en dat OPTA in ieder geval had moeten onderzoeken of de benchmark op basis van verschillen en overeenkomsten van destijds nog relevantie heeft. Ook slaat OPTA er geen acht op dat deze Amerikaanse telecombedrijven mogelijk efficiënter zijn geworden. Verder vindt Vodafone het onlogisch dat OPTA ten aanzien van de efficiëntie van KPN meent dat er geen aanwijzingen zijn dat de situatie veranderd is, terwijl het uitgangspunt van marktanalyse is te onderzoeken of er veranderingen zijn. Ten slotte voert Vodafone aan dat de uitkomst van destijds, toen de efficiëntiekorting 0% was omdat KPN efficiënt was, door geen enkele partij gedeeld werd, maar dat toentertijd afgezien is van beroep omdat KPN besloten had om lagere tarieven te hanteren.

⁴¹⁹ Vodafone, bedenkingen bij ULL en WBT, p.6 en bedenkingen bij VGA, p.6.

400. Het **college** is het oneens met het standpunt van Vodafone dat het te kort door de bocht is te veronderstellen dat KPN nog steeds efficiënt is. Het college verwijst naar de toelichting die hij hierboven heeft gegeven in reactie op de bedenkingen van ACT (zie randnummer 396). Wat betreft de destijds uitgevoerde CEA is het juist, zoals Vodafone stelt, dat geen enkele partij beroep tegen het WPC-besluit, waar de CEA onderdeel van uitmaakte, heeft aangetekend. Het college merkt echter op dat in de bedenkingen die tegen de ontwerpbesluiten van juli jl. zijn ingediend, door geen enkele partij behalve Vodafone is aangegeven dat men het oneens is met de uitkomst van de CEA die destijds is uitgevoerd. Het college ziet in de bedenkingen van Vodafone geen aanleiding om de CEA standaard toe te passen.

401. **Online**⁴²⁰ is van mening dat een nieuwe CEA nodig is, omdat KPN mogelijk niet als efficiënte aanbieder beschouwd kan worden in de mate waarin OPTA dat doet. Online stelt dat KPN weliswaar prikkels heeft om efficiënt te opereren, maar dat de situatie ten tijde van de vorige CEA niet representatief hoeft te zijn voor de huidige mate van efficiëntie. Online wijst er daarbij op dat KPN haar netwerk aan het moderniseren is en het PSTN-netwerk gaat uitfaseren, en dat onder die omstandigheden gekeken moet worden naar mogelijk inefficiënties, waarbij Online wel van mening is dat een netwerk in een dergelijke fase nooit volledig optimaal gedimensioneerd kan zijn. Elders stelt Online te betwijfelen of KPN wel een efficiënte aanbieder is en of KPN wel prikkels heeft om efficiënter te worden. Online pleit voor het invoeren van een efficiëntiekorting, omdat ook een relatief efficiënte aanbieder nog efficiënter kan worden en omdat de prikkel voor KPN om efficiënter te worden vermindert vanwege het dalende marktaandeel van KPN op de retailmarkt.

402. Het **college** constateert dat Online niet duidelijk is of hij het nu wel of niet eens is met het college dat KPN prikkels heeft om haar efficiëntie te verbeteren. Het college is op zich eens met het standpunt van Online dat zelfs een efficiënte aanbieder nog efficiënter kan worden. Het college vindt dit echter geen reden om een efficiëntiekorting toe te passen, aangezien ook zonder efficiëntiekorting KPN prikkels heeft om haar efficiëntie te verbeteren en haar kosten te minimaliseren. Bovendien zou dit kunnen betekenen dat een efficiënte aanbieder niet in staat gesteld wordt haar kosten goed te maken. Ten slotte constateert het college dat Online in haar bedenkingen bij vaste gespreksafgifte niet motiveert waarom een dalend marktaandeel van KPN op de retailmarkt de efficiëntieprikkel zou verminderen. Het college ziet in de bedenkingen van Vodafone geen aanleiding om de CEA standaard toe te passen.

403. Het college ziet in de bedenkingen van partijen geen aanleiding om de bepalingen in de marktbesluiten over de comparatieve efficiëntieanalyse te wijzigen.

7.2.7 Accountantscontrole

404. **KPN**⁴²¹ is het niet eens met de bepaling van OPTA dat financiële rapportages over een toekomstige periode altijd vergezeld dienen te gaan van een rapport van bevindingen waarin de

⁴²⁰ Online, bedenkingen bij VGA, alinea 4.30 en 4.31.

⁴²¹ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 2.4.

accountant verslag doet van zijn onderzoek. KPN stelt dat er situaties zijn waarbij OPTA heel gemakkelijk de geleverde informatie op juistheid kan beoordelen, bij voorbeeld als het enkel gaat om informatie uit offertes en om prognoses van aantallen.

405. Het **college** hecht eraan alle mogelijke zorgvuldigheid te betrachten bij het beoordelen van de gegevens op basis waarvan de tariefplafonds en tarieven bepaald worden. Een onderzoek van een accountant, uitmondend in een accountantsverslag of een rapport van bevindingen geeft het college meer zekerheid ten aanzien van juistheid en volledigheid van de gepresenteerde gegevens. Het college is het echter wel eens met KPN dat er gevallen denkbaar zijn waarin OPTA zelf op eenvoudige wijze de juistheid van de informatie kan beoordelen, en dat een accountantsonderzoek daarvoor dan niet noodzakelijk is. Het college stelt wel vast dat dit slechts in een enkel geval aan de orde zal kunnen zijn. Het college zal de formulering van de besluittekst als volgt aanpassen:

- Ontwerpbesluiten randnummer 40 van Annex A: Om inzicht te krijgen in de betrouwbaarheid van de financiële rapportages dient in beginsel bij iedere rapportage een accountantsrapportage toegevoegd te worden. [...]
- Ontwerpbesluiten randnummer 47 van Annex B: KPN dient bij het historische deel van de EDC-rapportage in beginsel een accountantsverklaring te voegen.
- Ontwerpbesluiten randnummer 48 van Annex B: [...] KPN dient bij het toekomstgerichte deel van de EDC-rapportage in beginsel een rapport van bevindingen te voegen waarin de accountant verslag doet van de overeengekomen specifieke werkzaamheden

406. Met het oog op de voorgaande opmerking heeft het college nader overwogen of de WLR-tarievenrapportage die KPN ieder kwartaal ten behoeve van het vaststellen van de WLR-tarieven dient op te leveren vergezeld dient te gaan van een accountantsverklaring. Het college acht dit op voorhand niet noodzakelijk. Om die reden heeft het college de laatste bullet van randnummer 25 van Annex E van het ontwerpbesluit VT als volgt aangepast:

- KPN voorziet het college ieder kwartaal van de berekening van de nieuwe voorgenen WLR-tarieven in Excel-format (hierna: WLR-tarievenrapportage). Voor deze financiële rapportage hoeft KPN in beginsel geen accountantsverklaring op te leveren.⁴²²

407. **ACT**⁴²³ is van mening dat een andere accountant dan de huisaccountant van KPN het accountantsonderzoek van de EDC-rapportage dient te doen. Ook stelt ACT dat uit de accountantsverklaring slechts kan blijken dat de kosten die KPN opvoert ook daadwerkelijk in het kostensysteem verwerkt zijn, maar dat aan de accountantsverklaring geen zekerheid ontleend kan worden over de efficiëntie van de opgevoerde hoeveelheden en kosten en de vraag of kostenelementen terecht zijn opgenomen. Het inschakelen van een andere accountant dan de huisaccountant van KPN kan dit ondervangen. Deze andere accountant kan volgens ACT hierbij

⁴²² Randnummer 24 van Annex D van het definitieve besluit VT.

⁴²³ ACT, Bijlage kostentoerekening en financiële rapportages, laatste bullet van punt 4.

ook aan de hand van benchmarks van vergelijkbare aanbieders beoordelen of bepaalde kostenelementen niet ten onrechte zijn opgenomen en of volume- en kostenontwikkelingen realistisch zijn ingeschat.

408. Het **college** is het niet eens met het standpunt van ACT dat een andere accountant dan de huisaccountant het accountantsonderzoek zou moeten uitvoeren. De huisaccountant van KPN dient zich net als andere accountants te houden aan de beroepsregels en richtlijnen die voor accountants gelden. Er is op voorhand dus geen reden om te veronderstellen dat de huisaccountant dit niet op een goede manier zou doen. In het geval, om welke reden dan ook, het college een andere accountant aan zou willen wijzen of zelf als opdrachtgever op wil treden, bestaat hiertoe de mogelijkheid (zie randnummer 42 van Annex A), en het college heeft ook nog de mogelijkheid om een review op het accountantsonderzoek uit te laten voeren (zie paragraaf A.5.3 van Annex A). Het college vindt dat hiermee voldoende waarborgen rondom het accountantsonderzoek aanwezig zijn.

409. Ook **Vodafone**⁴²⁴ vindt dat de concurrenten van KPN een accountant moeten kunnen aanwijzen die de toerekening van kosten controleert, en dat procedureel geregeld moet worden dat ingeval deze accountant tot een afwijkend oordeel komt, een herberekening of hercontrole plaatsvindt.

410. Het **college** is het niet eens met het standpunt van Vodafone dat de concurrenten van KPN zelf een accountant moeten kunnen aanwijzen voor een tweede controle. Het college verwijst hierbij naar zijn antwoord op de bedenking van ACT op dit punt (zie randnummer 408).

411. Het college ziet in de bedenkingen van partijen geen aanleiding om de bepalingen in de marktbesluiten over accountantscontrole te wijzigen, behoudens de tekstuele wijzigingen zoals die hierboven gespecificeerd zijn.

7.2.8 Overige punten

412. **ACT**⁴²⁵ noemt als additionele randvoorwaarde voor het systeem van kostenoriëntatie dat hogere kosten niet met terugwerkende kracht aan concurrenten worden doorberekend op basis van actuele volume- en kostencijfers aan het einde van de reguleringsperiode. Door dit te verbieden wordt bevorderd dat KPN een optimale inschattingen maakt.

413. **Tele2**⁴²⁶ voert in aanvulling op de bedenkingen van ACT bij ULL aan dat OPTA bij het vaststellen van de tarieven voor MDF-access rekening moet houden met de extra kosten die partijen de afgelopen reguleringsperiode via de lijntarieven hebben moeten betalen vanwege vermeende niet goedge maakte co-locatiekosten. Tele2 vindt dat die nabetaling moet stoppen.

⁴²⁴ Vodafone, bedenkingen bij ULL en WBT, zie deels ook bedenkingen bij VGA.

⁴²⁵ ACT, Bijlage kostentoe rekening en financiële rapportages, punt 15.

⁴²⁶ Tele2, aanvullende bedenkingen bij ULL.

414. Het **college** stelt vast dat deze bedenkingen van ACT en Tele2 betrekking op besluiten van het college waarin hij de tarieven of tariefplafonds voor de afgelopen WPC-I periode of andere tariefperiodes bepaald heeft. Indien partijen zich niet kunnen vinden in deze besluitvorming van het college, dienen zij dit in procedures rond deze besluiten kenbaar te maken. Bij de beoordeling van de WPC-II zal het college partijen, zoals gebruikelijk, in de gelegenheid stellen hun visie te geven. Dan zullen ACT en Tele2 in de gelegenheid gesteld worden hun zienswijzen op de wijze van kostentoerekening en bepaling van de tariefplafonds aan de orde te stellen.

415. **Tele2**⁴²⁷ vindt ook dat OPTA de co-locatietarieven dient vast te stellen op basis van de incrementele kosten en dat het toerekenen van lege ruimtes aan de kosten van co-locatie onjuist is.

416. Het **college** constateert dat deze bedenking van Tele2 betrekking heeft op een procedure waarvoor het college een ontwerpbesluit heeft opgesteld en de definitieve besluitvorming aan het voorbereiden is.⁴²⁸ Het is aan Tele2 om haar bedenkingen in de desbetreffende procedure aan de orde te stellen.

417. **ACT**,⁴²⁹ **Tele2**⁴³⁰ en **BCV**⁴³¹ stellen dat uit een benchmark van tarieven voor vaste gespreksafgifte blijkt dat KPN niet efficiënt is. **BCV**⁴³² vindt dat de tarieven van KPN tot de best practice van Europa moeten behoren. BCV geeft als voorbeelden dat de tarieven voor hoge kwaliteit WBT te hoog zijn en dat er indicaties zijn dat sommige wholesaleprijzen van KPN te hoog zijn in verhouding tot de retailprijzen die KPN hanteert. BCV meldt dat hij tijdens het WPC-II traject hierover specifieke input aan OPTA zal geven.

418. Over de hoogte van de tarieven merkt het **college** het volgende op. Ten eerste, KPN biedt een groot scala aan diensten aan. Partijen noemen voorbeelden waar de tarieven van KPN mogelijk aan de hoge kant zijn in vergelijking met andere landen in Europa. Er zijn echter ook diensten waarvan de tarieven van KPN juist erg laag zijn. Bovendien zijn verschillen in tarieven moeilijk te interpreteren, aangezien er veel redenen kunnen zijn waarom tarieven verschillen. In de tweede plaats heeft het college bepaald dat de tariefplafonds gebaseerd worden op de kosten van KPN. Het college beoordeelt de kosten en de kostentoerekening op een zorgvuldige wijze, betreft partijen daarbij en laat een accountantsonderzoek uitvoeren. Tijdens deze beoordeling stelt het college partijen overigens altijd in de gelegenheid input te leveren en hun zienswijze te geven.

⁴²⁷ Tele2, aanvullende bedenkingen bij ULL.

⁴²⁸ Ontwerp wholesale price cap-besluit periodieke tarieven huisvesting co-locatie, 13 augustus 2008, OPTA/AM/2008/201837.

⁴²⁹ ACT, Bijlage kostentoerekening en financiële rapportages, punt 6.

⁴³⁰ Tele2, bedenkingen bij VGA, p.41.

⁴³¹ BCV, bedenkingen bij VGA, p.5.

⁴³² BCV, bedenkingen bij HL en WBT.

419. **ACT**⁴³³ vindt het opvallend dat KPN in het wholesalebedrijf zeer hoge EBITDA-marges haalt van rond de 50%, en dat deze significant hoger liggen dan de EBITDA-marges bij retail die maximaal 20% zijn. ACT ontleent deze cijfers aan het halfjaarbericht van KPN over de eerste helft van 2008. In dit verband concludeert ACT dat de uitgangspunten van kostencausaliteit en proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten er niet toe geleid heeft dat de kosten dalen en dat ook marge-utholling daarmee niet voorkomen wordt.

420. Wat betreft de hoogte van de EBITDA-marges van KPN merkt het **college** het volgende op. EBITDA staat voor winst voor belasting, interest en afschrijvingen. Het wholesalebedrijf van KPN is kapitaalintensief, waardoor dit deel van KPN veel afschrijvingen en vermogenskosten genereert. Het is dus niet vreemd dat de EBITDA van het wholesalebedrijf hoog is, omdat hierbij de afschrijvingen en vermogenskosten nog niet verrekend zijn. Ook is het normaal dat de EBITDA van het wholesalebedrijf hoger is dan de EBITDA van het retailbedrijf, omdat het retailbedrijf veel minder kapitaalintensief is. Uit de hoogte van deze marges valt niet af te leiden dat de tarieven te hoog zouden zijn. Ook kan uit de hoogte van deze marges geen conclusie over marge-utholling getrokken worden.

7.3 WPC-systeem

7.3.1 Meerjarigheid

421. **KPN**⁴³⁴ geeft in haar bedenkingen bij WBT aan dat indien tariefregulering aan de orde is, meerjarigheid een juist uitgangspunt is.

422. Het **college** constateert dat KPN het wat betreft WBT eens is met het meerjarige karakter van de opgelegde tariefregulering.

7.3.2 Berekeningsmethodiek tariefplafonds

423. **KPN**⁴³⁵ pleit ervoor om de laatst geldende tariefplafonds uit de WPC-I als uitgangspunt voor de berekening van de nieuwe tariefplafonds te hanteren, in plaats van de gerealiseerde kostprijzen uit de EDC-rapportage over 2007, zoals OPTA heeft bepaald. Op die manier is de tariefontwikkeling gelijkmatiger. Tevens stelt KPN dan meer prikkels te hebben tot kostenbesparingen, omdat zij deze gedurende een langere periode mag houden. KPN stelt in aanvulling hierop dat kostenbesparingen die in de WPC-I periode gerealiseerd zijn, hun prikkel geheel verliezen als zij in de kostprijs van 2007 verwerkt worden die als startpunt van de tariefplafondbepaling dient. KPN stelt verder voor dat eventuele onder- of overdekking van de kosten die ontstaat door de laatste geldende tariefplafonds uit de WPC-I te hanteren in plaats

⁴³³ ACT, Bijlage kostentoerekening en financiële rapportages, punt 7.

⁴³⁴ KPN, bedenkingen bij WBT, p.29.

⁴³⁵ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 2.2.

van de EDC-kostprijzen over 2007, in de EDC-rapportage over 2011 verrekenend kunnen worden. KPN vindt ook dat OPTA de keuze voor de EDC-rapportage 2007 niet beargumenteert, en dat er geen vergelijkbare situatie is met de WPC-I periode, toen de EDC-rapportage 2004 als startpunt is gekozen.

424. Een belangrijke reden voor het **college** om meerjarige tariefregulering te hanteren is dat hiervan een efficiëntieprikkel uitgaat, die bij eenjarige tariefregulering vrijwel volledig afwezig is. Bij eenjarige tariefregulering worden namelijk efficiëntieverbeteringen in het volgende reguleringsjaar direct in de tarieven verwerkt en daarmee doorgegeven aan de afnemers van toegang. Bij meerjarige tariefregulering valt het voordeel door de efficiëntieverbetering tot maximaal de lengte van de reguleringsperiode (drie jaar) aan KPN toe en wordt de efficiëntieverbetering daarna in de tarieven verwerkt.

425. Door de tariefplafonds te baseren op de EDC over 2007 worden de efficiëntieverbeteringen die tot en met 2007 door KPN gerealiseerd zijn in de starttarieven van de WPC-II verwerkt. Ingeval het voorstel van KPN gevolgd zou worden, en als startpunt van de tariefbepaling het laatste tariefplafond uit de WPC-I periode gebruikt wordt⁴³⁶ en de eventuele overdekking van de kosten in relatie tot de tariefplafonds in de verwachte kostprijzen voor 2011 verrekenend worden, duurt het drie jaar langer voordat efficiëntieverbeteringen in de tarieven verwerkt worden. Het college is het dus met KPN eens dat de prikkel tot efficiëntieverbetering groter wordt als de periode waarin KPN de efficiëntieverbetering mag houden, langer wordt. Het nadeel van het verlengen van deze periode is echter dat de tarieven langer enigszins uit de pas kunnen lopen met de onderliggende kosten, en dat het langer duurt voordat de afnemers van toegang via de tarieven voordeel van ondervinden van efficiëntieverbeteringen. Aangezien het voorkomen van excessieve tarieven de belangrijkste reden is voor het toepassen van kostengeoriënteerde tariefregulering, vindt het college een periode van drie jaar waarin KPN de voordelen door efficiëntieverbeteringen mag houden, voldoende lang.

426. In het verlengde hiervan merkt het college op dat de stelling van KPN onjuist is dat KPN er in het geheel geen profijt meer van zou hebben als efficiëntieverbeteringen eenmaal in de tarieven zijn verwerkt. Aangezien KPN een zeer groot deel van haar wholesaledienstverlening intern levert, heeft zij er altijd voordeel bij als zij de efficiëntie in het wholesalebedrijf verbetert, omdat dan de marge met retailprijzen groter wordt.

427. Het college is het met KPN eens dat gebruik van de laatst geldende tariefplafonds uit de WPC-I als startpunt van de tariefontwikkeling ervoor zal zorgen dat de tariefontwikkeling tussen de WPC-I en de WPC-II gelijkmatiger is. Keerzijde hiervan is echter dat de tariefontwikkeling met eventueel nog volgende WPC-perioden juist minder gelijkmatig is, omdat dit systeem juist veroorzaakt dat er bij voortdurende over- of onderdekking van kosten in het laatste jaar van iedere WPC-periode ontstaat, dat vervolgens als startpunt dient voor een volgende WPC-periode. Bovendien moet daarvan vastgesteld worden in hoeverre die onder- of

⁴³⁶ Gemakshalve gaat het college hier voorbij aan de precieze rekenkundige benadering die hierbij gebruikt zou moeten worden (er wordt hier gesproken over de kostprijzen op basis van de EDC 2007, terwijl de tariefplafonds uit de WPC-I doorlopen tot en met 2008).

overdekking samenhangt met de correctie van het startjaar van de WPC, dan wel met de tussentijds gerealiseerde efficiëntieverbeteringen (of verslechtingen), hetgeen ook de nodige rekenkundige complexiteit tot gevolg heeft. Naar de mening van het college verdient deze benadering geen voorkeur.

428. Het college ziet in de bedenkingen van KPN geen aanleiding om de bepalingen in de marktbesluiten over de berekeningsmethodiek voor de tariefplafonds te wijzigen.

7.3.3 Tariefdifferentiatie

429. **KPN**⁴³⁷ juicht toe dat het college bij de invulling van non-discriminatie tariefdifferentiatie niet categorisch afwijst. Ook heeft KPN begrip voor het opnemen van algemene regels voor het toepassen van tariefdifferentiatie. KPN heeft echter bezwaar tegen de bepaling van OPTA dat differentiatie alleen onder de wholesale price cap is toegestaan en dat geen enkel tarief boven de price cap mag komen. KPN is van oordeel dat tariefdifferentiatie inhoudt dat zowel hogere als lagere tarieven ten opzichte van de WPC zijn toegestaan, zolang de gewogen gemiddelde verkoopprijs onder het plafond blijft. Dit is in het verleden ook toegepast bij de tarieven voor gespreksopbouw en -afgifte. KPN licht hierbij nader toe dat de afnemers die toegang van KPN afnemen en deze gedifferentieerde tarieven betalen geen eindgebruikers, maar telecombedrijven zijn, die landelijk opereren. Bij regionale differentiatie kan een wholesaleafnemer hogere prijzen in de ene regio compenseren met lagere inkooprijzen in een andere regio. De tarieven kunnen in regio's met veel concurrentie lager zijn en hoger in regio's met weinig concurrentie. Vaak zijn er dan ook kostenverschillen. Maar ook zonder kostenverschillen kan het efficiënt zijn om te differentiëren.

430. Het **college** volgt KPN niet in haar bezwaren tegen de regels ten aanzien van tariefdifferentiatie. De WPC geeft de maximumtarieven voor de wholesalediensten. Als KPN de vrijheid zou hebben om een deel van de tarieven boven de price caps vast te stellen, kan KPN de business case van wholesaleafnemers maken of breken. Zo zou KPN de wholesaletarieven precies kunnen verhogen in een gebied waar een aanbieder van plan is toe te treden of al opereert en kunnen verlagen in gebieden waar deze toetreding niet aan de orde is. KPN kan de business case van een landelijke speler ook sterk beïnvloeden door hogere wholesaletarieven te hanteren in een gebied waar belangrijke eindgebruikers zitten. Dit kan zo'n speler dan niet elders compenseren. Dergelijk strategisch gedrag wil het college voorkomen. Het past ook niet bij het karakter van de WPC, die juist bedoeld is om zekerheid te bieden over de maximumtarieven aan wholesaleafnemers. Het college constateert verder dat de WPC het niet op voorhand in weg staat er per regio tariefplafonds worden vastgesteld die hun grond hebben in onderliggende kostenverschillen.

431. Het bestaan van ontmiddelde tariefplafonds voor gespreksopbouw en -afgifte is naar het oordeel van het college geen reden om KPN in het kader van tariefdifferentiatie toe te staan bij andere dienstverlening tarieven te hanteren die boven de tariefplafonds liggen. Het bestaan van

⁴³⁷ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 7.

aparte tariefplafonds voor piek-, dal- en nachtgesprekstarieven⁴³⁸ is een specifieke situatie die historisch verklaarbaar is. Deze ontmiddeling vond zijn oorsprong enerzijds in de wens om de netwerkbelasting te sturen en anderzijds om de structuur van de wholesaletarieven te matchen met de retailtarieven, mede ook om marge-utholling te voorkomen. Inmiddels zijn deze redenen minder belangrijk geworden. Het bereiken van een gelijkmatige netwerkbelasting is minder relevant nu sprake is van dalende PSTN-volumes en de marginale kosten van extra capaciteit van All-IP netwerken laag zijn. De ontwikkeling naar het gebruik van flat fees en flat rates op de retailmarkt maakt de behoefte aan ontmiddeling ook minder groot. Tegelijkertijd signaleert het college dat afnemers van toegang hun business case geconstrueerd hebben uitgaand van de ontmiddeling van tarieven. De beoordeling van de ontmiddeling van de tarieven voor gespreksopbouw is onderdeel van de tariefbeoordeling. Indien KPN een voorstel tot ontmiddeling doet, dan wel een voorstel om hiervan af zien zal het college dit bij de tariefbeoordeling beoordelen en, gegeven het belang hiervan voor de afnemers van toegang, andere partijen in staat stellen hierop hun visie te geven. Overigens merkt het college bij op dat hij de ontmiddeling bij vaste gespreksafgifte heeft afgeschaft, met het oog op de keuze van het college om voor vaste gespreksafgifte symmetrische tarieven tussen netwerkaanbieders te hanteren.⁴³⁹

7.3.4 Tariefmandjes

432. **KPN**⁴⁴⁰ is van mening dat het haar toegestaan moet worden om tariefmandjes te hanteren, waarbij het mandje als geheel kostengeoriënteerd is, en niet iedere dienst op zich kostengeoriënteerd hoeft te zijn. Met behulp van tariefmandjes heeft KPN meer vrijheid bij het vaststellen van tarieven. KPN vindt dat per specifiek geval of markt een afweging gemaakt moet worden tussen het belang van grotere tariefvrijheid voor KPN en afgenomen tariefzekerheid voor partijen. KPN stelt daarbij dat juist in relatief concurrerende markten eventuele nadelen van het gebruik van mandjes zullen opwegen tegen de voordelen. Ten tweede stelt KPN dat het hanteren van tariefmandjes efficiënter (eenvoudiger) is dan de huidige WPC op dienstniveau, omdat niet ieder tariefelement op kosten onderbouwd hoeft te worden. Volgens KPN kan OPTA per markt of productgroep toetsen of het rendement niet onredelijk hoog wordt, en kan per individueel tarief volstaan worden met een marginale toetsing. Door de tarieven per tariefelement aan het begin van de tariefperiode vast te stellen, hoeven deze niet periodiek gewijzigd te worden en kan de gewenste tariefzekerheid geboden worden.

433. Het **college** is het niet eens met het standpunt van KPN dat haar toegestaan moet worden om tariefmandjes te hanteren. Indien KPN tariefmandjes mag hanteren, zou via een omweg alsnog tariefdifferentiatie boven de WPC-tariefplafonds mogelijk zijn. In de vorige paragraaf heeft het college toegelicht dat hij KPN niet toestaat om in het kader van tariefdifferentiatie tarieven boven de WPC-tariefplafonds te hanteren, omdat KPN daardoor in staat is tot strategisch gedrag

⁴³⁸ In het WPC-I besluit zijn in annex A geen ontmiddelde caps opgenomen. Dat was niet meer nodig, omdat in annex B reeds ontmiddelde tarieven waren opgenomen die lager liggen dan de ontmiddelde caps.

⁴³⁹ Zie paragraaf 9.3.7 van het ontwerpbesluit VGA, met name randnummer 551.

⁴⁴⁰ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 2.3.

dat concurrentie door wholesaleafnemers beperkt. In lijn hiermee staat het college KPN niet toe om tariefmandjes te hanteren.

7.4 Gescheiden boekhouding

434. **KPN**⁴⁴¹ is van mening dat de gescheiden boekhouding geen inzicht geeft in non-discriminatie, ongeoorloofde kruissubsidiëring en marge-utholling, aangezien de interne verrekening tussen het retailbedrijf van KPN en het wholesalebedrijf van KPN in de gescheiden financiële rapportage virtueel is. In de tweede plaats is KPN van mening dat het niet zinvol is om te rapporteren over wholesalerendementen als de wholesaletarieven zijn vastgelegd in een meerjarige wholesale price cap. Hierdoor is de gescheiden boekhouding volgens KPN een niet-proportionele maatregel.

435. Verder stelt **KPN**⁴⁴² zich wat betreft laagcapacitaire huurlijnen op het standpunt dat het opleggen van gescheiden boekhouding niet proportioneel is, wegens het afnemend belang van retailhuurlijnen in de markt en het feit dat het merendeel van de wholesale huurlijnen niet voor retailhuurlijnen gebruikt wordt, maar voor andere doeleinden.

436. **KPN**⁴⁴³ vindt het opleggen van de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding bij vaste gespreksafgifte curieus, omdat OPTA stelt dat de opgelegde tariefregulering marge-utholling volledig remedieert, en dat bovendien geen verbod geldt op prijsgedrag dat marge-utholling tot gevolg heeft. In aanvulling daarop stelt KPN dat op grond van artikel 11 van de toegangsrichtlijn van een verticaal geïntegreerde onderneming geëist kan worden inzicht te geven in de groothandelsprijzen en verrekenprijzen om ervoor te zorgen dat non-discriminatievoorschriften nageleefd worden of om onbillijke kruissubsidiëring te voorkomen. Echter, KPN constateert dat OPTA geen non-discriminatievoorschriften ten aanzien van vaste gespreksafgifte heeft opgelegd, en dat daarom dus de mogelijkheid om een gescheiden boekhouding op te leggen niet bestaat.

437. Het **college** is bij nadere overweging eens met KPN dat de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding niet passend is. Het college heeft naar aanleiding van de bedenkingen de vijfde gedragsregel in het kader van non-discriminatie aangescherpt. Deze gedragsregel is gericht op het voorkomen van marge-utholling. De combinatie van kostengeoriënteerde wholesale price caps en de aangescherpte vijfde gedragsregel biedt voldoende waarborgen tegen het ontstaan van ongeoorloofde kruissubsidies en marge-utholling. KPN is door deze verplichtingen immers niet in staat om te hoge wholesaletarieven te hanteren, waardoor marge-utholling ten opzichte van de retailtarieven kan ontstaan, of waardoor een ongeoorloofde kruissubsidie kan ontstaan. Het college is daarom van oordeel dat ten aanzien van de markten van ontbundelde toegang, hoge kwaliteit breedbandtoegang,

⁴⁴¹ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 8.

⁴⁴² KPN, bedenkingen bij HL, p.28.

⁴⁴³ KPN, bedenkingen bij VGA, paragraaf 4.6, p.14.

wholesalehuurlijnen, wholesale line rental en gespreksopbouw de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding niet noodzakelijk, en dus niet passend is.

438. Zoals het college hierboven reeds heeft toegelicht zal hij geen verplichting tot het voeren van gescheiden boekhouding aan KPN opleggen op de markt voor wholesale huurlijnen. De bedenking van KPN ten aanzien van gescheiden boekhouding bij wholesale huurlijnen is hierdoor niet meer relevant. Terzijde merkt het college op dat het voor het opleggen van verplichtingen er niet toe doet of wholesale huurlijnen gebruikt worden om retailhuurlijnen te leveren of om andere dienstverlening aan eindgebruikers te leveren. Relevant voor het opleggen van verplichtingen is of KPN marktmacht heeft en welke potentiële concurrentieproblemen er zijn.

439. Wat betreft lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang heeft het college naar aanleiding van de bedenkingen besloten geen tariefverplichting op te leggen.⁴⁴⁴ Op deze markt is geen sprake van risico op excessieve tarieven. Het college is van mening dat op deze markt de aanscherping van de vijfde gedragsregel in het kader van non-discriminatie voldoende is om marge-uitholling te remediëren. Het college is daarom van oordeel dat ten aanzien van de markt voor lage kwaliteit breedbandtoegang de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding niet noodzakelijk, en dus niet passend is

440. Wat betreft vaste gespreksafgifte merkt het college het volgende op. Het college is, zoals hij in randnummer 441 van het ontwerpbesluit vaste gespreksafgifte heeft geschreven, van mening dat de toepassing van tariefregulering, gegeven de vijfde gedragsregel inzake non-discriminatie die het college op de markt voor gespreksopbouw heeft opgelegd het risico van marge-uitholling ten aanzien van C(P)S-partijen in voldoende mate remedieert. Het college komt om deze reden tot de conclusie dat de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding op de markt voor vaste gespreksafgifte niet noodzakelijk en dus niet passend is. Terzijde constateert het college dat het een misvatting is dat de toegangsrichtlijn zou voorschrijven dat de non-discriminatieverplichting opgelegd moet worden om de gescheiden boekhouding op te kunnen leggen.

441. **KPN**⁴⁴⁵ stelt ook dat zij met zwaardere regulering geconfronteerd wordt dan de kabelexploitanten. Zowel KPN als de kabelaars krijgen in het kader van non-discriminatie de verplichting opgelegd met betrekking tot de interne en extern gerekende tarieven. Maar KPN krijgt in aansluiting daarop wel de verplichting tot gescheiden boekhouding opgelegd om aan te tonen dat KPN zich aan deze verplichting houdt, terwijl kabelexploitanten geen verplichting tot gescheiden boekhouding krijgen opgelegd.

442. Het **college** stelt vast dat nu hij de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding niet oplegt, tegemoet gekomen wordt aan deze bedenking van KPN.

⁴⁴⁴ Zie de nota van bevindingen bij WBT.

⁴⁴⁵ KPN, WPC-bijlage, paragraaf 9.

443. **ACT**⁴⁴⁶ onderschrijft het opleggen van de verplichting aan KPN tot het voeren van een gescheiden boekhouding bij ontbundelde toegang, wholesale breedbandtoegang en vaste telefonie. **BCVP**⁴⁴⁷ en **BOT**⁴⁴⁸ onderschrijven de verplichting tot voeren van een gescheiden boekhouding ten aanzien van wholesale huurlijnen. **Online**⁴⁴⁹ steunt het oordeel van het college dat voor andere aanbieders op de markt voor vaste gespreksafgifte dan KPN de gescheiden boekhouding niet noodzakelijk is.

444. Zoals het **college** hierboven reeds uiteen heeft gezet, zal hij KPN geen verplichting meer opleggen tot het voeren van een gescheiden boekhouding. Hiermee wordt dus niet tegemoet gekomen aan het standpunt van deze partijen. Het college verwijst naar de bovenstaande toelichting. Verder constateert het college dat Online het eens is dat aan andere aanbieders op de markt voor vaste gespreksafgifte geen verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding wordt opgelegd.

445. Vanwege het niet opleggen aan KPN van de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding op de markten voor ontbundelde toegang, wholesale breedbandtoegang, wholesale huurlijnen, wholesale line rental, gespreksopbouw en gespreksafgifte heeft het college de ontwerpbesluiten als volgt aangepast:

- paragraaf over de verplichting is gewijzigd, en bevat een toelichting dat deze verplichting niet wordt opgelegd;
- Annex D is verwijderd;
- tekstuele wijzigingen, met name in Annex A, waar voorheen gerefereerd werd naar de gescheiden boekhouding.

7.5 Wijzigingen naar aanleiding van de bedenkingen

446. Het college heeft op twee punten de verplichtingen in het ontwerpbesluiten gewijzigd:

- op de markten voor ontbundelde toegang, wholesale breedbandtoegang, wholesale huurlijnen, wholesale line rental, gespreksopbouw en gespreksafgifte wordt aan KPN de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding niet opgelegd;
- op de markt voor ontbundelde toegang wordt de tariefverplichting voor ODF-access niet nader gespecificeerd.

447. Verder heeft het college een aantal tekstuele wijzigingen doorgevoerd in:⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ ACT, ULL, paragraaf 7.5, WBT, paragraaf 6.5 en VT, paragraaf 11.6.

⁴⁴⁷ BCVP, bedenkingen bij HL, paragraaf 7.5.

⁴⁴⁸ BOT, bedenkingen bij HL, paragraaf 7.5.

⁴⁴⁹ Online, bedenkingen bij VGA, alinea 4.35.

⁴⁵⁰ Referenties verwijzen naar de definitieve besluiten

- wholesalespecifieke kosten: passage in de besluittekst⁴⁵¹ en randnummer 29 van Annex D;
- afschrijvingsmethoden: randnummer 20 van Annex B;
- accountantsonderzoek: randnummer 40 van Annex A, randnummers 47 en 48 van Annex B en randnummer 24 van Annex D;
- herstel fout in de nummering in Annex A van vaste gespreksafgifte.

⁴⁵¹ Zie voetnoten 408 en 409 van deze nota van bevindingen.

8 Tarieven per 1 januari 2009

Standpunt college

448. Het college legt in zijn besluiten een tariefverplichting op de markten voor ontbundelde toegang, hoge kwaliteit wholesale breedband toegang, wholesale laag- en hoogcapacitaire huurlijnen, de residentiële en zakelijke wholesalemarkten voor vaste telefonie en vaste gespreksafgifte op. Op een aantal van deze markten of dienstclusters daarbinnen is op grond van de oude marktbesluiten tot 1 januari 2009 geen tariefregulering van toepassing. Het gaat hierbij met name om hoge kwaliteit wholesale breedband toegang en wholesale huurlijnen met capaciteiten groter dan 2 Mbit/s. Het college heeft geconstateerd dat voor deze markten respectievelijk dienstclusters geen bepalingen in de ontwerpbesluiten waren opgenomen over de tarieven in de periode van 1 januari 2009 totdat tariefbesluiten genomen zijn.

449. Het college overweegt het volgende. Voor deze markten geldt vanaf 1 januari 2009 een kostenoriëntatieverplichting, terwijl op basis van de oude marktbesluiten voor deze markten of dienstclusters geen tariefregulering geldt. Dit betekent dat voor deze markten of dienstclusters geen tarieven voor handen zijn die in de afgelopen reguleringsperiode op kostenoriëntatie zijn getoetst. Het college wil voorkomen dat KPN in de periode vanaf 1 januari 2009 totdat een tariefbesluit genomen is naar eigen inzicht de hoogte van de tarieven kan bepalen. Reden hiervan is dat KPN dan in de gelegenheid zou zijn om tijdens deze overgangperiode excessieve tarieven te hanteren of tarieven te hanteren die marge-uitholling veroorzaken. Dit zou in strijd zijn met de in de desbetreffende marktbesluiten opgelegde verplichting om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Het college acht het daarom gerechtvaardigd om de tariefplafonds die het college op een later moment in tariefbesluiten zal bepalen per 1 januari 2009 in werking te laten treden.

450. Totdat het college tariefbesluiten neemt, gelden voorlopige tarieven. De voorlopige tarieven die KPN voor deze dienstclusters en markten hanteert mogen niet hoger zijn dan de tarieven die KPN op dit moment bij haar wholesaleafnemers in rekening brengt. In het geval KPN een openbaar aanbod heeft gedaan, mogen deze voorlopige tarieven tevens niet hoger zijn dan dit openbare aanbod. Het college beoogt met deze bepaling om, tot het moment dat tariefbesluiten genomen zijn, de bestaande praktijk tijdelijk te continueren en zo excessen te voorkomen. Als het college in een tariefbesluit de tariefplafonds bepaald heeft, gelden deze tariefplafonds vanaf 1 januari 2009.

451. Het college had in de ontwerpbesluiten voor de markten en dienstclusters daarbinnen waar op basis van de oude marktbesluiten wél een tariefverplichting geldt,⁴⁵² bepaald dat de tarieven in de periode totdat het college nieuwe tariefbesluiten genomen heeft, niet hoger mogen

⁴⁵² Dit betreft met name ontbundelde toegang over koper, laagcapacitaire huurlijnen tot en met 2 Mbit/s, gespreksafgifte, gespreksopbouw en WLR.

zijn dan de tariefplafonds uit eerdere tariefbesluiten.⁴⁵³ Deze bepaling voorziet er niet in dat de tariefplafonds die het college in tariefbesluiten zal bepalen vanaf 1 januari 2009 zullen gelden. Bij nader inzien wijzigt het college deze bepaling. Reden hiervan is dat het college onvoldoende reden ziet voor een verschil in benadering tussen markten en dienstclusters daarbinnen, waar op basis van de oude marktbesluiten geen tariefverplichting geldt (zie hierboven) en markten en dienstclusters daarbinnen waar op basis van de oude marktbesluiten wél een tariefverplichting geldt. Het college wenst hierin één lijn te hanteren. Hierbij neemt hij bovendien in aanmerking dat ook voor deze markten en dienstclusters daarbinnen geldt dat de tariefverplichting zal leiden tot tariefplafonds die beoordeeld en bepaald zullen zijn op basis van de meest actuele informatie en op basis van de regels voor kostenoriëntatie uit de per 1 januari 2009 vigerende marktbesluiten. Het college bepaalt daarom dat ook voor de markten en dienstclusters waarvoor op basis van de oude marktbesluiten wél sprake is van tariefregulering, de nieuw te bepalen tariefplafonds vanaf 1 januari 2009 zullen gelden. Om die reden zal het college de bepaling in deze besluiten wijzigen, in die zin dat de tariefplafonds uit eerdere tariefbesluiten in de periode van 1 januari 2009 tot het moment dat het college in een tariefbesluit tariefplafonds heeft vastgesteld voorlopige tariefplafonds zijn.

452. Het college heeft daarom de bepalingen over de tarieven die vanaf 1 januari 2009 tot het moment dat het college nieuw tariefbesluiten neemt, gewijzigd en aangevuld en heeft het volgende bepaald:

- De tariefplafonds die het college op een later moment in tariefbesluiten zal bepalen, gelden vanaf 1 januari 2009. Dit geldt zowel voor de markten en diensten waarvoor op basis van de oude marktbesluiten geen tariefregulering geldt, als voor de markten en diensten waarvoor op basis van de oude marktbesluiten wél tariefregulering geldt.
- Tot het moment dat het college een tariefbesluit heeft genomen en daarin tariefplafonds heeft vastgesteld, dient KPN voorlopige tarieven te hanteren.⁴⁵⁴ Voor deze voorlopige tarieven geldt het volgende:
 - De voorlopige tarieven voor diensten waarvoor in eerdere tariefbesluiten tariefplafonds zijn vastgesteld, mogen niet hoger zijn dan de laatst geldende tariefplafonds.⁴⁵⁵
 - De voorlopige tarieven voor diensten waarvoor in de eerdere tariefbesluiten geen tariefplafonds zijn vastgesteld mogen niet hoger zijn dan de tarieven die KPN op dit moment bij haar wholesaleafnemers in rekening brengt. In het geval KPN een openbaar aanbod heeft gedaan, mogen deze voorlopige tarieven tevens niet hoger zijn dan dit openbaar aanbod.

⁴⁵³ Het WPC-besluit van 27 september 2006, OPTA/TN/2006/201811, het SLU-tarievenbesluit van 25 september 2007, OPTA/BO/2007/201929 en het Besluit tariefregulering wholesale line rental van 8 september 2008, OPTA/AM/2008/201839. Wat betreft WLR-tarieven gaat het om de hoogte van de minus en enkele kostengeoriënteerde tarieven. Waar het college in het hiernavolgende over tariefplafonds spreekt, doelt het college ook op de minus van WLR, waarbij het erom gaat de gehanteerde minus niet kleiner mag zijn dan de door het college bepaalde minus.

⁴⁵⁴ Dit geldt ook voor vaste gespreksafgifte. In de nota van bevindingen bij het besluit Vaste gespreksafgifte gaat het college hier nader op in, omdat deze bepaling ook geldt voor andere aanbieders van vaste gespreksafgifte.

⁴⁵⁵ Voor de voorlopige verkeerstarieven van C(P)S/gespreksopbouw en vaste gespreksafgifte geldt een andere bepaling, zie hiervoor de nota's van bevindingen bij de besluiten Vaste telefonie en Vaste gespreksafgifte.

Zienswijze

453. KPN geeft aan dat zij beperkt wordt in het geven van haar zienswijze aangezien in de brief van OPTA waarin de voorgenomen wijzigingen zijn aangegeven, geen motivatie voor deze wijzigingen is opgenomen. KPN is in algemene zin geen voorstander van de ingangsdatum van 1 januari 2009 voor de tariefplafonds, omdat de voordelen daarvan niet opwegen tegen de nadelen. KPN vindt de nadelen substantieel: rechtsonzekerheid voor partijen, verhoogd incassorisico, onrust in de markt en financiële benadeling van KPN. Zonder motivering van de noodzaak om de tariefplafonds op 1 januari 2009 in te laten gaan, vindt KPN de toepassing hiervan niet gerechtvaardigd.

Reactie college

454. Het college constateert dat KPN het niet eens is met het standpunt van het college. Het college is echter van mening dat de nadelen die KPN noemt vooral van praktische aard zijn. Deze wegen niet op tegen het voordeel dat het meest recht wordt gedaan aan de kostenoriëntatieverplichting in het geval dat de nieuwe tariefplafonds per 1 januari 2009 gelden. Het college bestrijdt dat er sprake is van rechtsonzekerheid voor partijen. Het is duidelijk welke tarieven voorlopig gelden en bij het nemen van de nieuwe tariefbesluiten zal bekend zijn welke tariefplafonds definitief gelden. Partijen zijn allen op de hoogte van het feit dat de voorlopige tarieven voorlopig zijn en dus achteraf alsnog definitieve tarieven gehanteerd zullen worden rekening houdend met de definitieve tariefplafonds uit het tariefbesluit. De normen en de rekenregels voor de nieuwe tariefplafonds zijn bovendien reeds bekend gemaakt in de tariefbepalingen van de nieuwe marktbesluiten. Partijen zijn dus in de gelegenheid om zich hier op in te stellen. In die zin doet het feit dat er eerst een voorlopig tarief geldt weinig afbreuk aan de rechtszekerheid. Terwijl het feit dat achteraf definitieve tarieven gehanteerd zullen worden binnen de nieuwe tariefplafonds wel zekerheid verschaft omtrent de ingangsdatum van de kostengeoriënteerde tarieven welke passend zijn bevonden voor de nieuwe reguleringsperiode. Het feit dat KPN spreekt over financiële benadeling voor haar zelf, geeft aan dat KPN verwacht dat de tariefplafonds zullen dalen. Het college kan en wil daarop thans niet vooruitlopen. Wel merkt hij op dat, indien de uitkomst van de tariefbeoordeling is dat de tariefplafonds zullen dalen, dit zou betekenen dat KPN er voordeel bij heeft als de tariefplafonds later dan 1 januari 2009 zouden gaan gelden, hetgeen ten koste zou gaan van haar concurrenten. Het college vindt dit bezwaarlijk omdat, gezien vanuit het oogpunt van tariefregulering, hier geen rechtvaardiging voor is. In het geval de tarieven zouden dalen als gevolg van de later vastgestelde tariefplafonds is er, voor zover er al sprake zou zijn van een incassorisico, geen sprake van incassorisico aan de zijde van KPN; KPN heeft dan immers tot dat moment de voorlopige tarieven gehanteerd die hoger waren. In het geval de tariefplafonds hoger zouden uitvallen dan de voorlopige tarieven, kan KPN op basis van de bepalingen in de marktbesluiten het verschil bij partijen in rekening brengen, waardoor het incassorisico niet groter of kleiner is dan anders het geval zou zijn.

455. Het college ziet in de zienswijze van KPN geen reden om af te zien van zijn voornemen om de bepalingen over de vanaf 1 januari 2009 te hanteren tarieven te wijzigen.

Wijzigingen in besluiten

456. Op grond van het voorgaande heeft het college de volgende wijzigingen in de marktbesluiten aangebracht:⁴⁵⁶

- ontbundelde toegang op wholesaleniveau: wijzigingen in paragrafen 11.7.7 en 11.7.8, en dictumpunten xiii en xiv.⁴⁵⁷
- wholesalebreedband toegang: invoeging nieuwe paragraaf na 11.7.6, en wijzigingen in paragraaf 11.7.7 en in dictumpunt xii, en invoeging van een daaropvolgend dictumpunt.⁴⁵⁸
- huurlijnen: wat betreft laagcapacitaire huurlijnen wijzigingen in paragrafen 13.1.4.5 en 13.1.4.6, en dictumpunten XXI en XXII; en wat betreft hoogcapacitaire huurlijnen wijzigingen in dictumpunten XXXVI en XXXVII.⁴⁵⁹
- vaste telefonie: wat betreft C(P)S/gespreksopbouw wijzigingen in paragrafen 12.2.8.3 en 12.2.8.4, en dictumpunten xxv en xxvi; wat betreft WLR wijzigingen in paragraaf 12.3.6.3 en 12.3.6.4, en dictumpunten xlvix en l.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ Wijzigingen in het besluit Vaste gespreksafgifte worden in de nota van bevindingen bij dat besluit nader benoemd.

⁴⁵⁷ Referenties naar het genotificeerde ontwerpbesluit Marktanalyse breedband. Ontbundelde toegang op wholesaleniveau, 5 november 2008, OPTA/AM/2008/202476.

⁴⁵⁸ Referenties naar het genotificeerde ontwerpbesluit Marktanalyse breedband. Wholesale breedbandtoegang, 5 november 2008, OPTA/AM/2008/202476.

⁴⁵⁹ Referenties naar het genotificeerd ontwerpbesluit Marktanalyse huurlijnen, 5 november 2008, OPTA/AM/2008/202474.

⁴⁶⁰ Referenties naar het genotificeerde ontwerpbesluit Vaste telefonie, 5 november 2008, OPTA/AM/2008/202486.

Annex 5 Opmerkingen Europese Commissie

457. Het college heeft op grond van artikel 6b.2, eerste lid, van de Tw het ontwerpbesluit op 6 november 2008 voorgelegd aan de Commissie en de nationale regelgevende instanties. Op 8 december 2008 heeft het college opmerkingen van de Commissie ontvangen. Van de nationale regelgevende instanties uit de EU-lidstaten zijn geen reacties ontvangen.

458. De Commissie heeft drie opmerkingen ten aanzien van het marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang en een opmerking ten aanzien van het marktanalysebesluit Ontbundelde toegang op wholesale-niveau. Ingevolge artikel 6b.2, derde lid, van de Tw dient het college zoveel mogelijk rekening te houden met deze opmerkingen bij het nemen van zijn besluit.

Opname van kabel in markt 5 op basis van onrechtstreekse prijsdruk

459. OPTA baseert het opnemen van WBT-diensten via kabel in de relevante markt op onrechtstreekse prijsdruk van de onderliggende retailmarkten.

460. De bewijsvoering van OPTA dat een kleine maar aanmerkelijke prijsstijging in de wholesalemarkt vanuit een hypothetische monopolist in WBT over DSL leidt tot een aanzienlijke substitutie van DSL door kabel op retailniveau zodat de prijsstijging op wholesaleniveau niet rendabel zal zijn, is enkel geldig in geval van een hoge retailprijselasticiteit tussen DSL- en kabelproducten. OPTA beschouwt de prijselasticiteit van de vraag in Oostenrijk als een goede benchmark omdat daar de penetratie van kabel ook hoog is (-2.545). OPTA leverde een gevoeligheidsanalyse die aantoont dat, indien wordt rekening gehouden met een lagere elasticiteit, de stijging van de wholesaleprijs rendabel zou zijn. Zelfs in het geval van Oostenrijk zou de prijsstijging echter rendabel kunnen zijn, zoals aangetoond door tabel 7 van de kennisgeving van OPTA. Bovendien blijft, in tegenstelling tot de situatie in Oostenrijk waar Telekom Austria duidelijk marktaandeel aan het verliezen is, aan de kabeloperatoren in de markt⁴⁶¹ stroomafwaarts, het marktaandeel van KPN in Nederland stabiel, ondanks de relatief hoge tarifiering van haar retailproducten. Daarom betwijfelt de Commissie of de prijselasticiteit zoals die in Oostenrijk berekend wordt, een goed model zou zijn voor Nederland. De geleverde marktgegevens tonen eerder aan dat de prijselasticiteit beperkt wordt door andere factoren zoals de perceptie van het merk en de kwaliteit van de dienstverlening.

461. Bovendien merkt OPTA op dat het aandeel van WBT-prijzen in de retailprijzen voor breedbandinternettoegang 64% bedraagt en 49% voor de bundel breedband en vaste telefonie. Vooral in het laatste geval is het twijfelachtig dat concurrenten niet in staat zouden zijn om het grootste deel van een prijsstijging van 10% in hun marge op te nemen.

462. Om bovenstaande redenen is de Commissie niet overtuigd dat lage kwaliteit WBT over de kabel en DSL deel uitmaken van dezelfde markt.

⁴⁶¹ Zie zaak AT/2008/0757.

463. De Commissie verwijst naar de test die in vorige gevallen werd uitgewerkt⁴⁶² voor de juiste evaluatie van het effect van onrechtstreekse substitutie door middel van een SSNIP-test (d.i. Small but Significant Non-transitory Increase in Price). Er moet in het bijzonder worden aangetoond dat:

- (i) Internetserviceproviders (ISP's) zouden gedwongen zijn om een hypothetische stijging van de wholesaleprijs door te berekenen aan hun consumenten op retailniveau op basis van de prijsratio wholesale/retail; en
- (ii) er op retailniveau voldoende vraagsubstitutie zou zijn naar retaildiensten gebaseerd op onrechtstreekse prijsdruk waardoor de stijging van de wholesaleprijs niet rendabel zou zijn;
- (iii) De klanten van de ISP's zouden niet op grote schaal overschakelen op de retailtak van de geïntegreerde hypothetische monopolist, vooral als deze laatste zijn eigen retailprijzen niet verhoogt.⁴⁶³

464. Op basis van bovenstaande informatie en de informatie geleverd door OPTA, zijn de diensten van de Commissie er niet van overtuigd dat aan deze criteria werd voldaan.

465. In dit verband vindt de Commissie dat (i) OPTA zelf niet helemaal overtuigd is van het bestaan van voldoende rechtstreekse prijsdruk, en dat (ii) OPTA er niet in is geslaagd voldoende te staven dat onrechtstreekse prijsdruk voldoende sterk zou zijn om een opname van kabel in de marktdefinitie te rechtvaardigen.

466. In elk geval zou de uitsluiting van op basis van WBT geleverde kabeldiensten noch de AMM-conclusies hebben veranderd, noch hebben geleid tot een ander regelgevend resultaat. Bijgevolg vindt de Commissie dat, aangezien een conclusie over de exacte reikwijdte van de markt in dit geval niet relevant is voor de AMM-beoordeling en het opleggen van regelgevende verplichtingen, de marktdefinitie kan worden opengelaten.

467. Het **college** merkt op dat de Commissie niet is overtuigd dat kabel tot de relevante markt van WBT behoort. Zij concludeert echter dat de exacte reikwijdte van de markt in het midden gelaten kan worden, aangezien dit in dit geval niet relevant is voor de AMM-beoordeling en het opleggen van regelgevende verplichtingen. Het college neemt kennis van deze opmerking van de Commissie. Hij is van mening dat er voldoende reden is om aan te nemen dat op basis van de SNIPP-test kabel via indirecte prijsdruk tot dezelfde relevante markt gerekend kan worden. Het college is ook in zijn marktanalyse WBT-besluit van 2005 tot deze conclusie gekomen. De Commissie heeft deze conclusie destijds ook onderschreven. Sinds 2005 zijn er geen veranderingen opgetreden die de conclusie zouden rechtvaardigen dat kabel en DSL nu niet tot dezelfde relevante markt behoren. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft deze productafbakening in zowel 2005 als 2008 ook onderschreven en tevens in zijn eigen beschikkingenpraktijk toegepast⁴⁶⁴. Het college is van

⁴⁶² Zie in het bijzonder zaken UK/2007/0733 en ES/2008/0805.

⁴⁶³ De hypothetische monopolistische aanbieder zou bv. zijn wholesaleprijs kunnen verhogen en tegelijkertijd lagere retailprijzen hanteren dan de ISP's die zijn wholesaleproduct afnemen zonder aan marginsqueeze te doen en zou de retailklanten kunnen winnen van de ISP's zonder klanten op alternatieve platforms te verliezen. Dit zou de prijsstijging rendabel kunnen maken.

⁴⁶⁴ Zie bijvoorbeeld besluit 5807 KPN/Tiscali, 23 mei 2007.

mening dat de marktafbakening een startpunt is van de analyse. In zijn AMM-analyse heeft het college de daadwerkelijke concurrentiedruk op de markt voor lage kwaliteit WBT nader onderzocht en geconcludeerd dat KPN beschikt over AMM.

Regelgevende behandeling van glasvezel in de markt van lage kwaliteit WBT

468. Hoewel OPTA glasvezel ook in de markt voor lage kwaliteit WBT heeft opgenomen, stelt ze niet voor regelgevende verplichtingen op te leggen op bitstreamtoegang over glasvezelnetwerken.

469. Volgens de richtsnoeren inzake de definitie van relevante markten⁴⁶⁵ heeft het definiëren van een markt, zowel op het gebied van producten als van geografische omvang, tot doel net die concurrenten van de betrokken ondernemingen te identificeren die in staat zijn de handelingsvrijheid van deze ondernemingen te beperken en te voorkomen dat ze zich onafhankelijk van daadwerkelijke concurrentiedruk gaan gedragen. Bovendien zullen de opgelegde verplichtingen, overeenkomstig artikel 8, lid 4, van de Richtlijn inzake toegang, gebaseerd zijn op de aard van het geïdentificeerde probleem. Zij moeten tevens evenredig en verantwoord zijn in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn, met inbegrip van het principe dat regelgeving technologieneutraal moet zijn. Aangezien de concurrerende voorwaarden informeren over de aard van de concurrentieproblemen die zich voordoen, moet daarom elke afwijking van de aanpak van dat concurrentieprobleem met aangepaste corrigerende maatregelen binnen de afgebakende relevante markt zorgvuldig worden gestaafd.

470. In verband hiermee staft OPTA de beperking van corrigerende maatregelen tot toegang over koperen netwerken met het argument dat ontbundelde (ODF-)toegang in markt 4 tevens zakelijke mogelijkheden biedt voor marktspelers met lagere schaalvoordelen. Daarom vindt OPTA dat WBT over glasvezel niet noodzakelijk is, aangezien WBT over koper volstaat – volgens OPTA – om de concurrentieproblemen op de WBT-markt en onderliggende retailmarkten te verhelpen.

471. De Commissie stelt het op prijs dat OPTA de ontbundeling van glasvezel in de vorm van ODF-toegang in overweging heeft genomen als een geschikte corrigerende maatregel met betrekking tot de markt voor fysieke toegang tot wholesalenetwerkinfrastructuur. Deze maatregel, die correct dient te worden uitgevoerd, zal waarschijnlijk in grote mate bijdragen tot de ontwikkeling van concurrentie op basis van de NGA-infrastructuur in Nederland. Op voorwaarde dat ODF-toegang ook voor nieuwe toetreders inderdaad zakelijk haalbaar zal blijken te zijn, kan de uitsluiting van corrigerende maatregelen voor markt 5 als verantwoord worden beschouwd in het licht van de regelgevende doelstellingen die in artikel 8 van de Kaderrichtlijn werden neergelegd, zoals het aanmoedigen van efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur.

472. Rekening houdend met de onzekerheden die nog steeds heersen met betrekking tot de succesvolle implementatie van ODF-toegang, verzoekt de Commissie OPTA echter om de marktontwikkelingen van nabij te volgen en de voorgestelde verplichtingen uit te breiden naar glasvezelnetwerken indien zij de concurrentie onvoldoende garanderen. Dit kan meer bepaald het geval zijn als WBT-toegang over glasvezelnetwerken nodig zou worden om een daadwerkelijke concurrentie op de retailmarkt waarborgen.

⁴⁶⁵ COM 2002/C/165

473. Het **college** constateert dat de Commissie de door het college gemaakte afweging voor het niet opleggen van verplichtingen ten aanzien van lage kwaliteit wholesale breedband toegang over glasvezelnetwerken volgt. De Commissie verzoekt het college de implementatie van ODF-toegang te volgen en zo nodig verplichtingen uit te breiden. Het college volgt de ontwikkelingen rond ODF-toegang nauwgezet, en zal ook de komende jaren de ontwikkelingen blijven monitoren. Volledigheidshalve merkt het college op dat hij naar aanleiding van de reacties van marktpartijen in de nationale consultatie wel besloten heeft om hoge kwaliteit WBT over glasvezelnetwerken te reguleren.

Doeltreffendheid van de momenteel geplande marginsqueeze-toets

474. De Commissie stelt het op prijs dat OPTA van plan is, in het kader van de verplichtingen tot non-discriminatie in markt 5, een verbod op te leggen op alle prijsdifferentiaties die KPN in staat zouden stellen een wholesaletarief aan te rekenen aan zijn stroomafwaarts gelegen tak waardoor concurrerende operatoren niet meer in staat zouden zijn hun diensten onder concurrerende voorwaarden aan te bieden ten gevolge van een marginsqueeze op stroomafwaarts gelegen markten. De Commissie heeft echter de indruk dat de huidige formulering van dit verbod het betrokken concurrentieprobleem niet volledig zal verhelpen. In de eerste plaats omdat het verbod niet wordt aangevuld met vereisten om specifieke gegevens te leveren over kostprijsberekening die een “ex ante”-controle op eigen initiatief door OPTA mogelijk maken. Dergelijke controle houdt ook de definitie in van de parameters om de kosten van een efficiënte concurrent te evalueren. Andere NRI's⁴⁶⁶ hebben de dominante operator er ook toe verplicht de regelgevende instantie ex ante te informeren over de prijzen van nieuwe retailproducten, in het bijzonder om de NRI in staat te stellen na te gaan of concurrenten de retailproducten van de operator met AMM kunnen dupliceren op basis van WBT. Bovendien preciseert het verbod de corrigerende maatregelen niet – bv. proportionele retroactieve vermindering van wholesaleprijzen. De Commissie nodigt OPTA dienovereenkomstig uit om het verbod op marginsqueeze verder te preciseren wanneer ze haar definitieve beslissing aanneemt.

475. Het **college** constateert dat de Commissie evenals het college groot belang hecht aan het opleggen van een maatregel die het risico op marge-uitholling tussen up- en downstreamdiensten remedieert. Het college heeft deze maatregel ingevuld middels een gedragsregel 5 in het kader van de non-discriminatieverplichting. Het college onderschrijft de mening van de EC dat het belangrijk is om waar mogelijk de maatregel zoveel mogelijk te specificeren om de effectiviteit ervan te optimaliseren. Het college heeft daarom mede naar aanleiding van de reacties van marktpartijen in de nationale consultatie in alle marktbesluiten waar deze maatregel is opgelegd een nadere toelichting en operationalisering van de maatregel gegeven.

476. De kern van het concurrentieprobleem is dat KPN als verticaal geïntegreerde aanbieder de mogelijkheid heeft om haar tarieven te stellen op een niveau gelegen tussen de incrementele kosten en de totale kosten. Andere partijen die diensten inkopen bij KPN hebben die mogelijkheid niet zonder daarbij verlies te maken. Een tariefstelling waarin niet de totale kosten zijn meegenomen leidt namelijk zonder meer tot een verliesgevende prijs. Om een level playing field te creëren heeft het college daarom in de toelichting op gedragsregel 5 nader geoperationaliseerd welke kosten de downstream tariefstelling in ieder geval moet dekken om te kunnen spreken van een prijstechnisch repliceerbare downstreamdienst waardoor geen sprake van marge-uitholling. Mede naar aanleiding van de

⁴⁶⁶ Zie zaken ES/2008/805 en IE/2004/116.

opmerkingen van de Europese Commissie heeft het college besloten aanvullende beleidsregels op te stellen waarin ondermeer een verdere precisering zal worden gegeven van de kostenberekeningen.

477. Indien het college heeft geconstateerd dat een downstreamdienst niet repliceerbaar is, expliciteert de maatregel dat KPN verplicht is een corrigerende maatregel te nemen waardoor marge-uitholling wordt weggenomen. Het college acht het niet noodzakelijk deze corrigerende maatregel in detail te preciseren, omdat hij van mening is dat wanneer de norm voor ingrijpen duidelijk is KPN in haar correctiemaatregel enige vrijheidsgraden geboden kan worden. Het college zal hier in zijn beleidsregels een verdere uitwerking aan geven.

478. De Commissie geeft aan dat een aantal andere toezichthouders de AMM-partij ertoe verplicht hebben om de toezichthouder ex ante te informeren over de prijzen van nieuwe retaildiensten. In de Nota van bevindingen heeft het college aangegeven dat hij van oordeel is dat KPN haar downstreamdiensten zelf dient te toetsen aan gedragsregel 5 en het college desgevraagd inzicht moet kunnen geven in de resultaten van een dergelijke toets. Het college zal actief monitoren en gerichte informatie bij KPN uitvragen indien daartoe aanleiding bestaat. Het college heeft hiertoe op basis van artikel 18.7 van de nationale telecommunicatiewet ook de mogelijkheden. Een ex ante verplichting aan KPN om alle (tarief)informatie over niet gereguleerde diensten te leveren acht het college niet proportioneel.

Aanbeveling inzake NGA

479. De Commissie gelooft dat het noodzakelijk is te zorgen voor verdere begeleiding in de context van de Next Generation Access (NGA)-uitrol om investeerders wettelijke zekerheid te bieden en ongewenste afwijkingen van regelgevende benaderingen op de interne markt te voorkomen. Hiertoe werkt de Commissie aan een aanbeveling inzake corrigerende maatregelen voor NGA zodat er op dergelijke netwerken een consequente regelgevende benadering over de hele EU wordt toegepast. In het licht hiervan verzoekt de Commissie OPTA haar analyse aan te passen aan deze aanbeveling zodra deze is goedgekeurd.

480. Het **college** heeft kennisgenomen van deze opmerking van de Commissie. Het college zal zoveel als mogelijk rekening houden met de concept Aanbeveling inzake NGA en de daarin gehanteerde beleidsprincipes van regulering van NGA. Afhankelijk van de uitkomsten van de consultatie van de Aanbeveling inzake NGA en de goedkeuring hiervan door de Commissie, zal het college bezien of, en zo ja op welke punten, de beleidsregels aanpassing behoeven en/of dat een nieuwe marktanalyse moet worden uitgevoerd.

Annex A Kostentoerekening en financiële rapportages: algemeen

A.1 Inleiding

1. In de marktbesluiten heeft het college aangegeven op welke markten hij aan KPN verplichtingen inzake tariefregulering oplegt. Ten behoeve van deze verplichtingen dient KPN financiële rapportages op te stellen waarin ze verantwoording aflegt over kosten, opbrengsten en geïnvesteed vermogen van diensten en markten. Met het oog hierop dient duidelijk te zijn aan welke regels deze financiële rapportages en de berekening van kosten, opbrengsten en geïnvesteed vermogen van diensten en markten moeten voldoen. Het college wil bij de financiële rapportages en kostentoerekening in het kader van wholesaletariefregulering zoveel mogelijk dezelfde regels hanteren.
2. In deze Annex licht het college deze financiële rapportages en de kostentoerekening toe en geeft het college nadere voorschriften hiervoor. Deze Annex vormt integraal onderdeel van alle besluiten waarin het college aan KPN verplichtingen oplegt op grond van artikel 6a.7 van de Tw (tariefregulering wholesale) en artikel 6a.17 van de Tw (tariefregulering C(P)S)). Op grond van het eerste lid en het vierde lid van artikel 6a.7 van de Tw kan het college voorschriften verbinden aan de verplichting tot tariefregulering. In geval de bevoegdheid van het college om nadere regels te stellen op een andere wettelijke bepaling is gebaseerd, is dat aangegeven.
3. Deze Annex bevat algemene regels ten aanzien van kostentoerekening en financiële rapportages. Voorschriften die alleen in het kader van kostengeoriënteerde wholesaletariefregulering gelden, zijn beschreven in Annex B 'Kostentoerekening en financiële rapportages: wholesale'. Voorschriften die alleen in het kader van retail-minus tariefregulering gelden, zijn beschreven in Annex DE 'Implementatie en tariefregulering WLR'.
4. In paragraaf A.2 gaat het college in op kostentoerekening. Paragraaf A.3 behandelt de goedkeuring en toepassing van het kostentoerekeningsstelsel. Paragraaf A.4 ten slotte gaat in op de eisen die aan de rapportages gesteld worden.

A.2 Kostentoerekening

5. Kostentoerekening dient om kosten, opbrengsten en geïnvesteed vermogen aan diensten en markten toe te rekenen.⁴⁶⁷ In het kostentoerekeningsstelsel is vastgelegd welke kosten, opbrengsten en geïnvesteed vermogen aan diensten en markten toegerekend worden en op welke wijze deze toegerekend worden.

⁴⁶⁷ Het begrip kostentoerekening heeft hier niet alleen betrekking op kosten, maar ook op omzet en geïnvesteed vermogen. Het is echter gebruikelijk om hiervoor het begrip kostentoerekening te hanteren.

A.2.1 Toe te rekenen kosten

6. Het startpunt van de toerekening van kosten, opbrengsten en geïnvesteerd vermogen is de jaarrekening. Dit betekent dat aangesloten wordt bij de grondslagen voor waardering en resultaatbepaling die KPN in het kader van de jaarrekening toepast. Als het college vindt dat afwijkende grondslagen voor waardering en resultaatbepaling gehanteerd moeten worden, geeft het college dat expliciet aan.

7. Gegeven de principes die KPN in haar jaarrekening hanteert, betekent het voorgaande onder andere dat:⁴⁶⁸

- afschrijvingen op basis van de lineaire afschrijvingsmethode worden berekend, waarbij dezelfde afschrijvingstermijnen gehanteerd worden als bij het opstellen van de jaarrekening;
- activa gewaardeerd worden op basis van de historische kostenmethode.

8. Het college gaat in beginsel uit van het principe van fully allocated cost. Dit betekent dat kosten die ten behoeve van diensten en markten gemaakt worden in principe volledig aan deze diensten en markten toegerekend dienen te worden. Dit betekent dat kosten die een gezamenlijk of gemeenschappelijk karakter hebben ook aan diensten en markten toegerekend dienen te worden.

9. Financiële sancties die door het college of door de NMa zijn opgelegd mogen niet in de kostentoerekening betrokken worden.

A.2.2 Uitgangspunten bij kostentoerekening

10. Ten aanzien van de wijze van kostentoerekening in het kader van wholesaletariferegulering hanteert het college de volgende uitgangspunten:

- bij de verschillende verplichtingen dient zoveel mogelijk dezelfde wijze van kostentoerekening gehanteerd te worden;
- de wijze van kostentoerekening voor de verschillende verplichtingen dient consistent te zijn;
- kostentoerekening dient op objectieve, transparante en efficiënte wijze plaats te vinden;
- kosten mogen slechts eenmaal toegerekend worden;
- kosten dienen zoveel mogelijk op causale wijze toegerekend te worden.

Hieronder licht het college deze regels toe.

11. Het college hanteert als regel dat kosten, en, waar aan de orde, opbrengsten en geïnvesteerd vermogen, zoveel mogelijk op dezelfde wijze toegerekend dienen te worden. De kostentoerekening in het kader van de wholesaletariferegulering dient dus op dezelfde wijze plaats te vinden. Er is alleen sprake van aanvullende of afwijkende kostentoerekening ten behoeve van één van de verplichtingen als dit expliciet door het college is aangegeven. Aanvullingen op en afwijkingen van het algemene kostentoerekeningsstelsel staan vermeld in de Annexen B en D.

⁴⁶⁸ In het kader van kostengeoriënteerde wholesaletariferegulering zijn ten aanzien van de bepaling van de kosten van vaste activa afwijkingen van toepassing. Zie hiervoor Annex B.

12. Daarnaast dient de kostentoerekening consistent te zijn. Dit betekent dat de toerekening van een bepaald type kosten over de volle breedte van het KPN-bedrijf op dezelfde wijze dient plaats te vinden, ongeacht of het om gereguleerde of ongereguleerde diensten en markten gaat en ongeacht of het om retail- of wholesalediensten en -markten gaat. Door een consistente aanpak wordt de toerekening robuust voor wijzigingen in de gereguleerde portfolio van diensten. Als het college ten aanzien van een dienst of markt de verplichting tot tariefregulering oplegt, of besluit dergelijke verplichtingen ten aanzien van een dienst of markt te laten vervallen, dan heeft dit zodoende in beginsel geen invloed op de kostentoerekening.

13. Consistentie houdt ook in dat bij in de tijd opeenvolgende rapportages dezelfde wijze van kostentoerekening gehanteerd wordt. De kostentoerekening kan alleen gewijzigd worden als hierdoor de kostentoerekening nauwkeuriger wordt of als sprake is van noodzakelijke aanpassingen, bijvoorbeeld vanwege wijzigingen in het netwerk of door reorganisatie. Het is niet toegestaan dat de kostentoerekening gewijzigd wordt enkel met het oog op de verwachte effecten daarvan op de uitkomsten.

14. De wijze van kostentoerekening, en in het bijzonder de keuze van de cost drivers of kostenverdeelsleutels, dient objectief, transparant en efficiënt te zijn. Op die manier is de wijze van kostentoerekening duidelijk en inzichtelijk en kan deze met zo min mogelijk moeite uitgevoerd worden. Kosten mogen slechts eenmaal toegerekend worden. Als kosten gemaakt worden ten behoeve van meerdere diensten, dan mogen deze kosten niet aan ieder van deze diensten volledig toegerekend worden, maar moeten deze kosten verdeeld worden over de diensten ten behoeve waarvan ze gemaakt worden. In het kostentoerekeningsstelsel dient gewaarborgd te worden dat kosten slechts eenmaal worden toegerekend.

A.2.3 Principes voor kostentoerekening

15. Voor de toerekening van kosten aan diensten en markten kunnen verschillende principes gehanteerd worden:⁴⁶⁹

- de kosten kunnen toegerekend worden aan de diensten en markten die de kosten veroorzaken ('cost causation');
- de kosten kunnen toegerekend worden aan de gebruikers die de voordelen genieten die samenhangen met de gemaakte kosten; dit hoeven niet noodzakelijkerwijs dezelfde gebruikers te

⁴⁶⁹ Zie onder meer de Principles of Implementation and Best Practice (PIBs) regarding cost recovery principles as decided by the Independent Regulators Group, 23 September 2003. Met deze PIBs is de IRG gekomen tot een meer geharmoniseerde toepassing van artikel 13 van de Toegangsrichtlijn inzake prijscontrole en kostentoerekening (welk artikel in Nederland is geïmplementeerd met artikel 6a.7 van de Tw). Het tweede lid van dit artikel stelt namelijk: "De nationale regelgevende instanties zien erop toe dat regelingen voor het terugverdienen van kosten en tarifieringsmethoden die worden opgelegd erop gericht zijn efficiëntie en duurzame concurrentie te bevorderen en de consument maximaal voordeel te bieden." In randnummer 20 bij de toelichting op dit artikel wordt aanvullend vermeld dat de methode van het terugverdienen van de kosten aangepast moet zijn aan de omstandigheden. Ook de ERG Common Position: Guidelines for implementing the Commission Recommendation C (2005) 3480 on Accounting Separation & Cost Accounting systems under the regulatory framework for electronic communications, ERG (05) 29 (p.9) noemt deze zes principes voor kostentoerekening.

- zijn die de diensten waarvoor de kosten gemaakt worden afnemen ('benefits received');
- de kosten kunnen op zodanige wijze toegerekend worden dat dit de totstandkoming van duurzame concurrentie bevordert ('effective competition'), en meer in het bijzonder van een gelijk speelveld ('level playing field');
- de kosten kunnen op zodanige wijze toegerekend worden dat daar een prikkel vanuit gaat om deze kosten te minimaliseren ('cost minimisation');
- de kosten kunnen op basis van reciprociteit (van bijvoorbeeld de onderliggende functionaliteit) worden toegerekend;
- de kosten kunnen op zodanige wijze toegerekend worden dat de praktische uitvoerbaarheid van de wijze van kostentoerekening nog in redelijke verhouding staat tot de met die toerekening te bereiken doelstellingen ('practicality').

16. Het college gaat in de toepassing van kostenoriëntatie in beginsel uit van het principe van causale toerekening van kosten. Een kenmerk van tarieven die op basis van causale toerekening in redelijke verhouding tot de onderliggende kosten staan, is dat ze voorkómen dat KPN te hoge of te lage winsten (of zelfs verliezen) genereert waardoor kruissubsidies ontstaan die het level playing field verstoren. Ook bevorderen tarieven die gebaseerd zijn op causale toerekening van onderliggende kosten in het algemeen de concurrentie, doordat ze in beginsel de juiste prikkels geven ten aanzien van het gebruik van deze diensten en de beslissingen van concurrenten van KPN om al dan niet in eigen infrastructuur te investeren.

17. Rekening houdend met de omstandigheden van een specifiek geval, kan ten aanzien van bepaalde (typen) kosten causale toerekening echter tot suboptimale uitkomsten leiden. Om de geconstateerde concurrentieproblemen te voorkómen, kan het in een dergelijk geval dan beter zijn om af te wijken van kostencausaliteit. Dit is met name het geval bij wholesalespecifieke kosten.

18. Wholesalespecifieke kosten betreffen de kosten die KPN maakt in verband met een verplichting om te voldoen aan redelijke verzoeken tot door het college bepaalde vormen van toegang. Op basis van causale kostentoerekening zouden deze kosten via de wholesaletarieven volledig voor rekening van de om toegang verzoekende aanbieders komen. Dit betekent dat deze aanbieders met een extra kostenpost geconfronteerd zouden worden, waardoor het voor hen moeilijker zo niet onmogelijk zou worden om te concurreren met KPN, die deze kosten voor haar eigen dienstverlening niet hoeft te maken. KPN heeft hierdoor een kostenvoordeel ten opzichte van haar concurrenten en kan ze marges van concurrenten uithollen, waardoor er geen sprake is van een gelijkwaardig speelveld. Dit betekent dat kostencausaliteit tot een uitkomst leidt die op gespannen voet staat met de doelstelling van duurzame concurrentie, en dat overwogen moet worden dat de betreffende kosten op basis van een ander principe dan causaliteit worden toegerekend. Ook heeft KPN bij causale toerekening van dit type kosten geen prikkel om deze kosten te minimaliseren.

19. Voor dit type kosten verdient proportionele toerekening de voorkeur. Bij proportionele toerekening draagt KPN naar evenredigheid bij aan deze kosten. Op die manier wordt marge-uitholling voorkomen en worden alternatieve aanbieders dus niet op achterstand ten opzichte van KPN gezet, maar ontstaat juist een gelijkwaardig speelveld. Hierdoor zijn alternatieve aanbieders in staat zijn om op gelijke voet met KPN in de retailmarkt te concurreren, hetgeen ten goede komt aan de

eindgebruikers. Ten slotte geeft proportionele toerekening ook een stimulans aan KPN om deze kosten te beheersen.

20. Ook kan er sprake zijn van kosten waarbij causale toerekening tot een complexe wijze van toerekening leidt die op zichzelf veel kosten kan veroorzaken, bijvoorbeeld omdat gegevens geregistreerd moeten worden die eerst niet geregistreerd werden. In dergelijke gevallen moet afgewogen worden of een eenvoudiger wijze van toerekenen aanvaardbaar is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de vertekening in de toegerekende kosten die hierdoor ontstaat verwaarloosbaar is.

21. Op grond van het bovenstaande geldt dat bij de invulling van kostenoriëntatie en de in dat kader toe te passen kostentoerekening causaliteit als leidend beginsel gehanteerd moet worden. In afwijking hiervan geldt dat andere principes van kostentoerekening gehanteerd moeten worden, met name in het geval dit de concurrentie of de belangen van eindgebruikers beter bevordert.

A.2.4 Toepassing van causale kostentoerekening

22. In het voorgaande is beschreven dat in de toepassing van kostenoriëntatie in beginsel uitgegaan moet worden van het principe van causale toerekening van kosten. Dit betekent dat diensten en markten alleen die kosten toegerekend krijgen die ten behoeve van die diensten en markten gemaakt worden. Kosten die gemaakt worden ten behoeve van een bepaalde dienst of markt, worden in beginsel niet aan een andere dienst of markt toegerekend.

23. Er zal niet bij alle kosten een duidelijk causale relatie met een dienst of markt geïdentificeerd kunnen worden. De kosten van het netwerk zijn bijvoorbeeld slechts indirect te relateren aan een bepaalde dienst of markt. Ook bij andere kosten, zoals de kosten die op concernniveau gemaakt worden en de kosten van besturing en beheersing van de business units kan het onmogelijk blijken een causale relatie met de diensten en markten te identificeren.⁴⁷⁰ In dit verband onderscheidt het college drie manieren van kostentoerekening, met een afnemende mate van causaliteit:

- directe toerekening: kosten worden direct aan diensten en markten toegerekend;
- toerekening op basis van verdeelsleutels: kosten worden met behulp van cost drivers of kostenverdeelsleutels aan diensten en markten toegerekend;
- overige toerekeningen: kosten worden via een opslag op reeds toegerekende kosten aan diensten en markten toegerekend.

24. Als het mogelijk is, dienen kosten via directe toerekening aan diensten of markten toegerekend te worden.

25. Als kosten niet op basis van directe toerekening aan diensten en markten toegerekend kunnen worden, dienen de kosten via een getrapte toerekening aan de diensten en markten toegerekend te worden. Bij een getrapte toerekening worden één of meer tussenliggende kostenpools benoemd. Kosten worden eerst aan deze kostenpools toegerekend en vervolgens op basis van cost drivers of kostenverdeelsleutels aan de diensten en markten. Een kostenpool kan een activiteit zijn, een

⁴⁷⁰ Deze kosten worden vaak aangeduid als gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten.

productiemiddel of bijvoorbeeld een organisatieonderdeel. Kosten worden zoveel mogelijk direct aan deze kostenpools toegerekend. Als dat niet mogelijk is, worden kosten via verdeelsleutels aan deze kostenpools toegerekend. Als ook dat niet mogelijk is, worden kosten via een opslag aan deze kostenpools toegerekend. De kosten die aan een kostenpool zijn toegerekend, worden via een verdeelsleutel of cost driver aan de diensten en markten toegerekend. Deze verdeelsleutels worden zoveel mogelijk ontleend aan de bron van deze kosten.

26. Als kosten niet op basis van directe toerekening, en ook niet met behulp van cost drivers of kostenverdeelsleutels aan diensten en markten toegerekend kunnen worden, dan dienen deze kosten via een opslag op de reeds toegerekende kosten aan diensten en markten toegerekend te worden.

27. Een geschikte manier om kosten toe te rekenen waarbij de bovenstaande methodiek wordt toegepast is activity-based costing. Hierbij wordt getracht de kosten zo causaal mogelijk toe te rekenen. Activity-based costing ziet diensten als een serie van activiteiten, waarbij deze activiteiten kosten veroorzaken. De kosten van de activiteiten worden via cost drivers aan de diensten toegerekend.

A.3 Goedkeuring en toepassing kostentoerekeningssysteem

A.3.1 Goedkeuring

28. In het kader van de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven en in het kader van het hanteren van retail-minus tarieven dient KPN een door het college bepaald en goedgekeurd kostentoerekeningssysteem toe te passen. KPN dient hiertoe een kostentoerekeningssysteem te ontwikkelen. Wat betreft kostengeoriënteerde tarieven dient dit kostentoerekeningssysteem te voldoen aan de regels die in deze Annex zijn beschreven en de aanvullingen en afwijkingen die in Annex B zijn beschreven. Wat betreft de retail-minus tarieven dient dit kostentoerekeningssysteem te voldoen aan de regels die in deze Annex zijn beschreven en de aanvullingen en afwijkingen die in Annex D zijn beschreven. KPN dient dit systeem ter goedkeuring voor te leggen aan het college.

29. In het kostentoerekeningssysteem is in ieder geval het volgende gespecificeerd:

- de verschillende soorten en categorieën van kosten, opbrengsten en geïnvesteed vermogen die aan de diensten en markten worden toegerekend. Hierbij moet duidelijk zijn om welke soorten kosten, opbrengsten en geïnvesteed vermogen het gaat. Wat betreft de kosten moet duidelijk zijn waar in de organisatie en ten behoeve van welke activiteiten deze kosten ontstaan;
- de methodiek van kostentoerekening, inclusief de belangrijkste kostenpools en kostenverdeelsleutels. Uitgaande van de kosten zoals die ontstaan, dient duidelijk te zijn hoe deze kosten aan diensten en markten toegerekend worden. Hierbij dient duidelijk te zijn of sprake is van directe toerekening, toerekening op basis van cost drivers of kostenverdeelsleutels of van toerekening via een opslag. Als sprake is van toerekening via cost drivers of kostenverdeelsleutels dient duidelijk te zijn welke kostenpools en welke cost drivers of kostenverdeelsleutels gehanteerd worden. Als sprake is van toerekening via opslagen dient duidelijk te zijn hoe deze opslagen precies berekend worden;

- de bronnen van de gegevens. Hierbij gaat het enerzijds om de bronnen van de financiële gegevens en anderzijds om de bronnen van de niet-financiële gegevens. Hierbij dient duidelijk te zijn in hoeverre deze gegevens via geautomatiseerde processen tot stand komen, dan wel dat deze gegevens op inschattingen van medewerkers gebaseerd worden.

30. Met het oog op de goedkeuring onderzoekt en beoordeelt het college het door KPN ontwikkelde en voorgestelde kostentoerekeningssysteem. Hierbij beoordeelt het college of de regels die het college in deze Annex en Annex B dan wel Annex D heeft gesteld op een juiste wijze in het kostentoerekeningssysteem zijn verwerkt. Ten behoeve van de beoordeling van het kostentoerekeningssysteem door het college dient KPN de werking van het kostentoerekeningssysteem te illustreren door het kostentoerekeningssysteem toe te passen. Het college beoordeelt dan de werking van de kostentoerekening aan de hand van die specifieke toepassing (onder andere op basis van een aantal concrete gevallen, bijvoorbeeld ten aanzien van een aantal kostenposten en ten aanzien van de kosten van een aantal diensten).

A.3.2 Toepassing

31. KPN dient in het kader van de wholesaletariferegulering financiële rapportages op te stellen waarin ze het goedgekeurde kostentoerekeningssysteem dient toe te passen. De inhoud van de rapportage wordt in paragraaf A.4 uitgewerkt.

32. De toepassing van het kostentoerekeningssysteem dient in beginsel gelijk te zijn aan de toepassing in het vorige verslagjaar (zie ook randnummer 12). KPN dient er zorg voor te dragen dat een overzicht beschikbaar is van eventuele wijzigingen. Deze lijst kan door de accountant gebruikt worden bij het accountantsonderzoek.

A.4 Financiële rapportages

33. KPN dient in het kader van de wholesaletariferegulering financiële rapportages op te stellen. Deze in de Nederlandse taal op te stellen rapportages bestaan in ieder geval uit de volgende vier onderdelen:

- financiële overzichten;
- toelichting op de financiële overzichten;
- beschrijving van het kostentoerekeningssysteem;
- rapportage van een accountant.

A.4.1 Algemeen

34. Op grond van regelgeving ten aanzien van beursnoteringen moeten kapitaalverschaffers in verschillende landen op hetzelfde moment over dezelfde informatie kunnen beschikken. Ook moet de informatie eenduidig zijn, relevant zijn en niet verwarrend zijn in combinatie met andere informatie, bijvoorbeeld omdat de waarderingsgrondslagen verschillen of omdat gedetailleerde cijfers uit de ene rapportage niet eenvoudig te interpreteren zijn ten opzichte van geaggregeerde cijfers uit een andere rapportage. Een ander uitgangspunt dat in de externe verslaggeving gehanteerd wordt, is dat deze

moet aansluiten bij de wijze waarop de organisatie intern bestuurd wordt, terwijl de financiële rapportages die KPN in het kader van toezicht op dient te stellen gericht zijn op diensten en markten.

35. Het college is van oordeel dat de plicht die op KPN rust om de eigen financiële verslaggeving aan bovenstaande regels te laten voldoen, ook geldt voor de financiële rapportages die KPN in het kader van toezicht dient op te stellen. Dit betekent onder andere dat het aan KPN is om ervoor zorg te dragen dat de financiële rapportages zodanig geformuleerd zijn dat gebruikers deze goed kunnen begrijpen en kunnen interpreteren in relatie tot andere financiële publicaties van KPN. In dat verband is het belangrijk dat de financiële rapportage een goede en inzichtelijke beschrijving van het kostentoerekeningssysteem bevat en een adequate toelichting op de gerapporteerde cijfers.

A.4.2 Financiële overzichten

36. In de financiële overzichten worden kosten, opbrengsten en geïnvesteerd vermogen van diensten en markten verantwoord, die berekend zijn onder toepassing van het kostentoerekeningssysteem. De inhoud van de financiële overzichten is verschillend voor iedere rapportage en wordt daarom in de betreffende Annexen beschreven (zie Annex B en D).

37. Het college kan aanvullende financiële overzichten vragen. Deze overzichten dienen om het college beter inzicht te geven in de toepassing van het kostentoerekeningssysteem in een bepaalde financiële rapportage. Het college denkt hierbij bijvoorbeeld aan een overzicht van de kostenbedragen die als input bij de kostentoerekening gebruikt worden en een overzicht waaruit blijkt welk deel van ieder van deze kostenbedragen aan gereguleerde diensten toegerekend is. Op deze overzichten is het accountantsonderzoek van toepassing. Deze aanvullende overzichten zijn alleen voor het college bedoeld en komen dus in beginsel niet in aanmerking voor openbaarmaking.

A.4.3 Toelichting

38. Het tweede onderdeel van een financiële rapportage is de toelichting op de financiële overzichten. In deze toelichting dient KPN in kwalitatieve termen inzicht te geven in de hoogte en ontwikkeling van de uitkomsten die in de financiële overzichten verantwoord worden en in de factoren die daarbij een rol spelen. Hierbij dient in ieder geval aandacht gegeven te worden aan de volgende aspecten:

- de hoogte en ontwikkeling in kostenniveaus, prijzen en volumes;
- wijzigingen in de technische specificatie van diensten en de wijze waarop deze diensten voortgebracht worden en de invloed daarvan op de kosten;
- de oorzaken van grote wijzigingen in de uitkomsten van de financiële rapportage (bijvoorbeeld als uitkomsten substantieel hoger of lager zijn dan in het vorige jaar);
- het effect van stelselwijzigingen die KPN in de jaarrekening heeft toegepast op de berekeningen en de uitkomsten van de financiële rapportage.

A.4.4 Beschrijving kostentoekeningssysteem

39. De financiële rapportages bevatten ook een beschrijving van het kostentoekeningssysteem. Deze beschrijving gaat in ieder geval in op de verschillende soorten kosten, opbrengsten en geïnvesteerd vermogen die aan diensten en markten worden toegerekend, de methodiek van kostentoekening, en de bronnen van de gegevens die bij de kostentoekening gebruikt worden (zie randnummer 29).

A.4.5 Accountantsrapportage

40. Om inzicht te krijgen in de betrouwbaarheid van de financiële rapportages dient in beginsel bij iedere rapportage een accountantsrapportage toegevoegd te worden. In het onderstaande beschrijft het college de regels voor het accountantsonderzoek bij de financiële rapportages. Het gaat daarbij om de volgende onderwerpen⁴⁷¹:

- type accountantsonderzoek en -rapportage
- accountant
- review

A.4.5.1 Type onderzoek

41. Er zijn verschillende typen accountantsonderzoeken. Afhankelijk van het doel dat de financiële rapportage dient en het karakter van deze rapportage, bepaalt het college het soort accountantsonderzoek dat ten aanzien van iedere rapportage uitgevoerd dient te worden (zie de Annexen B en D):

- bij financiële rapportages die betrekking hebben op een afgesloten verslagjaar dient een accountantscontrole uitgevoerd te worden. Deze accountantscontrole resulteert in een accountantsverklaring, die bij deze rapportage gevoegd dient te worden;
- bij financiële rapportages die betrekking hebben op een toekomstige periode is een accountantscontrole niet mogelijk. In dat geval dient een rapport van bevindingen opgeleverd te worden over specifiek overeengekomen werkzaamheden. De accountant onderzoekt daarbij in ieder geval of de door het college gestelde regels rond kostentoekening en financiële rapportage en het door het college goedgekeurde kostentoekeningssysteem door KPN zijn toegepast.

A.4.5.2 De accountant

42. Het college is van oordeel dat de huidige praktijk, waarin KPN haar huisaccountant opdracht geeft tot het uitvoeren van de accountantsonderzoeken bij de financiële rapportages, voortgezet kan worden. KPN dient er zorg voor te dragen dat de regels ten aanzien van accountantsonderzoek die in deze Annex beschreven zijn in de opdrachtformulering aan de accountant opgenomen worden. Indien het college in een bepaald geval wenst dat een andere accountant dan de huisaccountant het onderzoek uitvoert, of indien het college in een bepaald geval zelf als opdrachtgever wenst op te treden, zal het college KPN hiervan nadrukkelijk op de hoogte stellen.

⁴⁷¹ Dit randnummer is gewijzigd naar aanleiding van de bedenkingen.

43. Met het oog op een goede afstemming van het accountantsonderzoek op het doel dat met de financiële rapportages beoogd wordt en op de behoeften van het college, dient het controleplan en de controleverslag ten aanzien van iedere accountantsonderzoek aan het college ter beschikking te worden gesteld.

A.4.5.3 Review

44. Het college kan een review laten uitvoeren op het accountantsonderzoek dat de huisaccountant van KPN ten aanzien van de financiële rapportages uitvoert. Bij een review onderzoekt een vakgenoot (een andere accountant) of het accountantsonderzoek deugdelijk is uitgevoerd. Een review is een goede manier voor het college om zicht te krijgen op de kwaliteit van het accountantsonderzoek.

45. Het college kan dit instrument op de volgende wijze inzetten:

- periodieke review. Eens in de drie tot vijf jaar geeft het college opdracht tot een algemene review. Het doel van een dergelijke review is om zicht op de deugdelijkheid van het accountantsonderzoek te krijgen. Hierbij gaat het om een review met een algemeen karakter die niet tot veel toezichtbelasting leidt;
- diepgaande review. Het college zal een diepgaande review alleen laten uitvoeren als er aanleiding is te vermoeden dat het accountantsonderzoek niet goed is uitgevoerd. Als bijvoorbeeld uit de periodieke review blijkt dat er twijfels zijn of een bepaalde aanpak in het accountantsonderzoek wel de juiste is, kan dit via een diepgaande review nader bekeken worden. Ook kan een diepgaande review uitgevoerd worden als het college, bijvoorbeeld op grond van signalen uit dossiers die het college behandelt, twijfels heeft over een bij een rapportage uitgevoerd accountantsonderzoek.

A.4.5.4 Openbaarheid van de financiële rapportages

46. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid, van de Tw en artikel 6a.10, tweede lid, van de Tw zoals dat dient te worden uitgelegd in het licht van artikel 11, tweede lid, van de Toegangsrichtlijn, is het college bevoegd om de financiële rapportages van KPN openbaar te maken. Artikel 11, tweede lid van de Toegangsrichtlijn bepaalt immers dat nationale regelgevende instanties dergelijke informatie kunnen publiceren wanneer zij bijdraagt tot een open en concurrentiegerichte markt. Bij openbaarmaking van de financiële rapportages houdt het college rekening met de bedrijfsvertrouwelijkheid en de regelgeving ten aanzien van beursnoteringen. Dit betekent in ieder geval dat in voorkomend geval KPN de gelegenheid zal worden gegeven om gemotiveerd aan te geven welke informatie in de financiële rapportages als bedrijfsvertrouwelijk moet worden beschouwd, waar het college gemotiveerd van af kan wijken.

Annex B Kostentoerekening en financiële rapportages: wholesale

B.1 Inleiding

1. In de marktbesluiten heeft het college aangegeven op welke markten en voor welke diensten hij tariefregulering op basis van kostenoriëntatie aan KPN oplegt. Met het oog op de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven dient duidelijk te zijn welke eisen gesteld worden aan de berekening van de kosten en kostprijzen van wholesalediensten en hoe hierover gerapporteerd moet worden. KPN dient immers aan te tonen dat haar wholesaletarieven kostengeoriënteerd zijn en dat bij de onderbouwing hiervan het goedgekeurde kostentoerekeningssysteem is gehanteerd.

2. In deze Annex gaat het college nader in op de aanvullingen en uitzonderingen op de algemene regels zoals die in de Annex A 'Kostentoerekening en financiële rapportages: algemeen' ten aanzien van kostentoerekening en financiële rapportages beschreven zijn. Deze Annex vormt integraal onderdeel van alle besluiten waarin het college op grond van artikel 6a.7 van de Tw (tariefregulering Wholesale) en artikel 6a.17 (tariefregulering C(P)S) aan KPN de verplichting tot kostenoriëntatie of kostentoerekening heeft opgelegd. Op grond van het eerste lid en het vierde lid van artikel 6a.7 van de Tw kan het college voorschriften aan de verplichting tot tariefregulering verbinden.

3. Paragraaf B.2 gaat in op de regels die, in aanvulling op hetgeen in Annex A gesteld is, gelden voor de wholesale kostentoerekening. Paragraaf B.3 behandelt de eisen die, in aanvulling op hetgeen in Annex A gesteld is, gelden voor de financiële rapportage. Paragraaf B.4 gaat in op de operationalisering.

B.2 Kostentoerekening

4. Het college sluit voor de regels ten aanzien van wholesale kostentoerekening aan bij het huidige EDC-systeem. Dit systeem moet voldoen aan de algemene regels uit Annex A en de aanvullingen en uitzonderingen die in deze Annex beschreven worden. Deze aanvullingen en uitzonderingen betreffen:

- het gebruik van meerjarenvensters;
- afschrijvingsmethode en afschrijvingstermijnen;
- de waarderingsgrondslag;
- de vermogenskosten;
- leegloop en stranded assets.

5. Deze vijf punten worden in deze paragraaf nader uitgewerkt. Eerst wordt een toelichting gegeven op de hoofdpunten van EDC.

B.2.1 Het EDC-systeem van KPN

6. Voor de tariefregulering van wholesalediensten heeft KPN eind jaren '90 in opdracht van de minister het EDC-systeem ontwikkeld. Met het EDC-systeem worden de kostprijzen van de

wholesalediensten berekend. EDC staat daarbij voor Embedded Direct Costs. Vanuit de methodiek van embedded direct costs worden alleen de kosten die direct aan diensten zijn toe te rekenen in de kostprijs van deze diensten opgenomen. Met andere woorden, er dient een causale relatie tussen de kosten en de dienst te zijn. Als EDC in zuivere vorm zou worden toegepast, zouden alleen de directe kosten aan de diensten worden toegerekend. Dit impliceert dat alle kosten die niet direct met de diensten samenhangen, dat wil zeggen alle kosten met een indirect, gezamenlijk of gemeenschappelijk karakter, dan ook niet aan de diensten toegerekend zouden worden.

7. De toepassing van EDC zoals deze door KPN en het college is uitgewerkt, kenmerkt zich als volgt. In de eerste plaats worden alle relevante kosten, dus ook de indirecte, gezamenlijke en gemeenschappelijke kosten, aan de diensten toegerekend. In de tweede plaats wordt gebruik gemaakt van het forward looking principe. Dit houdt in dat waar dat mogelijk is de kosten op zodanige wijze berekend worden dat de hoogte ervan een goede investeringsprikkel aan potentiële toetreders geeft. Op grond van het forward looking principe is gekozen voor de toepassing van current costing (zie verder paragraaf B.2.4).

8. De uitwerking die de afgelopen jaren is gekozen, vertoont sterke gelijkenis met de LRIC-methodiek (Long Run Incremental Costs), waarbij gemeenschappelijke kosten doorgaans aan de hand van een opslag worden toegerekend. Binnen de LRIC-methodiek is zowel een top-down als een bottom-up benadering mogelijk. Het college en KPN hebben met de ontwikkeling en toepassing van het EDC-systeem van KPN uitwerking gegeven aan een top-down invulling. Dit betekent dat de cijfers in de boekhouding van KPN het startpunt voor de berekeningen in het EDC-systeem vormen.

9. Ten aanzien van kostentoe rekening in het kader van de wholesaletariefregulering houdt het college vast aan deze invulling. Dit betekent dat KPN in principe het EDC-systeem kan hanteren als basis voor het berekenen van de kostprijzen van wholesalediensten.

B.2.2 Meerjarenvensters

10. In Annex A is uiteengezet dat uitgegaan wordt van kosten, opbrengsten en geïnvesteerd vermogen, zoals die in de jaarrekening worden verantwoord. Dit betekent in het algemeen dat operationele kosten ten laste van het jaar worden gebracht waarin de corresponderende uitgaven gedaan zijn, en dat investeringen geactiveerd worden en over de levensduur via afschrijvingen als kosten ten laste van de resultaten van de opeenvolgende jaren gebracht worden. In het kostentoe rekeningssysteem voor wholesale wordt daarop een uitzondering gemaakt ten aanzien van eenmalig hoge kosten. KPN dient deze eenmalig hoge kosten via meerjarenvensters over een periode van een aantal jaren in de kostprijzen en tarieven van de wholesalediensten te verwerken.

11. Ingeval op grond van toegangsverplichtingen een nieuwe wholesaledienst wordt geïntroduceerd, betekent dit doorgaans dat implementatiekosten gemaakt moeten worden. Meestal gaat het dan om projectmatige kosten voorafgaand aan de introductie van de dienst. Ook ten aanzien van een reeds bestaande dienst of activiteit kunnen eenmalig extra kosten gemaakt worden. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om de implementatie van een belangrijke wijziging in de dienst of in de processen die nodig zijn om die dienst te leveren. De afzet van een dergelijke dienst ontwikkelt zich echter niet conform de ontwikkeling van het kostenpatroon. Als deze eenmalig hoge kosten volledig in

het jaar waarin de corresponderende uitgaven gedaan zijn in de kostprijs van de dienst worden verrekend, ontstaat een relatief hoge kostprijs. Een tarief dat op deze kostprijs gebaseerd is, kan de afzetontwikkeling van deze dienst nadelig beïnvloeden, doordat afnemers deze hoge prijs niet willen of kunnen betalen. De bedoeling van toegangsverplichtingen is echter dat deze een reële mogelijkheid bieden voor andere aanbieders om bepaalde diensten aan eindgebruikers te leveren.

12. In dergelijke gevallen is het daarom met het oog op de doelstelling van regulering beter om de eenmalig hoge kosten over een aantal jaren te spreiden en gelijkmatig toe te rekenen aan de afzet in die periode. Op die manier ontstaat een meer gelijkmatig tariefpatroon, waardoor het gebruik van de dienst niet door eenmalig hoge tarieven wordt ontmoedigd en KPN over de gehele periode gezien de gemaakte kosten toch kan terugverdienen.

13. Bij de eerste toepassing van een meerjarenvenster wordt een inschatting gemaakt van de verwachte afzet gedurende de komende jaren.⁴⁷² De eenmalige kosten worden vervolgens gelijkmatig over de verwachte afzet verdeeld. Bij het begin van het tweede jaar in het venster dient een herberekening uitgevoerd te worden, waarbij de werkelijke kosten en afzet van het eerste jaar in het meerjarenvenster verrekend worden. Tevens wordt bekeken of de eerder gemaakte inschattingen ten aanzien van de toekomstige afzet aanpassing behoeven. Hieruit volgt dan een nieuwe toerekening van kosten over de verschillende jaren. Deze procedure wordt herhaald totdat de periode van het meerjarenvenster is verstreken.

B.2.3 Afschrijvingsmethode en afschrijvingstermijnen

14. In Annex A is uiteengezet dat KPN in het kostentoe rekeningssysteem in principe de grondslagen voor waardering en resultaatbepaling uit haar jaarrekening dient te hanteren. In de jaarrekening hanteert KPN de lineaire afschrijvingsmethode en een per activatype bepaalde afschrijvingstermijn om de boekwaarde van de activa en de omvang van de afschrijvingen te bepalen. Tot heden heeft het college bij de kosten- en kostprijsbepaling in EDC geen aanleiding gezien om hiervan af te wijken en een andere afschrijvingsmethode en andere afschrijvingstermijnen te hanteren. Vanwege de ingrijpende netwerkvernieuwingen houdt het college nadrukkelijk de mogelijkheid open om van deze gedragslijn af te wijken. Dit wordt hieronder toegelicht.

15. Om activa te kunnen afschrijven, moet bepaald worden hoe lang de termijn is waarover afgeschreven zal worden. Hierbij is leidend hoe lang naar verwachting de betreffende activa operationeel zal zijn en ingezet zal worden om dienstverlening voort te brengen en dus opbrengsten te genereren. Vanzelfsprekend valt hier vooraf geen volledige zekerheid over te verkrijgen, omdat dit een verwachting betreft over de toekomst. Ingeval het activa betreft van een type dat al enige tijd in gebruik is, is de juiste lengte van de afschrijvingstermijn eenvoudiger te bepalen dan ingeval het volledig nieuw type activa betreft en als dit nieuwe type activa ingezet zal worden om nieuwe soorten dienstverlening voort te brengen.

⁴⁷² Over het algemeen wordt met een periode van vijf jaar gewerkt.

16. Het college zal tijdens het tarieftraject de afschrijvingstermijnen van met name nieuwe typen activa beoordelen. In geval hier aanleiding toe is, zal hij een aangepaste afschrijvingstermijn vaststellen.

17. KPN hanteert in de jaarrekening de lineaire afschrijvingsmethode. Bij deze methode wordt bij ieder actief jaarlijks een gelijk bedrag afgeschreven, waardoor de boekwaarde ieder jaar met een vast bedrag afneemt.⁴⁷³ Dit betekent dat de vermogenskosten, die mede gebaseerd zijn op de boekwaarde, bij de aanschaf van het actief hoog zijn en in de loop van de tijd dalen naar nihil. De kapitaalkosten, zijnde de som van de afschrijvingen en de vermogenskosten, van een actief zijn direct na ingebruik name van de activa hoog en dalen in de loop van de tijd, hetgeen betekent dat de kostprijs in het begin ook hoog is en in de loop van de tijd zal dalen.

18. Dit kostenpatroon is in de praktijk van kostprijscalculatie doorgaans geen probleem, aangezien vaak sprake is van een groot aantal eenheden in de betreffende activacategorie die op verschillende momenten in de tijd zijn aangekocht. Sommige eenheden zijn dan nog relatief nieuw en genereren hoge kapitaalkosten, terwijl andere eenheden van het betreffende activacategorie relatief oud zijn en lage kapitaalkosten genereren. Opgeteld zullen de jaarlijkse kapitaalkosten dan echter redelijk constant zijn omdat in de loop van de jaren telkens weer oude eenheden van de betreffende activa worden vervangen door nieuwe eenheden.⁴⁷⁴

19. In geval echter sprake is van een nieuw type activa waar nieuwe soorten dienstverlening gebruik van maken, kan zich de situatie voordoen dat in het begin een grote hoeveelheid van dergelijke activa wordt aangeschaft, terwijl in latere jaren dat veel minder het geval zal zijn. Hierdoor ontstaat op het totaal van alle eenheden activa in de bewuste activacategorie in de eerste jaren een relatief hoge boekwaarde, die in de loop van de tijd daalt. Dit heeft tot gevolg dat deze nieuwe vormen van dienstverlening in de eerste jaren relatief veel kosten toegerekend krijgen omdat de kapitaalkosten dan nog hoog zijn. Een tarief dat op deze kostprijs gebaseerd is, kan de afzetontwikkeling van deze dienst nadelig beïnvloeden, doordat afnemers deze hoge prijs niet willen of kunnen betalen. De bedoeling van toegangsverplichtingen is echter dat deze een reële mogelijkheid bieden voor andere aanbieders om bepaalde diensten aan eindgebruikers te leveren. Deze situatie zal zich voor doen bij de verglazing van het aansluitnet, omdat in een beperkt aantal jaren een groot deel van Nederland verglaasd wordt, terwijl nadien gedurende een zeer lange periode het glazen aansluitnet nog nauwelijks uitgebreid zal worden.

20. In dergelijke gevallen kan het hanteren van economische afschrijvingen de voorkeur verdienen. Een mogelijkheid daarbij is om gebruik te maken van de annuïtaire afschrijvingsmethode. Bij deze methode is de som van de afschrijvingen en de vermogenskosten ieder jaar gelijk, zodat een gelijkmatiger kostenpatroon ontstaat dan bij lineaire afschrijvingen. Het college merkt hierbij wel op dat

⁴⁷³ De jaarlijkse afschrijving is het verschil tussen de aanschafprijs en de restwaarde gedeeld door de afschrijvingstermijn.

⁴⁷⁴ In de uiterste situatie is sprake van een ideaalcomplex waarbij de afschrijving ieder jaar gelijk is aan de investering. Hierdoor blijft de boekwaarde gelijk, en de vermogenskosten dus ook. Daarmee zijn de kapitaalkosten constant.

annuïtaire afschrijvingen administratief lastiger zijn te bepalen en dat de activa-administratie van KPN hier mogelijk niet op is ingericht.⁴⁷⁵

21. Het college zal tijdens het tarieftraject de toepasselijkheid van de lineaire afschrijvingsmethode ten aanzien van nieuwe activa beoordelen. In geval hier aanleiding toe is, zal hij een andere afschrijvingsmethode voorschrijven. Het college zal daarbij mede in overweging nemen dat de administratieve belasting hierdoor kan toenemen.

B.2.4 Waarderingsgrondslag

22. In Annex A is uiteengezet dat KPN in het kostentoerekeningssysteem in principe de grondslagen voor waardering en resultaatbepaling uit haar jaarrekening dient te hanteren. In de jaarrekening hanteert KPN de historische kostenmethode als grondslag voor de waardering van activa en de bepaling van de afschrijvingsbedragen. Ten aanzien van de waardering van activa in het kader van wholesaletariefregulering wijkt het college hiervan af. Op grond van het forward looking principe dient hierbij current costing in combinatie met financial capital maintenance toegepast te worden. Dit wordt hieronder toegelicht.

23. Bij de tariefbepaling voor wholesalediensten is voor het college van groot belang of de tarieven de juiste prikkels geven ten aanzien van het gebruik van de infrastructuur en het investeringsgedrag van zowel de AMM-partij als van andere (potentiële) infrastructuuraanbieders. Deze prikkels worden het beste gewaarborgd in een situatie waarin investeringsbeslissingen genomen kunnen worden op basis van de afweging tussen enerzijds de kosten van een eigen investering en anderzijds wat het KPN op dit moment kost om de betreffende dienst te leveren. Een afweging op grond van wat het KPN in het verleden zou hebben gekost om de dienst te leveren, resulteert in een suboptimale keuze, gegeven dat daarin niet de meest recente informatie over de relatieve schaarste van productiemiddelen is opgenomen. Om deze reden kiest het college voor de toepassing van de vervangingswaarde (current cost accounting ofwel CCA) ten aanzien van de waardering van de activa van KPN.

24. Bij de toepassing van CCA dienen de activa van KPN jaarlijks geherwaardeerd te worden. Hiervoor kan gebruik worden gemaakt van technologie-afhankelijke prijsindexering. Dit betekent dat gebruik gemaakt wordt van specifieke prijsindexcijfers die door gespecialiseerde bureaus, zoals het Centraal Bureau voor de Statistiek, berekend worden. Als voor bepaalde activa geen geschikte prijsindexcijfers beschikbaar zijn, kan KPN deze op basis van de huidige prijzen van activa berekenen.

25. De toepassing van CCA leidt tot een jaarlijkse afschrijving die berekend wordt op basis van de vervangingswaarde van de activa. Ook leidt de toepassing van CCA ertoe dat de vermogenskosten aangepast worden, gegeven dat deze worden berekend over de vervangingswaarde van de activa (paragraaf B.2.5 gaat verder in op de vermogenskosten). Tenslotte leidt de toepassing van CCA tot een jaarlijkse herwaardering van activa. Als de nieuwe activawaardering hoger is, leidt herwaardering tot een waardewinst, maar als de nieuwe activawaardering lager is, leidt herwaardering tot een waardeverlies.

⁴⁷⁵ Dit randnummer is gewijzigd naar aanleiding van de bedenkingen.

26. Voor de wijze waarop deze herwaarderingen verwerkt moeten worden zijn twee methoden beschikbaar, operating capital maintenance (OCM) en financial capital maintenance (FCM). Bij toepassing van OCM worden de herwaarderingen via het eigen vermogen geleid.⁴⁷⁶ In het geval sprake is van afwaarderingen worden de reguliere afschrijvingen lager en zal het totaal van de afschrijvingen lager zijn dan de aanschafprijs. Als er echter sprake is van opwaarderingen dan worden de reguliere afschrijvingen hoger en is het totaal van de afschrijvingen over de levensduur gezien meer dan de aanschafprijs. Hierdoor bestaat er bij OCM onzekerheid of over de levensduur van het actief gezien de investeringen precies terugverdiend zullen worden. De onzekerheid of een investering wel terugverdiend kan worden, is een risico voor zowel de huidige eigenaren van infrastructuur, waaronder ook KPN waarop de toegangsverplichting rust, als de potentiële infrastructuurconcurrenten. Dit risico vermindert de investeringsprikkel.

27. Bij FCM worden herwaarderingen via het resultaat en de kostprijzen geleid.⁴⁷⁷ Afwaarderingen leiden daarbij tot een extra kostenpost in het jaar van de afwaardering (en dus tot hogere kostprijzen) en opwaarderingen leiden tot een vrijval ten gunste van de kostprijzen in het jaar van de opwaardering (een winst of een korting op de kosten). Dit betekent dat over de levensduur van het actief gezien de investeringen precies worden terugverdiend; er is sprake van volledige kostendekking. Door de herwaarderingen wordt alleen het patroon van de afschrijvingen over de jaren heen aangepast.

28. Het nadeel van FCM is hiermee dat bij een herwaardering een eenmalige vertekening in de kostprijs in het jaar van de herwaardering optreedt. Hiertegenover staat het voordeel dat er voor bestaande en potentiële infrastructuurconcurrenten zekerheid bestaat dat investeringen terugverdiend kunnen worden, wat bij OCM niet het geval is. Het college hecht eraan dat investeringsprijkkels niet worden aangetast door deze met OCM samenhangende onzekerheid dat investeringen niet terugverdiend kunnen worden.

29. Op grond hiervan kiest het college ervoor om bij de toepassing van current costing de financial capital maintenance methodiek te hanteren. Bij de beoordeling van de kosten toetst het college of de toepassing van current costing in overeenstemming is met de Principles of Implementation and Best Practice van de IRG over current costing.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ OCM is een substantialistische methode. In Nederland wordt dit ook wel aangeduid als de klassieke vervangingswaardemethode.

⁴⁷⁷ FCM wordt ook wel aangemerkt als modern nominalisme.

⁴⁷⁸ IRG (05) 40, Principles and Implementation of Best Practice regarding the use of current cost accounting methodologies as applied to electronic communications activities, vastgesteld op 8 februari 2006.

B.2.5 Vermogenskostenvoet

30. KPN heeft veel vermogen geïnvesteerd in haar infrastructuur. Hierbij gaat om omvangrijke investeringen die voor zeer lange perioden in de activa worden vastgelegd. Daarom is het redelijk dat KPN via de tarieven een vergoeding voor het geïnvesteerd vermogen ontvangt.⁴⁷⁹

31. De vermogenskosten worden niet intracomptabel in de boekhouding van KPN geregistreerd. Daarom dienen deze vermogenskosten separaat berekend te worden. De kostenvoet van het geïnvesteerd vermogen wordt berekend met behulp van de weighted average cost of capital (WACC) op grond van het capital asset pricing model. De vermogenskosten zijn gelijk aan de WACC vermenigvuldigd met het geïnvesteerd vermogen.

32. In de Principles of Implementation and Best Practice over de WACC van de IRG en de ERG wordt de WACC nader toegelicht.⁴⁸⁰ Hierbij wordt ook toegelicht dat de hoogte van de WACC ondermeer afhankelijk is van de risicograad van de activiteiten van de onderneming, die uitgedrukt wordt via de beta.⁴⁸¹ De beta van de onderneming als geheel kan bepaald worden op basis van gegevens over de beurskoers van de aandelen van de onderneming. Het is mogelijk dat verschillende activiteiten van de onderneming een verschillende systematisch risico hebben. Deze Principles of Implementation and Best practice geven aan dat het theoretisch correct is om dan een naar risicograad gedifferentieerde WACC te hanteren, maar dat in de praktijk kan blijken dat niet mogelijk is. Dit komt doordat het vanwege een gebrek aan gegevens vaak niet mogelijk is om de risicograad (beta) van specifieke activiteiten van een onderneming op een betrouwbare wijze te bepalen.

33. Vanwege de investeringen in glazen aansluitnetwerken is een discussie gaande of hierbij mogelijk sprake is van een hogere risicograad. De Europese Commissie heeft in haar ontwerpaanbeveling over gereguleerde toegang tot nieuwe generatie aansluitnetwerken⁴⁸² aangegeven dat nieuwe generatie aansluitnetwerken een hogere risicograad kunnen hebben. Ook de ERG heeft in haar Opinion on Regulatory Principles of NGA⁴⁸³ aangegeven dat het mogelijk is dat glasinvesteringen in het aansluitnetwerk een hoger systematisch risico hebben, doordat sprake kan zijn van een hogere 'demand uncertainty'.⁴⁸⁴ Tegelijkertijd overweegt de ERG dat dit geneutraliseerd kan worden door de 'demand certainty' van bestaande dienstverlening. Ook overweegt de ERG dat een investeerder mogelijkheden heeft om het systematisch risico van glasinvesteringen te beperken, ondermeer door het 'demand risk' te beperken door pas uit te rollen als de commerciële haalbaarheid

⁴⁷⁹ Toegangsrichtlijn, Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn), PbEG L 108/51 van 24 april 2002, randnummer 20 en de memorie van toelichting bij de Tw, Kamerstukken II, 2002-2003, 28 851, nr. 3, p.27/8.

⁴⁸⁰ IRG Regulatory Accounting / ERG, Principles of Implementation and Best Practice for WACC calculation, ERG (07) 05, februari 2007.

⁴⁸¹ Het gaat hierbij om het systematisch risico, dat wil zeggen het risico dat niet wegdiversificeerbaar is.

⁴⁸² Europese Commissie, Draft recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA), 18 september 2008.

⁴⁸³ ERG Opinion/Common Position on Regulatory Principles on NGA, ERG (07) 16rev2, 2007, p.23/4.

⁴⁸⁴ Demand uncertainty of risk heeft betrekking op de kans dat de werkelijke omzet hoger of lager is dan de verwachte omzet. Als de demand uncertainty hoog is, dan is de kans groter dat achteraf gaat blijken dat de omzet mee- of tegenvalt ten opzichte van de verwachtingen die men vooraf had. Demand uncertainty wordt ondermeer bepaald door de prijselasticiteit van de vraag.

bewezen is of door kostenreducties die met nieuwe technologie mogelijk zijn. In lijn met de theorie over de WACC zoals die ook in de ERG PIBs over de WACC zijn genoemd, stelt de ERG dat indien bij glasinvesteringen sprake is een hoger systematisch risico, dit in de tariefstelling verwerkt zou kunnen worden, bij voorbeeld door een gedifferentieerde WACC te hanteren.

34. In de praktijk maken NRA's tot heden zelden gebruik van voor risico gedifferentieerde WACC's.⁴⁸⁵ Uitzondering hierop is Ofcom die heeft vastgesteld dat de risicograad van het koperen aansluitnetwerk van BT lager is dan de risicograad van de overige activiteiten van BT. Op grond daarvan heeft Ofcom een lagere WACC voor koper vastgesteld dan voor de rest van BT.⁴⁸⁶ Tot heden heeft geen enkele NRA vanwege een afwijkende risicograad een aparte WACC voor glasinvesteringen vastgesteld. Wel hebben Ofcom en Comreg aangegeven dat zij het mogelijk achten dat nieuwe generatie netwerken een afwijkende risicograad kunnen hebben. Ofcom heeft hier tot heden nog geen onderzoek naar gedaan.⁴⁸⁷ Comreg heeft dit wel gedaan, maar ziet vooralsnog geen aanleiding een aparte WACC voor nieuwe generatie netwerken vast te stellen.⁴⁸⁸

35. Op grond van het bovenstaande vindt het college dat het in beginsel mogelijk moet zijn om de WACC te differentiëren op basis van verschillen in de risicograad van activiteiten. KPN ontwikkelt plannen om haar aansluitnet te verglazen, en is pilotprojecten hiervoor gestart. Hiermee zijn grote investeringen gemoeid. Het college acht niet op voorhand uit te sluiten dat de risicograad van deze glasinvesteringen afwijkt van de risicograad van de overige activiteiten van KPN. Daarom zal het college tijdens de implementatie van de tariefregulering onderzoeken of differentiatie van de WACC van glasinvesteringen vanwege een mogelijk afwijkend systematisch risico aan de orde moet zijn. Bij de bepaling van de WACC neemt het college de Principles of Implementation and Best Practice over de WACC van de ERG en de definitieve aanbeveling over gereguleerde toegang tot nieuwe generatie aansluitnetwerken die de Europese Commissie in voorbereiding heeft in acht.

B.2.6 Stranded assets en leegloop door netwerkvernieuwing

36. In de marktbesluiten heeft het college bepaald en toegelicht dat kosten en waardeverliezen vanwege stranded assets en leegloop die ontstaan doordat KPN haar netwerk vernieuwt voor rekening van KPN zijn en dus niet in de kostprijzen en daarop gebaseerde tarieven van gereguleerde wholesalediensten verwerkt mogen worden.

37. Het college constateert dat waardeverliezen door stranded assets en leegloop niet één op één uit de boekhouding en het EDC-systeem van KPN blijken, maar aan de hand van gegevens over kosten, volumes en veranderingen daarin bepaald moeten worden. Ten aanzien van de wijze van het bepalen van de kostprijzen zonder de kosten en verliezen door stranded assets en leegloop vanwege netwerkvernieuwing door KPN, stelt het college de volgende regels.

⁴⁸⁵ Wel wordt normaliter een onderscheid gemaakt tussen vaste en mobiele netwerken.

⁴⁸⁶ Ofcom, Ofcom's approach to risk in the assessment of the cost of capital, Final statement, 18 augustus 2005.

⁴⁸⁷ Ofcom, Regulatory Challenges posed by Next Generation Access Networks, Public discussion document, 23 november 2006, Ofcom, Future broadband, Policy approach to next generation access, Consultation, 26 september 2007.

⁴⁸⁸ Comreg, Eircom's Cost of Capital, document number 08/35, 22 mei 2008.

38. In de eerste plaats is het KPN niet toegestaan om volumedalingen door leegloop naar alternatieve infrastructuur van KPN in de kostprijscalculatie van gereguleerde wholesalediensten te verwerken.

39. Voorts geldt dat kostenreducties die KPN op de oude infrastructuur weet te realiseren, in de kostprijscalculatie dienen te worden verwerkt. Het college acht het heel goed mogelijk dat KPN aanzienlijke kostenreducties zal realiseren, bijvoorbeeld door terughoudend om te gaan met onderhoud en vervangingen. Zo heeft KPN in het vorige WPC-traject heeft KPN ook reducties in het kostenniveau van de PSTN-infrastructuur geprognosticeerd.

40. Ten slotte is het KPN niet toegestaan om het tarief te laten stijgen ten opzichte van het tarief dat gold op het moment voordat KPN tot de introductie van all-IP netwerk overging. De kostenstructuur en economische aspecten die ten grondslag liggen aan de hoogte van deze tarieven zijn namelijk door KPN meegewogen in haar beslissing om tot vernieuwing van het netwerk over te gaan. Daarbij geldt ook dat dit tarief niet tot marge-uitholling zal leiden, aangezien het te verwachten is dat KPN zelf de retailprijsstelling op de oude infrastructuur vanwege leegloop niet zal laten stijgen.⁴⁸⁹

B.3 Financiële rapportage

41. Conform hetgeen in Annex A gesteld is, bevat de door KPN in het kader van de kostengeoriënteerde wholesaletariefregulering op te leveren financiële rapportage (hierna: de EDC-rapportage) de volgende onderdelen:

- financiële overzichten;
- toelichting op de financiële overzichten;
- beschrijving van het kostentoerekeningssysteem;
- rapportage van een accountant.

B.3.1 Financiële overzichten

42. In de financiële overzichten dient KPN over de kostprijzen van de wholesalediensten te rapporteren. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen historische overzichten en toekomstgerichte overzichten. In de historische financiële overzichten worden de kostprijzen in het afgelopen jaar berekend. Daarbij wordt uitgegaan van de werkelijke kosten en de werkelijke volumes en het goedgekeurde kostentoerekeningssysteem. In de toekomstgerichte financiële overzichten worden de verwachte kostprijzen voor een lopend of komend jaar berekend. De verwachte kostprijzen worden berekend uitgaande van de verwachte kosten en de verwachte volumes en het goedgekeurde kostentoerekeningssysteem. De verwachte kosten betreffen de werkelijke kosten van het afgelopen jaar, met aanpassingen voor reeds bekende veranderingen, zoals de aanschaf of buitengebruikstelling van apparatuur en geplande projecten.

⁴⁸⁹ De ERG geeft aan dat deze benadering een manier kan zijn om te voorkomen dat verliezen door stranded assets en leegloop in de tarieven verwerkt worden, als ze schrijft "A possible solution could be found by setting a condition that a user should not pay more for the same service when the (network/service) migration occurs." Zie ERG Opinion/Common Position on Regulatory Principles on NGA, ERG (07) 16rev2, 2007, p.xii/xiii en p.46.

43. In de financiële overzichten dient in ieder geval over het volgende gerapporteerd te worden:
- a. kostprijzen van de diensten, met daarbij uitgesplitst de bijdrage van de kosten die vanuit ieder van de hoofdkostenpools en categorieën van kosten aan deze diensten toegerekend zijn;
 - b. van de kosten:
 - o de bedragen die als input in het kostentoerekeningssysteem ingevoerd worden; hierbij dient duidelijk te zijn in welke organisatorische eenheden deze kosten ontstaan zijn;
 - o de bedragen die bij de hoofdcategorieën gecategoriseerd zijn;
 - o de bedragen die aan de hoofdkostenpools toegerekend zijn;De hier bedoelde kostenbedragen betreffen kosten die via de kostentoerekening aan zowel gereguleerde als aan ongereguleerde diensten toegerekend worden;
 - c. per activacategorie de voor de herwaardering gebruikte indexcijfers en de omvang van de herwaarderingen, alsmede het bedrag aan herwaarderingen dat in de kostprijs van iedere dienst verwerkt is;
 - d. de presentatie van deze kostenbedragen dient te stroken met de beschrijving van het kostentoerekeningssysteem en met de toelichting op de financiële overzichten.
44. Ten aanzien van de hoofdcategorieën van kosten en de hoofdkostenpools die KPN dient te hanteren kan aangesloten worden bij de indeling die in de huidige EDC-rapportage door KPN gehanteerd wordt.

B.3.2 Toelichting

45. Het tweede onderdeel van de EDC-rapportage is de toelichting op de kosten en kostprijzen die in de financiële overzichten verantwoord worden. Hierin dient KPN een toelichting te geven op de hoogte en de ontwikkeling van kosten en van de kostprijs van iedere dienst. In Annex A is aangegeven waaraan in een toelichting aandacht besteed dient te worden. In aanvulling daarop dient de toelichting nadrukkelijk ook in te gaan op:

- de hoogte van de kosten, gespecificeerd naar de organisatieonderdelen waar deze kosten hun oorsprong hebben en gespecificeerd naar de hoofdcategorieën van kosten en de hoofdkostenpools die in het kostentoerekeningssysteem gehanteerd worden;
- de volumes van belangrijke cost drivers of kostenverdeelsleutels en de volumes van diensten die bij de berekeningen gehanteerd worden;
- de toegepaste meerjarenvensters;
- de omvang van de herwaarderingen en de invloed daarvan op de verantwoorde kosten en kostprijzen.

B.3.3 Beschrijving van het kostentoerekeningssysteem

46. Het tweede onderdeel van de EDC-rapportage is de toelichting op de kosten en kostprijzen die in de financiële overzichten verantwoord worden. Hierin dient KPN een toelichting te geven op de hoogte en de ontwikkeling van kosten en van de kostprijs van iedere dienst. In Annex A is aangegeven waaraan in een toelichting aandacht besteed dient te worden. In aanvulling daarop dient de toelichting nadrukkelijk ook in te gaan op:

- de hoogte van de kosten, gespecificeerd naar de organisatieonderdelen waar deze kosten hun

oorsprong hebben en gespecificeerd naar de hoofdcategorieën van kosten en de hoofdkostenpools die in het kostentoerekeningssysteem gehanteerd worden;

- de volumes van belangrijke kostenverdeelsleutels of cost drivers en de volumes van diensten die bij de berekeningen gehanteerd worden;
- de toegepaste meerjarenvensters;
- de omvang van de herwaarderingen en de invloed daarvan op de verantwoorde kosten en kostprijzen.

B.3.4 De accountantsrapportage

47. KPN dient bij het historische deel van de EDC-rapportage in beginsel een accountantsverklaring te voegen.⁴⁹⁰

48. In de toekomstgerichte EDC-rapportages speelt toekomstgerichte informatie, zoals volumevoorspellingen en geschatte kostenniveaus, een belangrijk rol. KPN dient bij het toekomstgerichte deel van de EDC-rapportage in beginsel een rapport van bevindingen te voegen waarin de accountant verslag doet van de overeengekomen specifieke werkzaamheden.⁴⁹¹

B.4 Operationalisering

49. KPN dient een door het college goedgekeurd kostentoerekeningssysteem te hanteren. Dit kostentoerekeningssysteem dient te voldoen aan de voorschriften die uiteen zijn gezet in Annex A en aan de in deze Annex beschreven aanvullingen en afwijkingen. KPN dient uiterlijk drie maanden na het van kracht worden van de marktbesluiten een kostentoerekeningssysteem ter goedkeuring aan het college voor te leggen.

50. KPN dient onderhavig kostentoerekeningssysteem als één geheel met een aantal rapportages aan het college op te leveren. De beoordeling van het kostentoerekeningssysteem is niet alleen gericht op de goedkeuring van het kostentoerekeningssysteem, maar – in samenhang met de beoordeling van de concrete toepassing van het systeem voor een specifiek jaar – ook op de vaststelling van de tariefplafonds in het kader van de meerjarige tariefregulering op basis van het WPC-systeem en de jaarlijks vast te stellen tariefplafonds bij de jaarlijkse tariefregulering (zie hiervoor de Annex C).

⁴⁹⁰ Dit randnummer is gewijzigd naar aanleiding van de bedenkingen.

⁴⁹¹ Dit randnummer is gewijzigd naar aanleiding van de bedenkingen.

Annex C Tariefregulering op basis van kostenoriëntatie

C.1 Inleiding

1. In de marktbesluiten heeft het college aangegeven op welke markten en voor welke diensten hij tariefregulering op basis van kostenoriëntatie aan KPN oplegt.⁴⁹² Het college heeft daarbij tevens gemotiveerd dat kostenoriëntatie op basis van het meerjarige wholesale price cap systeem (hierna: WPC-systeem) van toepassing is, tenzij bij de beoordeling blijkt dat onvoldoende zekerheid bestaat over de kosten- en volumeprognoses. In dat geval is eenjarige tariefregulering van toepassing.
2. In deze Annex gaat het college nader in op de werking van het WPC-systeem en van eenjarige tariefregulering en geeft het college nadere voorschriften over deze systemen van tariefregulering. Deze Annex vormt een integraal onderdeel van alle besluiten waarin aan KPN op grond van artikel 6a.7 van de Tw de verplichting tot tariefregulering via de methodiek van de wholesale price cap is opgelegd, alsmede voor de tariefverplichting op basis van artikel 6a.17 van de Tw inzake C(P)S. Op grond van het eerste lid en het vierde lid van artikel 6a.7 van de Tw is het college bevoegd voorschriften aan de verplichting tot tariefregulering te verbinden.
3. Paragraaf C.2 gaat in op de meerjarige tariefregulering volgens het WPC-systeem. In paragraaf C.3 komt eenjarige tariefregulering aan de orde.

C.2 Het wholesale price cap systeem

4. Voor alle wholesalediensten van KPN waarvan de tarieven met behulp van het WPC-systeem gereguleerd zullen worden, voorziet het WPC-systeem in de tariefplafonds die tijdens de reguleringsperiode zullen gelden. In deze paragraaf wordt achtereenvolgens ingegaan op de lengte van de tariefperiode, de mogelijkheid om tussentijds tariefplafonds aan te passen (de noodrem), de comparatieve efficiëntieanalyse en het opnemen van nieuwe diensten in de WPC.

C.2.1 Lengte reguleringsperiode

5. Het college heeft in de marktbesluiten aangegeven voorkeur te hebben voor meerjarige tariefregulering boven eenjarige tariefregulering. Het college heeft daarbij toegelicht dat meerjarige tariefregulering aan partijen meer zekerheid over de tariefontwikkeling geeft, en KPN een extra prikkel geeft om haar kosten te beheersen en haar efficiëntie te vergroten.
6. In het onderstaande licht het college dit nader toe en gaat het college in op de vraag hoe lang de periode dient te zijn waarvoor de tariefplafonds vastgesteld worden. Het college vindt dat een periode van drie jaar, gelijk aan de geldigheid van de marktbesluiten, de voorkeur verdient.
7. In vergelijking met eenjarige tarieven, heeft het vaststellen van tarieven voor een langere periode verschillende voordelen. Partijen hebben bij de inrichting van hun businessplan gedurende

⁴⁹² Het betreft gespreksopbouw, gespreksafgifte, ontbundelde toegang tot de aansluitlijn, hoge kwaliteit breedbandtoegang en hoog- en laag-capacitaire huurlijnen.

een langere periode zekerheid over de tarieven die zij voor toegang aan KPN moeten betalen. Dit zorgt voor zekerheid die noodzakelijk is bij het vaststellen van de retailprijzen die de aanbieder wil hanteren, bij het sluiten van (lange termijn) contracten met klanten en bij het nemen van beslissingen over investeringen. Wanneer tarieven voor een langere periode worden vastgesteld zal hun investeringsbereidheid groter zijn omdat zij meer zekerheid hebben over de context waarbinnen zij deze investeringen doen. In de tweede plaats wordt ook de efficiëntiestimulus voor KPN groter naarmate de reguleringsperiode langer is. KPN heeft immers meer baat bij een efficiëntieverbetering als zij de voordelen daarvan gedurende een langere periode mag behouden.

8. Deze positieve effecten verminderen echter als de tariefperiode te lang wordt. Achtergrond hiervan is dat op lange termijn grote veranderingen in de markt- en concurrentieomstandigheden kunnen plaatsvinden. Zo kunnen de voorkeuren van eindgebruikers wijzigen, evenals de relatieve posities van partijen en van netwerken ten opzichte van elkaar, en kunnen de mogelijkheden die technologische ontwikkelingen bieden in de loop van een groter aantal jaren aanzienlijk veranderen. Een tariefontwikkeling die voor een lange periode is vastgelegd sluit niet altijd aan op dergelijke veranderingen. Hierdoor kan de situatie ontstaan dat tarieven niet langer meer de juiste prikkel geven aan partijen voor het inrichten van hun business case en hun beslissingen over investeringen.

9. Daarbij is het ook zo dat als de reguleringsperiode erg lang wordt, het risico bestaat dat door gewijzigde marktomstandigheden en concurrentie de marges tussen de vooraf bepaalde tarieven en de daadwerkelijk gerealiseerde kosten onredelijk hoog of laag worden. In het geval de te hoge marges het gevolg zijn van onvoorziene ontwikkelingen, die daardoor niet in de vooraf bepaalde tariefontwikkeling zijn meegenomen, geldt dat het onredelijk is dat wholesaleafnemers en consumenten over een lange periode gezien niet kunnen meeprofiteren van de behaalde voordelen. Andersom geldt dat het onredelijk is wanneer KPN voor een lange periode de enige partij is die de kosten moet dragen voor vooraf onvoorziene ontwikkelingen die een negatief effect op de marges hebben. Dit risico wordt groter naarmate de reguleringsperiode langer is.

10. Wat betreft ontwikkelingen in marktomstandigheden en de concurrentie merkt het college op dat hij na drie jaar weer een marktanalyse dient uit te voeren en opnieuw moet vaststellen of de dan geldende situatie op de markten aanleiding geeft tot regulering en welke verplichtingen dan passend zijn. Deze analyse kan met zich meebrengen dat de nu opgelegde tariefverplichtingen heroverwogen moeten worden, en daarmee ook het WPC-systeem of de nadere invulling daarvan. Het feit dat uiterlijk na drie jaar het WPC-systeem wordt heroverwogen impliceert dat het geen zin heeft om een reguleringsperiode te kiezen met een looptijd van langer dan drie jaar.

11. Bij zijn overweging ten aanzien van de lengte van de reguleringsperiode heeft het college tevens gekeken naar de praktijk in binnen- en buitenland. Price cap systemen komen voor in allerlei sectoren, en hebben over het algemeen een lengte van drie tot vijf jaar.⁴⁹³

⁴⁹³ Als voorbeelden worden hier aangehaald het Verenigd Koninkrijk waar Ofcom tot dusverre een price cap periode van vier jaar voor de regulering van de wholesaletarieven van British Telecom heeft gehanteerd. Verder heeft AGCOM in Italië de wholesaletarieven van Telecom Italia binnen een price cap systeem van drie jaar vastgesteld. Comreg heeft in haar besluit over interconnectie bepaald een meerjarige wholesale price cap systeem te introduceren, maar heeft nog geen beslissing genomen

12. Op basis van het bovenstaande acht het college het redelijk en verantwoord de reguleringsperiode gelijk te stellen aan drie jaar. Hiermee is de reguleringsperiode gelijk is de geldigheidsduur van marktbesluiten. Tevens ligt de lengte van de reguleringsperiode daarmee in de range die andere landen hanteren.

C.2.2 Tussentijdse aanpassing tariefplafonds

13. In de marktbesluiten heeft het college aangegeven voorkeur te hebben voor meerjarige tariefregulering vanwege de tariefzekerheid die hierdoor ontstaat voor KPN en alternatieve telecomaandbieders en vanwege de efficiëntieprikkel richting KPN. Het college heeft hierbij echter aangegeven dat indien er onvoldoende zekerheid bestaat over de kosten- en volumeprognoses hij er alsnog toe over zal gaan om eenjarige tariefregulering toe te passen.

14. Indien het college voldoende zekerheid heeft dat de kosten- en volumeprognoses realistisch zijn en op basis van de WPC meerjarige tariefplafonds vaststelt, kan zich toch de situatie voordoen dat met het verstrijken van de tijd blijkt dat de kostprijsontwikkeling niet volledig in de pas loopt met de tariefontwikkeling. Dit kan het geval zijn als de volumes hoger of lager zijn dan vooraf was ingeschat, of als er meer of minder kosten zijn dan verwacht was.

15. In het geval meerjarige tariefplafonds zijn vastgesteld, rijst de vraag of het college op deze tariefplafonds zou moeten ingrijpen ingeval blijkt dat de gerealiseerde kostprijs een te grote afwijking vertoont van het gehanteerde tarief of het tariefplafond. Het college vindt in beginsel dat hij hierop niet zou moeten ingrijpen, en licht dat hieronder toe.

16. In de eerste plaats betekent een noodremprocedure een verkleining van de tariefzekerheid. Juist tariefzekerheid is een zeer belangrijk kenmerk van het WPC-systeem, zowel voor alternatieve aanbieders als voor KPN. Alternatieve aanbieders hebben op deze manier veel betere mogelijkheden om vooraf te bepalen of zij een goede business case hebben en in hun businessplan te beslissingen te nemen over de dienstverlening en prijsstelling die zij richting eindgebruikers willen hanteren.

17. In de tweede plaats zou het hanteren van een noodremprocedure betekenen dat de efficiëntieprikkel richting KPN negatief beïnvloed wordt. De prikkel tot efficiënt gedrag verdwijnt immers wanneer het college het tarief direct naar beneden zou bijstellen indien KPN een kostprijs realiseert die onder het tariefplafond ligt. Omgekeerd krijgt KPN alsnog een vergoeding voor inefficiënties, als zij verlies maakt doordat de gerealiseerde kostprijs hoger is dan de tariefplafonds en het college om die reden de tarieven opwaarts zou bijstellen. Op deze wijze geeft de tariefregulering geen positieve prikkel aan KPN om haar efficiëntie te verbeteren.

18. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat het instellen van een tussentijdse aanpassingen van de tariefplafonds niet wenselijk is, omdat hij met een dergelijk procedure de positieve kenmerken van meerjarige tariefregulering wegneemt.

over de lengte van de tariefperiode; overwogen wordt 2, 3 of 4 jaar (Market Analysis – Interconnection Market Review – Fixed wholesale Call Termination Services, 07/83, 17 oktober 2007).

19. In aanvulling op het bovenstaande merkt het college in de eerste plaats nog op dat hij in het tarieftraject tot de conclusie kan komen dat de kosten- en volumeontwikkelingen van bepaalde diensten zodanig onzeker zijn, dat deze diensten toch niet in aanmerking komen voor meerjarige tariefregulering. In dat geval zal het college bepalen dat de tariefplafonds van deze diensten via eenjarige tariefregulering bepaald dienen te worden. In de tweede plaats kan het college een nieuwe marktanalyse uitvoeren in het geval dat de marktomstandigheden zodanig gewijzigd zijn, dat de tariefplafonds de mogelijkheid aan KPN geven om een prijsstelling te hanteren die de ontwikkeling van de concurrentie kan schaden. In deze nieuwe marktanalyse kan het college bij het opleggen en de invulling van de verplichtingen opnieuw overwegen welke verplichtingen en welke invulling daarvan passend is, en kan het college bovendien nieuwe tariefplafonds vaststellen.

C.2.3 Bepaling tariefplafonds

20. In deze paragraaf beschrijft het college op welke wijze de WPC-tariefplafonds bepaald worden.

21. Bij de bepaling van de meerjarige tariefplafonds gaat het college uit van de kostprijzen die op basis van het EDC-systeem worden berekend, eventueel met correctie op basis van de CEA (zie paragraaf C.2.4). De tariefplafonds tijdens de tariefperiode worden bepaald door een rechte lijn te trekken tussen de gerealiseerde kostprijs voor het laatst beschikbare verslagjaar, en de geprognosticeerde kostprijs van het laatste jaar van de tariefperiode, 2011. Daarbij geldt dat de eerste tariefstap plaatsvindt aan het begin van de reguleringsperiode, te weten 1 januari 2009, gevolgd door stappen op 1 juli 2009, 1 juli 2010 en 1 juli 2011.

22. Het college streeft ernaar om zo snel mogelijk de WPC-tariefplafonds vast te stellen, indien mogelijk bij aanvang van de reguleringsperiode op 1 januari 2009. In dat geval zullen realisatiecijfers over 2008 nog niet beschikbaar zijn, en dienen dus realisatiecijfers van 2007 gebruikt te worden als basis voor de berekening van de tariefplafonds. In dat geval zullen de tariefplafonds op de volgende wijze berekend worden.

Periode	Berekening tariefplafond
januari – juni 2009	$7/16 \times (\text{kostprijs 2011} - / - \text{kostprijs 2007}) + \text{kostprijs 2007}$
juli 2009 – juni 2010	$10/16 \times (\text{kostprijs 2011} - / - \text{kostprijs 2007}) + \text{kostprijs 2007}$
juli 2010 – juni 2011	$14/16 \times (\text{kostprijs 2011} - / - \text{kostprijs 2007}) + \text{kostprijs 2007}$
juli – december 2011	$16/16 \times (\text{kostprijs 2011} - / - \text{kostprijs 2007}) + \text{kostprijs 2007}$

23. De breuken die in deze tabel genoemd zijn, zijn zodanig bepaald dat het tariefplafond in die periode wordt vastgesteld op basis van het midden van die periode. Zo is dan het tariefplafond voor de periode juli 2009-juni 2010 gebaseerd op het midden van die periode, te weten 1 januari 2010. Deze datum ligt 10 kwartalen na medio 2007 (de basis van de startkostprijs) en 6 kwartalen voor medio 2011 (de basis van de eindkostprijs). Het tariefplafond wordt dan berekend als de kostprijs van 2007 plus 10/16 van het verschil tussen de kostprijs van 2011 en 2007.

C.2.4 Comparatieve efficiëntieanalyse

24. In het marktbesluit heeft het college toegelicht dat hij geen directe aanleiding ziet om uit te gaan van inefficiënties van KPN en daarom niet voornemens is om de comparatieve efficiëntieanalyse (hierna: CEA) opnieuw uit te voeren om de efficiëntie van de kosten in het laatste afgesloten verslagjaar te beoordelen.⁴⁹⁴ Wel houdt het college de mogelijkheid open om een CEA uit te voeren om aan de hand daarvan de kosten- en volumeprognoses nader te onderzoeken en te beoordelen. Hieronder licht het college kort toe hoe de CEA er uit ziet en op welke wijze deze mogelijk gebruikt zal worden om de kosten- en volumeprognoses te beoordelen.

25. Ten behoeve van de toepassing van het WPC-systeem in de vorige reguleringsperiode heeft het adviesbureau NERA in opdracht van het college een comparatieve efficiëntieanalyse uitgevoerd waarin de efficiëntie van KPN vergeleken werd met de efficiëntie van Amerikaanse telecomaandbieders. Binnen de telecomsector wordt algemeen aangenomen dat deze Amerikaanse telecomaandbieders een redelijke mate van efficiëntie bereikt hebben omdat zij onder concurrerende omstandigheden dienen te opereren.

26. Over deze Amerikaanse telecomaandbieders is een grote hoeveelheid gegevens beschikbaar die het mogelijk maakt een statistische analyse uit te voeren en vast te stellen wat de invloed van een aantal verklarende variabelen op de kosten is. Voorbeelden van verklarende variabelen zijn volumes, zoals het aantal aansluitlijnen en verkeersminuten, en omgevingsomstandigheden, zoals bevolkingsdichtheid en terreinomstandigheden. Met behulp van een statistische analyse wordt vervolgens een kostenfunctie bepaald waarin de coëfficiënt voor iedere verklarende variabele geschat wordt. Deze coëfficiënt geeft weer wat de invloed van die variabele op de efficiënte kosten is.

27. Door vervolgens de waarden voor de verklarende variabelen van de verschillende Amerikaanse telecomaandbieders en KPN in deze kostenfunctie in te vullen, kan bepaald worden wat het efficiënte kostenniveau is per aanbieder is. Dit efficiënte kostenniveau van de betreffende telecomaandbieder wordt vervolgens afgezet tegen de werkelijke of geprognosticeerde kosten. Het verschil geeft de mate van efficiëntie weer.

28. Het college heeft ten behoeve van de vorige WPC het adviesbureau NERA opdracht gegeven een CEA uit te voeren.⁴⁹⁵ Deze analyse wees uit dat KPN relatief efficiënt was, doordat KPN in een ranking van 67 ondernemingen de zesde plaats in nam en zich dus schaarde in de groep van 10% meest efficiënte telecomaandbieders.

29. In het marktbesluit heeft het college al toegelicht dat hij niet voornemens is om met het oog op de beoordeling van de EDC-rapportage over 2007 en de daarin gerapporteerde realisaties van kosten en volumes een nieuwe CEA uit te laten voeren. Reden hiervan is dat KPN weinig mogelijkheden heeft om deze kosten te manipuleren, omdat deze kosten aan de boekhouding ontleend worden. Het college heeft in het marktbesluit toegelicht dat er weinig reden is om aan te nemen dat KPN sinds 2004 minder efficiënt zou zijn geworden. Aangezien de analyse van NERA heeft uitgewezen dat de kosten van KPN in 2004 relatief efficiënt waren in vergelijking met de Amerikaanse

⁴⁹⁴ Dit laatste verslagjaar is in beginsel het jaar 2007. Zie paragraaf C.2.3

⁴⁹⁵ Zie NERA, The Comparative Efficiency of KPN. A Report for OPTA, 30 maart 2006 (www.opta.nl).

telecomaanbieders, ziet het college geen aanleiding om nu een CEA te laten uitvoeren voor de kosten over 2007.

30. De meerjarige tariefplafonds worden mede gebaseerd op de kostprijs voor 2011 (zie randnummer 22). Dit is een verwachte kostprijs die berekend wordt op basis van prognoses over de kosten en volumes in 2011. KPN baseert deze prognoses op haar business plannen. De cijfers uit deze business plannen zijn gebaseerd op verwachtingen, en bevatten daarmee dus subjectieve inschattingen. Hierdoor is het risico aanwezig dat KPN zaken rooskleuriger of juist negatiever inschat dan realistisch is. Dit probleem doet zich niet voor bij de kosten en volumes over een reeds afgesloten verslagjaar, omdat gegevens daarover vastgelegd zijn in de administraties van KPN.

31. In geval KPN zodanige kosten- en volumeontwikkelingen voorspelt dat dit een afwijkend kostprijspatroom tot gevolg heeft, of het college heeft op basis van de onderbouwingen van KPN en gegevens van marktpartijen onvoldoende zekerheid dat de door KPN gepresenteerde cijfers realistisch zijn, dan kan het college besluiten om alsnog een CEA uit te laten voeren. Het doel van deze CEA is om te bepalen of de kosten die KPN voor 2011 prognosticeert in redelijke verhouding staan tot de volumes. Indien uit de CEA blijkt dat dit niet het geval is, en dat de kosten te hoog zijn en KPN dus inefficiënte kosten heeft opgevoerd, dan dienen de kosten en tarieven neerwaarts bijgesteld te worden. Het college zal KPN hierbij vergelijken met de 10% meest efficiënte Amerikaanse telecomaanbieders.

C.2.5 Opnemen van nieuwe gereguleerde diensten

32. Het pakket gereguleerde wholesalediensten dat KPN op grond van de aan haar opgelegde toegangsverplichtingen dient aan te bieden is in de tijd aan verandering onderhevig. Naar aanleiding van redelijke verzoeken tot toegang van afnemers, kan KPN gehouden zijn tot het introduceren van nieuwe diensten.⁴⁹⁶ In dergelijke gevallen zal de verplichting tot het doen van het aanbod gepaard kunnen gaan met een tariefverplichting.

33. Het college is van oordeel dat het WPC-systeem de flexibiliteit moet bezitten om gedurende de reguleringsperiode nieuwe diensten in markten waar tariefregulering van toepassing is, op te nemen. Meer concreet voorziet het college dat bij de introductie van een nieuwe wholesaledienst waarvoor meerjarige price cap tariefregulering passend wordt geacht, aangesloten wordt bij het bestaande WPC-systeem en het EDC-kostprijsstelsel dat daar onderdeel van uitmaakt. De tariefontwikkeling die voor de nieuwe dienst wordt vastgesteld wordt op dezelfde manier bepaald als is gedaan bij de diensten die reeds bij aanvang van de reguleringsperiode in het systeem zijn opgenomen. Daarbij kunnen, indien het college is overgegaan tot uitvoering van een CEA, ook de uitkomsten van deze CEA bij de inschatting van de tariefontwikkeling worden betrokken.

C.3 Eenjarige tariefregulering

34. In plaats van meerjarige tariefregulering op basis van het WPC-systeem kan het college ook eenjarige tariefregulering hanteren. In deze paragraaf licht het college nader toe wanneer eenjarige

⁴⁹⁶ Zo is in de afgelopen reguleringsperiode sub-loop unbundling ingevoerd.

tariefregulering aan de orde kan zijn, en gaat het college nader in op de voorschriften die op eenjarige tariefregulering van toepassing zijn.

C.3.1 Toepassing van eenjarige tariefregulering

35. In de marktbesluiten heeft het college aangegeven voorkeur te hebben voor meerjarige tariefregulering op basis van het WPC-systeem. Hierbij heeft het college toegelicht dat als voorwaarde geldt dat de kosten- en volumeontwikkelingen in voldoende mate voorspelbaar moeten zijn.

36. Op voorhand heeft het college geen redenen om aan te nemen dat voor bepaalde diensten of markten de kosten- en volumevoorspellingen niet in voldoende mate voorspelbaar zijn. Daarom heeft het college in de marktbesluiten bepaald dat meerjarige tariefregulering van toepassing zal zijn. Indien tijdens de tariefbeoordeling in het kader van de meerjarige WPC-systeem blijkt dat er toch teveel onzekerheden aan de voorspellingen over de kosten en volumes zijn verbonden, dan kan het college alsnog beslissen om eenjarige tariefregulering toe te passen.

C.3.2 Operationalisatie

37. In geval door het college wordt besloten om eenjarige tariefregulering toe te passen, geldt het volgende. KPN dient jaarlijks uiterlijk de eerste week van mei een kostentoerekeningssysteem ter goedkeuring aan het college voor te leggen. Tevens dient KPN een EDC-rapportage op te leveren met daarin het resultaat van de toepassing van dit kostentoerekeningssysteem. Deze EDC-rapportage bestaat uit een historisch deel dat betrekking heeft op het vorige verslagjaar en een toekomstgericht deel dat betrekking heeft op het lopende verslagjaar. In het historische deel van de rapportage worden de gerealiseerde kostprijzen berekend en in het toekomstgerichte deel van de EDC-rapportage worden de verwachte kostprijzen berekend. Ten aanzien van de kostentoerekening en de EDC-rapportage gelden de voorschriften uit in Annex A en Annex B.

38. Het college zal jaarlijks, uiterlijk op 30 juni, de tariefplafonds vaststellen op basis van de verwachte kostprijs in het toekomstgerichte deel van de jaarlijkse EDC-rapportage. KPN dient er zorg voor te dragen dat de tarieven die ze met ingang van 1 juli van ieder jaar hanteert op of onder deze tariefplafonds liggen.