



Marktanalyse Wholesale Fixed Access

Reactie van KPN op het ontwerpbesluit ACM van 27 februari 2018
(kenmerk: ACM/UIT/472611)

- KPN OPENBAAR -

KPN
Contactpersoon: mr. I.M.A. van der Hart
Postbus 30 000
2500 GA Den Haag
iris.vanderhart@kpn.com

Kenmerk: L/18/U/006

10 april 2018

Inhoud

Samenvatting	4
Vertrouwelijkheid	4
1. Inleiding – algemene opmerkingen	5
Regulering niet passend in een concurrerende markt	5
Glas-uitrol onzeker door tariefregulering kabel	9
Verbod op wederzijdse toegang geen incentive voor investeren	10
Rol van content en tv	10
Samenhang overige dossiers	13
Reactie op het ontwerpbesluit.....	14
2. Retail marktafbakening.....	14
Marktafbakening ZND-markt	14
3. Retail dominantieanalyse	15
3.1 ZND-markt	15
3.2 De markt voor (bundels met) vaste internettoegang.....	16
3.3 SMP guidelines /Airtours criteria	16
Ad I. Prikkel tot verstandhouding.....	17
Ad II. Mogelijkheid tot verstandhouding.....	21
Ad III. Externe stabiliteit van de verstandhouding.....	30
4. Marktafbakening en concurrentieanalyse wholesale markt	31
4.1 Marktafbakening	31
Samenvoeging markten 3a en 3b komt uit de lucht vallen	31
Samenvoeging markten 3a en 3b voldoet niet aan de EC-aanbeveling relevante markten 2014.....	32
Samenvoeging markten 3a en 3b gaat voorbij aan verschillen in klantbehoefte	32
Geen SSNIP-test uitgevoerd die samenvoeging markten 3a en 3b rechtvaardigt	32
Fouten in de indirecte prijsdruk analyse.....	33
4.2 Gezamenlijke AMM	33
Geen gezamenlijke leveringsweigering.....	33
Geen stilzwijgende afstemming investeringen.....	34
Geen symmetrie in technologie en upgrademogelijkheden	36
Geen transparantie in wholesale overeenkomsten.....	38
Conclusie dominantieanalyse wholesalemarkt.....	38
5. Potentiële mededingingsproblemen op de markt voor WFA	38
5.1 Toegang.....	38
Toegangswegering	38
5.2 Niet-prijsgerelateerde mededingingsproblemen	41
Discriminatorisch gebruik of achterhouden van informatie	41
Oneigenlijk gebruik van informatie over concurrenten.....	41

Vertragingstactieken.....	41
Onbillijke voorwaarden	42
Kwaliteitsdiscriminatie	42
Strategisch productontwerp	42
Koppelverkoop	42
5.3 Prijsgerelateerde mededingingsproblemen.....	43
Buitensporig hoge prijzen	43
Prijsdiscriminatie	43
Marge-utholling	44
6. Verplichtingen WFA-markt	44
6.1 Algemeen	44
Voorgestelde verplichtingen geven juist onzekerheid.....	44
Vermeende symmetrie wordt willekeurig gebruikt	45
6.2 Toegangsverplichting	46
Toegangsverplichting niet nodig, toegang is geborgd	46
Verschil in verplicht toegangsniveau creëert ongelijkheid.....	46
Ten onrechte een verbod op wederzijdse toegang	48
MDF-access verplichting is achterhaald en moet worden ingetrokken.....	50
Legacy MDF-dienst hindert innovatie	52
Huidige VULA over koper aanbod moet uitgangspunt zijn	52
FttH regulering verzwaard door extra VULA-verplichting	53
Uitfaseringsvoorschriften geven KPN te weinig ruimte	54
6.3 Non-Discriminatieverplichting	55
Non-discriminatieverplichting o.b.v. EoO voor alle diensten	55
6.4 Transparantieverplichting en referentieaanbod.....	55
Wachtverplichting bovenop aankondigingstermijn is dubbele last	55
6.5 Tariefregulering.....	56
Uitgangspunt ND-aanbeveling: afzien van tariefregulering.....	56
Onderhandelingsruimte, maar met de rug tegen de muur	57
Alleen safetycap voor alle MDF-access onderdelen geeft de beloofde reguleringszekerheid.....	57
Tarieven VULA over koper niet opnieuw beoordelen	59
Tariefregulering FttH-diensten dient juiste investeringsprikkels te geven	60
Bijlagen (./.)	64

Samenvatting

De nieuwe reguleringsvoorstellen van ACM van 27 februari 2017 komen erop neer dat zowel KPN als VodafoneZiggo voor de komende jaren verplichtingen opgelegd krijgt om toegang te leveren tot de vaste koper- en (FttH) glasnetwerken van KPN respectievelijk het coaxnetwerk van VodafoneZiggo. KPN is het om meerdere redenen niet eens met het ontwerpbesluit.

De Nederlandse markt is concurrerend, er wordt door KPN ook zonder regulering toegang geboden tot zijn netwerken en daarom is er geen plaats meer voor ex ante regulering. De stelling van ACM dat geen toegang geboden zou worden zonder regulering is gebaseerd op een speltheoretische analyse en niet op de werkelijkheid. Daarmee schendt ACM het uitgangspunt van de regulering dat de daadwerkelijke markt in afwezigheid van regulering uitgangspunt moet zijn van de analyse (zoals de Europese Commissie dat noemt de 'modified greenfield approach'). ACM zou dus moeten concluderen dat de markt neigt naar normale marktwerking en de bestaande ex-ante regulering moeten intrekken. Dat neemt natuurlijk niet weg dat ACM permanent kan monitoren of die ontwikkeling doorzet en als dat niet het geval zou zijn alsnog een ander besluit kan nemen.

Bij de beoordeling van de markt voor de komende jaren behoort ACM niet terug te vallen op oude analyses, maar daadwerkelijk de ontwikkelingen onder ogen te zien. Die wijzen op geen enkele manier op het aannemelijk zijn van 'gezamenlijke aanmerkelijke marktmacht', omdat de posities van KPN en VodafoneZiggo daarvoor veel te verschillend zijn. Zowel de technologische ontwikkelingen (de verwachte uitrol van DOCSIS 3.1) als de toenemende invloed van content op de markt wijzen er veeleer op dat VodafoneZiggo een heel andere positie zal gaan innemen dan dat in de komende periode aan de criteria voor gezamenlijke marktmacht wordt voldaan. Eventuele voordelen voor KPN uit verleden (het kunnen aanbieden van vast/mobiele combinaties) zijn er niet meer. Ook TelecomPaper verwacht eerder groei van VodafoneZiggo (op breedband en zelfs op telefonie) ten koste van KPN en aanbieders die van KPNs netwerken gebruik maken. Regulering van zowel KPN als VodafoneZiggo betekent dat ACM zich in zekere zin tot 'marktspeler' maakt door in die ingewikkelde snelle marktontwikkelingen via wholesale regulering een wensmarkt te creëren. Dat is (ver) buiten de doelstellingen van het regelgevend kader.

Er is geen grond om KPN nog langer te reguleren, noch alleen, noch gezamenlijk met VodafoneZiggo. Afhankelijk van marktontwikkelingen zou dat in de toekomst anders kunnen worden. Dat KPN nu nog gereguleerd zou moeten worden is zeer onwaarschijnlijk, zeker omdat nu KPN contractueel andere marktpartijen toegang biedt tot zijn netwerken en zelfs heeft aangeboden dat ACM op de nalevering daarvan toezicht zou kunnen houden.

De onzekerheid die het voorgenomen besluit van ACM voor de markt oproept zal voorlopig alleen maar negatieve gevolgen hebben. Investeerders houden niet van langdurige onzekerheid en het is vrijwel zeker dat het voornemen leidt tot langdurige discussies en procedures. De noodzaak voor alle marktpartijen om nu duidelijkheid te krijgen over het investeringsklimaat – met het oog op de noodzakelijke grote investeringen om de Europese koppositie van Nederland te behouden – wordt onvoldoende herkend door ACM.

KPN roept ACM daarom op het geconsulteerde ontwerpbesluit aan te passen.

Vertrouwelijkheid

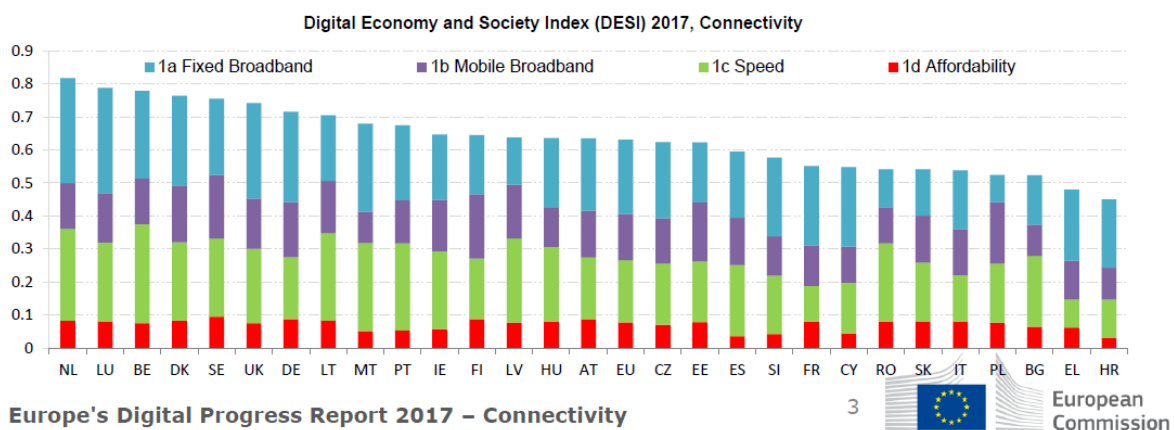
KPN doet een uitdrukkelijk beroep op de vertrouwelijkheid van informatie die in dit document en de daarbij behorende bijlagen wordt gegeven. Vertrouwelijke informatie in de tekst wordt in **[vette letter]** weergegeven. Deze informatie mag niet zonder toestemming van KPN openbaar worden gemaakt. Zoals verzocht, zal KPN ook een openbare versie van deze reactie toezenden.

1. Inleiding – algemene opmerkingen

Regulering niet passend in een concurrerende markt

Ex-ante regulering is gericht op daadwerkelijke concurrentie op de telecommarkten. Dit betekent ook dat naarmate de concurrentie toeneemt, regulering moet afnemen. Waar in een markt normale marktwerking ontstaat, moet die niet (langer) door regulering beperkt worden.

De elektronische communicatiemarkten in Nederland behoren tot de meest concurrerende markten van Europa. Nederland is uniek in Europa en daarbuiten met vier landelijk dekkende mobiele 4G-netwerken en twee landelijk dekkende vaste aansluitnetwerken. Dit leidt al jaren tot een toppositie in de Digital Agenda Scorecard¹ van de Europese Commissie en zelfs een eerste plaats in 2017 op het gebied van “Connectivity”.



Figuur 1: Digital Agenda Scorecards 2017 - connectivity

Naast de vier mobiele netwerkpartijen, KPN, T-Mobile, Tele2 en VodafoneZiggo, zijn er ruim 60 onafhankelijke virtuele aanbieders actief die gebruik maken van de vier bestaande mobiele netwerken. En ook de twee mobiele netwerkpartijen zonder eigen vast aansluitnetwerk en tientallen andere aanbieders leveren op basis van de vaste netwerken van KPN retaildiensten aan consumenten en zakelijke gebruikers. Het kunnen bieden van quadplay door KPN is niet langer onderscheidend omdat ook concurrenten een dergelijk aanbod in de markt (kunnen) zetten.

Deze – in Europa unieke – marktstructuur zorgt voor investeringsprikkels en druk op prijzen en kwaliteit omdat Nederlandse teleco-aanbieders er alles aan doen zich ten gunste van klanten te onderscheiden. Op de Nederlandse markt zien we al jaren een haasje-over spel van KPN en Ziggo, onafhankelijk van regulering. Terwijl medio 2000 de diensten over DSL de dynamiek in de markt bepaalden, creëerden enkele jaren later de kabelnetwerken de meeste dynamiek in de markt. In 2011 erkende de voorganger van ACM (OPTA) al de strijd tussen aanbieders op DOCSIS-netwerken en aanbieders op DSL/glas (FttH) netwerken en de goede uitgangspositie die de DOCSIS-netwerken van kabelaanbieders in de markt hebben. KPN nam destijds al het strategische besluit om vrijwillig wholesale breedbandtoegang te bieden met een tariefmodel gericht op het nabootsen van uitrol op basis van fysieke ontbundelde toegang, genaamd co-invest, later opgevolgd door het Open Wholesale Model². Vier jaar later, in 2015³ profiteerde KPN enige tijd van de integratieperikelen bij Ziggo na de fusie met UPC, van zijn als eerste landelijk uitgerolde LTE-netwerk, van zijn innovaties

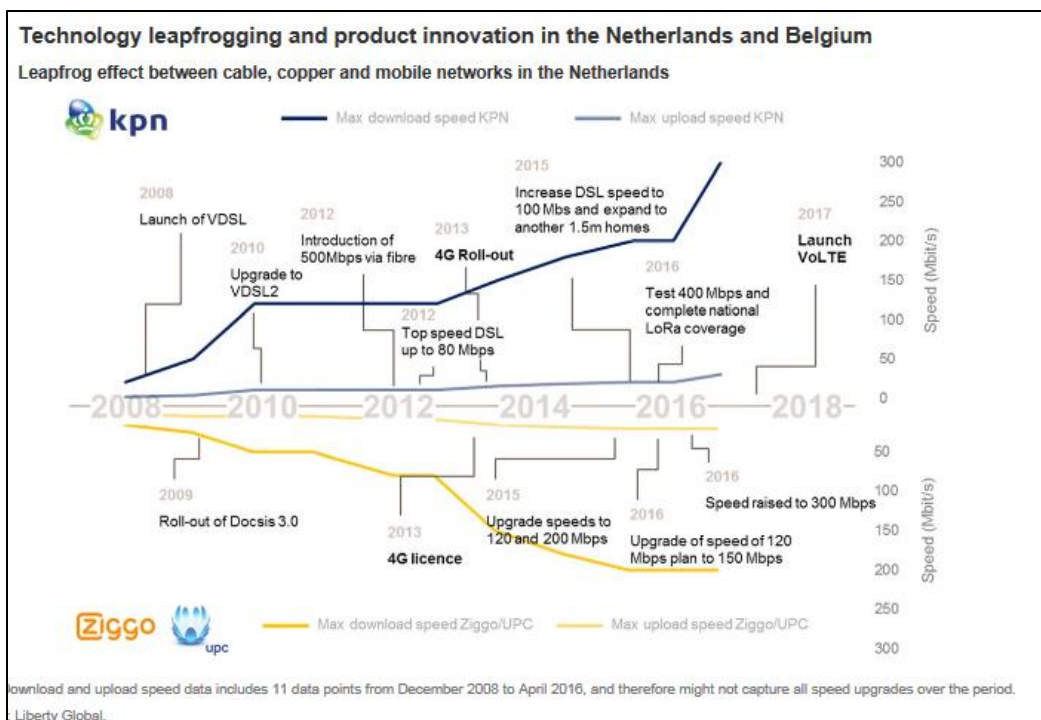
¹ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-digital-progress-report>

² Publicatie KPN position paper 'open Wholesale Model', 19 mei 2014 (<https://www.kpn-wholesale.com/kpn-wholesale/regulatory/open-wholesale-model.htm>)

³ <http://www.telecompaper.com/commentaar/ziggo-zet-nieuwe-stap-richting-turnaround-1099297>

op iTV, en zijn quadplay- en OTT-strategie, maar Ziggo ontwikkelde zich ook snel. Ziggo en Vodafone fuseerden, mede om ook quadplay te kunnen bieden. Verder wordt de internetsnelheid van DOCSIS 3.0 verder verhoogd en verschuift de strijd steeds meer van de telecomsector naar de mediasector, wat tot aanzienlijke concurrentievoordelen van VodafoneZiggo, door de machtige aandeelhouder Liberty, leidt. Als antwoord op de snelheidsverbeteringen van DOCSIS hanteert KPN sinds enkele jaren een hybride netwerkstrategie met als focus een snelle en efficiënte implementatie van koper upgrades door middel van het verglazen van de kabelverdeelkasten. En het haasje-over spel gaat door. In december 2017 heeft VodafoneZiggo aangekondigd in 2020 over te gaan tot de invoering van DOCSIS 3.1. Daarmee kan VodafoneZiggo in 2020 aan al zijn klanten van vaste breedbandtoegang abonnementen van 1 Gbps aanbieden. KPN staat voor de uitdaging hoe hij de komende jaren netwerkverbindingen vanaf de straatkast tot in de woning gaat verbeteren. De uitdaging hierin wordt om de uitrol van FttH glasvezel tot in de meterkast te versnellen en het koper-netwerk uit te zetten in glasvezelgebieden, of koper te handhaven en te upgraden.

Oxera heeft in het rapport ‘Regulating oligopolies in electronic communications markets: supplementary discussion paper’, van 4 januari 2018 in opdracht van Liberty Global⁴ een chronologisch overzicht 2008-2018 van dit haasje-over effect tussen kabel, koper en mobiele netwerken in Nederland gemaakt.



Dit “haasje-over” spel, waarbij KPN en VodafoneZiggo steeds proberen te profiteren van innovaties in hun netwerken, technologieën en diensten, van marketingstrategieën met gevarieerde aanbiedingen en promoties en veel aandacht voor een hoog niveau van dienstverlening en service, en van gedifferentieerde content- en OTT-strategieën, illustreert de heftige concurrentie tussen KPN en VodafoneZiggo. Eindgebruikers profiteren hier volop van; zij kunnen kiezen uit een ruim aanbod

⁴ <https://www.oxera.com/getmedia/048c88c7-075b-45be-9588-9708e5c1da89/Regulating-oligopolies-in-electronic-communications-markets-%E2%80%93-supplementary.pdf.aspx>

van diensten tegen concurrerende prijzen, kunnen door de buitengewoon efficiënte overstapprocessen in Nederland gemakkelijk stemmen met hun voeten en krijgen uiteindelijk steeds ‘meer waar voor hun geld’. Deze ontwikkeling zou ACM moeten aanmoedigen om de markt zijn werk te laten doen, terughoudendheid te betrachten en de huidige ex-ante regulering op te heffen. In plaats daarvan wil ACM nog meer reguleren.

ACM dient zich bij het opleggen van deze regulering de vraag te stellen wanneer concurrentie goed genoeg is en wat ‘goed genoeg’ dan inhoudt. Ex-ante regulering heeft weliswaar wholesaletaegang gefaciliteerd, maar het heeft nooit echt infrastructuurconcurrentie opgeleverd. De gebruikelijke vraag daarbij is, volgens de modified greenfield aanpak, hoe de bedrijven zich zouden gedragen in afwezigheid van regulering. ACM kan bij de beantwoording van die vraag niet volstaan met de stelling⁵ ‘dat KPN in die situatie geen effectieve vrijwillige toegang zou bieden’. Als er bewijs is van vrijwillige toegang en commercieel gesloten overeenkomsten – die niet alleen qua looptijd onafhankelijk zijn van regulering – mag ACM dit niet negeren. ACM zal moeten onderzoeken of de situatie waarin door één partij wel vrijwillig wholesaletaegang wordt aangeboden die door downstream-concurrenten op grote schaal wordt gebruikt, maar door de andere partij niet, niet tot de conclusie moet leiden dat er sprake is van effectieve concurrentie en niet van aanmerkelijke marktmacht. ACM dient daarbij alle relevante factoren die partijen doen besluiten om wel of geen toegang te bieden, te onderzoeken en af te wegen. Technische, historische, financiële beperkingen maar ook de specifieke aard van de vraag kunnen ertoe leiden dat de ene partij wel wholesalediensten levert en de andere niet. ACM moet ook de prikkels van partijen die wholesalediensten (willen) afnemen onderzoeken. Inzicht in al deze factoren is van belang bij het beoordelen of een partij die vrijwillig wholesaletaegang aanbiedt, voldoende concurrentiedruk ondervindt om dit te doen op voorwaarden die waarschijnlijk zullen zorgen voor daadwerkelijke concurrentie op de downstreammarkt.

KPN heeft aangetoond vrijwillig tegen aantrekkelijke voorwaarden keuze te bieden. KPN heeft in 2015 vrijwillig een langjarig (7 jaar) VULA-aanbod voor toegang tot zijn kopernetwerken gedaan. Dat aanbod geldt nog steeds. De voorwaarden, die KPN aanbood en ook in contracten overeenkwam, zijn door ACM niet meer gewijzigd na ingang van de regulering en ook niet door enige partij in Nederland betwist. En dat is ook begrijpelijk; dit aanbod was geschikt voor afnemers om in de retailmarkt te kunnen concurreren. Regulering was dus helemaal niet nodig. **[KPN bedrijfsvertrouwelijk –**

]. KPN heeft op 27 februari jl. een uitbreiding van zijn vrijwillige aanbod gepubliceerd op zijn wholesale website (hierna: Verbrede Vrijwillige Aanbod). Het Verbrede Vrijwillige Aanbod bouwt voort op de vrijwillige wholesale overeenkomsten met verschillende afnemers die sinds 2015 zijn gesloten en waarmee toegang wordt gegeven tot het vaste-netwerk van KPN (FttC/VDSL) op basis van Virtual Unbundled Local Access (VULA) over koper. Het bestaande VULA-aanbod over VDSL koper-netwerken is uitgebreid naar FttH-netwerken. Het Verbrede Vrijwillige Aanbod geldt, voor een periode van zeven jaar, aanzienlijk langer dan de reguleringsperiode van ACM en is niet van het bestaan van ex-ante verplichtingen afhankelijk gemaakt. Verder zijn de commerciële mogelijkheden bij KPN via zijn Wholesale Breedband Access (WBA)-dienstverlening eveneens groot. Dit aanbod is niet gereguleerd en wordt door tientallen partijen afgenomen.

ACM baseert haar stelling dat KPN zonder regulering geen toegang zou bieden louter op een speltheoretische analyse. Maar haar taak is naar de werkelijkheid te kijken en die is anders. ACM laat na met bewijs te komen dat KPNs open wholesale beleid, de jarenlange bestendige praktijk van

⁵ Rn 174

levering van wholesalediensten aan downstream-afnemers en de felle concurrentie op de retailmarkt niet het gevolg zijn van concurrentie tussen KPN en VodafoneZiggo.

Wholesale toegang is voor KPN van strategisch belang om te kunnen concurreren tegen kabelinfrastructuur die qua breedbandsnelheid een betere uitgangspositie heeft dan koper en qua dekking in het voordeel is ten opzichte van glas. KPN heeft een belang zijn koper- en glasnetwerken zo gevuld als mogelijk te krijgen om investeringen in zijn netwerken terug te verdienen en uiteindelijk naar glas te kunnen. Dit lukt beter als ook andere partijen op zijn netwerk diensten aan eindklanten leveren. Tot slot is keuze via de KPN netwerken voor een aantal consumenten ook een overweging om juist niet voor een kabelabonnement te kiezen.

In zijn reactie in 2011⁶ op de consultatie van de marktanalyse ontbundelde toegang⁷ wees KPN al op de achterstand in de mogelijkheden van het kopernetwerk ten opzichte van de mogelijkheden van kabelaanbieders met hun coaxnetwerk en op de onmogelijkheid om bepaalde aanbiedingen van kabelaanbieders te matchen.

“Geconstateerd moet echter worden dat de concurrentiële situatie ten aanzien van infrastructuur in Nederland fundamenteel afwijkt van die in de meeste andere EU-landen. Anno 2011 hebben Nederlandse eindgebruikers door die concurrentie tussen koper-, glas- en coax-platformen een op Europese schaal unieke keuze tussen aanbieders die hoogwaardige diensten aanbieden. De op DOCSIS 3.0 gebaseerde netwerken bieden, net als de al uitgerolde glasnetwerken, al de mogelijkheden die voorzien worden voor NGA netwerken: hoge snelheid op IP gebaseerde communicatie. Het kopernetwerk van KPN heeft in dat opzicht een achterstand. Door de autonome technologische ontwikkelingen van DSL en DOCSIS technieken zullen de aanwezige koper- en coax-netwerken de komende jaren verder vernieuwd worden en zullen deze platformen groeien in mogelijkheden.

Een belangrijk deel van de dominantieanalyse van het college leunt op de aanname dat KPN in staat zal zijn om de huidige technologische achterstand van DSL op de kabel in te lopen. Ten aanzien van deze ‘technologische inhaalslag’ wordt nauwelijks ingegaan op het feit dat ook de DOCSIS technologie waarop de inhaalslag is gericht zich snel zal verder ontwikkelen. Of aanvullende investeringen in koper er toe zullen leiden dat coax-netwerken technologisch worden ingehaald, wordt dan ook door KPN betwijfeld. Want ondanks verhoogde investeringen in het kopernetwerk van KPN zullen coax-netwerken qua bandbreedte altijd superieur blijven aan het kopernetwerk. Nog daargelaten dat het feit dat een aanbieder mogelijkheden heeft om zijn concurrent ‘bij te halen’ in de standaarddoctrine nog niet vaak als een vorm van dominantie is gekwalificeerd.”

Ondanks de kritiek van KPN in 2011 concludeerde OPTA toen dat KPN met aangekondigde verzwaarde investeringen de technologische achterstand op koper wel zou inlopen. KPN heeft afgelopen jaren weliswaar fors geïnvesteerd in het upgraden van koper. Maar anno 2018 kan geconcludeerd worden dat KPN de achterstand niet heeft ingelopen. Sterker nog, de achterstand van DSL ten opzichte van DOCSIS is, uitgedrukt in bandbreedte capaciteit, alleen maar groter geworden omdat kabelaanbieders ook niet stilzitten. Recente aankondigingen van diverse kabelaanbieders⁸ om te starten met de toepassing van DOCSIS 3.1, maken de achterstand van KPN in koper-only gebieden in de komende reguleringsperiode nog groter. Wanneer VodafoneZiggo en DELTA landelijk DOCSIS 3.1 uitrollen en daarmee de marktstandaard op 1 Gbps zetten, is KPN in koper-only gebieden niet langer competitief qua snelheid.

Gigabit snelheden kan KPN wel matchen op glas, zij het dat KPN met de huidige dekking van 30% niet op elke eindgebruikerslocatie dezelfde specifieke voordelen kan bieden als kabelaanbieders met DOCSIS 3.1. Ervan uitgaande dat de uitrolcapaciteit van glas beperkt is tot maximaal 5% per

⁶ KPN reactie op consultatie marktanalyse ontbundelde toegang, van 18 augustus 2011 (Kenmerk: R/11/U/080)

⁷ Het ontwerpbesluit van OPTA van 23 juni 2011 (kenmerk: OPTA/AM/2011/201353)

⁸ <https://www.emerce.nl/nieuws/bescheiden-groei-breedband>. Zie DELTA start uitrol DOCSIS 3.1. Link: <https://www.nlconnect.org/delta-start-uitrol-docsis-3-1/>. Ziggo maakt tv-aanbod volledig digitaal. Link: <https://www.vodafoneziggo.nl/286/ziggo-maakt-tv-aanbod-volledig-digitaal>

jaar, zal het zeker tien jaar vergen om in alle koper-only gebieden glas-uitrol te voltooien. Het concurrentienadeel in koper-only gebieden zal KPN de komende jaren derhalve niet kunnen opheffen.

Wat betreft dit concurrentienadeel werpt ACM KPN⁹ tegen dat hij een afwachtende houding op het gebied van netwerkinvesteringen en -innovaties heeft aangenomen. Dit is echter volledig onte-recht. KPN investeert jaarlijks 1,1 miljard in zijn netwerken. Naast de koperupgrades heeft KPN, als gereguleerde partij in een zeer competitieve markt, afgelopen jaren ook fors in FttH geïnvesteerd. KPN brengt in herinnering dat de FttH dekking sinds 2011 van 0,5 miljoen huishoudens is gegroeid naar 2,3 miljoen in 2017. De FttH glasdekking is in 7 jaar met 1,8 miljoen aansluitingen toegenomen; dit komt neer op gemiddeld 250.000 huishoudens per jaar. Reeds in 2011 wees KPN er op dat de snelheid van FttH uitrol aanzienlijk kon tegenvallen door diverse factoren zoals:

- Onzekerheid in de markt, vooral de concurrentie met DOCSIS 3.0
- Beperkte capaciteit van aannemers
- Beschikbare Capex (financieringsmogelijkheden)
- Vergunningen (zoals instemmingsbesluiten voor graven, bouwvergunningen voor installaties die niet onder de gedoogplicht vallen, etc.)

Bovenstaande laat onverlet dat ACM voor de komende reguleringsperiode in haar dominantieanalyse rekening moet houden met de gevolgen van de uitrol van DOCSIS 3.1. Zodra de uitrol gereali-seerd is, zullen kabelaanbieders zich in de marketing volledig richten op deze netwerkinnovatie en claimen dat zij 1 Gbps te kunnen leveren; een claim die KPN in koper-only gebieden niet kan doen. Er is daardoor een reëel risico, gegeven de alsmaar toenemende databehoeftes van eindgebruikers, dat het voor KPN niet meer mogelijk is om in koper-only-gebieden effectief te concurreren met als potentieel gevolg dat koper-klienten van KPN in toenemende mate overstappen naar kabelaanbie-ders.

Voor het uitrollen van een landelijk dekkend glasnetwerk moeten bovendien zeer hoge kosten wor-den gemaakt (enkele miljarden euro's). Om investeringen in glas rendabel terug te verdienen, heeft KPN een bepaald percentage geactiveerde aansluitingen nodig. Door een toenemende churn op koper wordt het verder uitrollen van glas een zeer kostbare en risicovolle onderneming en kan er onder omstandigheden geen business case te maken zijn om in specifieke gebieden glas uit te rol-len. Ook daarvoor is het bieden van wholesale toegang voor KPN van strategisch belang.

Glas-uitrol onzeker door tariefregulering kabel

Het risico is groot dat de voorgenomen regulering van ACM beslissingen oplevert over toegangs-voorwaarden tot beide netwerken die niet op korte termijn duidelijkheid geven en weer tot nieuwe langdurige procedures zullen leiden. De partijen die grote investeringen moeten plegen in de ver-betering van hun netwerken zullen onzeker worden. Hun investeerders zullen vragen stellen naar toekomstig verdienvermogen en daarop hun beslissingen nemen. KPN verwijst hiervoor naar een aantal documenten met zienswijzen vanuit de financiële markt, die als bijlage 1 worden bijgevoegd. Partijen zonder eigen verbindingen tot in het huis weten niet of ze op één of twee paarden moeten wedden. En daarbovenop zullen partijen zich tegen zo'n weg verzetten, KPN ook. Daardoor is on-zeker of deze regulering overeind blijft.

Investeringen in breedbandinfrastructuur in Nederland komen met de voorgenomen regulering op het spel te staan. Kunstmatig gecreëerde prijsdruk via tariefregulering en/of het reguleren van an-dere infrastructures zet die rendementen onder druk, en verhoogt de investeringsrisico's, hetgeen

⁹ Rn 248

de prikkels om te investeren in bestaande en nieuwe breedbandnetwerken zal verminderen. Bovendien stimuleert het toetreding die niet is gericht op het zelf investeren in netwerken en diensten, maar slechts op het benutten van een door regulering ontstane arbitragemogelijkheid (nu zelfs verdubbeld want op twee netwerken). Dit zal niet bijdragen aan de investeringsbereidheid van de sector als geheel en zet de positie van Nederland als koploper in vaste en mobiele breedband op het spel.

Het is van belang dat KPN en zijn wholesale-partners en de hele Nederlandse markt niet in een onzekere en potentieel schadelijke situatie terecht komen. Open wholesale is voor KPN van strategisch belang. Het Verbrede Vrijwillige Aanbod van 27 februari 2018 is onvoorwaardelijk. KPN zal dit aanbod gepubliceerd houden en op verzoek gestand doen, ongeacht of ten aanzien van de in het aanbod opgenomen dienstverlening door ACM in het kader van een besluit ex artikel 6a.2 Tw aan KPN verplichtingen worden opgelegd of niet. Als ACM zou overwegen om in de onderhavige marktanalyse aan KPN het Verbrede Vrijwillige Aanbod als (enige) verplichting op te leggen KPN zich daartegen niet zal verzetten.

Verbod op wederzijdse toegang geen incentive voor investeren

ACM wil ondanks de duidelijke risico's daarvan en bezwaren daartegen wel verplichte kabeltoegang gaan opleggen, maar in beginsel die gereguleerde kabeltoegang voor KPN beperken omdat dit volgens ACM een negatief effect kan hebben op de hoogte en het tempo van investeringen van KPN.

Zoals hierboven uitvoerig is uiteengezet, meent KPN dat geen kabeltoegang moet worden opgelegd. Maar als dat onverhoopt wel zou gebeuren dan is het niet acceptabel dat dan alleen KPN daarvan geen gebruik zou kunnen maken. KPN zal de technologische achterstand die ontstaat als DOCSIS 3.1 is uitgerold niet op korte termijn kunnen inlopen, zoals hierboven beschreven. Een verbod op wederzijdse toegang draagt hier al helemaal niet aan bij. Sterker nog, een verbod zal niet alleen afbreuk doen aan bestaande retailconcurrentie, maar ook aan infrastructuurconcurrentie.

Voor KPN is het in die situatie juist van belang om tijdelijk van het VodafoneZiggo kabelnetwerk gebruik te kunnen maken om landelijk ook 1 Gbps te kunnen bieden en om het marktaandeel te stutten totdat glas een voldoende dekking heeft bereikt. Tijdelijke toegang tot het netwerk van VodafoneZiggo voorkomt een ongelijke concurrentiestrijd op snelheid die de business case voor glas-uitrol nog moeilijker en onzekerder maakt. Bovendien neemt hiermee het aantal aanbieders dat vergelijkbare diensten kan aanbieden aan de eindgebruiker toe.

Het is cruciaal dat ACM in haar afweging van kabelregulering en het verbod van wederzijdse toegang factoren als de doorlooptijd van glas-uitrol, de relatieve snelheid waarmee VodafoneZiggo zijn netwerk kan upgraden en de noodzaak van voldoende penetratie in een gebied voor de business case voor glas, betreft.

Rol van content en tv

Wereldwijd steken veel telecomspelers honderden miljoenen in content en media vanwege het strategische belang om daarmee de concurrentiepositie te verbeteren. Nota bene heeft toenmalig ACM TVP directeur Keetelaar¹⁰ in een interview in mei vorig jaar aangegeven dat de bundeling van breedbandtoegangsdiensten met (exclusieve) content in de retailmarktanalyse een rol moet spelen. Daarbij is het vooral van belang te kijken naar de mogelijke prikkels om essentiële content te weigeren dan wel tegen onredelijke voorwaarden en tarieven beschikbaar te maken en daarmee de

¹⁰ Zie <http://www.ad.nl/economie/acm-geen-gratis-series-en-voetbal-bij-kpn-en-ziggo~ad439130/> en <http://www.ad.nl/economie/acm-strenger-voor-telecomreuzen-wij-gaan-de-grenzen-opzoeken~a2d4c0cc/>

concurrentie op de retailmarkt te verstoren. In deze analyse had ook moeten worden gekeken naar verticaal geïntegreerde (internationale) ondernemingen met schaalgrootte op de contentmarkt.¹¹

KPN vindt het onbegrijpelijk dat ACM geen diepgaande analyse heeft gedaan naar de posities van partijen in de content, media en tv-markt en de verticale integratie tussen telecom en media/content, terwijl constatering over het toegenomen belang van (exclusieve) content in het rapport Bundeling¹² en in het ontwerpbesluit WFA een nadere analyse wel degelijk vereisen.¹³ Dit zou ook verwacht mogen worden van ACM naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van 26 oktober 2017 inzake de vernietiging van de fusie van UPC en Ziggo.¹⁴ ACM dient in ieder geval de uitkomsten van de nieuwe beoordeling van de Europese Commissie in haar marktanalyse te betrekken. ACM verschuilt zich hiervoor achter onjuiste conclusies en feiten.

Ook is onbegrijpelijk, en valt niet te rijmen met het toegenomen belang van content, de conclusie dat VodafoneZiggo met zijn content positie slechts een licht concurrentievoordeel heeft ten opzichte van andere telecomaandbieders op de Nederlandse markt. Uit het rapport Bundeling volgt klip en klaar dat VodafoneZiggo en in ieder geval de moedermaatschappij Liberty Global van Ziggo, fors investeren in de aankoop van content, veel meer dan welke andere Nederlandse telecomaandbieder ook.¹⁵ In dit rapport stelt ACM verder dat Liberty Global een belangrijke hoeveelheid content in eigen bezit heeft, dat VodafoneZiggo als onderdeel van een internationaal concern beschikt over inkoopvoordelen en een grote slagkracht met content op de Nederlandse markt.¹⁶

Bovendien is het tv-aanbod het onderscheidende element in het portfolio van aanbieders¹⁷. Televisie wordt veelvuldig gebruikt in promoties om multiplay-pakketten aan te bieden. Uit onderzoek van TelecomPaper blijkt dat partijen als Online.nl, Tele2, Telfort, NLEx meer korting geven als er tv wordt afgenomen. T-Mobile maakt gebruik van zijn mobiele dienst om tv te kunnen afzetten, KPN en Ziggo focussen min of meer op hun internetdiensten, maar geven daarbij ook aandacht aan tv content (Fox Sports, Ziggo Sports).

Het lichte concurrentievoordeel van VodafoneZiggo ten opzichte van KPN zou het gevolg zijn van de meer populaire content die hij aanbiedt. Enkel omdat het belang van sportcontent aanleiding was voor het Hof van Justitie om het besluit van de Europese Commissie tot goedkeuring van de fusie van UPC en Ziggo te vernietigen, lijkt ACM enige concurrentievoordeel te verbinden aan het feit dat klanten van VodafoneZiggo bepaalde sportcontent, zoals voetbal en Formule 1, gratis kunnen kijken via Ziggo Sport en klanten van KPN voor het bekijken van deze sportcontent een maandelijks bedrag moeten betalen.¹⁸ Het bevreemdt KPN dat ACM dit zelf op geen enkele wijze onderzoekt.

¹¹ Zie in dit verband de T-Mobile aanbiedingen in de mobiele markt die in toenemende mate ook bij andere Deutsche Telekom ondernemingen (zoals in de VS of Duitsland) – al of niet met nationale variaties – voorkomen. Het doet geen recht aan de marktkracht van T-Mobile NL om de groepsschaal op dit onderwerp buiten beschouwing te laten

¹² Dit is het rapport van ACM 'Bundeling van telecomdiensten en content in Nederland, Een analyse van de mogelijke gevolgen voor concurrentie' van juli 2017.

¹³ Zie rn 1202 WFA ontwerp en Rapport Bundeling p.8

¹⁴ Uitspraak van het Hof van Justitie van 26 oktober 2017 inzake de vernietiging van de fusie van UPC en Ziggo

¹⁵ Zie het rapport Bundeling, p.8 eerste alinea

¹⁶ Zie rapport Bundeling p.26

¹⁷ TelecomPaper bericht 'Uit diverse Operators gebruiken tv vooral als promotie voor multiplay', 20 februari 2018. Link: <https://www.telecompaper.com/achtergrond/operators-gebruiken-tv-vooral-als-promotie-voor-multiplay--1232774>

¹⁸ Rn 1203 van het ontwerpbesluit WFA

In het ontwerpbesluit kent ACM geen voordeel toe aan het feit dat VodafoneZiggo exclusief aan eigen klanten bepaalde content biedt. VodafoneZiggo is de enige aanbieder in Nederland die content exclusief beschikbaar maakt voor zijn eigen klanten omdat KPN dit ook zou doen. Zoals ACM in het rapport Bundeling aangeeft zijn de enkele eigen producties die KPN zijn klanten aanbiedt via het kanaal KPN Presenteert, ook via de OTT TV-dienst KPN Play voor klanten van andere ISPs beschikbaar.¹⁹

Tot slot concludeert ACM dat het al dan niet aanbieden van exclusieve content in de komende reguleringperiode geen belangrijk effect zal hebben op de concurrentieontwikkeling omdat content voor consumenten (nog) geen belangrijke factor is om over te stappen naar een andere aanbieder. ACM lijkt voor de onderbouwing van deze conclusie beschikbare informatie selectief te gebruiken. ACM baseert zich op de uitkomsten van het SAMR onderzoek 2017, en op gegevens die daarmee in lijn zijn²⁰ en laat voor het gemak informatie uit het Bundeling onderzoek²¹ buiten beschouwing. In het rapport Bundeling is te lezen dat, volgens Ziggo, 20% van de nieuwe klanten aangeeft dat Ziggo Sport een reden is voor de overstap naar Ziggo. Daarnaast verwijst ACM in dit rapport naar een onderzoek van Telecompaper waaruit blijkt dat voor 14% van Ziggo-klanten Ziggo Sport een reden was om niet te switchen naar een andere aanbieder. Ook hier valt het gebrek aan een verder onderzoek van ACM op terwijl deze uitkomsten hiervoor genoeg aanleiding geven. Ook het belang van de exclusieve content van HBO voor VodafoneZiggo, onderzoekt ACM niet. In het rapport Bundeling geeft ACM aan dat het nog te vroeg is om het effect hiervan op de marktverhoudingen te zien, maar stelt wel vast dat andere ISPs reageren op de nieuwe situatie.²²

KPN heeft recent een kwantitatief onderzoek laten uitvoeren door Blauw Research²³ naar de impact van de (exclusieve) content van VodafoneZiggo op de keuze door de consument van de televisie-aanbieder. Dit onderzoek illustreert overtuigend het belang van (exclusieve) sport en premium content voor consumenten. Het illustreert ook dat de SAMR uitkomsten (3% en 12% in rn 1205 en 1206) achterhaald zijn en dat er, gelet op informatie van Ziggo en TelecomPaper in het rapport Bundeling, sprake is van een sterk stijgende trend.

Hieronder wordt een overzicht gegeven van de conclusies uit dat rapport, die ACM in haar onderzoek niet mag negeren:

- p.14: Ziggo-abonnees en niet-Ziggo-abonnees zijn (zeer) bekend met Ziggo Sport (ZS).
- p.17: het gratis sportkanaal van ZS wordt bekeken door 65% van alle Ziggo-abonnees.
- p.21: het gratis sportkanaal van ZS leidt tot retentie. Als kijkers van ZS een beter contract (zonder ZS) aangeboden zouden krijgen van een andere provider, zou 59% van deze kijkers dit aanbod niet snel overwegen of het verlies van ZS als een belangrijk nadeel aanmerken.
- p.20, 22: de betaalde sportkanalen van Ziggo Sport Totaal (ZST) en Fox Sports Eredivisie (FSE) leiden ook tot retentie. Als kijkers van ZST of kijkers van FSE een beter contract aangeboden zouden krijgen van een andere aanbieder (zonder respectievelijk ZST of FSE), zou ongeveer 75% van deze kijkers dit aanbod niet snel overwegen of het verlies van het premium sportkanaal als een belangrijk nadeel aanmerken.

¹⁹ Zie het rapport Bundeling p.8

²⁰ Zie rn 1206 van het ontwerpbesluit WFA

²¹ Zie het rapport Bundeling p.23-24

²² Zie het rapport Bundeling p.24

²³ Rapport 'De rol van (exclusieve) content bij de keuze van een TV-aanbieder' van Blauw Research, maart 2018, zie bijlage 2

- p.20, 21, 22: als het gratis sportkanaal van ZS niet langer beschikbaar zou zijn, geeft 11% van de kijkers expliciet aan dat ze van provider zouden wisselen. Als de premium sportkanalen van ZST of FSE niet langer beschikbaar zouden zijn, geeft meer dan 25% van de kijkers expliciet aan dat ze van provider zouden wisselen.
- p.24: van de Ziggo-abonnees, die in de afgelopen twee jaar abonnee zijn geworden, wijst 20% ZS aan als de beslissende factor bij het kiezen van Ziggo als hun tv-aanbieder en nog eens 20% noemt ZS als belangrijk. Daarmee is het aandeel klanten bij VodafoneZiggo dat ZS als beslissend noemt een factor 3 x zo hoog als het aandeel klanten dat churmt.
- p.25: als alle tv-aanbieders ZS zouden aanbieden, zou voor 25% van de Ziggo-abonnees de intentie om van provider te veranderen toenemen.
- p.27: wat Ziggo Movies & Series betreft, wees 37% van de kijkers Movies & Series aan als de beslissende of belangrijke factor bij het kiezen van Ziggo als hun tv-aanbieder.
- p.28: als alle tv-aanbieders Movies & Series zouden aanbieden, zou voor 16% van de Ziggo-abonnees de intentie om van provider te veranderen toenemen.

Het Blauw rapport toont aan dat de aantrekkelijkheid van Ziggo als aanbieder is toegenomen vanwege de beschikbaarheid van ZS, ZST en Movies & Series.

Het totale aantal Ziggo-abonnees dat ZST-content bekijkt, is toegenomen sinds de introductie van het gratis sportkanaal ZS, exclusief voor Ziggo-abonnees. ZS wordt door 65% van alle Ziggo-abonnees bekeken. Dit percentage ligt aanzienlijk hoger dan de abonnees die ZST bekijken, wat een betaald premium kanaal is. 40% van de Ziggo-abonnees beschouwen ZS als de beslissende of een belangrijke factor voor het kiezen van Ziggo als hun tv-aanbieder. Evenzo zou de overgrote meerderheid van ZST- of ZS-kijkers niet snel nadenken over een aanbod van een andere tv-aanbieder zonder ZST of ZS, of zou het verlies van dit kanaal een groot nadeel zijn (respectievelijk 75% en 59% van de kijkers).

Als alle tv-aanbieders ZS zouden aanbieden, zou 25% van de Ziggo-abonnees een verhoogde intentie hebben om van provider te veranderen. Als alle tv-aanbieders Movies & Series zouden aanbieden, zou 16% van de Ziggo-abonnees een verhoogde intentie hebben om naar een andere provider over te stappen.

Op grond van deze uitkomsten kan het belang van content voor consumenten niet langer 'beperkt' worden genoemd.

Samenhang overige dossiers

Op 5 april jl. heeft het Ziggo-moederbedrijf Liberty Global een nieuwe aanvraag ingediend bij de Europese Commissie voor goedkeuring van de fusie van zijn dochterbedrijf UPC met kabelbedrijf Ziggo. De Commissie zal in het bijzonder moeten beoordelen of de fusie op de markt voor betaalde film- en sportzenders schadelijk zou kunnen zijn voor Nederlandse consumenten. Een nieuwe beslissing wordt uiterlijk 15 mei door de Europese Commissie genomen.

De beoordeling van de nieuwe aanvraag door de Europese Commissie loopt synchroon met de verwerking van de reacties op onderhavige consultatie. Een consistente behandeling van beide dossiers door ACM en de Europese Commissie moet mogelijk zijn en is bovendien essentieel met betrekking tot de vraag of de kabel gereguleerd dient te worden. Immers, de UPC-Ziggo fusie was voor de Commissie geen reden tot regulering toegang tot UPC/Ziggo.

Reactie op het ontwerpbesluit

2. Retail marktafbakening

ACM definieert twee retailmarkten: de markt voor (bundels met) internet en de markt voor zakelijke netwerkdiensten (hierna: ZND). Een markt voor vaste telefonie wordt niet meer onderzocht vanwege het sterk afnemende belang van PSTN en ISDN en omdat de verhoudingen op de retailmarkten voor vaste telefonie in de komende reguleringsperiode steeds meer tenderen naar die op de markt voor (bundels met) internettoegang. KPN kan zich vinden in de marktafbakening van de markt voor (bundels met) internet²⁴ en het achterwege laten van een onderzoek naar de markt voor vaste telefonie. KPN zal derhalve alleen ingaan op de marktafbakening voor zakelijke netwerkdiensten.

Marktafbakening ZND-markt

ACM heeft de ZND-markt afgebakend rond het traditionele ZND-portfolio (huurlijnen, dark fiber en gesloten VPNs). Internet VPNs worden, in tegenstelling tot de vorige marktanalyse, niet meer tot de relevante markt gerekend. De aanleiding voor deze wijziging lijkt de kritiek van het CBB²⁵ op de ZND-marktafbakening van het vorige marktanalysebesluit te zijn. De kritiek van het CBB betrof vooral het ontbreken van een SSNIP-test die aantoont dat internet VPNs en traditionele ZND-diensten tot dezelfde markt behoren. Zeker gezien die kritiek is het toch wel heel bijzonder dat ACM, opnieuw zonder een SSNIP-test uit te voeren, nu tot de conclusie komt dat internet VPNs en traditionele ZND deze keer tot verschillende markt horen.

ACM baseert haar conclusie voornamelijk op een door Panteia uitgevoerd telefonisch marktonderzoek. De uitkomst wijst uit dat klanten vooral niet willen overstappen naar internet VPNs vanwege vermeende problemen rond de veiligheid van dit type VPNs.

KPN vraagt zich af of marktonderzoeken zoals het door Panteia uitgevoerde onderzoek wel geschikt zijn voor onderzoek naar de juiste afbakening van de ZND-markt. Ten eerste is het zeer lastig om een representatieve groep klanten te vinden. In de ZND-markt wordt een groot deel van de lijnen afgenomen door een klein aantal klanten. Een klant die 2000 lijnen afneemt zou bij een representatief onderzoek 100 keer zoveel gewicht in de schaal moeten leggen als een klant met 20 lijnen. Nergens uit het Panteia onderzoek blijkt dat er rekening gehouden is met dit soort grote verschillen in afname van ZND-lijnen. Dit is vooral relevant aangezien **[KPN bedrijfsvertrouwelijk –**

]. In bijlage 3 laat KPN zien dat alleen al de voorselectie van zakelijke klanten, die Panteia in overleg met ACM heeft gemaakt, geleid heeft tot een niet representatieve steekproef voor de ZND-markt. Op grond van een niet representatieve steekproef kunnen geen betrouwbare algemene conclusies over de hele ZND-markt getrokken worden.

Ook op de geringe vermeende prijselasticiteit die Panteia vaststelt valt een en ander af te dingen. Dat relatief kleine afnemers van ZND-diensten weinig prijsgevoelig zijn is bij KPN bekend. Het zijn met name de grote VPN-afnemers die prijsgevoelig zijn en daadwerkelijk overstappen naar internet VPNs. KPN heeft gedurende het onderzoek meerdere bewijzen aangedragen van daadwerkelijke overstap van traditionele VPNs naar internet VPNs. In bijlage 3 gaat KPN hier nader op in.

²⁴ KPN sluit niet uit dat VodafoneZiggo in de toekomst een dominante positie kan gaan innemen op (een deel van) de internet markt en zal daar in de dominantieanalyse nader op in gaan

²⁵ CBB uitspraak van 17 juli 2017

Vervolgens is aan de orde de vermeende onveiligheid van internet VPNs. Ook deze argumenten snijden geen hout. Zo geeft ACM²⁶ aan dat pinnen over IP, VoIP en alarm over IP mogelijke toepassingen van internet VPNs zijn. In de daaropvolgende alinea²⁷ stelt ACM dat internet VPNs vooral gebruikt worden voor minder bedrijfs- en tijdkritische toepassingen, getuige onderstaande passage:

De resultaten van Panteia sluiten aan bij dit beeld en tonen dat als open VPN's al worden gezien als alternatief, dat dit alleen is waar er geen sprake is van gevoelige of vertrouwelijke informatie.

KPN kan zich nauwelijks een gevoeliger en meer vertrouwelijke verkeerssoort indenken dan pinverkeer. Daarnaast wordt VoIP-verkeer overigens over het algemeen als tijdkritisch beschouwd. Beide verkeerssoorten worden in de praktijk over internet VPNs verzonden.

Als laatste schenkt ACM zoals gewoonlijk veel aandacht aan de capaciteitsgaranties die traditionele ZND-diensten zouden kenmerken. KPN wijst er ten overvloede nogmaals op dat de meerderheid van de door KPN geleverde ZND-verbindingen geleverd wordt zonder capaciteitsgaranties. Als capaciteitsgaranties zo onderscheidend zijn dan had het in de rede gelegen dat ACM een ZND-markt had afgebakend bestaande uit enkel ZND-lijnen met capaciteitsgarantie.

De juiste marktafbakening van de ZND-markt is van essentieel belang. Bij elke andere marktafbakening van de ZND-markt dan degene die ACM nu kiest, zal een vermeende dominantie van KPN veel minder evident zijn. ACM dient dan ook een gedegen onderzoek te doen naar de afbakening van de ZND-markt en zich niet te verschuilen achter, in dit geval, indicaties gebaseerd op een twijfelachtig rapport.

3. Retail dominantieanalyse

3.1 ZND-markt

ACM stelt vast dat er een risico op enkelvoudige dominantie van KPN is op de ZND-markt. ACM stelt dit onder andere vast aan de hand van het marktaandeel van KPN op basis van aantallen aansluitingen. In tegenstelling tot de vorige marktanalyses heeft ACM deze keer geen gevoeligheidsanalyse uitgevoerd om zicht te krijgen op het effect van omzet op marktaandelen. In voorgaande analyses heeft ACM echter steeds bepleit dat voor gedifferentieerde producten (merkproducten) marktaandelen het beste naar waarde kunnen worden gemeten. Omdat op de ZND-markt sprake is van gedifferentieerde producten met significante prijsverschillen tussen hoog- en laagcapacitaire producten, zouden berekeningen op basis van aantallen of volumegegevens volgens ACM een vertekend beeld kunnen geven van de positie en de economische betekenis van de marktpartijen. Het argument dat ACM in het ontwerpbesluit gebruikt om de gevoeligheidsanalyse achterwege te laten, is dat alle aanbieders een vergelijkbare mix van laag- en hoogcapacitaire diensten aanbieden. Dit argument is dus niet steekhoudend. De enige reden waarom ACM zou kunnen afzien van deze analyse is dat er geen sprake meer is van prijsverschillen tussen hoog- en laagcapacitaire producten. ACM heeft dit niet als reden aangevoerd, laat staan onderbouwd met feiten omdat er namelijk nog steeds sprake is van significante prijsverschillen.

Het lijkt KPN bovendien sterk dat Eurofiber een vergelijkbare mix van laag- en hoogcapacitair zou aanbieden als KPN. De ZND-base van KPN wordt gedomineerd door goedkope IP-VPN-diensten met lage capaciteiten en zonder capaciteitsgaranties. Prijzen van dergelijke IP-VPNs liggen in veel gevallen lager²⁸ dan die van consumenten internetverbindingen. De base van Eurofiber betreft doorgaans

²⁶ Rn 1322

²⁷ Rn 1323

²⁸ [KPN bedrijfsvertrouwelijk –

hoogwaardige ZND-diensten op FttO glas die in een veel hogere prijsklasse zitten (honderden Euro's per maand). ZND-diensten op glas dienen dus een veel hogere weegfactor te krijgen dan ZND-diensten op koper. KPN heeft op basis van zijn ZND-base op koper en zijn ZND-base op glas vastgesteld dat er een factor **[KPN bedrijfsvertrouwelijk – ²⁹]** zit tussen de ARPU van een ZND-lijn op koper en een ZND-lijn op glas. Als ACM deze door KPN vastgestelde weegfactor had toegepast bij de bepaling van het marktaandeel op de ZND-markt dan zou het marktaandeel van KPN op **[KPN bedrijfsvertrouwelijk – %]** uitkomen in plaats van op 55-60%. Zelfs in het onwaarschijnlijke scenario dat KPN geen ontbundelde toegang zou leveren komt het marktaandeel van KPN niet boven de **[KPN bedrijfsvertrouwelijk – %]** uit.

Ook andere oorzaken van concurrentiedruk blijven onbesproken. In bijlage 3 gaat KPN hier in meer detail op in.

De conclusie van KPN is dat ACM zowel de marktafbakening als de dominantieanalyse onvoldoende heeft onderzocht. Of dit bedoeld of onbedoeld is, laat KPN in het midden, maar feit is dat KPN hier de dupe wordt van de conclusie dat KPN een risico op AMM heeft. Gezien het belang van deze conclusie voor het verdere verloop en de gevolgen van de marktanalyse had ACM dit veel grondiger dienen te onderzoeken en onderbouwen.

3.2 De markt voor (bundels met) vaste internettoegang

ACM concludeert dat noch KPN, noch VodafoneZiggo beschikt over een dominante positie. Voor de korte termijn herkent KPN dit. KPN acht het echter niet uitgesloten dat VodafoneZiggo op langere termijn een dominante positie krijgt op (delen van) de markt voor (bundels met) internet als gevolg van zijn technologische voorsprong en zijn zeer sterke positie op het gebied van content.

ACM signaleert in het ontwerpbesluit een risico op gezamenlijke dominantie van KPN en VodafoneZiggo. KPN zal achtereenvolgens de criteria langslopen waaraan voldaan moet worden voordat (risico op) gezamenlijke dominantie kan worden vastgesteld en vervolgens ingaan op de manier waarop ACM deze criteria heeft toegepast. Hieruit zal blijken dat de vaststelling van een risico op gezamenlijke dominantie op drijfzand is gebaseerd en geen stand kan houden.

3.3 SMP guidelines /Airtours criteria

In (paragraaf E.3.3 van) het Ontwerpbesluit beoordeelt ACM of er op de retailmarkt voor (bundels met) vaste internettoegang sprake is van een risico op gezamenlijke AMM. Deze beoordeling geschiedt langs de lijnen van het bestaande mededingingsrechtelijke kader met betrekking tot een gezamenlijke collectieve machtspositie. ACM heeft daarbij specifiek gekeken naar de criteria die door het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de uitspraken inzake Airtours en Impala zijn genoemd, en zoveel mogelijk rekening gehouden met de voorlopige uitkomsten van de door de Europese Commissie gestarte herziening van de Richtsnoeren marktanalyse en aanmerkelijke marktmacht. Op basis van de uitkomsten van deze beoordeling komt ACM tot de conclusie dat er in afwezigheid van regulering een risico is op gezamenlijke AMM van KPN en VodafoneZiggo en dat KPN en VodafoneZiggo hun prijzen kunnen afstemmen op een boven competitief niveau. De door ACM uitgevoerde analyse vertoont volgens KPN ernstige gebreken en biedt daarom geen, en zeker geen afdoende, grondslag voor de conclusie dat er sprake is van een risico op gezamenlijke AMM.

²⁹ Zie voor nadere onderbouwing bijlage 3

De conclusie van ACM dat er in afwezigheid van regulering sprake zou zijn van een risico op gezamenlijke AMM van KPN en VodafoneZiggo is gebaseerd op de beoordeling van de navolgende criteria:

- I. KPN en VodafoneZiggo hebben een sterke prikkel om, in een markt zonder alternatieve aanbieders, tot een verstandhouding te komen en tot onderlinge afstemming over de prijzen (ontwerpbesluit paragraaf E.3.3.2)
- II. KPN en VodafoneZiggo hebben de mogelijkheid om tot een verstandhouding te komen (ontwerpbesluit paragraaf E.3.3.3)
- III. Externe stabiliteit van de verstandhouding (ontwerpbesluit paragraaf E.3.3.4)

Ad I. Prikkel tot verstandhouding

Voor de vaststelling dat KPN en VodafoneZiggo een sterke prikkel hebben om tot een verstandhouding te komen voert ACM in feite twee argumenten aan; geen vrijwillige toegang en jaarlijkse prijsverhogingen. KPN laat hieronder zien dat deze argumenten niet steekhoudend zijn.

Vrijwillige toegang

ACM verwacht dat KPN en VodafoneZiggo aan alternatieve aanbieders geen (wholesale) toegang zullen bieden tot hun vaste netwerken. In sub-paragraaf E.3.1 van het ontwerpbesluit licht ACM toe waarom zij meent dat het onwaarschijnlijk is dat de bestaande toegang tot het vaste netwerk van KPN (onder dezelfde voorwaarden) in een situatie zonder regulering zal worden gecontinueerd en dat er effectieve wholesaletoeegang wordt geboden. Daaruit blijkt dat ACM deze verwachting, net als in ULL2015, baseert op de conclusie dat de door KPN geboden wholesaletoeegang en de door KPN met alternatieve aanbieders gesloten overeenkomsten voor (gereguleerde en ongereguleerde) wholesaletoeegang onder druk van dreigende regulering tot stand zijn gekomen. ACM acht het zelfs aannemelijk dat KPN de tarieven en voorwaarden ten nadele van afnemers zal aanpassen. Om die reden laat ACM in haar analyse alle huidige toegang tot het koper- en glasvezelnetwerk van KPN buiten beschouwing, maar dat had zij om meerdere redenen niet mogen doen:

1. ACM gaat uit van uitlatingen van “meerdere partijen” (in voetnoot 379 van het ontwerpbesluit worden slechts twee marktpartijen genoemd, namelijk T-Mobile en Tele2), die tijdens de voorgaande marktanalyse (in 2015) zouden hebben aangegeven dat de VULA-overeenkomst, en daarmee ook het daarop gebaseerde referentieaanbod, niet tot stand zou zijn gekomen zonder regulering. KPN meent dat de uitlatingen van slechts twee marktpartijen die bovendien een eigen belang hadden bij de uitkomst van de voorgaande marktanalyse van ACM, wel een heel wankel basis bieden voor de verstrekkende conclusie van ACM in de huidige marktanalyse dat de bestaande toegang tot het vaste netwerk niet (onder dezelfde voorwaarden) zal worden gecontinueerd. Het ligt op de weg van ACM om deze beweringen in het kader van de huidige marktanalyse nader te onderzoeken en te actualiseren op basis van objectieve gegevens.
2. ACM gaat eraan voorbij dat de bestaande overeenkomsten voor (gereguleerde en ongereguleerde) wholesaletoeegang tot de vaste netwerken van KPN een gegeven zijn, en dat die overeenkomsten door KPN niet (eenzijdig) kunnen worden aangepast en/of beëindigd. De Europese Commissie heeft er bij herhaling op gewezen dat het bestaan van dergelijke overeenkomsten niet mag worden gepasseerd:
 - *“De conclusie van ACM dat KPN en UPC/Ziggo bij afwezigheid van regulering geen prikkel zouden hebben om tot op commerciële wijze overeengekomen wholesale-aanbiedingen te komen, met name om tariefregulering door ACM te voorkomen, is derhalve niet overtuigend.”³⁰*

³⁰ Zaak NL/2015/1727, 30 april 2015, p.17

- *“De Commissie merkt in dat verband op dat de commerciële overeenkomsten die KPN en zijn concurrenten hebben gesloten een belangrijk effect moeten hebben op een toekomstige beoordeling ten aanzien van de noodzaak van regulering. De Commissie is van mening dat het sluiten van dergelijke onvoorwaardelijke overeenkomsten met de voornaamste toegangsvragende partijen in verband met VULA en bepaalde centrale wholesale-toegangsproducten reeds een relevante factor is bij het bepalen van het passende niveau van regelgeving ex ante wat betreft de betrokken toegangsproducten. Dit is a fortiori van toepassing op de volgende marktanalyse, waarbij moet worden gekeken naar de mate waarin deze overeenkomsten met succes zijn uitgevoerd, eventuele geschillen tussen partijen vlot en tijdig zijn beslecht, en het toepassingsgebied op basis van een naar behoren aangetoonde vraag is uitgebreid met andere relevante lokale-toegangsproducten (bijvoorbeeld voor FttH), op redelijke voorwaarden die ertoe bijdragen dat investeringsprikkeles in stand worden gehouden. Op basis daarvan moet ACM beslissen of het noodzakelijk is dat zij gebruik blijft maken van haar bevoegdheden om gereguleerde voorwaarden inzake toegang op een potentieel gedereguleerde markt voor lokale toegang op wholesaleniveau vooraf te monitoren en handhaven.”³¹*
- *“In dit verband is de Commissie van oordeel dat het bestaan van enigerlei marktontwikkelingen die de kans zouden kunnen vergroten dat de relevante markt tot doeltreffende concurrentie tendeert, zoals toegangsovereenkomsten tussen aanbieders, naar behoren in aanmerking hadden moeten worden genomen in de analyse van ACM. De Commissie acht het irrelevant of deze overeenkomsten zijn aangegaan onder bedreiging van geschillenbeslechting uit hoofde van artikel 20 van de kaderrichtlijn dan wel vrijelijk zijn overeengekomen, aangezien de mededingingsanalyse in dit opzicht zou moeten zijn gebaseerd op toekomstige effecten van deze overeenkomsten op de onderliggende mededingingsdynamiek op de retailmarkt.”³²*

Ook uit de werkdocumenten die de Europese Commissie in het kader van de herziening van de Richtsnoeren marktanalyse en aanmerkelijke marktmacht heeft gepubliceerd kan worden opgemaakt dat het bestaan van commerciële overeenkomsten voor wholesaletoegang in de analyse van de concurrentiesituatie op de onderhavige retailmarkt moet worden betrokken. Zulks blijkt uit de conceptrichtsnoeren AMM (rn 88, onderstreping toegevoegd):

- *“In the absence of regulatory intervention or sustainable commercial agreements or disruptive technological innovation, it can typically be assumed that the likelihood of a disruptive entry is generally low in the short and medium term.”*

En ook uit de navolgende passage uit de toelichting op het conceptrichtsnoeren AMM (pp.37-38, voetnoten weggelaten):

- *“The CJEU identifies certain examples of common policy on which the alleged oligopolists can align their future behaviour. Accordingly, the tacitly colluding oligopolists “maximise their joint profits by increasing prices, reducing output, the choice of quality of goods and services, diminishing innovation or otherwise influencing parameters of competition.” Other forms of common understanding, particularly relevant for the retail electronic communications markets could include, as examples, (i) a refusal to conclude commercial agreement(s) for wholesale access to its network while, based on the assessment of the competitive situation at retail level, an access seekers could build a commercially viable case, or (ii) the conclusion of commercial agreements that do not allow for the long-term viability of the access seeker at the retail level (e.g. due to the presence of a margin squeeze), so that the latter cannot disrupt the alleged tacit coordination by becoming a maverick; (iii) an increased bundling of retail services accompanied by an excessive retail pricing policy pursued by the oligopolist; (iv) holding back capacity (including by not upgrading its own network) thereby merely to satisfying the needs of the present consumer base, instead of increasing it so as to acquire new customers; or (v) pursuing a network deployment model which frustrates or makes wholesale access less likely. All these behaviours have a common denominator: that the oligopolists are (likely) to pursue a long-term conduct since it outweighs any benefits of the short-term gains resulting from resorting to a competitive behaviour, the result of which is distortion or restriction of competition at the retail level.”*

³¹ Zaak NL/2015/1794, 30 november 2015, p.12

³² Zaak NL/2017/1958-1959, 10 februari 2017, p.8

Dit alles betekent dat ACM in haar analyse de aanwezigheid van alle huidige toegang tot het koper- en glasvezelnetwerk van KPN niet buiten beschouwing mag laten. Integendeel, ACM moet verifiëren dat de afnemers op deze toegang inderdaad een commercieel haalbare business case kunnen verwachten, iets dat al zit opgesloten in het feit dat de afnemers akkoord zijn gegaan met de overeenkomsten. ACM heeft een dergelijke analyse nota bene zelf ook gedaan c.q. heeft dit laten doen. In opdracht van ACM heeft WIK-Consult GmbH (hierna: WIK) ten behoeve van de huidige marktanalyse een analyse uitgevoerd van de huidige en toekomstige mogelijkheden van toegang tot koper-, glasvezel- en kabelnetwerken en een analyse gemaakt van verschillende business cases voor alternatieve aanbieders, waaronder een voor een nieuwe toetreders op basis van WBT over koper en glasvezel. Hierbij komt WIK tot de conclusie dat voor nagevoeg alle vormen van toegang een positieve business case valt te maken bij een relatief laag marktaandeel³³. In het licht van die conclusie is het onbegrijpelijk dat ACM de bestaande wholesale overeenkomsten die gedurende de gehele reguleringsperiode waarop de analyse betrekking heeft, zullen gelden – niet in haar analyse van de retailconcurrentie heeft betrokken.

3. ACM gaat eraan voorbij dat onder de gesloten VULA- en OWM-overeenkomsten de mogelijkheden voor KPN om de tarieven (en overige voorwaarden) ten nadele van afnemers aan te passen zeer beperkt zijn. Dat geldt ook voor het Verbrede Vrijwillige Aanbod dat KPN op 27 februari 2018 op de website van KPN Wholesale heeft gepubliceerd. In het kader van dat aanbod kunnen de tarieven voor MDF-access en ODF-access FttH en bijbehorende faciliteiten jaarlijks met ten hoogste de CPI-jaarmutatie worden verhoogd, net als voor VULA (zie artikel 1.7 van het VULA Amendement). Voor VULA xDSL verbindingen (op basis van koper) bestaat daarnaast slechts de mogelijkheid om één keer per jaar (en in totaal maximaal 4 keer) de tarieven voor de maandvergoedingen met € 0,33 per jaar te verhogen indien de gemiddelde beschikbare bandbreedte in dat jaar met ten minste 10 Mbit/s is toegenomen (zie artikel 1.8 van het VULA Amendement). Andere tariefsverhogingen zijn niet mogelijk. Dat biedt zekerheid en voorkomt excessieve prijzen.
4. Ook voor nieuwe technologieën in het kader van VULA (zoals Vplus en PON) wordt het risico van excessieve prijzen voorkomen door de toezegging dat de tarieven, indien partijen er niet in slagen deze commercieel overeen te komen, zullen worden vastgesteld met inachtneming van de geldende tarieven voor de onderliggende fysieke ontbundelde toegang (MDF-access, ODF-access FttH) en de met behulp van EDC vastgestelde kosten voor de actieve laag.
5. KPN heeft een economische prikkel om wholesaletoeegang te bieden. KPN is namelijk beter af met afnemers van wholesale toegangsdiensten dan zonder, zoals KPN ook heeft toegelicht in de inleiding. Dat KPN vrijwillig met tal van afnemers van wholesale toegangsdiensten overeenstemming bereikte over toegang tot zijn netwerk, geeft al een eerste indicatie maar een economische analyse kan dit punt verder verduidelijken:
 - Als KPN tegen aantrekkelijke (concurrentie bevorderende) voorwaarden en tarieven toegangsdiensten levert aan wholesale afnemers dan genereert KPN hiermee omzet en marge op groothandels-niveau. Deze omzet en marge zijn afhankelijk van het succes van de wholesale-afnemers in de markt. Naar mate zij meer afnemers zouden krijgen voor hun diensten nemen de omzet en marge van KPN op groothandelsniveau toe.
 - Anderzijds, als KPN geen of commercieel onaantrekkelijke diensten zou leveren aan wholesale-afnemers, dan verliest hij omzet en marge op groothandelsniveau, maar bereikt hij mogelijk meer omzet en marge op retailniveau, omdat het aanbod van wholesale-afnemers (deels) ten koste zou kunnen gaan van de positie van KPN op de retailmarkt: een deel van

³³ Zie ontwerpbesluit rn 123

de klanten die wholesale-afnemers bij succes op de retailmarkt zouden winnen, zouden anders mogelijk bij KPN terecht zijn gekomen of zijn gebleven.

De prikkel die KPN heeft om wholesale-afnemers al dan niet uit te sluiten is daarom in hoofdzaak afhankelijk van:

- de marge van KPN op de toegangsdiensten die hij zou leveren aan wholesale-afnemers;
- de marge van KPN op zijn eigen retaildiensten;
- de mate waarin de klanten die wholesale-afnemers zouden verwerven anders bij KPN klant zouden zijn geworden of gebleven.

Het huidige ontwerpbesluit en de openbare versie van het ULL besluit 2015 geven ten aanzien van een aantal van bovenstaande belangrijke variabelen het nodige inzicht:

- Voor de gemiddelde wholesaleprijs³⁴ voor breedbandtoegang wordt uitgegaan van een bedrag van € 16,87 per abonnee per maand, met een marge van 96%³⁵. De wholesale breedband marge zou daarmee € 16,20 bedragen.
- Voor de gemiddelde retailprijs wordt uitgegaan van een bedrag van € 35,08³⁶ per maand, met een marge van 70%³⁷. De retailmarge zou daarmee € 24,56 bedragen.
- Als diversion ratio wordt 52%³⁸ genomen. Van de wholesaleklanten die KPN zou kwijtraken bij het weigeren van toegang zou KPN er volgens ACM 52% terugkrijgen als retailklanten.
- Aangezien de retailmarge minder dan de helft is van de wholesalemarge, is uitsluiting op grond van deze gegevens niet winstgevend. Stel dat KPN door leveringsweigering 1000 wholesale klanten verliest, dan raakt hij per maand $1000 * € 16,20 = € 16.200$ aan wholesalemarge kwijt. Van deze 1000 verloren wholesaleklanten krijgt hij er 520 (52%) terug. Die leveren een retailmarge op van $520 * € 24,56 = € 12.769$. KPN zou in dit voorbeeld dus € 3000 per maand aan marge verliezen bij het weigeren van toegang.

Gelet op het aantal en het langjarige karakter van de bestaande overeenkomsten voor (gereguleerde en ongereguleerde) wholesaletoeegang tot de vaste netwerken van KPN, en het onvoorwaardelijke karakter van het langjarige Verbrede Vrijwillige Aanbod zoals gepubliceerd op de website van KPN, is verzekerd dat de markt voor (bundels met) vaste internettoegang ook in afwezigheid van regulering door duurzame concurrentie gekenmerkt zal blijven. Of KPN al dan niet een prikkel heeft om zijn vrijwillige aanbod in te trekken, is derhalve in ieder geval de komende zeven jaren niet relevant. KPN kan zich immers niet (eenzijdig) aan die overeenkomsten onttrekken. En datzelfde geldt voor de – niet onderbouwde – aannahme van ACM dat de bestaande toegang tot het vaste netwerk van KPN in afwezigheid van regulering niet onder dezelfde tarieven en voorwaarden zal worden gecontinueerd. ACM gaat er ten onrechte aan voorbij dat bij intrekking van vrijwillige wholesaletoeegang een prijsverhoging op de retailmarkt zeer onwaarschijnlijk is. Bovendien waarborgen de bestaande overeenkomsten voor (gereguleerde en ongereguleerde) wholesaletoeegang tot de vaste netwerken van KPN, en het onvoorwaardelijke karakter van het langjarige Verbrede Vrijwillige Aanbod zoals gepubliceerd op de website van KPN, dat de door ACM veronderstelde prijsstijging bij intrekking van de vrijwillige toegang niet gerealiseerd kan worden.

Jaarlijkse prijsverhogingen geen bewijs voor dominantie

³⁴ Rn 1010

³⁵ Rn 1004

³⁶ Rn 1008

³⁷ Tabel 50 ULL 2015 besluit

³⁸ Tabel 50 ULL 2015 besluit

In de tweede plaats voert ACM het “gegeven” aan dat KPN en VodafoneZiggo ieder jaar in mei prijsverhogingen in de retailmarkt aankondigen, die zij kort na elkaar in juli doorvoeren. Het door ACM toe te passen mededingingsrechtelijke kader vergt dat ACM nader onderzoek doet naar deze prijsverhogingen om te beoordelen of en, zo ja, in hoeverre ze al dan niet bewijs zijn van een prikkel tot afstemming. In het ontwerpbesluit is van een dergelijk onderzoek geen weerslag te vinden. Dat terwijl ACM in het voorbereidingstraject van het Ontwerpbesluit op 23 oktober 2017 aan KPN een informatieverzoek heeft gedaan dat op historische prijswijzigingen betrekking heeft en dat KPN op 7 november 2017 heeft beantwoord. In het licht van het door KPN gegeven antwoord is de simpele vaststelling van ACM dat KPN en VodafoneZiggo ieder jaar hun prijzen verhogen volstrekt onvoldoende om te concluderen dat deze duiden op een prikkel om tot een verstandhouding te komen³⁹. ACM dient bijvoorbeeld te onderzoeken met welke dienstverbeteringen (zoals bijvoorbeeld hogere snelheden en hogere inkoopkosten voor content) deze prijswijzigingen gepaard zijn gegaan.

Uit de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen in de zaak Impala I⁴⁰ blijkt ook dat de enkele vaststelling dat KPN en VodafoneZiggo hun tarieven jaarlijks hebben verhoogd niet volstaat om het bestaan van een collectieve machtspositie te bewijzen (rn 252, onderstreping toegevoegd):

“Zo zou bijvoorbeeld de sterke onderlinge afstemming van de prijzen over een lange periode, vooral indien deze liggen op een niveau boven dat van de normale mededinging, samen met andere factoren die typisch zijn voor een collectieve machtspositie, bij gebreke van een andere redelijke verklaring kunnen volstaan om het bestaan van een collectieve machtspositie te bewijzen, ook al zouden er geen harde directe bewijzen zijn dat de markt zeer transparant is, aangezien dit in dergelijke omstandigheden kan worden vermoed.”

ACM had dus moeten onderzoeken of de tarieven van KPN en VodafoneZiggo bovencompetitief zijn en, zo ja, of daarvoor geen andere redelijke verklaring bestaat dan een collectieve machtspositie. Dat onderzoek heeft kennelijk niet plaatsgevonden. Dit argument kan daarom niet ten grondslag worden gelegd aan de vaststelling dat KPN en VodafoneZiggo een sterke prikkel hebben om tot een verstandhouding te komen.

Ad II. Mogelijkheid tot verstandhouding

Volgens ACM hebben KPN en VodafoneZiggo niet alleen de prikkel maar ook de mogelijkheid om tot een verstandhouding te komen. Tot die conclusie komt ACM op basis van een beoordeling van een aantal criteria die – in de woorden van ACM – zijn ontleend aan de gerechtelijke uitspraken inzake Airtours en Impala, en de conceptrichtsnoeren AMM. Alvorens op de beoordeling van deze criteria te reageren, gaat KPN in op het mededingingsrechtelijke toetskader dat bij de beoordeling van gezamenlijke dominantie in acht moet worden genomen en met name op de daarbij op ACM rustende bewijslast.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is in zijn arrest van 10 juli 2008⁴¹ zeer duidelijk over de wijze waarop de relevante criteria voor de beoordeling of op een bepaalde relevante markt sprake is van (een risico op) gezamenlijke dominantie moeten worden toegepast (onderstreping toegevoegd):

“125. Bij de toepassing van deze criteria dient een mechanische benadering te worden vermeden die erin bestaat dat elk van deze criteria afzonderlijk wordt gecontroleerd en voorbij wordt gegaan aan

³⁹ Antwoorden van 7 november 2017 op wholesale- en retailvragen van ACM in het kader van de marktanalyse ontbundelde toegang. Kenmerk: L/17/U/035

⁴⁰ 13 juli 2006, EU:T:2006:216

⁴¹ EU:C:2008:392, Impala II

het algemene economische mechanisme dat achter een hypothetische stilzwijgende coördinatie schuilgaat.

126. De transparantie van een bepaalde markt mag bijvoorbeeld niet op zich en in abstracto worden beoordeeld. Deze transparantie dient te worden beoordeeld in het licht van een hypothetische stilzwijgende coördinatie. Slechts indien rekening wordt gehouden met een dergelijke hypothese, kan immers worden nagegaan of eventuele transparantie bevorderende elementen op een markt de stilzwijgende vaststelling van een gemeenschappelijke gedragslijn daadwerkelijk kunnen bevorderen en/of de betrokken concurrenten in staat kunnen stellen om in voldoende mate te controleren of de regels van de coördinatie in acht worden genomen. Bij de beoordeling van de duurzaamheid van een vermeende stilzwijgende coördinatie dient rekening te worden gehouden met de controle mogelijkheden die eventueel ter beschikking staan van de deelnemers aan deze stilzwijgende coördinatie. Aldus kan worden nagegaan of zij dankzij deze mogelijkheden voldoende nauwkeurig en snel kunnen achterhalen hoe het marktgedrag van elk van de andere deelnemers aan deze coördinatie evolueert.
129. Ook kan het onderzoek naar een vooraf bestaande collectieve machtspositie dat is gebaseerd op een reeks elementen die gewoonlijk worden beschouwd als een aanwijzing dat er daadwerkelijk of waarschijnlijk sprake is van stilzwijgende coördinatie tussen concurrenten, dus als zodanig niet ter discussie worden gesteld. Zoals blijkt uit punt 125 van het onderhavige arrest, is het evenwel absoluut noodzakelijk dat dit onderzoek met de nodige omzichtigheid wordt verricht en vooral dat hierbij wordt uitgegaan van mogelijke plausibele coördinatiestrategieën.
130. In casu dient evenwel te worden vastgesteld dat het Gerecht in antwoord op de argumenten van Impala die met name betrekking hadden op de delen van de litigieuze beschikking die gewijd waren aan de transparantie van de markt, deze delen niet heeft onderzocht in het licht van enig controlemechanisme dat in het kader van een plausibele theorie van stilzwijgende coördinatie te berde zou zijn gebracht."

ACM kan in de beoordeling van (een risico op) gezamenlijke AMM dus niet volstaan met het "afvinken" van een aantal relevante criteria, maar moet bewijzen dat het economische model ook werkt. Dat is onder de conceptrichtsnoeren AMM niet anders. Zie rn 74 (onderstreping toegevoegd):

"74. The type of evidence that is available to NRAs in markets that are regulated at the time of the analysis will be different in character to the evidence that is available in markets that are not regulated. However, NRAs might still be able to adduce evidence on market structure and behaviour, for example in cases where the regulation in place may not have fully redressed the observed market failures. This does not mean that the standard of proof should be lower, or that the mechanism of tacit coordination that is hypothesised should be different."

De uitspraken inzake Airtours en Impala bevatten inderdaad de relevante criteria voor de *beoordeling* of op een bepaalde relevante markt sprake is van (een risico op) gezamenlijke dominantie. Dat zijn, kort gezegd:

- a. de markt moet voldoende transparant zijn,
- b. de betreffende ondernemingen moeten voldoende geprikkeld worden om een stilzwijgende afgestemde gemeenschappelijke gedragslijn na te leven,
- c. er moet een effectief mechanisme zijn voor afschrikking of vergelding bij niet-naleving van de gemeenschappelijke gedragslijn, en
- d. de resultaten die de betreffende ondernemingen van het gezamenlijke beleid verwachten, kunnen niet worden ondermijnd door bestaande of toekomstige concurrenten of klanten

Voor de toepassing van deze criteria in het kader van ex ante marktanalyses bieden de Richtsnoeren AMM van de Europese Commissie (in paragraaf 3.1.1.2) een aantal handreikingen:

97. *Deze analyse wordt vereenvoudigd door te kijken naar een aantal criteria die in bijlage II van de kaderrichtlijn zijn samengevat en die ook door de Commissie zijn gebruikt bij de toepassing van het begrip collectieve machtspositie in het kader van de concentratieverordening. Volgens deze bijlage kan „van twee of meer ondernemingen worden geconstateerd dat zij een gezamenlijke*

machtspositie hebben in de zin van artikel 14 indien zij, ook al zijn er geen structurele of andere banden tussen hen, opereren op een markt waarvan de structuur gecoördineerde effecten bevordert. Behoudens de jurisprudentie van het Hof van Justitie betreffende gezamenlijke collectieve machtspositie, zal dit waarschijnlijk het geval zijn als de markt een aantal passende kenmerken vertoont, met name inzake marktconcentratie, transparantie en andere hierna genoemde kenmerken:

- *een volgroeide markt*
- *stagnerende of matige groei aan de vraagzijde*
- *geringe elasticiteit van de vraag*
- *een homogeen product*
- *vergelijkbare kostenstructuren*
- *vergelijkbare marktaandelen*
- *het ontbreken van technische innovatie, volgroeide technologie*
- *geen overcapaciteit*
- *hoge drempels bij het betreden van de markt*
- *geen tegenwicht aan koperszijde*
- *geen potentiële concurrentie*
- *verschillende informele of andersoortige banden tussen de betrokken ondernemingen*
- *vergeltingsmechanismen*
- *het geheel ontbreken van of weinig ruimte voor prijsconcurrentie*

98. *In bijlage II van de kaderrichtlijn wordt uitdrukkelijk gesteld dat het hierbij niet om een uitputtende lijst gaat en dat de criteria niet cumulatief zijn. De lijst dient ter illustratie van de factoren die als bewijs kunnen dienen om het bestaan van een collectieve (oligopolide) machtspositie in de vorm van stilzwijgende coördinatie aan te tonen. Zoals eerder gesteld, blijkt uit bovenstaande lijst dat het bestaan van structurele banden tussen de betrokken ondernemingen geen noodzakelijke voorwaarde is voor de vaststelling van een collectieve machtspositie. Het is evenwel duidelijk dat waar dergelijke banden bestaan, zij, tezamen met andere voornoemde criteria, de verklaring vormen waarom in een gegeven oligopolide markt coördinatie van het concurrentiegedrag kan ontstaan. Indien dergelijke banden ontbreken dient, teneinde vast te stellen of een markt bevorderlijk is voor het ontstaan van een collectieve machtspositie, in de vorm van stilzwijgende coördinatie, een aantal kenmerken van de markt te worden geanalyseerd. Ofschoon deze kenmerken dikwijls worden gepresenteerd in de vorm van bovenstaande lijst, dienen zij toch allemaal te worden onderzocht en dient een volledige analyse plaats te vinden in plaats van een mechanische toepassing van een checklist. Afhankelijk van de omstandigheden in kwestie, zal het feit dat een van de structurele elementen die gewoonlijk met een collectieve machtspositie samenhangen, niet duidelijk aanwezig is, op zichzelf niet voldoende zijn om de mogelijkheid van het bestaan van een gecoördineerd resultaat uit te sluiten.*

In het licht hiervan is het voor KPN niet duidelijk hoe ACM is gekomen tot de set van zeven criteria die in sub-paragraaf E.3.3.3 van het ontwerpbesluit worden behandeld. Ook uit de conceptrichtsnoeren AMM kan deze lijst niet worden afgeleid⁴². Het lijkt erop dat ACM de beoordeling op basis van een eigen lijst heeft uitgevoerd. Daarmee is echter niet voldaan aan het vereiste dat ook in het

⁴² De herziene richtsnoeren beogen geen inhoudelijke wijziging van het relevante toetsingskader, maar bevatten een overzicht van recente jurisprudentie en behandelen een aantal relevante kwesties die in de afgelopen jaren prominenter zijn geworden, zoals de verschuiving van monopolistische naar oligopolistische marktstructuren (zie: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/revision-guidelines-significant-market-power-commission-publishes-drafts-revised-guidelines-and>). Dat geen inhoudelijke herziening is beoogd kan ook worden afgeleid uit een uittaling van Anthony Whelan (European Commission, DG Connect, director of directorate B) tijdens een door WIK Consult op 30 maart 2018 georganiseerde bijeenkomst in Brussel: “*the European Commission expects joint dominance cases to continue being relatively rare even after more guidance on how to address oligopolistic market structures will be provided to NRAs in the revised significant market power (SMP) guidelines*”

kader van een marktanalyse op grond van artikel 6a.2 Tw een analyse van (een risico op) gezamenlijke dominantie moet plaatsvinden op basis van de criteria die in de relevante jurisprudentie zijn ontwikkeld. De door ACM uitgevoerde analyse voldoet niet aan dat vereiste.

In de navolgende economische analyse laat KPN zien dat er op de onderhavige markt geen sprake is van (een risico op) gezamenlijke dominantie.

Ten onrechte overeengekomen wholesaletoeegang genegeerd

Zoals hierboven⁴³ is uiteengezet, mag ACM de bestaande met marktpartijen overeengekomen wholesalediensten niet negeren in de concurrentieanalyse. Het negeren van alle wholesale overeenkomsten leidt tot een analyse van een marktsituatie die zich met zekerheid nooit zal voordoen. Dat er zich in een prospectieve analyse onzekerheden voordoen is onvermijdelijk. Dit mag er echter niet toe leiden dat ACM zijn toevlucht neemt tot aannames waarvan op voorhand vast staat dat die zich nooit zullen voordoen. Het negeren van bestaande wholesale overeenkomsten is derhalve een cruciale fout in de dominantieanalyse van zowel de retailmarkt voor (bundels met) vaste internettoegang als de in het volgende hoofdstuk besproken wholesalem Markt.

ACM moet zich er heel wel van bewust zijn dat er nooit een risico op gezamenlijke dominantie kan worden vastgesteld als de concurrentieanalyse plaatsvindt in aanwezigheid van de bestaande wholesale overeenkomsten. Dat concurrenten op basis van de tarieven en voorwaarden uit die overeenkomsten de concurrentiestrijd op de retailmarkt aan kunnen gaan is door WIK⁴⁴ reeds vastgesteld. De overeenkomsten bevatten geen mogelijkheid om deze eenzijdig ten nadele van wholesale-afnemers aan te passen. Daarnaast heeft KPN hierboven uiteengezet⁴⁵ dat KPN een economische prikkel heeft om wholesaletoeegang te bieden. Wholesale-afnemers zullen daarom op basis van de overeengekomen wholesalediensten volop de concurrentiestrijd kunnen aangaan, hetgeen ook blijkt uit de aanwezige dynamiek op de retailmarkt. Er zal dus geen sprake zijn van een markt met slechts twee aanbieders en er is evenmin sprake van significante toetredingsdrempels. De fundering van het gezamenlijke dominantieverhaal is daarmee op drijfzand gebouwd.

De economische literatuur⁴⁶ is ook heel duidelijk over het effect van de lage toetredingsdrempels die het gevolg zijn van KPN's wholesale aanbod. De auteurs uit genoemde literatuur (waaronder Nobelprijswinnaar Jean Tirole) stellen hierover het volgende:

Collusion cannot be sustained in the absence of entry barriers and it is more difficult to sustain, the lower the entry barriers.

Symmetrie in marktaandelen is te simpele voorstelling van zaken

ACM stelt dat de marktaandelen van KPN en VodafoneZiggo ongeveer gelijk zijn en dat dat in belangrijke mate bijdraagt aan de mogelijkheid van beide partijen om tot een verstandhouding te komen. Dit is een veel te simpele voorstelling van zaken.

Zoals bij ACM bekend zijn de marktaandelen op bijvoorbeeld televisie, tripleplay bundels en mobiel verre van gelijk. Bij dergelijke verschillen in marktaandeel is een gezamenlijke dominantie verre van aannemelijk. In onderstaande figuur staan van diverse diensten de marktaandelen per Q4 2017 van KPN en VodafoneZiggo volgens TelecomPaper.

Marktaandelen vlg. TelecomPaper	KPN	VodafoneZiggo
---------------------------------	-----	---------------

⁴³ Ad I onderdeel vrijwillige toegang

⁴⁴ Ad I sub 2, slotalinea

⁴⁵ Ad I sub 5

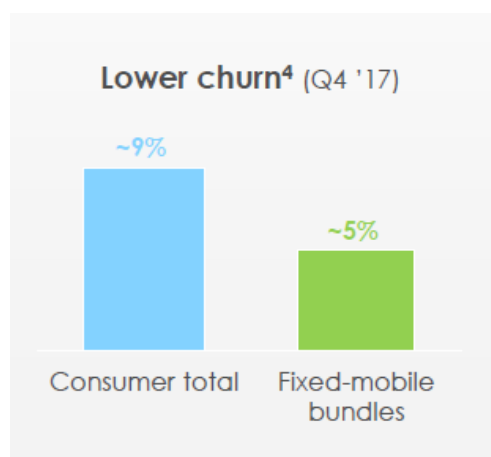
⁴⁶ The Economics of Tacit Collusion; Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole; Final Report for DG Competition, European Commission; March 2003

Breedband ⁴⁷	41%	43,7%
3P ⁴⁸	35,9%	53,6%
Televisie ⁴⁹	31,8%	52,4%
Vaste telefonie ⁵⁰	41,1%	41,9%
Mobiel ⁵¹	43,1%	30,6%

Bij een groot verschil in marktaandeel zal de partij met het laagste marktaandeel een sterkere prikkel hebben om het evenwicht te verstoren omdat die partij ook het minst te verliezen heeft bij een eventuele vergelding. Die angst voor vergelding wordt nog verder verlaagd door het marktgegeven dat de churn afneemt met het aantal diensten in een bundel. Ziggo gaf dit al aan in zijn kwartaalrapportage⁵² over Q2 2014 waarin Ziggo het volgende schreef:

Churn on all other product lines, and for dual play and the All-in-1 bundle in particular, is significantly lower than churn among TV-only subscribers. Therefore, we will continue to focus on upgrading customers to our dual and triple play bundles.

Recenter heeft KPN in zijn Q4 presentatie aangegeven dat het toevoegen van mobiel aan bestaande bundels een grote churnreductie tot gevolg heeft:



Figuur 2: Churnreductie bij vast-mobiele bundels

Zoals in de inleiding aangegeven, wordt ook het tv- en content-aanbod veelvuldig gebruikt in promoties om multiplay-pakketten aan te bieden en daarmee churn te reduceren.⁵³ Zolang er nog een significante installed base van single, dual- en tripleplay klanten is, houden partijen een sterke prikkel om door middel van scherpe aanbiedingen diensten toe te voegen aan hun bestaande bundels om zodoende de churn verder te reduceren. Partijen zullen daarbij vooral waarde toekennen aan de churnreductie als gevolg van een toenemend aantal diensten in een bundel en zullen zich hierin nauwelijks laten afschrikken door een mogelijke toekomstige vergelding.

⁴⁷ TP: Research – DUTCH BROADBAND 2017 Q4, 16 maart 2018

⁴⁸ TP: Research – DUTCH BROADBAND 2017 Q4, 16 maart 2018

⁴⁹ TP: Research – DUTCH TELEVISION MARKET 2017 Q4, 21 maart 2018

⁵⁰ TP: Research – DUTCH FIXED TELEPHONY MARKET 2017 Q4, 22 maart 2018

⁵¹ TP: Research – DUTCH MOBILE OPERATORS Q4 2014, 19 maart 2018

⁵² https://www.ziggo.com/resources/documents/Quarterly_Reports/Earnings%20release%20Q2%202014%20def.pdf, p 8

⁵³ TelecomPaper bericht 'Uit diverse Operators gebruiken tv vooral als promotie voor multiplay', 20 februari 2018. Link: <https://www.telecompaper.com/achtergrond/operators-gebruiken-tv-vooral-als-promotie-voor-multiplay--1232774>

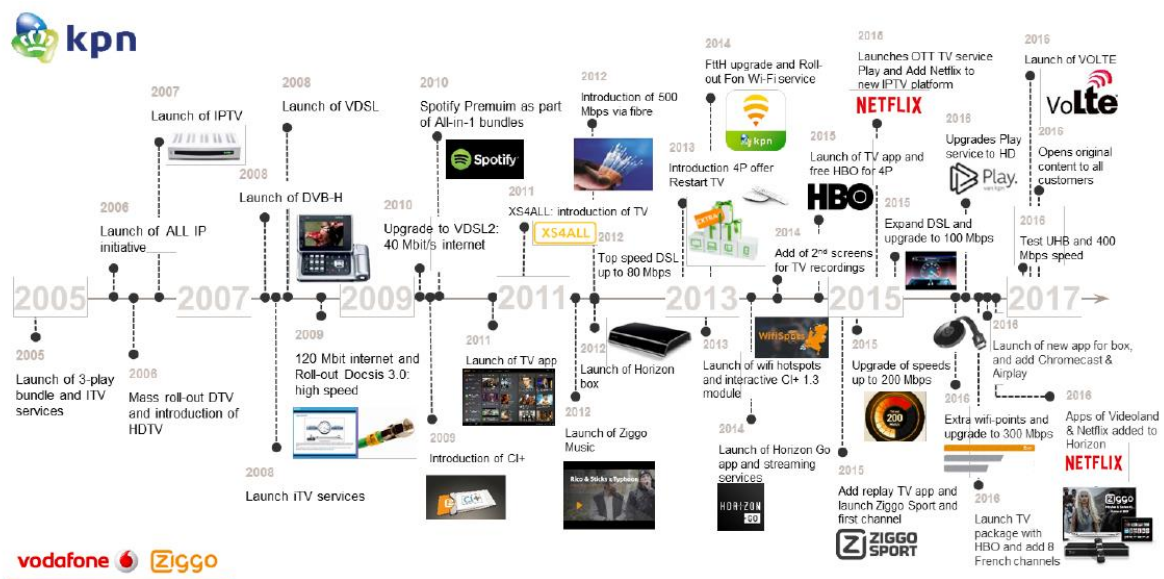
In de eerder geciteerde economische literatuur (zie voetnoot 46) wordt er op gewezen dat een asymmetrie in marktaandeelen vaak op andere verschillen duidt, zoals verschillen in kosten en/of kwaliteit. De auteurs uit genoemd artikel stellen hierover het volgende:

While it may not constitute the main relevant factor for a correct analysis of an industry, market share asymmetry may reflect more profound and relevant asymmetries that tend to make collusion more difficult to sustain.

Het onderzoek van de ACM met betrekking tot marktaandeelen volstaat dus niet om gezamenlijke dominantie aan te tonen.

Innovatie genegeerd

In tegenstelling tot wat ACM ten aanzien van dienstinnovaties beweert,⁵⁴ werken veelvuldige dienstinnovaties wel degelijk destabiliserend op een verstandhouding. Er zijn de afgelopen jaren met grote regelmaat (en dit gebeurt nog steeds) dienstinnovaties doorgevoerd door beide partijen, zoals geïllustreerd in onderstaande figuur⁵⁵.



De dienstinnovatie van zowel KPN als Ziggo concentreert zich op dit moment vooral rond de iTV App⁵⁶, waarbij beide partijen elkaar voortdurend de loef proberen af te steken met nieuwe features. Dit haasje-over effect van dienstinnovaties zal voorlopig door blijven gaan.

Volgens de hierboven geciteerde economische literatuur⁵⁷ is een verstandhouding moeilijker te handhaven in markten waar veelvuldig innovaties voorkomen. De auteurs stellen hierover het volgende:

“Innovation makes collusion on prices less easy to sustain. The reason is that innovation, particularly drastic ones, may allow one firm to gain a significant advantage over its rivals. This prospect reduces

⁵⁴ Rn 1249-1250

⁵⁵ Uit Oxera rapport ‘Regulating oligopolies in electronic communications markets: supplementary discussion paper’, van 4 januari 2018 in opdracht van Liberty Global

⁵⁶ TelecomPaper ‘KPN vernieuwt Interactieve TV App, 4 april 2018’. Link: <https://www.telecompaper.com/nieuws/kpn-vernieuwt-interactieve-tv-app--1238742>

TelecomPaper 'Ziggo werkt aan Ziggo Go app voor smart TV's', 23 februari 2018

<https://www.telecompaper.com/nieuws/ziggo-werkt-aan-ziggo-go-app-voor-smart-tvs--1233301>

⁵⁷ zie voetnoot 46

both the value of future collusion and the amount of harm that rivals will be able to inflict if the need arises.”

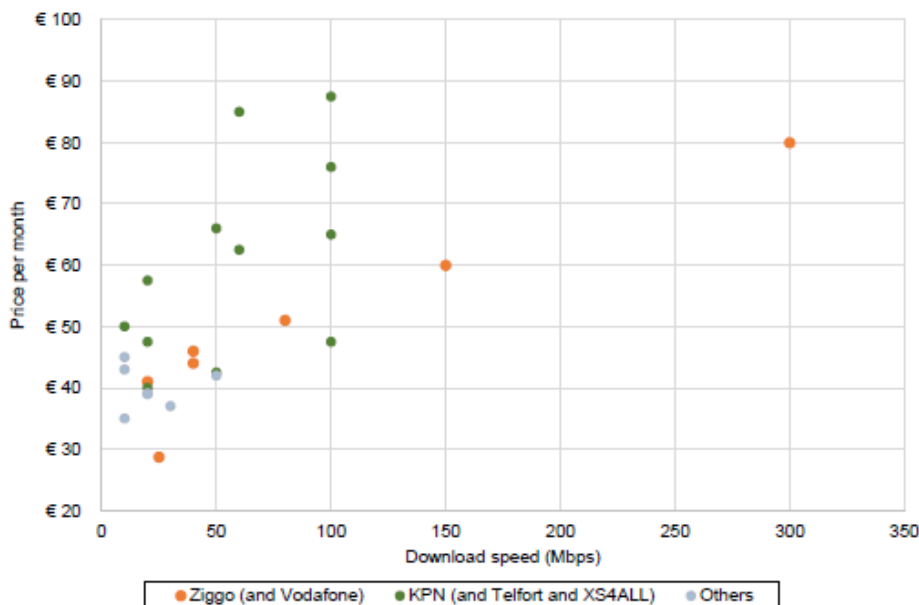
En

“Collusion on innovation strategies is subject to the observations made for the impact innovation and particularly complex to implement. It would suffer from substantial transparency problems, making it hard to monitor. The inherent uncertainty attached to R&D projects and the time lags usually involved would further contribute to make such collusion difficult. Collusion on R&D has thus to be considered as very unlikely.”

Innovatie is dus enerzijds lastig te monitoren door een andere partij en kan anderzijds een van de participanten in een (veronderstelde) verstandhouding alsnog een blijvend voordeel geven. Afwijken van het afgestemde gedrag wordt dan wel heel aantrekkelijk en vergelding erg onwaarschijnlijk.

Diversiteit aan prijzen maakt “focal point” minder waarschijnlijk

De Nederlandse markt kenmerkt zich door een veelheid aan bundels met zeer veel prijspunten. Daarnaast is er een groot verschil in marktbenadering tussen KPN en VodafoneZiggo. Zo hanteert KPN een multi-brand strategie met merken KPN, Telfort en Xs4All. VodafoneZiggo daarentegen hanteert één merk en publiceert slechts een beperkt deel van het portfolio direct zichtbaar op de website. Met name met de goedkopere abonnementen met beperkte snelheden wordt niet actief geadverteerd. VodafoneZiggo kiest hier dus een totaal andere marktbenadering voor het “no-frills” marktsegment dan KPN. Onderstaande figuur⁵⁸ geeft een indruk van de vele prijspunten in de markt:



Figuur 3: Prijspunten en download snelheden in 3play producten in Nederland medio 2017 volgens Oxera. Bron: Ziggo data (February 2017) and Oxera analysis.

De veelheid aan prijspunten en het gegeven dat niet alle prijspunten meteen zichtbaar zijn dragen bij aan de beperkte transparantie van de markt. Hierdoor is afwijkend gedrag moeilijk vast te stellen, hetgeen het lastig maakt om afwijking van de verstandhouding vast te stellen. Ook het feit dat

⁵⁸ Afkomstig uit Oxera rapport Regulating oligopolies in electronic communications markets – Discussion paper prepared for Liberty Global, van september 2017, p.42

partijen geen beeld hebben van de aantallen per prijspunt maakt het lastig om vast te stellen of partijen afwijken van de vermeende verstandhouding.

Destabiliserende werking van mobiele aanbieders niet onderzocht

Ook als mobiel internet niet tot de relevante markt wordt gerekend, moet rekening worden gehouden met mogelijke acties van mobiele partijen die de stabiliteit van een verstandhouding kunnen ondermijnen. In 2007 was dat een van de redenen voor de Europese Commissie om in Malta een tweede fase onderzoek te starten in een artikel 7 procedure⁵⁹ naar aanleiding van een voorgenomen besluit van de NRI op Malta om het kabelbedrijf en het telecombedrijf op Malta gezamenlijk dominant te verklaren op de WBT-markt. In Nederland zijn er vier mobiele netwerken waarvan twee in handen van partijen die geen eigen vast (aansluit)netwerk hebben. T-Mobile biedt een abonnement⁶⁰ voor thuisgebruik op basis van hun 4G netwerk, inclusief wifi router, die een alternatief kan zijn voor een vaste aansluiting. Dergelijke aanbiedingen kunnen de stabiliteit van een verstandhouding ondermijnen. Een toetreders heeft namelijk weinig te vrezen van reacties van de bestaande partijen in een oligopolie en zal dus geen rekening houden met mogelijke toekomstige vergeldingsacties van de marktpartijen.

Criteria voor vaststelling van gezamenlijke dominantie

Aan de hand van bovenstaande economische analyse heeft KPN laten zien dat op de onderhavige relevante markt niet wordt voldaan aan de criteria voor vaststelling van (een risico op) gezamenlijke dominantie van KPN en VodafoneZiggo. Dit is de analyse die ACM had moeten uitvoeren, maar niet althans niet volledig heeft uitgevoerd. Volledigheidshalve gaat KPN hieronder nog in op de criteria die ACM heeft getoetst. Ook daaruit blijkt dat ACM niet in de bewijslast is geslaagd.

(i) **Symmetrie tussen partijen**

Hierboven heeft KPN laten zien dat ACM op dit punt een veel te simpele voorstelling van zaken geeft. Van een stabiele verstandhouding tussen KPN en VodafoneZiggo is geen sprake. Evident op de zakelijke markt, maar ook duidelijk zichtbaar op de andere markten.

(ii) **Frequentie van de interactie**

ACM stelt dat de voortdurende interactie tussen KPN en VodafoneZiggo en het feit dat consumenten niet gebonden zijn aan een lange contractduur meebrengen dat KPN en VodafoneZiggo er weinig baat bij hebben om af te wijken van het gecoördineerde evenwicht omdat een prijsverlaging zal leiden tot overstap en dus effectief zal worden afgestraft. Deze stelling is te kort door de bocht. Consumenten hebben weliswaar na afloop van de minimumcontractduur contractueel de mogelijkheid om over te stappen, maar er kunnen andere redenen zijn om niet over te stappen (zoals de wens om bepaalde content te kunnen blijven afnemen). Bovendien heeft ACM bij dit criterium alleen gekeken naar de prijs. De frequentie van interactie bij dienstinnovaties is lager en bij grootschalige netwerkinnovaties nog veel lager. De analyse van ACM is dus te beperkt om daaraan de conclusie te kunnen verbinden dat er sprake is van een hoge frequentie van interactie.

(iii) **Complexiteit en stabiliteit van de markt**

Ook hier beroept ACM zich weer op het uitgangspunt dat er op de onderhavige markt in afwezigheid van regulering sprake zou zijn van twee marktpartijen. Dat uitgangspunt is echter onjuist, zoals KPN hierboven duidelijk heeft laten zien.

⁵⁹ Article 7 Case MT/2007/0563

⁶⁰ Zie <https://www.totaaltv.nl/nieuws/tmobile-komt-met-unlimited-4gabonnement-voor-de-huiskamer/> of voor meer details <https://www.t-mobile.nl/4g-voor-thuis>

Voorts suggereert ACM⁶¹ dat de focus die KPN is gaan leggen op het upgraden van het kopernetwerk is ingegeven door het verkrijgen van de volledige zeggenschap in Reggefiber. Die suggestie is onjuist. De prioriteitsverschuiving is ingegeven door het kostenverschil en de snelheid tussen upgraden van het kopernetwerk en de aanleg van FttH-glas, de doorlooptijden die ermee gemoeid zijn, en het gebrek aan investeringszekerheid. Van een afwachtende houding van KPN is dus geen sprake. Integendeel, de zware concurrentie op de onderhavige markt dwingt KPN tot het doen van substantiële investeringen om de concurrentiekracht van de kabel het hoofd te bieden. Maar er zijn ook andere omstandigheden die hierbij een rol spelen, zoals ontwikkelingen op het gebied van vaste en mobiele technologie. Hierboven heeft KPN⁶² al aangetoond dat op de onderhavige markt sprake is van veelvuldige dienstinnovaties die wel degelijk destabiliserend werken. Al met al meent KPN dat de conclusie van ACM dat de markt voor (bundels met) internettoegang relatief stabiel is en bovendien een beperkte mate van complexiteit kent geen stand houdt.

(iv) **Mate waarin partijen zich richten op de korte dan wel de lange termijn**

Ook hier gaat ACM erg kort door de bocht. De argumenten van ACM hebben namelijk alleen betrekking op netwerkinvesteringen en niet op dienstinnovaties. Bovendien vinden er veel veranderingen plaats op de telecommarkt waar partijen op moeten reageren. Zo brengt zowel KPN als VodafoneZiggo met grote regelmaat updates uit van hun apps voor interactieve televisie. Met deze apps kunnen eindklanten TV kijken op een smartphone, tablet en laptop in heel de EU, alsmede opnames starten, terugkijken en nog veel meer. Een goede app bij interactieve televisie is een noodzaak in de markt. De introductie en snelle groei van Netflix heeft de internet service providers gedwongen om snel hun backbone capaciteit uit te breiden. Bovendien staat zowel KPN als VodafoneZiggo onder druk van aandeelhouders die niet alleen op lange- maar ook op korte termijn resultaten willen zien.

(v) **Coördinatiemechanisme**

Blauw⁶³ heeft verschillende prijselasticiteiten vastgesteld voor de verschillende platformen (koper (-2,9), glas (-2,0), coax (-2,3)), en dat suggereert dat partijen wel degelijk een prikkel hebben om af te wijken van de verstandhouding omdat de mogelijke benefits van de hogere elasticiteit hoger zijn dan de verliezen vanwege de vergelding. Zo zou KPN bij een prijsverlaging van 10% zijn klantenbestand volgens Blauw met 29% op koper kunnen laten groeien. Om die 29% extra klanten weer terug te winnen zal VodafoneZiggo zijn prijzen met bijna 13% moeten laten dalen. Het is maar de vraag of deze vergelding nog geloofwaardig is.

(vi) **Transparantie**

Hierboven heeft KPN aangegeven dat de veelheid aan prijzen, bundels, de multi-brand strategie en de veelheid aan dienstinnovaties de transparantie juist beperken. ACM maakt een veel te simpele voorstelling van zaken waarbij alleen naar de prijzen gekeken wordt van een beperkt aantal aanbiedingen. Uit het eerder genoemde onderzoek van Blauw Research⁶⁴ blijkt dat de (exclusieve) content van VodafoneZiggo een grote impact heeft op de keuze door de consument van de televisie-aanbieder.

(vii) **Disciplineringsmechanisme**

ACM beschrijft in zeer algemene termen hoe een disciplineringsmechanisme er uit zou kunnen zien en focust daarbij wederom alleen op prijs. Hierboven heeft KPN aangegeven

⁶¹ Rn 1244

⁶² Onder het kopje "Innovatie genegeerd"

⁶³ Blauw (2017, bundels), p.31

⁶⁴ Rapport 'De rol van (exclusieve) content bij de keuze van een TV-aanbieder' van Blauw Research, maart 2018

dat onder andere bij dienstinnovaties en netwerkinnovaties het disciplineringsmechanisme juist helemaal niet werkt en dat klanten andere eigenschappen (dan prijs) van de dienst en van de dienstverlening vooraan zetten.

Ad III. Externe stabiliteit van de verstandhouding

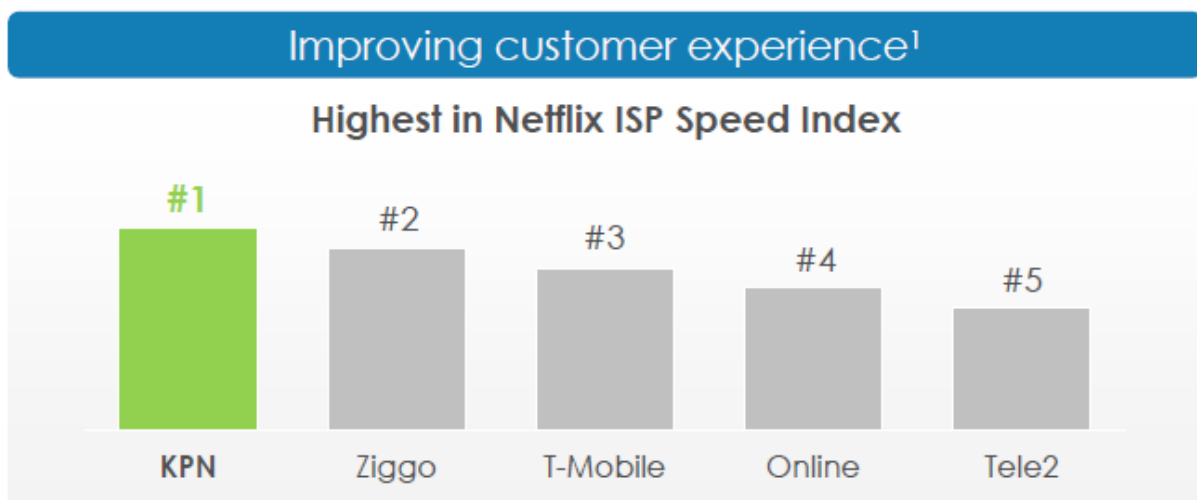
Volgens ACM is een verstandhouding alleen duurzaam van aard als deze niet alleen intern, maar ook extern stabiel is. Om dat te beoordelen heeft ACM de invloed van twee factoren op de verstandhouding onderzocht, namelijk de reacties van buitenstaanders en kopersmacht.

Wat de eerste factor betreft is het onderzoek van ACM wederom gebaseerd op het uitgangspunt dat er op de onderhavige markt in afwezigheid van regulering sprake zou zijn van twee marktpartijen. Dat uitgangspunt is echter onjuist, zoals KPN hierboven heeft laten zien. ACM erkent wel de positie van EQT, maar acht het marktaandeel van die aanbieder te klein om van (versturende) invloed te zijn op het beweerde evenwicht tussen KPN en VodafoneZiggo. Dit is echter in de context en schaal van een landelijke markt. Bekeken in de context van de relevante klanten c.q. het verzorgingsgebied ziet het er anders uit. KPN wil daarmee niét stellen dat er geen sprake zou zijn van een landelijke markt, maar omgekeerd zou ACM de kracht van een aanbieder als EQT inclusief Delta en Caiway als tegenhanger voor KPN en soms KPN én VodafoneZiggo niet mogen beoordelen door niet mede in te zoomen op het relevante verzorgingsgebied.

Afgezien daarvan meent KPN dat ACM bij de beoordeling van dit criterium nog een derde factor had behoren te onderzoeken, namelijk de destabiliserende werking van mobiele netwerken. Zoals hierboven toegelicht kunnen mobiele netwerken, ook al worden ze (nog) niet tot de onderhavige markt gerekend, wel degelijk een destabiliserende werking hebben op een eventuele verstandhouding.

Destabiliserende werking van OTT-aanbieders

ACM stelt⁶⁵ dat er van OTT geen destabiliserende werking zal uitgaan. ACM gaat daarbij te makkelijk voorbij aan de grote invloed die OTT-partijen hebben op de internetmarkt. Zo zorgt Netflix er voor dat internet service providers voldoende capaciteit in hun netwerk hebben om de Netflix video streams ongestoord bij de gebruiker uit te laten komen. Om internet service providers te prikkelen om voldoende snelheid te (blijven) leveren worden met regelmaat ranglijsten gepubliceerd, waarin de providers vergeleken worden op de snelheid waarmee Netflix de huiskamer binnen komt, ook wel de Netflix Speed Index genoemd. Deze Netflix speed index wordt vaak door de pers overgenomen. Via dit soort publiciteit hebben partijen als Netflix dus via hun grote gebruikersgroep grote



⁶⁵ Rn 1274 en 1275

invloed op de investeringsbeslissingen van internet service providers. Dat blijkt onder meer uit de Netflix Speed Index van december 2017, zoals opgenomen in KPNs kwartaalrapportage over Q4 2017⁶⁶.

Conclusie dominantie retailmarkt voor (bundels met) vaste internettoegang

Zoals KPN hierboven heeft aangetoond biedt de door ACM uitgevoerde analyse geen, en zeker geen afdoende, grondslag voor de conclusie dat er sprake is van een risico op gezamenlijke dominantie van KPN en VodafoneZiggo:

- KPN zal, anders dan ACM veronderstelt, in afwezigheid van regulering, niet stoppen met het leveren van wholesaletoegang en zal evenmin de tarieven en voorwaarden van die toegang ten nadele van afnemers aanpassen;
- er zijn geen aannemelijke focal points voor een (stilzwijgende) afstemming van KPN en VodafoneZiggo met betrekking tot bijvoorbeeld prijzen, marktaandeel of investeringen;
- er zijn geen geloofwaardige vergeldingsmechanismen om de andere partij in geval van afwijkingen te disciplineren;
- KPN en VodafoneZiggo worden beide wel gedisciplineerd, niet alleen door operators zoals T-

Figuur 4: Netflix speed index december 2017

Mobile, Tele2 en M7 die niet volledig afhankelijk van gereguleerde toegang zijn omdat ze ook mobiele operators zijn dan wel diensten op basis van satelliet aanbieden, maar ook door OTT-aanbieders.

Ter nadere onderbouwing van bovenstaande zienswijze verwijst KPN naar de rapporten van RBB Economics⁶⁷ die als bijlage 4 bij deze reactie worden meegezonden.

4. Marktafbakening en concurrentieanalyse wholesale markt

4.1 Marktafbakening

Samenvoeging markten 3a en 3b komt uit de lucht vallen

Waar ACM 2 jaar geleden in ULL2015 nog tot de conclusie kwam dat de markten 3a en 3b uit de EC-aanbeveling relevante markten 2014⁶⁸ separate markten waren, komt ACM nu tot de conclusie dat de markten 3a en 3b niet langer gescheiden zijn. Dat is bijzonder omdat er zich in de markt geen veranderingen hebben voorgedaan die ertoe leiden dat de conclusie ten aanzien van de marktafbakening uit 2015 zou moeten wijzigen. De wijziging lijkt vooral gedreven door de wens om kabeltoegang te kunnen reguleren. Zonder deze kunstgreep zou ACM namelijk niet tot de conclusie van gezamenlijke dominantie op de WFA markt kunnen komen en daarmee ook niet tot kabelregulering op basis van deze marktanalyse.

⁶⁶ <http://ir.kpn.nl/phoenix.zhtml?c=253757&p=irol-irhome>

⁶⁷ RBB Economics, *It takes two to tango – Is there a risk of joint dominance in the Dutch broadband market?*, 24 oktober 2014; RBB Economics, *Joint dominance on the Dutch retail market for internet access? - A response to ACM's draft market analysis decision on unbundled access*, 11 december 2014; RBB Economics, *Joint dominance considerations in relation to pricing incentives in the Dutch retail broadband market*, 9 april 2015

⁶⁸ Aanbeveling van de Commissie van 9 oktober 2014 (2014/710/EU) betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten, PbEU 2014, L295

ACM wijkt bovendien met deze samenvoeging af van het door haar gehanteerde uitgangspunt om verplichtingen op te leggen op de meest upstream markt. ACM negeert het verschil in business case tussen de markten 3a en 3b, waar markt 3a-producten een aanzienlijk hogere schaal in de markt vereisen dan markt 3b-producten.

Samenvoeging markten 3a en 3b voldoet niet aan de EC-aanbeveling relevante markten 2014

De samenvoeging voldoet niet aan de uitgangspunten van de EC-aanbeveling relevante markten 2014. Die aanbeveling onderscheidt wholesalediensten die functioneel de belangrijkste kenmerken van traditionele fysieke en lokale ontbundelde toegang repliceren (waarbij dergelijke producten mogelijk als niet-fysieke of virtuele producten worden geleverd) van andere vormen van toegang. Hiervoor zijn in de explanatory note bij de aanbeveling relevante markten drie criteria gedefinieerd. WBT-diensten voldoen niet aan ten minste een criterium.

Samenvoeging markten 3a en 3b gaat voorbij aan verschillen in klantbehoefte

ACM lijkt in haar vergelijking tussen markt 3a en markt 3b vooral gekeken te hebben naar technische overeenkomsten tussen WBA en VULA. Waar ACM echter aan voorbij gaat is dat WBA enerzijds en VULA anderzijds een geheel andere wholesale klantbehoefte bedient. Naar de mening van KPN zijn de volgende aspecten van belang:

VULA kent hoge upfront instapinvesteringen en een lage lijnprijs waarin de volgende functionaliteit inbegrepen is:

- Een best effort VLAN die qua snelheid begrensd is door de mogelijkheden van de (VDSL) techniek
- Een premium VLAN met een capaciteit t/m 2 Mbit/s
- Een VLAN voor broadcast streams

WBA daarentegen kent nauwelijks instapinvesteringen maar een hogere lijnprijs en waarbij aparte tarieven gehanteerd worden voor de hierboven genoemde VLANs.

VULA vereist een significante omvang in de markt en is alleen interessant voor partijen die groot-schalige ambities in de massamarkt hebben en langere tijd actief willen zijn. Om die reden was er wel overstap van MDF naar VULA⁶⁹ en niet van MDF naar WBA. VULA is ook als alternatief voor MDF in de markt gezet. Twee partijen hebben die overstap geheel of gedeeltelijk gemaakt. Daarnaast wordt de VULA-overeenkomst voor langere tijd aangegaan.

WBA is vooral van belang voor partijen met een kleine installed base, partijen die slechts regionaal actief zijn, partijen die zich richten op een specifiek marktsegment of partijen die zich niet voor lange termijn willen committeren aan de Nederlandse markt.

Geen SSNIP-test uitgevoerd die samenvoeging markten 3a en 3b rechtvaardigt

De vraag die ACM had moeten stellen is of de afnemers van VULA en MDF bij een prijsstijging van 5 à 10% hun installed base geheel of gedeeltelijk zullen migreren naar het WBA-aanbod van KPN. Het antwoord op die vraag is nee. De prijsverschillen tussen de lijnprijzen van VULA en het reguliere WBA-aanbod is zodanig groot dat ook na een 10% prijsverhoging van VULA/OWM de VULA/OWM lijnprijzen nog duidelijk onder die van WBA liggen.

Vervolgens had ACM kunnen onderzoeken of een prijsstijging van 5 à 10% van de reguliere WBA-prijzen ertoe zal leiden dat WBA-klanten gaan overstappen naar VULA. Ook hier is het antwoord dat dat niet zal gebeuren. De WBA-afnemers hebben niet voldoende schaal om goedkoper uit te

⁶⁹ En de van VULA afgeleide OWM overeenkomsten die hier gemakshalve onder VULA geschaard worden

zijn met een VULA-aanbieding. Ook na een 10% prijsverhoging van regulier WBA zal VULA voor die partijen niet voordeliger zijn.

Als de ACM een SSNIP-test zou hebben uitgevoerd dan zou zij niet tot de conclusie gekomen zijn dat VULA en WBT tot dezelfde markt behoren.

Fouten in de indirecte prijsdruk analyse

KPN heeft een paar onjuistheden geconstateerd in de indirecte prijsdruk analyse van Annex C. Ten eerste geeft ACM⁷⁰ een drietal scenario's voor de interne leveringen van KPNs retail koperportfolio. Alle drie de scenario's zijn onjuist. Er zijn slechts twee scenario's denkbaar:

Als een retaildienst virtueel gebruik maakt van een VULA-dienst volgens de definitie van VULA in het referentie-aanbod⁷¹ dan wordt uitgegaan van virtuele inkoop van VULA en als dat niet mogelijk is dan van MDF-access. Concreet betekent dit dat lijnen op basis van ADSL2+ en VDSL, al dan niet gecombineerd met PSTN, virtueel gebruik maken van VULA. Het betreft hier **[KPN bedrijfsvertrouwelijk – %]** van de retaillijnen van KPN. Alleen lijnen op basis van oude versies van ADSL, SDSL en ADSL2+ lijnen in combinatie met ISDN die vanuit de hoofdverdelers geleverd worden (**[KPN bedrijfsvertrouwelijk – %]** van de retaillijnen) hebben virtueel een MDF-lijn als input.

Een alternatieve benadering is dat alle retaildiensten die door externe partijen vanaf de hoofdverdelers geleverd kunnen worden beschouwd worden als virtueel geleverd met MDF-access. In dat geval worden de retaildiensten die vanaf de hoofdverdelers geleverd worden met ADSL2+ beschouwd als interne levering met MDF-access. VDSL kan door externe afnemers niet meer toegepast worden vanuit de hoofdverdelers⁷². Als deze benadering gevolgd wordt dan maken **[KPN bedrijfsvertrouwelijk – %]** van de retaillijnen virtueel gebruik van VULA en **[KPN bedrijfsvertrouwelijk – %]** van MDF-access.

De tweede fout betreft het gebruikte wholesaletarief voor VULA⁷³. ACM komt op een tarief van €16,26. Dat tarief staat weliswaar op het tariefblad maar het gaat dan om het tarief voor een additionele VLAN. Een juiste toepassing zou zijn om de som te nemen van de tarieven van 1) een lijn, 2) een poort en 3) de WAP-bijdrage. KPN komt dan op basis van de huidige retail installed base op een bedrag van ongeveer **[KPN bedrijfsvertrouwelijk –]**.

4.2 Gezamenlijke AMM

Geen gezamenlijke leveringsweigering

Zoals in het vorige hoofdstuk is toegelicht heeft KPN noch de prikkel, noch de mogelijkheid om wholesale toegang te weigeren. Het speltheoretische model, waarmee ACM poogt om aan te tonen dat er gezamenlijke dominantie is, faalt dus al bij de eerste aanname.

Verder valt op dat ACM nagenoeg de hele retail dominantieanalyse gekopieerd heeft naar de wholesale dominantieanalyse. KPN heeft in hoofdstuk 3 van deze zienswijze al in detail gereageerd op die retailanalyse en verwijst voor haar zienswijze op de dominantieanalyse van de wholesalemarkt daar dan ook naar.

⁷⁰ Rn 1009

⁷¹ Te vinden op www.kpn-wholesale.com

⁷² Diensten vanuit de kabelverdelers kunnen eveneens niet meer worden afgenomen. SDF-access bestaat niet meer na de introductie van VDSL

⁷³ Rn 1010

Bij de bespreking van de symmetrie⁷⁴ valt op dat ACM in het geheel niet ingaat op de vraag in hoeverre er sprake is van symmetrie in de wholesalemarkt tussen KPN en VodafoneZiggo. ACM gaat op de autopilot uit van gezamenlijke leveringsweigering.

Er is echter een aanzienlijke asymmetrie met betrekking tot de mogelijkheden die beide partijen hebben om snel en effectief actief te worden op een wholesalemarkt. KPN heeft al ruim 20 jaar ervaring in het bedienen van de wholesalemarkt. KPN heeft bovendien aanzienlijk geïnvesteerd in systemen, processen en organisatie om wholesalediensten te kunnen leveren. VodafoneZiggo moet dit allemaal nog van de grond af opbouwen. De business case om de wholesalemarkt te bedienen is voor KPN dus heel anders dan voor VodafoneZiggo. ACM gaat er in het speltheoretische model vanuit dat KPN en VodafoneZiggo vergelijkbare winsten zullen halen uit hun wholesale business. Gezien de aanwezige asymmetrie in het opzetten van een wholesale business is dit een volstrekt onrealistische aanname.

De meest aannemelijke marktsituatie bij intrekken van de regulering is een asymmetrische situatie waarbij KPN actief blijft op de wholesalemarkt en VodafoneZiggo de wholesalemarkt niet betreedt. In die marktsituatie is er dus geen gezamenlijke leveringsweigering en dus geen gezamenlijke dominantie.

Geen stilzwijgende afstemming investeringen

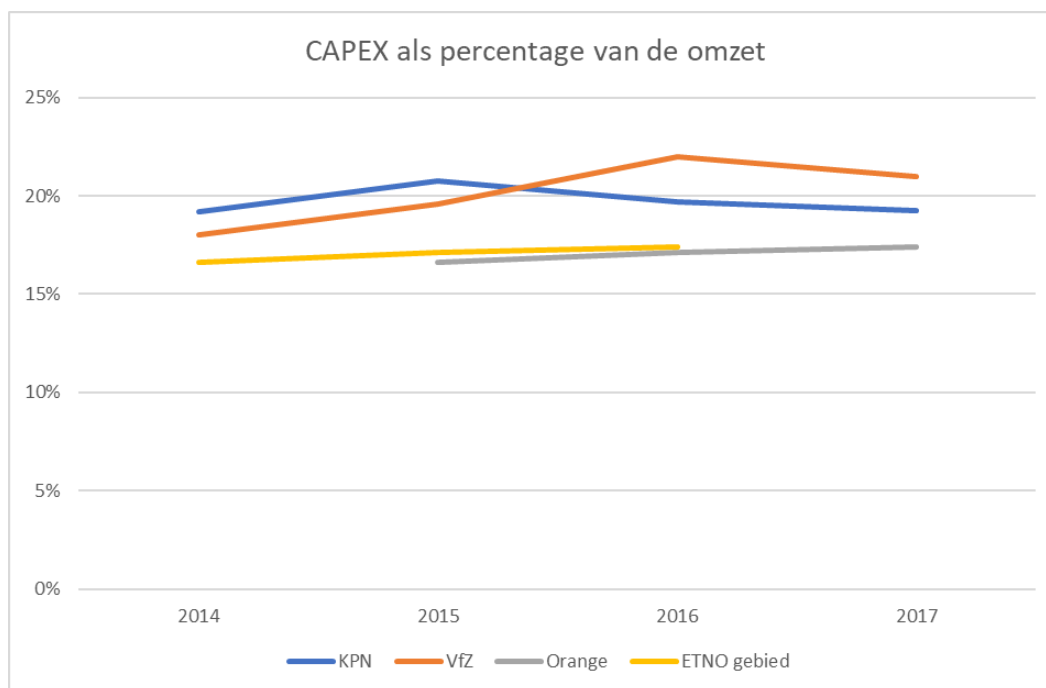
ACM suggereert⁷⁵ dat KPN en VodafoneZiggo hun netwerkinvesteringen stilzwijgend afstemmen en geeft daarbij als voorbeeld het terugschroeven van FttH-investeringen door KPN en het (nog) niet investeren in DOCSIS 3.1 door VodafoneZiggo. Los van deze conclusie die uit de losse pols lijkt te zijn getrokken, blijft de analyse van ACM zeer oppervlakkig. ACM gaat volledig voorbij aan de hoge investeringen die beide ondernemingen in hun netwerken doen. Op totaalniveau blijven die investeringen redelijk constant. De outlook van beide ondernemingen voor 2018 is een ongeveer gelijkblijvend investeringsbedrag. Als percentage van de omzet liggen de investeringen van zowel KPN als VodafoneZiggo boven het Europese gemiddelde⁷⁶ en boven de investeringen van een operator als Orange. Dit wordt geïllustreerd in onderstaande grafiek⁷⁷:

⁷⁴ Rn 226-236

⁷⁵ Rn 1243

⁷⁶ Het gemiddelde van operators in de landen van ETNO leden uit het ETNO Economic report 2017, te downloaden van de ETNO website

⁷⁷ KPN gegevens: Factsheets Q42017 en Q42015, VodafoneZiggo gegevens uit rapportage over Q4 2017, Ziggo gegevens over Q4 2015, Orange gegevens uit Orange jaarverslag, ETNO gegevens uit ETNO Economic report 2017



Figuur 5: CAPEX als percentage van omzet

Op totaal niveau investeert zowel KPN als VodafoneZiggo dus nog steeds bovengemiddeld. Dat zal - gezien de outlook die beide partijen geven - ook voor 2018 het geval zijn. Er is dan ook geen sprake van een vermindering van investeringen maar van een verschuiving.

KPN heeft de afgelopen jaren fors geïnvesteerd in koper upgrades en kan nu 76% van de huishoudens voorzien van download snelheden van 100 Mbit/s. Door deze koperupgrades voorkomt KPN dat bestaande klanten overstappen naar de veel snellere kabelaan sluitingen. Hierdoor houdt KPN in de meeste gebieden een voldoende hoge penetratie over om op termijn een positieve business case voor de uitrol van FttH te houden.

VodafoneZiggo biedt nu snelheden van 400 Mbit/s aan op haar website en dat kan ze kennelijk nog gewoon leveren met het huidige DOCSIS 3.0 netwerk. Overigens heeft VodafoneZiggo december vorig jaar aangekondigd in 2020 over te gaan tot de invoering van DOCSIS 3.1. Daarmee kan VodafoneZiggo in 2020 aan al zijn klanten abonnementen van 1Gb aanbieden. VodafoneZiggo begint in april 2018 regionaal met de afschakeling van de doorgifte van analoge tv om zo over twee jaar analoge televisie in het hele netwerk te hebben uitgezet. Dat deze datum wellicht later is dan door ACM gedacht is op zichzelf geen reden om gezamenlijke dominantie aan te nemen. De latere datum kan namelijk ook verklaard worden door de integratie-inspanningen van de afgelopen jaren van eerst Ziggo (oud) met UPC en vervolgens met Vodafone tot het huidige VodafoneZiggo.

Opmerkelijk is dat ACM ook andere mogelijke verklaringen (dan de gesuggereerde stilzwijgende afstemming) voor het investeringsgedrag niet onderzoekt. Een mogelijke verklaring zou namelijk kunnen zijn dat er nog weinig klantvraag is naar snelheden van boven de 100 Mbit/s. Een (al dan niet tijdelijk) verminderde vraag naar zeer hoge bandbreedtes is namelijk een veel logischer verklaring voor de uitgestelde investeringen dan de suggestieve "stilzwijgende afstemming". Een verminderde klantinteresse in hogere internetsnelheden vindt bovendien aanknopingspunten in ACMs eigen onderzoeken.

Uit het SAMR-onderzoek⁷⁸ dat in opdracht van ACM is uitgevoerd, komt naar voren dat er in 2017 minder consumenten overstappen vanwege de internetsnelheid dan in 2016. Dit duidt op een verminderde interesse in hoge bandbreedtes. Dit kan verklaard worden door de zeer snelle toename van aangeboden bandbreedte in de afgelopen jaren. Inmiddels kan 76% van de huishoudens bij KPN een verbinding van 100 Mbit/s afnemen en bij VodafoneZiggo kan 90% van de huishoudens een 400 Mbit/s verbinding afnemen. Voorlopig hebben eindgebruikers hieraan waarschijnlijk voldoende⁷⁹ en dan worden andere aspecten van de dienst/bundel belangrijker. Zo wordt de snelheid die binnenshuis gehaald wordt door het wifinetwerk eerder beperkend dan de snelheid van de aansluiting. Hogere snelheden op de aansluiting hebben geen zin zolang het in-house netwerk bottlenecks vertoont. In dat licht is het niet heel verbazingwekkend dat VodafoneZiggo nu uitgebreid adverteert met een “wifi power promise” en dat ook KPN veel aandacht heeft voor het in-house netwerk. De snelheidsbeleving van klanten kan ook sterk verbeterd worden door populaire OTT content zoals YouTube en Netflix op een lager niveau in het netwerk in te koppelen. KPN is er hierdoor in geslaagd om de hoogste score te halen in de “Netflix ISP speed index” te halen (zie hierboven figuur 4 op bladzijde 31).

De conclusie die ACM trekt met betrekking tot het investeringsgedrag van KPN en VodafoneZiggo is dus volledig uit de lucht gegrepen. Er is geen gezamenlijke prikkel om investeringen te verminderen. ACM heeft verzuimd om te onderzoeken of er mogelijk andere oorzaken aan te wijzen zijn die het investeringsgedrag van KPN en VodafoneZiggo verklaren.

Geen symmetrie in technologie en upgrademogelijkheden

Een ander punt waar ACM volledig aan voorbij gaat is het grote verschil in technologie en upgrade mogelijkheden tussen KPN en VodafoneZiggo. ACM stelt weliswaar dat het kabelnetwerk van VodafoneZiggo hogere snelheden en betere upgrade-mogelijkheden biedt dan het kopernetwerk van KPN⁸⁰, maar suggereert min of meer dat als VodafoneZiggo start met de uitrol van DOCSIS 3.1 dat KPN dan onmiddellijk kan volgen met de uitrol van FttH. Kennelijk verwacht ACM dan vervolgens dat die uitrol ook gelijktijdig afgerond is. Dit is namelijk een noodzakelijke voorwaarde om van een geloofwaardig vergeldingsmechanisme te kunnen spreken. KPN stelt vast dat ACM geen enkel (kenbaar) onderzoek heeft gedaan naar mogelijke verschillen in upgrade mogelijkheden van de verschillende technologieën die door KPN respectievelijk VodafoneZiggo gebruikt worden. Ook het verschil in uitgangspositie wordt niet meegewogen. Als deze verschillen wel worden meegenomen dan zal blijken dat er helemaal geen sprake kan zijn van een stilzwijgend afstemmen van investeringen. KPN zal een aantal verschillen langslowpen.

VodafoneZiggo biedt aan 90% van de huishoudens internetsnelheden van 400 Mbit/s aan. KPN komt nu tot 100 Mbit/s op 76% van de huishoudens en slechts 30% kan internetsnelheden tot 500 Mbit/s halen. KPN zal fors moeten investeren om op gelijke hoogte te komen. Deze asymmetrie maakt een stilzwijgende coördinatie weinig aannemelijk omdat bij een toekomstige stijging van de bandbreedtebehoefte KPN zal moeten investeren om churn te voorkomen. ACM legt ook niet uit waarom KPN zich vrijwillig zou neerleggen bij een blijvende achterstand op bandbreedte in een groot deel van Nederland.

Er zijn aanzienlijke verschillen in investeringen tussen de uitrol van DOCSIS 3.1 en de uitrol van FttH. De uitrol van DOCSIS 3.1 is voornamelijk het vervangen van apparatuur terwijl de uitrol van FttH

⁷⁸ SAMR onderzoek 2017, p. 8: in 2016 stapte nog 24% over vanwege de snelheid, in 2017 was dat gedaald tot 12%

⁷⁹ KPN acht op dit moment een snelheid van 100 Mbit/s voor een huishouden met 4 personen ruim voldoende.

⁸⁰ Rn 359

omvangrijke graafwerkzaamheden meebrengt. In een eerder interview⁸¹ heeft Mike Fries van Liberty Global aangegeven dat de kosten van de uitrol van DOCSIS 3.1 ca. € 20 per huishouden kost⁸². De enige technologie die vergelijkbare snelheden biedt is FttH. De uitrol daarvan kost ca. € 600-1000 per home passed, 30 tot 50 keer zoveel dus. KPN begrijpt niet hoe ACM hier kan concluderen dat er sprake is van symmetrie. ACM doet in het ontwerpbesluit geen enkele poging tot een onderzoek naar de verschillen in uitrolinvesteringen tussen de verschillende technologieën.

De uitrol van DOCSIS 3.1 zal veel sneller gaan dan de uitrol van FttH. Dit houdt onder andere verband met de hierboven genoemde verschillen in investeringskosten. In de praktijk blijkt ook dat de uitrol van DOCSIS 3.1 redelijk snel kan gaan. TDC in Denemarken is medio 2016 begonnen met veldproeven van DOCSIS 3.1. In september 2017 was 61% al gemigreerd. De uitrol van DOCSIS 3.0 was in Nederland ook binnen twee jaar geregeld. VodafoneZiggo moet dus in staat geacht worden om de uitrol van DOCSIS 3.1 binnen twee jaar te voltooien hetgeen ook blijkt uit de aankondiging van Hoencamp in december 2017.⁸³ Het is uitgesloten dat KPN met de uitrol van glas dit tempo ook maar enigszins zou kunnen bijhouden. Niet alleen financieel maar ook operationeel is dit onmogelijk. De uitrolcapaciteit van glas beperkt is tot maximaal 5% per jaar (de maximale capaciteit van Reggefiber was 400k aansluitingen per jaar). Het zal dus zeker tien jaar duren om de resterende koper-only gebieden te verglazen, afhankelijk van de financiële mogelijkheden van KPN en de beschikbare capaciteit bij aannemers. Als VodafoneZiggo de mogelijkheden van DOCSIS 3.1 optimaal commercieel weet uit te nutten dan kan de netwerkbezetting bij KPN zo laag uit komen dat de business case van FttH helemaal niet meer uit kan c.q. de investering een heel lange én onzekere break-even- en vervolgens terugverdientijd zal kennen. In dat geval is er geringe tot helemaal geen mogelijkheid van “verging” meer voor KPN. VodafoneZiggo gaat DOCSIS 3.1 uitrollen, zal dat optimaal commercieel gaan uitnutten en zal daarbij op geen enkele manier rekening houden met welke mogelijke verging van KPN ook.

Het kabelnetwerk van VodafoneZiggo is een gedeeld netwerk. Bij dit soort netwerken wordt de capaciteit afgestemd op de hoeveelheid verkeer in het drukste uur. Omdat de hoeveelheid internetverkeer met 40% per jaar stijgt zal VodafoneZiggo regelmatig de capaciteit van zijn coax/glas netwerk moeten uitbreiden, ook als VodafoneZiggo zijn pieksnelheden niet wil verhogen. Niet investeren betekent toenemende congestie en dus een verslechterende dienstverlening. KPN heeft daar veel minder last van omdat KPN alleen de backbone capaciteit hoeft uit te breiden als gevolg van het toenemende verkeersvolume. VodafoneZiggo moet zowel de capaciteit in het aansluitnet als de backbonecapaciteit uitbreiden. Deze asymmetrie maakt een stilzwijgende coördinatie minder aannemelijk. Het is voor KPN immers niet duidelijk of een capaciteitsuitbreiding door VodafoneZiggo gedreven wordt door het toenemende verkeer of door een commerciële actie om hogere internetsnelheden te bieden. Dus ook omgekeerd: het is voor KPN niet in te schatten in welke mate een actie om hogere snelheden aan te bieden tot hogere investeringen bij VodafoneZiggo zou leiden. Die transparantie is er niet.

- Als ACM naar behoren onderzoek had gedaan naar de verschillen in technologie en upgrademogelijkheden dan had zij nooit tot de conclusie kunnen komen dat er sprake is van symmetrie die zal leiden tot onderling afgestemd gedrag. De hier aanwezige asymmetrie zal dus niet leiden tot gezamenlijke dominantie.

⁸¹ <http://www.multichannel.com/news/technology/liberty-global-ramping-docsis-31/392829>

⁸² Exclusief modem

⁸³ <https://www.nrc.nl/nieuws/2017/12/16/wij-verbinden-mensen-maar-of-we-er-nou-socialer-van-woorden-a1585196>

- In de eerdergenoemde economische literatuur (zie voetnoot 46) wordt onderkend dat grote verschillen in kwaliteit een afstemming minder waarschijnlijk maken. De auteurs verwoorden het als volgt:

When firms are differentiated by levels of quality, collusion is more difficult, the larger the competitive advantage of the high-quality firm.

- De grote kwaliteitsverschillen, waar de auteurs naar verwijzen, gaan juist optreden zodra VodafoneZiggo zijn DOCSIS 3.1 technologie gaat uitrollen.

Geen transparantie in wholesale overeenkomsten

Een aspect waar ACM geheel aan voorbij gaat is dat er niet automatisch transparantie is in de wholesale overeenkomsten. ACM gaat namelijk uit van leveringsweigering door beide partijen. Dat dat uitgangspunt onjuist is heeft KPN hierboven al uiteengezet. Nu er dus als uitgangspunt dient te gelden dat er wel wholesale overeenkomsten zijn is het van belang dat de inhoud van die overeenkomsten vertrouwelijk is⁸⁴. Als er een nieuwe aanbieder op de markt komt, dan is wel duidelijk op welk netwerk deze aanbieder actief is maar niet tegen welke voorwaarden. Die transparantie wordt nog minder als bestaande wholesale-afnemers zelf actief worden op de wholesalemarkt. Transparantie is een noodzakelijke voorwaarde om tot een conclusie van gezamenlijke dominantie te komen.

Conclusie dominantieanalyse wholesalemarkt

ACM slaagt er niet in om aannemelijk te maken dat er een gezamenlijke dominantie in de wholesalemarkt gaat ontstaan bij intrekken van de huidige ULL regulering. De huidige wholesale aanbiedingen blijven in stand en zijn zelfs uitgebreid met het Verbrede Vrijwillige Aanbod van KPN. Verder zal de asymmetrie in upgrade-mogelijkheden een gezamenlijke dominantie uiterst onwaarschijnlijk maken. Aan de vereiste (Airtours en Impala) criteria wordt niet voldaan.

5. Potentiële mededingingsproblemen op de markt voor WFA

ACM heeft in hoofdstuk 5 van het ontwerpbesluit geanalyseerd of KPN en VodafoneZiggo in potentie de prikkel en de mogelijkheid hebben om de mededinging te beperken, en welke potentiële mededingingsproblemen zich voordoen op de markt voor WFA. KPN laat hieronder zien dat indien en voor zover KPN de prikkel en de mogelijkheid zou hebben om de mededinging op de markt voor WFA te beperken, al deze potentiële mededingingsproblemen met de door KPN vrijwillig aangeboden en gecontracteerde wholesaletoeegang en Verbrede Vrijwillige Aanbod van KPN volledig worden geredigeerd.

5.1 Toegang

Toegangsweigering

In hoofdstuk 3 van deze zienswijze is al aangetoond dat KPN niet de economische prikkel heeft om toegang te weigeren. En met de bestaande wholesale overeenkomsten en met het onvoorwaardelijke Verbrede Vrijwillige Aanbod is uitgesloten dat KPN de mogelijkheid heeft om toegang te weigeren. Met het Verbrede Vrijwillige Aanbod van KPN wordt gewaarborgd dat iedere (potentiële) afnemer VULA kan verkrijgen tot de koper- en (FttH) glasvezelaansluitnetwerken van KPN, en dat

⁸⁴ Behoudens overeenkomsten met betrekking tot gereguleerde diensten waarvoor een transparantieverplichting geldt. Het merendeel van de wholesaleklanten neemt ongereguleerde diensten af

die toegang gedurende minimaal 7 jaar verzekerd is. Het aanbod is (bij aanvaarding) civielrechtelijk bindend.

Op dezelfde wijze wordt met het Verbrede Vrijwillige Aanbod van KPN ook de ontbundelde toegang tot FttH glasvezelaansluitnetwerken verzekerd op ruim meer dan twee miljoen aansluitadressen.

Daarnaast waarborgt het Verbrede Vrijwillige Aanbod dat bestaande afnemers van MDF-access hun daarop gebaseerde dienstverlening nog gedurende enkele jaren kunnen continueren, en dat KPN hen in staat zal stellen om deze dienstverlening te migreren naar nader overeen te komen doelportfolio uit het brede wholesale-aanbod van KPN. Van gedwongen winkelnering is daarbij overigens geen sprake. Mochten zij voorkeur hebben om over te stappen op dienstverlening van alternatieve aanbieders dan staat hun dat natuurlijk volledig vrij.

Een zeer klein deel van de reeds verleende MDF-access en bijbehorende faciliteiten wordt ingezet ten behoeve van zakelijke netwerkdiensten. Ook voor deze lijnen geldt dat KPN de afnemers in staat zal stellen om te migreren naar doelportfolio zoals VULA/WBA, dat immers ook zogenaamde premium varianten omvat, en WEAS (op koper en op glas).

Wat betreft toegang tot nieuwe of gewijzigde vormen van (V)ULA bevat het aanbod van KPN procedures om verzoeken om toegang tot nieuwe of gewijzigde vormen van (V)ULA met voortvarendheid in behandeling te nemen en af te handelen. In dat kader kan gewezen worden op de artikelen 9.7 t/m 9.9 van de Raamovereenkomst WBA, de artikelen 21.10 t/m 21.12 van de Overeenkomst voor MDF Access Services (ingevoegd bij het Amendement RA MDF Access 2009), en de artikelen 20.7 en 20.8 van de Overeenkomst inzake ODF (FttH) Toegang⁸⁵. Daarnaast zijn in het VULA-aanbod bepalingen opgenomen met betrekking tot de invoering van nieuwe technologieën, die waarborgen dat door KPN hoe dan ook toegang zal worden verleend tot deze nieuwe technologieën, en dat deze ook volgens het VULA-tariefmodel zullen kunnen worden afgenomen.

Met deze aanbiedingen, die nog verder gaan dan de aanbiedingen in het verleden, wordt het risico van toegangsweigering volledig ondervangen en wordt gewaarborgd dat concurrenten zonder een eigen aansluitnetwerk actief kunnen worden (c.q. blijven) op de onderliggende markten. Los daarvan heeft KPN ook niet de economische prikkel om ontbundelde toegang te weigeren⁸⁶. Integendeel, Open Wholesale is voor KPN een strategische keuze.

Ter onderbouwing van haar stelling dat van de bestaande wholesale overeenkomsten maar beperkt belang uitgaat beroept ACM zich⁸⁷ op de uitspraak van het CbB⁸⁸ op de beroepen die zijn ingediend tegen het huidige marktanalysebesluit ontbundelde toegang. ACM bedoelt daarmee rechtsoverweging 5.8.3 van die uitspraak, waarin het CbB op basis van de door ACM (en Vodafone) ingebrachte argumenten concludeert dat het belang van de bedoelde overeenkomsten niet zodanig is dat ACM de genoemde verplichtingen niet had mogen opleggen. ACMs beroep op die conclusie kan echter niet slagen, zoals blijkt uit onderstaande bespreking van de argumenten die ACM in het kader van de beroepsprocedure in 2016 heeft aangevoerd:

- De Deals zijn onder de druk van dreigende regulering tot stand gekomen.

Zoals hierboven (paragraaf 3.3 onder 1. sub 2) aangehaald, acht de Europese Commissie het irrelevant of deze overeenkomsten zijn aangegaan onder bedreiging van geschillenbeslechting

⁸⁵ In het kader van het Verbrede Vrijwillige Aanbod heeft KPN afstand gedaan van het recht om een verzoek te weigeren indien de verzochte nieuwe of gewijzigde vorm van (V)ULA niet onder de door ACM aan KPN opgelegde toegangsverplichtingen valt

⁸⁶ Zie voor de onderbouwing van die economische prikkel hoofdstuk 3

⁸⁷ Rn 287

⁸⁸ CbB 17 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:218

uit hoofde van de kaderrichtlijn dan wel vrijelijk zijn overeengekomen, aangezien de mededingingsanalyse in dit opzicht zou moeten zijn gebaseerd op toekomstige effecten van deze overeenkomsten op de onderliggende mededingingsdynamiek op de retailmarkt.

- Het VULA-aanbod van KPN kwam tot stand nadat ACM het ontwerpbesluit had gepubliceerd waarin duidelijk werd gemaakt dat ACM tot invulling van de VULA-verplichting over zou gaan in afwezigheid van overeenstemming hierover tussen KPN en zijn afnemers.

Het moge zo zijn dat het referentieaanbod voor VULA pas in de zomer van 2015 is gepubliceerd, maar dat neemt niet weg dat KPN reeds op 19 mei 2014 zijn position paper Open Wholesale Model (OWM) heeft bekendgemaakt (ruim voor publicatie van het ontwerpbesluit ULL op 31 oktober 2014 dus), en dat KPN al in de zomer van 2014 met enkele marktpartijen in overleg is getreden over op dat Open Wholesale Model gebaseerde (aanpassingen van bestaande) wholesale toegangsovereenkomsten.

- KPN maakt in het OWM zijn vrijwillige WBT-aanbod afhankelijk van regulering.

Deze stelling is onjuist. Door ervaring wijs geworden heeft KPN in de overeenkomst wel bepalingen opgenomen die hem in staat stellen met de afnemers aanpassingen overeen te komen indien dat nodig is om aan (gewijzigde) wet- en regelgeving te voldoen. Gelet op de omvang en de frequentie waarmee dergelijke wijzigingen worden doorgevoerd, en zelfs jaren later in de interpretatie van voorheen geldende regulering, kan KPN niet worden verweten dat hij zich op deze manier indekt tegen de nadelige gevolgen van eventuele (en niet denkbeeldige) handhavingsmaatregelen van ACM.

- Voor MDF-access en ODF-access (Ftth) heeft KPN geen vrijwillige overeenkomsten gesloten.

Op grond van het Verbrede Vrijwillige Aanbod is continuering van de reeds verleende MDF-access en ODF-access Ftth civielrechtelijk bindend.

- ACM wijst ook op voorbeelden uit het verleden waarin KPN na het wegvallen van regulering voor vormen van ontbundelde toegang aan alternatieve aanbieders overging tot een aanzienlijke tariefsverhoging

Indien en voor zover dat is gebeurd, dan is dat alleen het geval geweest om – door onrechtmatige regulering gedwongen – tariefsverlagingen (zelfs tot onder het niveau van kostenoriëntatie) ongedaan te maken.

- ACM erkent dat de Commissie de overeenkomsten die KPN vrijwillig heeft gesloten van belang acht, maar wijst er terecht op dat dit met name implicaties heeft voor toekomstige marktanalyses.

De hier besproken marktanalyse is zo een toekomstige marktanalyse. ACM kan nu niet meer aan de bestaande wholesale toegangsovereenkomsten voorbijgaan.

- Vodafone betoogt dat het vrijwillige LK-WBT-aanbod door KPN in de markt is gezet omdat dit haar ook bij een relatief scherpe prijszetting meer oplevert dan gereguleerde ontbundelde toegang. Zonder deze regulering zou dit alternatief wegvallen en zou KPN de prijzen voor LK-WBT verhogen.

Zoals hierna (in paragraaf 5.3) wordt toegelicht heeft KPN bij afwezigheid van regulering niet de prikkel en niet de mogelijkheid om de prijzen voor LK-WBT (c.q. VULA/OWM) te verhogen.

5.2 Niet-prijsgerelateerde mededingingsproblemen

Discriminatoire gebruik of achterhouden van informatie

Het Verbrede Vrijwillige Aanbod van KPN heeft betrekking op de toegangsdiensten VULA, MDF-access en ODF-access FttH, inclusief de bijbehorende faciliteiten. Tot die bijbehorende faciliteiten behoren ook de informatieproducten die noodzakelijk zijn voor respectievelijk ondersteunend zijn aan het verkrijgen van effectieve toegang. Voor het uitbrengen van offertes en het plaatsen van bestellingen kan gebruik worden gemaakt van de informatieproducten die online beschikbaar worden gesteld en op ieder gewenst moment kunnen worden geraadpleegd. Daarnaast informeert KPN wholesale-afnemers door middel van (regelmatige updates van) publicatielijsten over de plannen ten aanzien van netwerkenaanpassingen en productvernieuwingen, zoals koperupgrades en FttH uitrol. De beschikbaarheid van al deze informatieproducten zal in het kader van zowel de bestaande wholesale toegangsovereenkomsten als het Verbrede Vrijwillige Aanbod worden gecontinueerd.

Oneigenlijk gebruik van informatie over concurrenten

KPN heeft al vanaf het allereerste moment (in het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw) dat hij wholesale toegangsdiensten is gaan aanbieden en leveren maatregelen genomen om oneigenlijk gebruik of misbruik van zogenaamde wholesale informatie te voorkomen. Onder wholesale informatie wordt verstaan de informatie die voor of tijdens onderhandelingen over een overeenkomst voor een groothandelsdienst aan KPN is verstrekt, en informatie die bij de uitvoering van zo'n overeenkomst is of kan worden verkregen. De maatregelen zien op alle groothandelsdiensten die KPN aan andere marktpartijen levert als bouwsteen voor de diensten die zij rechtstreeks of via tussenschakels in de keten aan eindgebruikers leveren, ongeacht of KPN voor deze diensten aanmerkelijke marktmacht of een economische machtspositie heeft. De maatregelen behelzen:

- gebruiksbeperkingen (de informatie wordt uitsluitend gebruikt voor het doel waarvoor deze informatie is verkregen, dat wil zeggen voor alle activiteiten in het kader van de uitvoering van de overeenkomst voor de desbetreffende groothandelsdienst zoals netwerk planning en wholesale facturering);
- geheimhoudingsplichten (de informatie wordt vertrouwelijk behandeld, intern en extern);
- een doorgifteverbod (de informatie wordt niet doorgegeven aan enige andere partij, in het bijzonder andere bedrijfsonderdelen, dochtermaatschappijen of distributeurs, die door die informatie concurrentievoordeel zouden kunnen behalen).

De naleving van deze regels wordt, ook in het kader van de het Verbrede Vrijwillige Aanbod, gewaarborgd door tal van maatregelen in het omvangrijke compliance bouwwerk van KPN.

Vertragingstactieken

Het woord 'tactiek' suggereert aanwezigheid van een bewuste strategie om wholesale-afnemers te frustreren in hun bedrijfsvoering. Van een dergelijke bewuste strategie is echter geen sprake.

In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op vele nieuwe diensten c.q. faciliteiten die KPN op verzoek van externe wholesale-afnemers heeft ontwikkeld en geïmplementeerd, zonder dat daar een verzoek vanuit de eigen retailorganisatie of een aanwijzing van ACM aan voorafging. Alleen al in het kader van MDF-access kunnen worden genoemd: 'Bellen helpt', 'Testen, labelen + bellen', 'Efficiënt opleveren op één ISRA', voorrang aan het verbeteren van de prestaties op de KPI Premium Service, etc., maar ook in het kader van de diensten Wholesale Broadband Access en Wholesale Line Rental zijn vele voorbeelden te noemen.

KPN beseft dat het tempo waarin nieuwe diensten worden ontwikkeld en geïmplementeerd niet altijd beantwoordt aan de wensen van externe afnemers. Dat kan allerlei oorzaken hebben, zoals

meer of minder complexe IT-processen, ontwikkelagenda's (ook bij zijn toeleveranciers) en roadmaps, maar is zeker geen bewijs van bewuste vertragingstactieken. Als KPN al vertragingstactieken zou hanteren, dan had hij natuurlijk niet (in 2004) vrijwillig een aanbod voor wholesale breedbandtoegang ten behoeve van de consumentenmarkt in de markt gezet, was hij niet – nadat de regulering van zakelijk glas keer op keer werd vernietigd – de wholesalediensten op basis van zakelijk glas blijven aanbieden, en had hij niet in 2014 een Open Wholesale beleid gepubliceerd met een vrijwillig en langjarig aanbod voor VULA en op basis daarvan met meerdere partijen contracten gesloten. In tegendeel, het Open Wholesale beleid van KPN bevat juist prikkels om dat niet te doen. En dat zal in het kader van het Verbrede Vrijwillige Aanbod niet anders zijn.

ACM beroept zich in dit verband⁸⁹ op vertrouwelijk gemaakte uitlatingen van T-Mobile en van een geanonimiseerde partij. Gelet op het beginsel van hoor en wederhoor meent KPN dat ACM dergelijke uitlatingen bij haar oordeelsvorming buiten beschouwing moet laten.

Onbillijke voorwaarden

Het gegeven dat het VULA-aanbod en de daaruit voortkomende overeenkomsten op commerciële basis tot stand zijn gekomen, en zonder meningsverschillen worden uitgevoerd, illustreert dat KPN geen onbillijke voorwaarden hanteert. Het Open Wholesale beleid van KPN bevat geen prikkels om onbillijke voorwaarden te hanteren. En ook dat zal in het kader van het Verbrede Vrijwillige Aanbod niet anders zijn.

Kwaliteitsdiscriminatie

De processen die KPN voor de levering en instandhouding van (virtueel) ontbundelde toegangsdiensten hanteert zijn zogenaamde bulkprocessen, gericht op volledig geautomatiseerde en zo efficiënt mogelijke standaarddienstverlening. Deze processen worden ook ingezet voor interne leveringen. Zodoende wordt gewaarborgd dat er van kwaliteitsdiscriminatie geen sprake kan zijn.

De verstrekking van periodieke KPI-rapportages met de realisatie van serviceniveaus voor ontbundelde toegangsdiensten zal in het kader van het Verbrede Vrijwillige Aanbod worden gecontinueerd.

Strategisch productontwerp

Gelet op het Open Wholesale beleid van KPN heeft KPN niet de economische prikkel om zijn toegangsdiensten strategisch te ontwerpen. Integendeel, KPN heeft een economisch belang bij een zo groot mogelijke vulling van zijn netwerken om zodoende de omvangrijke investeringen in de verdere verbetering en uitrol van die netwerken te kunnen terugverdienen. Zeker in het huidige markt-gewricht, waarbij sprake is van meerdere aanbieders met een eigen infrastructuur, is dat belang evident en heeft KPN geen enkele prikkel om de mogelijkheden tot effectieve toegang te beperken.

Koppelverkoop

De diensten uit het (V)ULA portfolio kunnen allemaal afzonderlijk worden afgenomen. Afnemers hoeven niet te betalen voor diensten die ze niet nodig hebben. Dat zal in het kader van het Verbrede Vrijwillige Aanbod niet anders zijn.

⁸⁹ Rn 302

5.3 Prijsgerelateerde mededingingsproblemen

Buitensporig hoge prijzen

In het kader van het Verbrede Vrijwillige Aanbod kunnen de tarieven voor MDF-access en ODF-access FttH en bijbehorende faciliteiten jaarlijks met ten hoogste de CPI-jaarmutatatie worden verhoogd.

Dat geldt ook voor VULA (zie artikel 1.7 van het VULA Amendement). Voor VULA xDSL verbindingen (op basis van koper) bestaat daarnaast de mogelijkheid om één keer per jaar (en in totaal maximaal 4 keer) de tarieven voor de maandvergoedingen met € 0,33 per jaar te verhogen indien de gemiddelde beschikbare bandbreedte in dat jaar met ten minste 10 Mbit/s is toegenomen (zie artikel 1.8 van het VULA Amendement). Andere tariefsverhogingen zijn niet mogelijk. Dat biedt zekerheid en voorkomt excessieve prijzen.

Ook voor nieuwe technologieën in het kader van VULA (zoals VPlus en PON) wordt het risico van excessieve prijzen voorkomen door de toezegging dat de tarieven, indien partijen er niet in slagen deze commercieel overeen te komen, zullen worden vastgesteld met inachtneming van de geldende tarieven voor de onderliggende fysieke ontbundelde toegang (MDF-access, ODF-access FttH) en de met behulp van EDC vastgestelde kosten voor de actieve laag.

Prijsdiscriminatie

ACM stelt (in paragraaf 5.4.2 van) het ontwerpbesluit dat uit de economische literatuur volgt dat aan drie voorwaarden moet zijn voldaan om succesvol op prijs te kunnen discrimineren: (i) de aanbieder dient enkelvoudige of gezamenlijke marktmacht te hebben, (ii) de aanbieder moet in staat zijn verschillende afnemers van elkaar te onderscheiden, en (iii) het moet niet mogelijk zijn voor een afnemer om het product of de dienst door te verkopen. In reactie hierop merkt KPN het volgende op.

Ad (i). ACM heeft in het ontwerpbesluit zelf vastgesteld dat van enkelvoudige dominantie geen sprake is, en hierboven heeft KPN aangetoond dat van (een risico op) gezamenlijke dominantie evenmin sprake is.

Ad (ii). De prijzen die KPN voor ontbundelde toegangsdiensten hanteert zijn transparant (gepubliceerd op het openbare gedeelte, en deels op het afgeschermd gedeelte van de website) en worden non-discriminatoir toegepast.

Dat geldt ook voor VULA. Voor VULA wordt echter een tariefmodel gehanteerd, dat is gericht op het nabootsen van uitrol op basis van fysieke ontbundelde toegang. In dat tariefmodel is sprake van een mix van vaste lumpsum vergoedingen voor de afname van bepaalde hoeveelheden capaciteit en lagere maandvergoedingen per afgenomen verbinding. KPN biedt hierin flexibiliteit. Deze mix kan per afnemer verschillen, afhankelijk van de door hem gekozen verhouding tussen vaste vergoedingen en maandvergoeding per afgenomen verbinding. Met die keuzemogelijkheid geeft KPN gehoor aan de behoefte van de wholesale-afnemer, omdat die hem in staat stelt rekening te houden met zijn business strategie. Met de benchmarkbepalingen in het VULA-aanbod (artikel 1.11 van het VULA Amendement) wordt gewaarborgd dat van prijsdiscriminatie geen sprake zal zijn.

Ad (iii). KPN ziet niet in hoe met een gedifferentieerde prijsstelling doorverkoop wordt voorkomen. De afnemers die een hogere prijs krijgen aangerekend, worden dan immers juist gestimuleerd om over te stappen naar een andere aanbieder die een lagere prijs krijgt aangerekend. Overigens bevatten de wholesale toegangsovereenkomsten van KPN geen verbod op doorverkoop, als dat mededingingsrechtelijk al zou zijn toegestaan. Ook aan deze derde voorwaarde wordt dus niet voldaan.

Marge-utholling

KPN onderschrijft de conclusie in (rn 3339 van) het ontwerpbesluit dat KPN geen prikkel heeft om de marges van zijn wholesale-afnemers uit te hollen. KPN kan zich evenwel niet vinden in de overweging dat deze prikkel (enkel) ontbreekt gegeven de positie van gezamenlijke AMM van KPN en VodafoneZiggo.

6. Verplichtingen WFA-markt

6.1 Algemeen

KPN begrijpt het door ACM ten aanzien van verplichtingen gekozen vertrekpunt niet in het licht van de gewijzigde omstandigheden. Ex-ante regulering van een markt met gezamenlijke dominantie is een geheel andere situatie dan het ex-ante reguleren van een markt met enkelvoudige dominantie. ACM kan dus bij ex-ante regulering van een markt waarop sprake zou zijn van gezamenlijke dominantie niet zomaar de huidige set aan verplichtingen van KPN als startpunt nemen en deze (deels) ook aan VodafoneZiggo opleggen. Er is sprake van een compleet nieuwe situatie, die niet kan worden afgedaan met verplichtingen ‘bijslijpen’. Bij ingrijpen op een markt met gezamenlijke dominantie zou ACM veel terughoudender moeten zijn dan op een markt met enkelvoudige dominantie.

Bovendien gaat ACM, zoals KPN al regelmatig heeft aangegeven, in het ontwerpbesluit ten onrechte voorbij aan de bestaande lange termijn wholesale overeenkomsten. Ook al meent ACM dat bij de *modified greenfield* benadering van de concurrentie (dominantie) analyse bestaande overeenkomsten tussen KPN en wholesale-afnemers buiten beschouwing moeten worden gelaten⁹⁰, dan nog zal ACM bij de invulling van de verplichtingen daar wel degelijk rekening mee moeten houden. Dat geldt met name ten aanzien van de motivering van de noodzaak van verplichtingen. Daarbij dient ACM, als zij vindt dat een verplichting toch nog noodzakelijk is, te kiezen voor de minst belastende verplichting. Dit soort afwegingen ziet KPN niet terug in het ontwerpbesluit.

In plaats van te onderzoeken welke verplichtingen mogelijk nog gerechtvaardigd zouden kunnen zijn in aanwezigheid van gezamenlijke dominantie, de bestaande wholesale overeenkomsten en het onvoorwaardelijke Verbrede Vrijwillige Aanbod, legt ACM het gehele scala van verplichtingen vanuit de oude enkelvoudige AMM-situatie op en nu aan beide partijen die verondersteld worden gezamenlijke AMM te hebben.

Tot slot dient te worden opgemerkt dat ACM zich bij het vaststellen van de verplichtingen niet houdt aan het essentiële uitgangspunt van reguleringszekerheid.

Voorgestelde verplichtingen geven juist onzekerheid

ACM beoogt met de set verplichtingen zoveel mogelijk reguleringszekerheid te bieden⁹¹, terwijl er maatregelen zijn die juist het tegengestelde effect hebben. KPN heeft zijn Verbrede Vrijwillige Aanbod gedaan om zekerheid te creëren op de markt. Dit aanbod heeft ACM nog niet kunnen meenemen in haar analyse. Dat moet in het definitieve besluit alsnog gebeuren. Ook heeft ACM bij de beoordeling van de verplichtingen het al langer bestaande vrijwillig en openbare aanbod van KPN niet meegenomen. Hiermee is langjarige toegang tot KPNs netwerken zeker gesteld. Dat aanbod geeft langer zekerheid dan de komende reguleringsperiode. ACM had door het vrijwillige aanbod

⁹⁰ Rn 29

⁹¹ Rn 530

van KPN als uitgangspunt te nemen, dus voor veel meer zekerheid kunnen zorgen. Daarnaast creëert ACM op een aantal punten juist meer onzekerheid dan nu het geval is, door een aantal wijzigingen in de tariefregulering waar KPN hieronder nog zal ingaan:

1. Onderhandelingsmogelijkheid over tarieven bij alle toegangsvormen te geven
2. Vastgestelde VULA-tarieven ter discussie te stellen
3. Safetycap voor MDF-access te verlaten

Op de punten 2 en 3 (de VULA- en MDF-tarieven) zal KPN hieronder nog ingaan. Maar bij alle drie genoemde punten komt het erop neer dat de zekerheid die er nu is, door ACM met de voorgestelde invulling teniet wordt gedaan.

Vermeende symmetrie wordt willekeurig gebruikt

ACM geeft in het ontwerpbesluit aan dat ze de opgelegde verplichtingen voor KPN en VodafoneZiggo, waar mogelijk, vergelijkbaar oplegt⁹². KPN kan zich echter niet aan de indruk onttrekken dat dit uitgangspunt met enig opportunisme wordt toegepast. Daar waar het uitkomt wordt toegelicht dat een maatregel wordt opgelegd vanwege symmetrie. Komt het niet uit, dan is symmetrie ineens een stuk minder belangrijk. Met als uitkomst ongelijkheid in de zwaarte van de verplichtingen. Door bij het opleggen van verplichtingen aan KPN uit te gaan van de huidige ULL-verplichtingen, gaat ACM juist uit van een zware set aan verplichtingen die ACM vervolgens grotendeels in stand houdt en slechts op enkele punten 'bijvijlt'. Bij VodafoneZiggo gaat ACM ogenschijnlijk uit van het uitgangspunt om toegangsverplichtingen op te leggen die zo eenvoudig mogelijk te implementeren c.q. af te nemen zijn. Hierdoor ontstaat vervolgens een forse asymmetrie in verplichtingen voor KPN en VodafoneZiggo die geen enkele rechtvaardiging kent en KPN zeer nadelig treft. De belangrijkste verschillen zijn:

1. het toegangsniveau is anders;
2. het startpunt is anders.

Ad1. KPN wordt gereguleerd op het lokale niveau van ontbundelde toegang tot zowel de koperen als de FttH aansluitnetwerken. En dan ook nog in twee verschijningsvormen, én fysieke ontbundelde toegang (MDF/ODF-access FttH) én virtueel ontbundelde toegang (VULA over koper en FttH glas). Hiermee heeft KPN een verplichting tot het leveren van vier vormen van toegang. VodafoneZiggo moet één soort toegang verlenen, en wel een WBT-variant (inclusief alle ongecodeerde TV kanalen) op twee uitkoppelpunten. Omdat de toegangsverplichtingen van KPN veel dieper in het netwerk zitten, levert dit veel meer complexiteit op met veranderingen in netwerkarchitectuur en -topologie en daaruit voortvloeiende uitfaseringsvraagstukken. Dan kan de invulling van de verplichtingen op papier wel dezelfde zijn, maar de uitwerking daarvan zal wezenlijk verschillen. De last van de verplichtingen is voor KPN daarmee veel zwaarder.

Ad2. KPN heeft op dit moment te maken met een volledige set van ex-ante verplichtingen voor ontbundelde toegang die in de loop van inmiddels bijna 20 jaar door ACM steeds verder is ingevuld en aangescherpt. Voor VodafoneZiggo gelden straks verplichtingen die helemaal vanaf de start worden ingevuld. De uitwerking daarvan is op meerdere plekken in het besluit te zien met de invulling van de verplichtingen. Zo heeft bijvoorbeeld een verbod op wederzijdse toegang een andere uitwerking op VodafoneZiggo (die al toegang heeft tot het netwerk van KPN) dan op KPN. Maar ook wordt een aantal verplichtingen voor KPN gecontinueerd omdat die 'weinig belastend' zijn (MDF-access) of toch al van toepassing is (Eol bij ODF-access FttH). Ook deze ongelijkheid geeft met name KPN minder mogelijkheid om zijn netwerk en systemen op de meest optimale manier in te

⁹² Rn 374

richten. VodafoneZiggo sleept een dergelijk historie niet mee. Illustratief voor het verschil in startpunt is dat er tweemaal zoveel bladzijden in het ontwerpbesluit zijn gewijd aan de verplichtingen van KPN als aan die van VodafoneZiggo.

6.2 Toegangsverplichting

Toegangsverplichting niet nodig, toegang is geborgd

ACM stelt dat een toegangsverplichting nodig is omdat anders het potentiële probleem van toegangsweigering niet wordt geadresseerd⁹³. Bij de vraag waarom KPN dan een toegangsverplichting opgelegd dient te worden, stelt ACM stelt in rn 365 dat de infrastructuurconcurrentie wordt ondermijnd wanneer de toegangsregulering van KPN zou worden ingetrokken. Deze redenering kan KPN niet volgen. Toegang tot KPNs netwerken is zeker gesteld voor diverse partijen door middel van langjarige contractuele afspraken, waarvan de initiële duur de lengte van de komende reguleringsperiode ruimschoots overstijgt en die ook (juridisch afdwingbare) opties voor verlenging bevatten. Bovendien heeft KPN het Verbrede Vrijwillige Aanbod op zijn website bekend gemaakt op basis waarvan nieuwe toetreders de markt kunnen betreden. De conclusie die ACM trekt in rn 365 dat ondernemingen hun investeringen versneld zouden moeten afschrijven bij het niet opleggen van een toegangsverplichting voor KPN is dan ook volstrekt onjuist.

Verplichtingen dienen gebaseerd te zijn op de aard van het probleem. Daar waar geen sprake meer is van een potentieel mededingingsprobleem, is een verplichting niet meer noodzakelijk, laat staan proportioneel of gerechtvaardigd. Aangezien er over toegang in de wholesale overeenkomsten afspraken zijn gemaakt waarbij toegang voor langere tijd gewaarborgd is voor toetreders, bestaan die potentiële mededingingsproblemen dus niet meer. Het continueren van de toegangsverplichtingen voor KPN is derhalve in zijn geheel niet meer gerechtvaardigd en proportioneel.

Verskil in verplicht toegangsniveau creëert ongelijkheid

ACM stelt dat⁹⁴ ze ten aanzien van het opleggen van verplichtingen als uitgangspunt neemt dat de verplichtingen waar mogelijk vergelijkbaar zijn. En als ze daarvan afwijkt, dan gebeurt dat vanuit het oogpunt van proportionaliteit en rechtvaardigheid.

KPN wordt gereguleerd op het niveau van ontbundelde toegang tot zowel de koperen als de FttH aansluitnetwerken. En dan ook nog eens in twee varianten, namelijk fysieke en virtuele ontbundelde toegang. VodafoneZiggo daarentegen krijgt alleen een toegangsverplichting op WBT-niveau (inclusief alle ongecodeerde TV kanalen) opgelegd. Tijdens de hypothesesessie over verplichtingen in november vorig jaar motiveerde ACM dat laatste als volgt *‘verplichtingen dieper in het netwerk zouden de toetredingsdrempel verhogen en alleen maar tot duplicering van het VodafoneZiggo netwerk leiden en daarmee niets toevoegen’*. Bij toegang tot het KPN netwerk geldt dit blijkbaar niet!? Hierbij ontstaat dus een situatie waarbij KPN tot diep in het netwerk op passief niveau gereguleerd blijft/wordt versus een toegangsverplichting op actief niveau voor VodafoneZiggo. Van een gelijkwaardige vorm van wholesale regulering is daarmee al geen sprake meer.

Reden voor dit verschil is dat ACM het wenselijk acht om zo diep mogelijk in het netwerk toegang te leveren⁹⁵. Dus voor KPN op lokaal niveau eerst fysiek ontbundelde toegang, indien dit niet mogelijk is, dan eveneens op lokaal niveau virtueel ontbundelde toegang, en voor VodafoneZiggo een breedbandtoegangsverplichting op nationaal niveau.

⁹³ Rn 354

⁹⁴ Rn 374

⁹⁵ Rn 371

Omdat volgens ACM (virtueel) ontbundelde toegang op de kabel economisch niet haalbaar is en daarom geen passende verplichting⁹⁶ is, ontstaat zodoende een situatie waarbij KPN aan de ene kant van het spectrum zit qua toegangsverplichting en VodafoneZiggo aan de andere kant. Gevolg van een toegangsverplichting die veel dieper in het netwerk zit is dat dit meer complexiteit oplevert met veranderingen in netwerkkarchitectuur en -topologie en daaruit voortvloeiende uitfaseringsvraagstukken.

De argumentatie om KPN tot ontbundelde toegang te blijven verplichten is echter niet logisch. Zo stelt ACM dat de infrastructuurconcurrentie wordt ondermijnd wanneer ACM de toegangsregulering van KPN zou intrekken⁹⁷. De mate van infrastructuurconcurrentie hangt echter niet af van het feit of partijen wel of geen toegang hebben tot een netwerk, maar of er meer of minder partijen zelf infrastructuur aanleggen. Of er meer of minder partijen gebruik maken van het KPN netwerk bevordert niet de infrastructuurconcurrentie, zoals aangegeven in de inleiding. Kortom het doel van een toegangsverplichting is toch vooral om de dienstenconcurrentie te bevorderen. Voor dienstenconcurrentie op de retailmarkt is geen fysieke ontbundelde toegang (meer) nodig. ACM heeft immers zelf eerder al geconcludeerd dat er geen business case is voor wholesale-to-wholesale diensten en daarop gerichte investeringen⁹⁸. Bovendien, ACM legt ook al een verplichting tot virtueel ontbundelde toegang op. Mocht ACM toch zo diep mogelijk in het netwerk toegang mogelijk willen (blijven) maken, dan zou een VULA-verplichting kunnen volstaan. Het is voor de bevordering van de dienstenconcurrentie, maar ook voor de infrastructuurconcurrentie bovendien niet nodig om én fysieke toegang (MDF/ODF-access) én virtuele toegang (VULA) op te leggen. Die zitten elkaar dus al gauw in de weg.

Bovendien creëert ACM hiermee ongelijkheid met VodafoneZiggo. Want waar ACM kiest bij KPN in de vorm van toegangsverplichting om infrastructuurconcurrentie te bevorderen, doet ze dat bij VodafoneZiggo juist niet.

In rn 640 schrijft ACM hierover:

Een belangrijke keuze bij het opleggen van een WBT toegangsverplichting is het netwerkniveau waarop inkoppeling plaatsvindt door de toetreder. Zoals in randnummer 636 is beschreven is de CMTS-locatie hiervoor geen geschikte keuze, omdat de CMTS geen toekomstvaste locatie is en omdat het onwaarschijnlijk is dat daarvoor een positieve business case bestaat. Dit betekent dat interconnectie plaats dient te vinden op een hoger netwerkniveau, te weten de Regional Head-End] locaties of de National Head-End (twee locaties). Hier maakt de ACM een afweging tussen enerzijds het bevorderen van concurrentie op infrastructuur en anderzijds de verwachte effectiviteit van de verplichting. (onderstreping toegevoegd)

ACM komt daarna tot de conclusie⁹⁹ dat WBT via de National Head-End een geschikte invulling van de toegangsverplichting is omdat 'toetreders naar het oordeel van de ACM nog voldoende mogelijkheden hebben om zich te onderscheiden'. Als ACM al vindt dat WBT via de National Head-End al voldoende is om te onderscheiden, dan is een VULA-verplichting al helemaal een voldoende manier om te kunnen onderscheiden. Een toegangsvorm op fysiek niveau (MDF/ODF-access FttH) is daarmee dus altijd disproportioneel en niet nodig.

Concluderend had ACM tenminste de passieve toegangsverplichtingen aan KPN dienen in te trekken. Deze zijn niet nodig om effectieve concurrentie te bevorderen en verstoren de gelijkwaardigheid in verplichtingen tussen KPN en VodafoneZiggo.

⁹⁶ Rn 637

⁹⁷ Rn 365

⁹⁸ ULL besluit 2015, rn 212 - 213

⁹⁹ Rn 641

Ten onrechte een verbod op wederzijdse toegang

ACM is van mening dat het in beginsel passend is om een verbod dan wel beperking op wederzijdse gereguleerde toegang voor KPN en VodafoneZiggo op te leggen¹⁰⁰. Wederzijdse gereguleerde toegang is uitsluitend toegestaan indien *'de toegang niet tot doel heeft om de mededinging te belemmeren dan wel het effect heeft dat de mededinging wordt belemmerd'*. Volgens ACM zou wederzijdse gereguleerde toegang de prikkel tot investeren beperken of wegnemen¹⁰¹.

ACM kiest hierbij voor een regulering waarbij er een verbod geldt tenzij.

In België heeft een eerdere poging van BIPT tot een wederzijds toegangsverbod geen stand heeft gehouden bij de rechter¹⁰². Daar wordt in het nieuwe marktanalysebesluit een insteek gekozen waarbij het uitgangspunt dat toegang redelijk is tenzij de operator met aanmerkelijke marktmacht het tegendeel kan bewijzen¹⁰³. Naast het feit dat ACM met dit verbod discrimineert, is het verbod onduidelijk en dat geldt ook voor de toetsingscriteria als *'eigen infrastructuur op een bepaalde locatie hebben'* en *'een positieve businesscase'*.

KPN zal hieronder ingaan op de drie belangrijkste bezwaren waarom een verbod op wederzijdse toegang niet redelijk is.

Een verbod zorgt voor discriminatie

Een verbod op voorhand leidt ertoe dat de gereguleerde aanbieders gediscrimineerd worden en op een achterstand worden gezet ten opzichte van marktpartijen die wel gereguleerde toegang kunnen afnemen bij zowel KPN als VodafoneZiggo. Ook andere marktpartijen hebben namelijk de keuze om zelf te investeren dan wel gereguleerde toegang in te kopen. Daarvoor geldt dus dezelfde afweging als voor KPN en VodafoneZiggo.

Bovendien leidt het verbod tot verschillende behandeling van de gereguleerde partijen. VodafoneZiggo heeft bij KPN allang toegang tot het netwerk en bovendien lijkt ACM op voorhand toegang tot KPNs zakelijke aansluitingen (i.c. bedrijventerreinen) voor VodafoneZiggo wel redelijk te vinden. ACM staat er echter in het geheel niet bij stil of toegang voor KPN in koper-only gebieden ook redelijk kan zijn als kabelaanbieders komende reguleringperiode DOCSIS 3.1 uitrollen. Door deze maatregel komt het er in praktijk dus op neer dat KPN de enige partij is die wordt uitgesloten van toegang en hiermee dus wordt benadeeld.

Een verbod zorgt voor achterstand in bandbreedte en content

KPN is naar nagenoeg alle residentiële eindgebruikers met koper en in beperktere mate met glas uitgerold en is daarmee in staat om alle eindgebruikers in zijn dekkinggebied te bedienen. Op dit moment kan 76% van de huishoudens op de netwerken van KPN 100 Mbit/s afnemen. KPN heeft 2,3 miljoen huishoudens aangesloten op FttH-glas. KPN investeert jaarlijks 1,1 miljard in zijn netwerken om op de retailmarkt concurrerende diensten aan te bieden over zijn eigen netwerk, onafhankelijk van netwerken van derden. Er is geen reden om aan te nemen dat mocht KPN toegang krijgen/hebben tot het netwerk van VodafoneZiggo, KPN niet meer zou blijven investeren in zijn eigen netwerk. KPN zal sowieso significant moeten investeren om de beperkingen op zijn eigen kopernetwerk te verminderen. Bovendien geldt het marktbesluit en daarmee de regulering slechts voor drie jaar. KPN kan zich niet veroorloven om afhankelijk te worden van het kabelnetwerk van VodafoneZiggo zonder waarborgen dat bestaande toegang – ook na intrekking van de regulering – zal worden gecontinueerd.

¹⁰⁰ Rn 380

¹⁰¹ Rn 387

¹⁰² Hof van beroep van Brussel, 12 november 2014, 2011/AR/2290

¹⁰³ Ontwerpbesluit betreffende de analyse van de markten voor breedband en televisieomroep, BIPT 7 juli 2017

VodafoneZiggo heeft op basis van DOCSIS 3.0 qua breedbandsnelheid echter een betere uitgangspositie dan het koperaanbod van KPN¹⁰⁴. VodafoneZiggo heeft aangekondigd in 2020 over te gaan tot de invoering van DOCSIS 3.1¹⁰⁵. Daarmee kan VodafoneZiggo in 2020 aan al zijn klanten abonnementen van 1 Gbps aanbieden. Nu is dat nog 400 Mbit/s. Bij dat gegeven wordt de marktstandaard in feite op 1 Gbps gezet en zou het scenario zich kunnen voordoen dat KPN in vele gebieden waar de kabel wel een hoge bandbreedte kan bieden, niet competitief is qua snelheid.

Dergelijke snelheden zal KPN alleen kunnen matchen op glas, niet op koper. KPN kan weliswaar over glas nagenoeg ongelimiteerde up- en downloadsnelheden leveren, maar KPN kan de implementatie van DOCSIS 3.1 niet counteren met een ultra snelle landelijke uitrol van glasvezel. Ervan uitgaande dat de uitrolcapaciteit van glas beperkt is tot maximaal 5% per jaar, zal het zeker tien jaar vergen om glas-uitrol tot 80% dekking te brengen, dus dan nog steeds niet equivalent aan de dekking van VodafoneZiggo op basis van DOCSIS 3.1. Nog afgezien van de investeringsonzekerheid die met het ontwerpbesluit in het leven wordt geroepen is er daardoor een reëel risico, gegeven de alsmaar toenemende databehoeftes van eindgebruikers, dat het voor KPN niet meer mogelijk is om in koper only-gebieden effectief te concurreren met als mogelijk gevolg dat klanten van KPN in toenemende mate overstappen naar kabelaanbieders.

Een verbod in combinatie met strakke kostenoriëntatie bemoeilijkt de business case glas-uitrol

Voor het uitrollen van een landelijk dekkend glasnetwerk moeten zeer hoge kosten worden gemaakt (enkele miljarden euro's). Om investeringen in glas rendabel terug te verdienen, heeft KPN een bepaald percentage geactiveerde aansluitingen nodig. Als invoering van DOCSIS 3.1 leidt tot een blijvende c.q. tijdelijk maar langdurig aanhoudende toenemende churn op koper dan wordt het verder uitrollen van glas een zeer kostbare en in toenemende mate risicovolle onderneming en kan er onder die omstandigheden geen business case meer te maken zijn om in specifieke gebieden glas uit te rollen c.q. moet in bepaalde gebieden zo'n uitrolbesluit naar achteren worden geschoven. Enkel alleen hierom al is voor KPN cruciaal dat hij over dezelfde mogelijkheden beschikt om zijn klanten te kunnen behouden als andere afnemers en daarmee te de business case voor glas-uitrol in leven te houden.

Een verbod op wederzijdse toegang zal in dat geval niet alleen afbreuk doen aan bestaande duurzame retailconcurrentie, maar ook aan infrastructuurconcurrentie. Dit is ten nadele van eindgebruikers, aangezien de kwaliteit van de netwerken en/of de keuze die eindgebruikers hebben hierdoor afneemt.

¹⁰⁴ Zie rn 359 waarin ACM stelt: "Zo biedt het kabelnetwerk van VodafoneZiggo hogere snelheden en betere upgrademogelijkheden dan het kopernetwerk van KPN."

¹⁰⁵ <https://www.totaaltv.nl/nieuws/gigabit-internet-uiteindelijk-in-2020-voor-alle-ziggoklanten/>

MDF-access verplichting is achterhaald en moet worden ingetrokken

ACM wil de MDF-toegangsverplichting in stand houden. Dit ondanks het feit dat ACM vanuit het rapport van WIK (in opdracht van ACM) in een eerdere hypothesesessie had geconcludeerd dat de technische mogelijkheid om te ontbinden op koper vanwege vectoring steeds meer beperkt is en op den duur niet meer mogelijk is¹⁰⁶:

Toegangsopties glas	Technisch mogelijk?
WCA	✓
VULA	✓
ULL	✓

ACM stelt het punt wederom in het ontwerpbesluit en spreekt de verwachting uit dat deze vorm van toegang uiteindelijk zal worden uitgefaseerd¹⁰⁷. KPN vindt het in die context dan ook onbegrijpelijk dat er nog steeds een MDF-access verplichting wordt opgelegd; ze is verouderd, verhindert innovatie en investeringen en er zijn alternatieven beschikbaar. Bovendien is een toegangsverplichting op fysiek niveau niet proportioneel in relatie tot de WBT-verplichting van VodafoneZiggo¹⁰⁸. Ook de redenen waarom deze verplichting noodzakelijk en proportioneel zouden zijn, snijden geen hout. ACM stelt ten aanzien van de noodzaak dat er nog een ‘substantieel’ aantal MDF-lijnen wordt afgenomen die nog niet over VULA geleverd zou kunnen worden¹⁰⁹. Ten aanzien van de proportionaliteit stelt ACM dat het continueren van ontbundelde toegang beperkte meerkosten voor KPN¹¹⁰ zou geven en dat het ‘weinig belastend’ is¹¹¹. Op beide zaken zal KPN hieronder nader ingaan.

MDF installed base en alternatieven

ACM stelt dat het aantal lijnen dat door alternatieve aanbieders via MDF-access wordt bediend, nog voldoende substantieel is om te blijven reguleren in deze reguleringsperiode¹¹². Eind 2017 waren er echter nog minder dan 200k externe MDF-lijnen¹¹³, waar dit er bijvoorbeeld aan het begin van de huidige reguleringsperiode (begin 2015) nog meer dan 500k waren. Dit houdt in dat er in de afgelopen drie jaar een daling van maar liefst 60% is geweest. De ‘substantie’ van MDF-access is in de laatste jaren dus behoorlijk afgenomen.

Verder stelt ACM dat het belang van MDF-access ook volgt uit het feit dat deze vorm van toegang momenteel door zowel KPN als Tele2 nog wordt gebruikt als bouwsteen voor ISDN 15/20/30. Daarnaast zouden nog niet alle diensten die door middel van MDF-access leverbaar zijn ook door middel van VULA te leveren zijn. Hierbij noemt ACM de diensten SDSL en WEAS over koper¹¹⁴.

¹⁰⁶ Hypothesesessie van 4 juli 2017

¹⁰⁷ Rn 395: “Toch neemt het belang van MDF-access af omdat ontbinding moeilijker wordt door deze upgrades. De ACM verwacht dat deze vorm van toegang uiteindelijk zal worden uitgefaseerd.”

¹⁰⁸ Zie paragraaf 6.2 ‘Verschil in verplicht toegangsniveau creëert ongelijkheid’

¹⁰⁹ Rn 395

¹¹⁰ Rn 393

¹¹¹ Rn 400

¹¹² Rn 395

¹¹³ <http://ir.kpn.com/phoenix.zhtml?c=69978&p=irol-results>

¹¹⁴ Rn 395

Feit is dat op basis van VULA koper (ADSL2+ of VDSL) bijna de gehele retailmarkt (o.b.v. koper) kan worden bediend. De retaildiensten die alleen op basis van MDF-access kunnen worden geleverd zijn verouderde diensten (zogenaamde legacy diensten). Bovendien staan deze legacy diensten bijna allemaal op de nominatie om in de komende jaren te worden uitgefaseerd. Al deze legacy retaildiensten zijn op basis van de toekomst-vaste varianten van WBA (ADSL2+, VDSL en FttH) na te bouwen, zij het met soms iets andere technische eigenschappen die voor toekomst-vaste diensten en applicaties echter niet cruciaal zijn. Voor bijvoorbeeld SDSL-verbindingen betreft het ca. **[KPN bedrijfsvertrouwelijk –]**. In alle redelijkheid kan niet van KPN worden verlangd dat alternatieven technisch gelijk moeten zijn en dat voor dergelijke kleine aantallen MDF-access waarvoor ‘geen alternatief’ beschikbaar is, de verplichting nog in stand gehouden wordt. De argumenten van substantie en geen alternatieven zijn beide dus gezochte argumenten. ACM heeft eenvoudigweg nagelaten hier zelfstandig onderzoek naar te doen.

Belasting van een toegangsverplichting op niveau van MDF-access

Gevolg is namelijk dat vanwege de verplichting op MDF-access, KPN nog veel systemen en processen in stand moet laten en ook moet onderhouden. Daarmee hindert de MDF-verplichting de noodzakelijke rationalisatie van het KPN netwerk. Heel zichtbaar is natuurlijk het feit dat voor MDF-access nog fysieke handelingen moeten worden gedaan. Daarnaast valt te denken aan:

- Het in stand houden van passieve (online en offline) informatieproducten (MIP-diensten) – terwijl hiervoor betere alternatieven beschikbaar zijn via de VULA-informatiediensten (CIP).
- Het in stand houden van een gedateerde COIN-interface naar marktpartijen, waarop innovatie en verbeteringen zeer moeilijk door te voeren zijn en zelfs voor marktpartijen onwenselijk in verband met de gedateerde gebruikte implementatie van de berichtenstructuur ‘ASN.1’. Resources en kennis op dit verouderde protocol is schaars, heden ten dage wordt hiervoor XML gebruikt. Een initiatief vanuit KPN eind 2016 om deze berichteninterface (in het kader van LION) om te zetten naar een actuele XML-interface is door marktpartijen afgewezen. Zelfs door marktpartijen eerder aangegeven gewenste verbeteringen in het berichtenverkeer (verbetering Cancel berichtenverkeer, COINCR1109) is uiteindelijk stopgezet i.v.m. de impact die de wijziging zou hebben op de bestaande ASN.1 berichteninterface.
- Het bijhouden van een volledige set aan proces en systeemdocumentatie inclusief bijwonen van bijbehorende overlegstructuren (COIN-werkgroep Access en bijbehorende COIN-documentatie).

Maar het meest duidelijk wordt dat in gebieden waar FttH is uitgerold. Door de MDF-verplichting is KPN genooddaakt om twee netwerken in de lucht te houden waar één netwerk zou volstaan. Het is bijvoorbeeld niet efficiënt om een ondergrondse storting van het kopernetwerk tegen kosten van enkele honderden euro’s op te lossen terwijl er een FttH-aansluiting reeds aanwezig is. Daarnaast komt het geregeld voor dat KPN (vaak van overheidswege) gedwongen wordt om delen van het kopernetwerk te verplaatsen, bijvoorbeeld in geval van wegconstructies. Dat verplaatsen komt neer op het verwijderen en opnieuw aanleggen van infrastructuur. In geval van koper is nieuwe aanleg duidelijk een inefficiënte investering en in dit soort gevallen wil KPN de vrijheid hebben om glas in plaats van koper te leggen. Een MDF-access verplichting houdt dit echter tegen.

Het verplicht in stand houden van het kopernetwerk en de bijbehorende MDF-access toegangsverplichting remt niet alleen de innovatie, maar is ook inefficiënt wat wel degelijk leidt tot meerkosten en een grote belasting voor KPN. Een belasting waar alleen KPN last van heeft. Niet de wholesale-afnemers want die kunnen, zolang KPN de kosten hiervoor draagt, blijven zitten op deze goedkope

toegangsvorm. Daarnaast heeft KPN op koper een verplichting in twee vormen: én fysieke toegang (MDF-access) én virtuele toegang (VULA) in eenzelfde verzorgingsgebied.

KPN vindt het continueren van een MDF-access verplichting in deze context verre van proportioneel. Een VULA-toegangsverplichting zou moeten volstaan. En als ACM niet ineens de MDF-toegangsverplichting wil afschaffen, dan zou ACM deze op zijn minst stapsgewijs moeten inperken om de overgang naar glas of VULA geleidelijk te laten verlopen¹¹⁵. Helaas heeft ACM ook daar geen invulling aangegeven in het huidige ontwerpbesluit. Te denken valt aan incentives om klanten (ook wholesalesklanten) te laten kiezen voor toekomst-vastere diensten en een disincentive voor het vasthouden aan legacy diensten. Daarnaast had tenminste gekozen moeten worden voor het afschaffen van een koper toegangsverplichting in gebieden en adressen waar ook FttH wordt geboden. Ook zou MDF-toegang op zijn minst beperkt moeten worden tot locaties waar MDF-afnemers nu al zitten en zou overgegaan moeten worden tot een intrekking van de verplichting om nieuwe partijen MDF-toegang te bieden. Op deze manier kan een overgang veel natuurlijker verlopen.

Echter de huidige MDF-access toegangsverplichting is juist andersom: het bevat een prikkel om te blijven zitten op legacy diensten die aan het einde van hun levensduur raken. KPN mag pas MDF-upgrades uitvoeren als bepaalde legacy zakelijke dienstverlening ook via VULA beschikbaar is. Dit is volstrekt disproportioneel.

Legacy MDF-dienst hindert innovatie

De bestaande legacy diensten maken het noodzakelijk dat KPN shaping blijft inzetten vanuit de straatkasten. Hierdoor is niet het hele spectrum beschikbaar en kan KPN minder bandbreedte leveren vanuit die straatkasten. Dit klemt vooral in buitengebieden, waar KPN door de lange koperlijnen slechts lage bandbreedtes kan halen. Door het uitzetten van shaping kan een bandbreedte winst van 5 tot 10 Mbit/s gerealiseerd worden. Dit is een aanzienlijke verbetering ten opzichte van de huidige bandbreedtes in die gebieden. De vraag die ACM zal moeten beantwoorden is: waarmee worden de eindgebruikersbelangen het meeste gediend: het continueren van een verouderd portfolio voor dienstverlening aan een klein en krimpend aantal retailklanten of een significant hogere bandbreedte voor de eindgebruikers in buitengebieden?

Huidige VULA over koper aanbod moet uitgangspunt zijn

Zoals ACM zelf ook aangeeft¹¹⁶ wordt VULA over koper reeds geleverd door KPN sinds eind 2015. ACM gebruikt dit feit om aan te tonen dat het voor KPN geen onevenredig belastende verplichting is ten opzichte van een verplichting op WBA-niveau (zoals bij de VodafoneZiggo wordt voorgeschreven). KPN wil vooral benadrukken dat voor VULA het huidige aanbod als uitgangspunt genomen dient te worden. Daarnaast die ook VULA over koper ingeperkt te worden tot niet FttH-gebieden.

ACM geeft in het ontwerpbesluit aan dat er mogelijkheden zijn om het huidige VULA-aanbod te laten beoordelen:

- Zo kunnen toetreders een verzoek doen om multicast en unicast en de daarbij behorende tarieven optioneel te maken¹¹⁷;
- Met name kleine toetreders kunnen verzoeken om beoordeling van de tarieven en structuur.

In voetnoot 192 staat over dit laatste:

¹¹⁵ Verwezen wordt naar het Verbrede Vrijwillige Aanbod. Dat bevat de voorwaarden waaronder en de tijdlijnen waarlangs KPN bereid is reeds verleende MDF-access te continueren en uiteindelijk uit te faseren

¹¹⁶ Rn 407

¹¹⁷ Rn 407

De inmiddels onderhandelde tarieven voor VULA zijn zo door KPN vormgegeven dat een toetreders relatief hoge eenmalige tarieven vooraf moet betalen in ruil voor lagere maandelijkse lijntarieven. Dit kan wenselijk zijn voor een grotere toetreders, maar kan een belemmering opwerpen voor toetreders met een kleinere schaal. Toetreders kunnen een verzoek doen om een beoordeling door de ACM van zowel de VULA-dienst, de hoogte van de tarieven alsook de tariefstructuur.

ACM geeft zelf aan het huidige referentieaanbod van VULA niet ambtshalve te toetsen, tenzij een (potentiële) afnemer van VULA over koper daartoe een verzoek doet¹¹⁸. KPN ziet in bovenstaande passages echter een ‘verkapte’ oproep aan (met name kleine) afnemers om toch vooral een verzoek in te dienen om het huidige VULA-aanbod te gaan beoordelen.

Er zijn lange termijn afspraken gemaakt met de grote wholesale-afnemers. VULA is, zoals eerder aangegeven, geruime tijd op de markt. Verzoeken tot beoordeling van het VULA-aanbod zijn tot dusverre achterwege gebleven. VULA is een vorm van ontbundelde toegang. Ontbundelde toegang betreft toegang op het laagst mogelijke netwerkniveau, zo dicht mogelijk bij de eindgebruiker. Bij deze vorm van toegang zullen marktpartijen voor wat betreft de componenten in de actieve laag (apparatuur en transmissie) eigen investeringen moeten doen om uit te rollen en actief te worden op de verschillende netwerklocaties waar deze vormen van toegang worden aangeboden¹¹⁹. Het is dus ook logisch dat VULA, net als MDF-access, vooral bedoeld is voor niet-kleine toetreders die van plan zijn zekere volumes af te nemen. Voor partijen die minder kunnen of willen investeren en dus expliciet om eigen moverende redenen asset-light willen opereren zijn WBA-achtige diensten meer geschikt. Het past dan ook niet om in deze context een ‘oproep’ tot beoordeling van de VULA-tarieven te doen met als doel toetreders met beperkte ambities en een eigen wens tot asset-light opereren VULA te laten afnemen. Het VULA-model zou daardoor sterk verwateren. Bovendien mag ACM er van uitgaan dat de huidige afnemers van VULA en OWM een prikkel hebben om zelf op basis van hun inkoop wholesalediensten te bieden aan kleinere afnemers. KPN heeft die prikkel in ieder geval¹²⁰.

ACM dient gezien het feit dat de dienst al een aantal jaar in de markt staat en het doel van de VULA-dienst, namelijk het nabootsen van uitrol op basis van fysieke ontbundelde toegang, zeer terughoudend te zijn en wat KPN betreft ambtshalve beoordeling niet uit te lokken en definitief achterwege te laten.

FttH regulering verzwaard door extra VULA-verplichting

ACM laat de toegangsverplichting op ODF FttH-toegang bestaan en wil daarnaast een verplichting tot het leveren van VULA over FttH opleggen¹²¹. KPN wordt verplicht om VULA over FttH aan te bieden voor glasgebieden met minder dan 10.000 homes passed. ACM legt geen landelijk VULA op om ‘verdere uitrol op ODF-access niet te ontmoedigen’¹²². Uit het ontwerpbesluit blijkt duidelijk dat het de intentie van ACM is om de ODF-access FttH verplichting voor langere tijd in stand te houden en dat zij, ondanks alle beperkingen en het grote verschil met het toegangsniveau bij Vodafone-Ziggo, dit prefereert boven een landelijk VULA FttH.

KPN heeft al meermalen aangegeven¹²³, dat hij ODF-toegang op FttH als een zware verplichting beschouwt die tot ernstige belemmeringen leidt. Hoe dieper de wholesaletoeegang in het netwerk zit, hoe moeilijker het is om te innoveren en te differentiëren in prijspunten, zoals in een gewone markt gebruikelijk is, waar de prijzen worden bepaald door de dynamiek van vraag en aanbod. Dit

¹¹⁸ Rn 414

¹¹⁹ Rn 368

¹²⁰ Zie hoofdstuk 3

¹²¹ Rn 429

¹²² Rn 431

¹²³ Zie bijvoorbeeld het Position Paper Open Wholesale Model van 19 mei 2014

is zeker van belang voor innovatieve diensten, die nog steeds in de vroege fase van hun adoptiecurve zitten en waarvoor forse investeringen in aansluitnetwerken zijn gedaan die nog niet aan break-even toe zijn zoals FttH glas.

Een landelijk VULA over FttH aanbod (zoals in KPN in zijn Verbrede Vrijwillige Aanbod heeft gedaan) in plaats van een ODF FttH-toegangsverplichting is daarom proportioneler en minder belastend.

Uitfaseringsvoorschriften geven KPN te weinig ruimte

Op papier lijkt ACM meer ruimte te geven voor het uitfaseren van diensten. Zo stelt ACM dat er voor MDF-access¹²⁴ een uitzondering is en er alleen een migratietermijn van 12 maanden geldt (en dus niet de volledige termijn van drie jaar)¹²⁵. Echter doordat er nog altijd de voorwaarde is dat er een gelijke behandeling moet zijn, kan KPN zolang ze zelf gebruik maakt van het netwerkdeel dat wordt gebruikt voor het verlenen van die toegang¹²⁶, deze niet uitfaseren:

'Dit geldt mede voor MDF-access: het is KPN niet toegestaan MDF-access uit te faseren zolang hij op de betreffende netwerkklocatie zelf gebruikmaakt van MDF-access.'

Hierin zit precies de angel. KPN neemt geen MDF-access als dienst af. MDF-access is een verplichting. KPN gebruikt voor zijn downstreamorganisatie bouwstenen die qua functionaliteit en prijs vergelijkbaar zijn met MDF-access (EoO). Overal waar nog 1 draadje koper door KPN wordt gebruikt (maakt niet uit voor welke dienst dus ook voor een PSTN of EPOTS dienst), brengt dat mee dat KPN daar geen MDF-access mag uitzetten. KPN lijkt dus op papier meer vrijheid te krijgen om MDF-access sneller uit te zetten, maar dat is in praktijk niet het geval vanwege deze strenge non-discriminatie regels.

Veder lijkt ACM de uitzondering van 12 maanden alleen te willen toestaan als er een alternatief in de vorm van VULA over koper is. KPN is van mening dat deze uitzondering ook moet worden toegestaan als het alternatief een FttH-dienst is. Dat alternatief kan ODF of VULA zijn.

Ook bij FttH-glas krijgt KPN weinig en eigenlijk zelfs minder ruimte om veranderingen in zijn netwerk door te voeren. Zo benadrukt ACM¹²⁷ dat een uitfasering van vormen van gereguleerde toegang zich ook kan voordoen *'als KPN zijn topologie van bijvoorbeeld FttH-netwerken dusdanig wijzigt'*. Hierbij verwijst ze specifiek naar GPON¹²⁸. Mocht KPN dus in de toekomst iets met GPON willen gaan doen, dan krijgt KPN te maken met alle uitfaseringsvoorschriften. Dat betekent bijvoorbeeld een aankondigingstermijn van drie jaar. Hiermee worden (innovatieve) investeringen en kostenreducties van KPN geremd. Omdat KPN toch verplicht is om te leveren kan een verzoek tot uitfasering, waarvoor medewerking van marktpartijen is vereist, niet een redelijke kans op succes worden toebedacht. Van een balans tussen KPN en gereguleerde afnemers in gesprekken over uitfasering is bij deze regels geen sprake.

KPN verwelkomt wel de door ACM genoemde mogelijkheid om de uitfaseringsfase te splitsen in een end-of-life en een end-of-sale¹²⁹. De huidige situatie is dat afnemers tot het laatste moment nog nieuwe verbindingen kunnen blijven bestellen. Om de base te kunnen 'bevriezen' van een dienst die uit gaat, helpt het om een end-of-sale af te kondigen. Echter bij de aankondiging van de end-of-life zou het zinvoller zijn om niet vast te houden aan strikte termijnen (36 maanden, 24 maanden) en nog niet bij die aankondiging de exacte end-of-life datum te noemen maar een periode. De datum wordt in de loop der tijd dan steeds exacter bepaald. Hierdoor wordt het namelijk mogelijk

¹²⁴ KPN gaat er van uit dat ACM hier bedoelt: de MDF-access dienst met alle bijbehorende faciliteiten

¹²⁵ Rn 465

¹²⁶ Rn 467 m.3

¹²⁷ Rn 459

¹²⁸ Rn 460

¹²⁹ Rn 462

in een vroeg stadium met wholesaleklanten te communiceren om zo mogelijke problemen tijdig te constateren en daar rekening mee te houden bij het vaststellen van de definitieve end-of-life datum. Ook deze regel die op zich een goede intentie heeft, mist door zijn rigide vorm de kracht en uitwerking waarvoor het eigenlijk bedoeld is, namelijk de afnemers op tijd informeren en in staat stellen om tijdig over alternatieven na te denken en daar naar toe te migreren. Kortom de voorgestelde aanpassing in uitfasering gaan wat KPN betreft lang niet ver genoeg om werkbaar te zijn. KPN zou hier veel meer mogelijkheden moeten krijgen om zijn netwerk te kunnen blijven innoveren en te zorgen dat deze competitief met de kabel blijft.

6.3 Non-Discriminatieverplichting

Non-discriminatieverplichting o.b.v. EoO voor alle diensten

ACM legt voor MDF-access, VULA over koper en VULA over FttH Equivalence of Output (EoO) op¹³⁰. Voor ODF-toegang FttH houdt ze echter vast aan Equivalence op Input (EoI) met als motivatie dat dit proportioneel is omdat *“in de voorgaande reguleringsperiodes is gebleken dat KPN op basis van de EoI-norm de gereguleerde ODF-access FttH-diensten kon leveren”*¹³¹. Dit is wel heel kort door de bocht, omdat het in het verleden kon, moet het maar zo blijven ook al is de marktsituatie gewijzigd en is er (volgens ACM) sprake van een tweede dominante partij. Bovendien wordt aan VodafoneZiggo geen EoI opgelegd, maar EoO, waardoor de verplichtingen ook op dit punt niet vergelijkbaar zijn.

Het opleggen van EoI geeft KPN namelijk minder vrijheid ten aanzien van de inrichting van zijn processen ten behoeve van ODF-toegang FttH. Het gaat hier om de beperking in mogelijke synergievoordelen die KPN in de toekomst zou kunnen halen door bijvoorbeeld de potentiële integratie van die processen met andere toegangsproducten en diensten. **[KPN bedrijfsvertrouwelijk –**

]. Door de verplichting van EoI op te leggen en niet van EoO, wordt KPN al bij voorbaat beperkt in zijn mogelijkheden, wat dus wel degelijk nadelig is voor KPN en de gewenste innovatie en marktontwikkeling. KPN zou daarom, net als VodafoneZiggo voor al zijn toegangsdiensten EoO als basis moeten hebben.

6.4 Transparantieverplichting en referentieaanbod

Wachtverplichting bovenop aankondigingstermijn is dubbele last

KPN moet voor nieuwe en gewijzigde diensten een aankondigingstermijn in acht nemen van minimaal 2 maanden, voordat een dergelijke dienst wordt geïmplementeerd, en moet ervoor zorg dragen dat een aangekondigde dienst aan het einde van de aankondigingstermijn ook daadwerkelijk afneembaar is¹³². Voorafgaand aan en tijdens de aankondigingstermijn van nieuwe of gewijzigde diensten mag de desbetreffende wholesaledienst nog niet worden geoffreerd en/of geleverd in

¹³⁰ Rn 484

¹³¹ Rn 480

¹³² Rn 511

downstreamproposities. Kortom, KPN mag voordat deze wachttermijn is afgelopen op basis van de nieuwe of gewijzigde dienst geen aanbod doen aan eindgebruikers. Deze zogenaamde ‘wachtverplichting’ is een dubbele last bovenop non-discriminatie en aankondigingsverplichting. ACM heeft inmiddels onderkend dat dit bijvoorbeeld bij nieuwbouw tot ongewenste situaties leidt¹³³. Er zijn echter nog meer situaties waarin consumenten en/of wholesale-afnemers nadelen kunnen ondervinden. Bijzondere externe omstandigheden maken het noodzakelijk en wenselijk om versneld over te gaan op nieuwe infrastructuur en dus koper uit te faseren. Het is onredelijk om KPN in dat soort gevallen aan vaste wachttermijnen, uitfaseringstermijnen en andere uitfaseringsregels te houden omdat die termijnen en regels vaak betekenen dat KPN gedwongen wordt te investeren in oude techniek die bijna per definitie onrendabel is. Ook hier geeft de strikte invulling van de verplichting KPN te weinig armslag om ‘logische’ aanpassingen te kunnen doen.

6.5 Tariefregulering

Uitgangspunt ND-aanbeveling: afzien van tariefregulering

ACM geeft aan tariefregulering op te leggen omdat niet wordt voldaan aan de voorwaarden uit de ND-aanbeveling over consistente verplichtingen tot non-discriminatie en kostenmethodologieën (hierna: de ND-aanbeveling)¹³⁴. De EC geeft in haar ND-aanbeveling aan dat tariefregulering niet ten koste mag gaan van de investeringsprikkels in NGA-netwerken en heeft gekeken op welke manier ‘Non-imposition of regulated wholesale access prices on NGA networks’ kan worden ingevuld om daarmee meer tariefflexibiliteit mogelijk te maken wat weer tot doel heeft investeringen te stimuleren. Hiervoor heeft ze in overweging 49 aanbevolen af te zien van tariefregulering indien het mogelijk is om een non-discriminatieverplichting op basis van Eol op te leggen in combinatie met een repliceerbaarheidstoets.

ACM kijkt echter niet meer naar het doel van de ND-aanbeveling, maar werkt een checklist af om daarmee tot de conclusie te komen dat ze wel tariefregulering moet opleggen:

- Voor VULA over koper constateert ze dat Eol niet passend is en daarmee niet wordt voldaan aan de voorwaarden om af te zien van tariefregulering (rn 575)
- Voor ODF-access FttH is de redenering dat zij geen verbod op marge-uitholling (= repliceerbaarheidstoets volgens ACM) oplegt en daarmee niet wordt voldaan aan de voorwaarden om af te zien van tariefregulering (rn 602)

Een zo eenvoudige redenering strookt echter niet de met bedoeling van de ND-aanbeveling. Het kan niet zo zijn dat als er geen marge-squeeze risico is, je dan wel tariefregulering moet opleggen. Met haar wijze van invulling van de tariefregulering voor bijvoorbeeld VULA FttH en WBT-kabel heeft ACM bij voorbaat al een bias door alleen interesse te tonen in het vinden van lage tariefplafonds voor diensten met een hoge waarde c.q. diensten met een volgens ACM disruptieve karakter. Alsof dat een doelstelling op zich kan zijn en voorkeur verdient boven de belangen van de investeerder met toch al een moeilijke business case voor de uitrol van glas in Nederland in de aanwezigheid van een landelijk dekkend kabelnetwerk. ACM zou dus veel terughoudender moeten zijn met het opleggen van tariefregulering.

¹³³ Uitzondering III bij rn 511b

¹³⁴ Europese Commissie, Aanbeveling over consistente verplichtingen tot non-discriminatie en kostenmethodologieën om de concurrentie te bevorderen en investeringen in breedband aantrekkelijker te maken, 2013/466/EU, 11 september 2013

Onderhandelingsruimte, maar met de rug tegen de muur

ACM lijkt partijen een handreiking te doen door ruimte te geven in de tariefstelling door eerst de mogelijkheid te geven om tarieven commercieel uit te onderhandelen. Op zich is het idee om niet gelijk in te grijpen in tarieven door ACM een goed mechanisme. In de praktijk loopt dit echter wel tegen praktische bezwaren aan. In plaats van dat ACM partijen de ruimte biedt om er commercieel uit te komen, stelt ze direct een maximale termijn van 6 maanden om er uit te komen. Want komen partijen er voor die tijd niet uit, dan moet de gereguleerde partij met een kostengeoriënteerd tariefvoorstel te komen. Kortom, dit is voor KPN onderhandelen met de rug tegen de muur. In plaats van in dit automatisme te schieten, zou ACM het proces veel meer aan partijen zelf moeten overlaten om hier commercieel uit te komen. Alleen als partijen er echt niet uitkomen en zich tot ACM wenden, zou ACM over kunnen gaan tot beoordeling van tarieven. En dat dan pas in laatste instantie, nadat ACM eerst heeft onderzocht of bemiddeling tot een uitkomst kan leiden. Dit is meer in lijn met het proces dat leidde tot de totstandkoming van de tarieven van VULA over koper in 2015.

Daarnaast, voor een compleet nieuw aanbod (VULA over FttH of WBA-toegang over de kabel) kan onderhandeling een zinvolle methode zijn. Maar voor diensten over koper en glas, die reeds lang onder toezicht van ACM staan en waarover reeds lange termijn afspraken zijn gemaakt, creëert de mogelijkheid tot onderhandeling slechts onzekerheid voor KPN. Daarbij geldt dat bijvoorbeeld diensten als MDF-access en ODF-access FttH al lang in de markt staan en de tarieven zijn gebaseerd op kostenoriëntatie. De huidige tarieven liggen al op de 'ondergrens'. Afnemers zijn niet bereid om meer te betalen dan de huidige tarieven.

En als uiteindelijk blijkt dat beoordeling van de VULA FttH of WBA kabel tarieven noodzakelijk is omdat marktpartijen er ook na bemiddeling van ACM niet uit kunnen komen, zou ACM bij de beoordeling van de tarieven haar opties open moeten houden en niet bij voorbaat tot kostenoriëntatie overgaan. Het doel moet zijn om tot redelijke tarieven te komen. Dat kan wellicht door kostenoriëntatie, maar wellicht veel beter door een minimale afstand tot de retailtarieven te hanteren. Ook zou ACM bij haar overwegingen rekening kunnen houden met de 'tussenstand' die onderhandelingen hebben opgeleverd. Als er bijvoorbeeld overeenstemming is over een structuur en de hoogte van de tarieven voor een aantal tariefelementen dan zou ACM dat moeten overnemen en zich moeten beperken tot een uitspraak van de nog openstaande punten, rekening houdend met de onder- en bovengrens voor deze tarieven.

Alleen safetycap voor alle MDF-access onderdelen geeft de beloofde reguleringszekerheid

Tarieven voor MDF-access worden sinds 2012 gereguleerd op basis van een safetycap. In het besluit ULL 2015 heeft ACM toegezegd de safetycap-methodiek ook in daaropvolgende reguleringsperiodes te blijven hanteren om maximale reguleringszekerheid te waarborgen¹³⁵. Het is dan ook logisch dat ACM voor de komende reguleringsperiode een safetycap opnieuw passend acht¹³⁶. Echter in tegenstelling tot voorgaande marktanalysebesluiten voert ACM de safetycap-methodiek niet integraal door voor alle MDF-access diensten. Onder het mom dat de nieuwe invulling slechts 'het anders inrichten van de safetycap'¹³⁷ is, valt een deel van de diensten straks niet meer onder de safetycap maar onder WPC/EDC.

Hiermee wordt dus afgeweken van de in eerdere marktbesluiten gehanteerde methodiek voor de lange termijn, waardoor de beoogde lange termijn zekerheid wordt ondermijnd. Bovendien levert de beschrijving in het ontwerpbesluit van de gewijzigde methodiek een aantal vraagtekens op zoals verwarrend begripsgebruik, inconsistentie in de afweging van de geschiktheid en noodzaak tot

¹³⁵ Rn 531

¹³⁶ Rn 534 en 543

¹³⁷ Rn 544

aanpassing. KPN licht dit hieronder toe, mocht ACM deze aanpassing in de methodiek onverhoopt toch doorvoeren.

Verwarrend begripsgebruik

KPN gaat ervan uit dat ACM met de beschrijving¹³⁸ de intentie heeft voor de maandelijkse kosten een safetycap voor te schrijven en voor de eenmalige tarieven een WPC/EDC-methodiek. Echter in de toelichting voor het onderscheid heeft ACM het over investeringskosten en operationele kosten. Waarbij KPN ACM nog kan volgen dat investeringskosten CAPEX is en operationele kosten OPEX. Vervolgens heeft ACM het er echter over dat investeringskosten zijn gerelateerd aan ‘kosten voor onderhoud¹³⁹’ en dat operationele kosten ‘eenmalige van aard zouden zijn’. Hierdoor zaait ACM verwarring. Onderhoudskosten zijn uiteraard geen CAPEX en operationele kosten kunnen natuurlijk ook periodiek zijn. KPN vraagt ACM dit wel in het definitieve besluit te verduidelijken en waar nodig aan te passen.

Inconsistentie in de afweging van de geschiktheid van EDC voor MDF-access

ACM acht in het ontwerpbesluit, net als in de vorige reguleringsperiodes de EDC/WPC-systematiek voor MDF-access niet passend omdat deze invulling het nadeel heeft dat zij relatief veel onzekerheid met zich brengt. Die onzekerheid zit volgens ACM zowel in de ontwikkeling van de kosten als in de ontwikkeling van volumes die samen de kostprijs van koperaansluitingen (en bijbehorende faciliteiten) bepalen¹⁴⁰.

Ondanks bovenstaande constatering van ACM dat EDC/WPC niet geschikt zou zijn voor MDF-access, wil ze toch voor de eenmalige diensten wel EDC/WPC voorschrijven. En dat terwijl de hierboven genoemde argumenten net zo goed van toepassing zijn op eenmalige dienstelementen. De redenering om af te wijken is bovendien krom en onjuist. ACM geeft als reden aan dat

‘De operationele kosten voornamelijk zijn opgebouwd uit monteurstarieven die gefactureerd worden door externe aannemers’.

Volgens ACM bestaat er

‘ten aanzien van de contracten die KPN sluit met dergelijke externe aannemers in het geheel geen duidelijkheid over de kostenontwikkeling’¹⁴¹.

Juist als er veel onduidelijkheid zou zijn over de kostenontwikkeling van de externe aannemers, zou dat des te meer reden zijn om deze kosten onder een safetycap te zetten. En al zou sprake zijn van een verschrijving en had ACM hier ‘geen onduidelijkheid’ bedoeld, dan is KPN benieuwd op basis waarvan ACM dit inzicht denkt te hebben. Eenmalige diensten bestaan voornamelijk uit loonkosten (extern o.b.v. aannemers en intern o.b.v. KPN monteurs). Waar de diensten onder de safetycap jaarlijks maximaal stijgen met inflatie, stijgen loonkosten in de regel meer dan dat. Bovendien worden afspraken met aannemers ook gebaseerd op verwachte volumes. Meer inkoop of schaal geeft doorgaans meer efficiëntie, waardoor stuksprijzen lager worden. Die onzekere factor van volume, een van de belangrijkste redenen om MDF-access niet op WPC te baseren, is dus ook voor eenmalige diensten wel degelijk nog steeds van toepassing.

Kortom de hele redenering om specifiek voor eenmalige dienstelementen af te wijken van de safetycap methode snijdt geen hout.

¹³⁸ Rn 559

¹³⁹ Rn 545

¹⁴⁰ Rn 536

¹⁴¹ Rn 546

Inconsistentie in de afweging van de noodzaak tot aanpassing

ACMs voornemen om eenmalige dienstelementen opnieuw te gaan beoordelen op basis van de WPC/EDC-methodiek is volgens KPN onlogisch en inconsistent. Allereerst is er geen enkele noodzaak om een dienst, waarvoor al 6 jaar tariefplafonds onder de safetycap zijn vastgesteld en die op afzienbare termijn toch uitgefaseerd wordt, opnieuw te gaan beoordelen op basis van de WPC/EDC-methodiek. Het leidt tot administratieve lasten en onzekerheid. Het proces van beoordelen van de EDC-methodiek vraagt immers *‘van zowel KPN als ACM tijd en capaciteit’*¹⁴². Vanuit het streven om administratieve lasten te beperken creëert ACM vervolgens onzekerheid bij partijen, omdat toegangsvragers en KPN in eerste instantie mogen onderhandelen over de te gelden tarieven, waar nota bene al tariefplafonds onder de safetycap zijn vastgesteld. Om onzekerheid, inconsistentie en administratieve lasten te voorkomen, is een safetycap methode voor alle MDF-access diensten (mocht de MDF-access verplichting onverhoopt toch in stand blijven) de meest proportionele methode.

Tarieven VULA over koper niet opnieuw beoordelen

ACM geeft in rn 586 aan niet ambtshalve de tarieven voor VULA over koper te beoordelen en geeft verder aan dat er ten opzichte van de vorige reguleringsperiode zich geen omstandigheden hebben voorgedaan die noodzaken tot een heroverweging¹⁴³. ACM heeft eerder bij brief van 28 juli 2015¹⁴⁴ laten weten dat zij het tussen KPN en een telecomaانبieder overeengekomen resultaat als nieuwe gereguleerde toegangsvorm accepteert, zonder een inhoudelijk oordeel te geven over de gesloten VULA-overeenkomst. KPN heeft dus – met instemming van ACM – een VULA-overeenkomst gesloten voor zeven jaar en tevens een VULA-referentieaanbod gepubliceerd. Hiermee is er voor zowel KPN als zijn afnemers de in de markt noodzakelijke zekerheid over de voorwaarden.

Toch lijkt ACM een ‘verkapte’ oproep aan (met name kleine) afnemers te doen om toch vooral een verzoek in te dienen om de huidige VULA-tarieven te gaan beoordelen¹⁴⁵.

VULA over koper is een alternatief voor fysieke ontbundeling voor bestaande MDF-afnemers en potentiële afnemers met voldoende schaalgrootte, althans een bepaalde ambitie daartoe. Dit zijn partijen die hebben geïnvesteerd/investeren in eigen actieve apparatuur en transportnetwerken. Bij de tariefstelling/structuur van VULA wordt rekening gehouden met de gedane investeringen van deze partijen. Er moet gewaarborgd worden dat VULA niet verwordt tot een soort ‘instapdienst’ of substituuut voor WBA, dat voor iedereen (ook asset-light partijen) afneembaar zonder noemenswaardige investeringen en tegen lagere tarieven dan WBA. Er zijn namelijk verschillen in make/buy van de voortbrengingswijze. Een afnemer van fysiek ontbundelde lijnen (MDF-access) zorgt bijvoorbeeld zelf voor actieve apparatuur en transmissie, en zal daarbij andere leveranciers en daarmee ook andere producteigenschappen gebruiken; dit kan zelfs doorwerken tot in de eindgebruikersmarkten. Het verschil in voortbrenging is overigens ook een van de redenen in de Europese aanbeveling relevantie markten 2014 om tot een onderscheid in markt 3a en 3b te komen. Het past dan ook niet om in deze context een ‘oproep’ tot beoordeling van de VULA-tarieven te doen met als doel toetreders met kleinere schaal en een wens tot asset-light de markt te betreden VULA te laten afnemen. ACM dient bij verzoeken tot beoordeling van de tarieven zeer terughoudend te zijn en gemaakte afspraken en het doel van VULA voor ogen te houden.

¹⁴² Rn 563

¹⁴³ Rn 573

¹⁴⁴ Kenmerk: ACM/DTVP/2015/203921

¹⁴⁵ Voetnoot 192

Tariefregulering FttH-diensten dient juiste investeringsprikkels te geven

Prijddifferentiatie juist bij glasdiensten van belang

KPN heeft in een voorgaande reguleringsperiode een rapport van Plum ingebracht¹⁴⁶, en doet dat in het kader van deze zienswijze opnieuw (bijlage 5), waarin uiteen wordt gezet waarom regulering van de passieve laag (ODF-toegang) mogelijk heroverwogen dient te worden om de verdere uitrol van glas te stimuleren. De achterliggende gedachte was – kort samengevat – dat toegangsregulering van de passieve laag (ODF-toegang) differentiatie naar gebruik beperkt waardoor de investeringsprikkels om glas verder uit te rollen afnemen. Investeerders stoppen alleen kapitaal in glas-uitrol als het verwachte rendement op de investering groter is dan de opportunity cost of the capital.

Differentiëren naar gebruik is wel mogelijk en gemakkelijker ten aanzien van actieve diensten. In afwezigheid van regulering kan KPN differentiëren in zijn aanbod (functionaliteit, prijs en capaciteit) ten aanzien van gewenste bandbreedte en op deze wijze tegemoetkomen aan de verschillen in “willingness-to-pay” van de diverse potentiële klanten. Op deze manier kan KPN meer afnemers bedienen en wordt het netwerk optimaal beter benut. Hierdoor ontstaat er meer en vooral sneller perspectief op bereiken van break-even en neemt uiteindelijk de prikkel voor KPN om verder te investeren in de uitrol van een glasnetwerk toe.

Zoals KPN ook al in zijn brief over het Verbrede Vrijwillige Aanbod heeft aangegeven¹⁴⁷, is een gedifferentieerde maandvergoeding per afgenomen verbinding voor VULA FttH verbindingen van groot belang. Zeker in een markt waar sprake is van infrastructuurconcurrentie is dat noodzakelijk omdat de aanlegkosten van FttH erg hoog zijn en “flat of near-flat pricing” de toch al lastige business case negatief beïnvloedt.

De Europese Commissie heeft in zijn ND-aanbeveling ook aangegeven dat prijsflexibiliteit bij een NGA-netwerk van belang is:

Due to current demand uncertainty regarding the provision of very-high speed broadband services it is important in order to promote efficient investment and innovation, in accordance with Article 8(5)(d) of Directive 2002/21/EC, to allow those operators investing in NGA networks a certain degree of pricing flexibility to test price points and conduct appropriate penetration pricing. This would allow SMP operators and access seekers to share some of the investment risk by differentiating wholesale access prices according to the access seekers' level of commitment. This could result in lower prices for long-term agreements with volume guarantees, which could reflect access seekers taking on some of the risks associated with uncertain demand. In addition, pricing flexibility at wholesale level is necessary to allow both the access seeker and the SMP operator's retail business to introduce price differentiation on the retail broadband market in order to better address consumer preferences and foster penetration of very high-speed broadband services.”

Eindgebruikers hebben namelijk niet allemaal dezelfde behoefte. Sommige eindgebruikers willen weinig betalen en hebben ook genoeg aan lage bandbreedte, andere eindgebruikers wensen hogere snelheden en zijn bereid daarvoor meer te betalen. Zou KPN alle snelheden tegen dezelfde prijs verkopen, dan zou de prijs voor een afnemer die weinig behoefte aan snelheid heeft omhoog gaan omdat hij de prijsdaling voor afnemers van hoge snelheden moet financieren. Uiteindelijk moeten de kosten van het glasnetwerk namelijk uit de gemiddelde lijnprijs worden gedekt. Op basis van economische analyses is de verwachting gerechtvaardigd dat ‘flat pricing’ een negatief effect heeft op de totale afzet, en daarmee op de mogelijkheid voor KPN om zijn investeringen terug te verdienen.

¹⁴⁶ Delivering the new EU approach to fibre: combining pricing flexibility and non-discrimination, Plum Consulting, September 2012, zie bijlage 5

¹⁴⁷ KPN brief van 27 februari 2018, kenmerk: 2018-u-00013-RvB

ACM moet waken voor een tariefmodel voor VULA FttH – ingeval er een verzoek komt – die de bepleite tariefflexibiliteit onderuit zou kunnen halen. Dit kan mogelijk ingegeven worden door alternatieve aanbieders die niet gebonden willen zijn aan een bepaald tariefmodel. Hierbij zou de veronderstelling kunnen zijn dat een vrijwel vlakke tarieflijn (langs de snelheids-as, dus een near-flat tarief van de toegangsdienst) – de voorkeur verdient omdat het aan wholesale-afnemers een prikkel zou geven om disruptieve aanbiedingen te doen in de NGA-retailmarkt. Dit is echter een gevaarlijke redenering: het stimuleren van een scherp aanbod aan de bovenkant van de Mbps-curve ondermijnt de mogelijkheid om aan de onderkant van de curve méér klanten te vinden, terwijl deze klanten aan de onderkant van de curve juist de penetratie bevorderen. Een hoge penetratie is weer goed voor het terugverdienpotentieel, voor het limiteren van het investeringsrisico en daarmee goed voor het investeringsklimaat. Het stimuleren van vroegtijdige prijsconcurrentie op de bovenkant van de prijscurve valt onder de categorie ‘verkopen van de huid voordat de beer is geschoten’. Het brengt ook de mogelijkheid van een scherp toegangstarief voor glasdiensten dat ten behoeve van het stimuleren van de migratie van koper naar glas in gevaar. Een scherp tarief aan de onderkant kan alleen bestaan als het elders wordt gecompenseerd. Zonder gedifferentieerde tarieven op wholesale-niveau zullen wholesale-afnemers de onderkant van de markt niet winstgevend kunnen bedienen. Aan de bovenkant van de retailmarkt zal extra prijsdruk ontstaan. Resultaat is dat de afzet en de marges onder druk komen, wat de business case voor FttH nog verder uitholt en uiteindelijk onmogelijk maakt.

Daarbij, en dit is een belangrijk argument, beschermen gedifferentieerde tarieven het netwerk van KPN veel beter tegen het risico van overbelasting. Bij ‘flat of near-flat pricing’ is er namelijk geen rem op het afnemen van verbindingen met hoge bandbreedte (500/500 Mbit/s). Ten aanzien van VULA xDSL is dit risico in veel mindere mate aanwezig omdat de bandbreedtes die daar aangeboden (kunnen) worden gemiddeld veel lager zijn.

Prijsdifferentiatie niet nieuw

ACM kent bij de toerekening van kosten onder WPC/EDC het principe van ‘benefits received’¹⁴⁸:

‘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 zijn die de diensten waarvoor de kosten gemaakt worden afnemen (‘benefits received’).

In het marktanalysebesluit HKWBT/HL¹⁴⁹ heeft ACM dit nader gespecificeerd. Daarin speelden oorspronkelijk diensten op basis van FttO glas ook nog een belangrijke rol. ACM schrijft over het nut van benefits received in rn 742:

Binnen HKWBT/HL is er een relatief grote differentiatie van diensten naar capaciteit (bandbreedte) en kwaliteit (zoals overboekingsfactor). Veel van deze diensten maken gebruik van een gezamenlijke infrastructuur waarbij sprake is van relatief veel vaste kosten, dat wil zeggen kosten die niet incrementeel zijn aan de capaciteit van een individuele dienst. Het college acht het daarbij passend dat KPN in staat is die vaste kosten toe te rekenen op basis van het beginsel van toerekening aan de gebruikers die de voordelen genieten die samenhangen met de gemaakte kosten (‘benefits received’). Het gaat dan om een toerekening op basis van de waarde die gebruikers in het algemeen aan de dienst toekennen. Het kan daarbij gaan om de eindgebruikers die de HKWBT/HL diensten als bouwsteen gebruiken. Dit beginsel wordt ook genoemd in Annex A. Het college acht de toepassing van dit beginsel passend omdat een dergelijke differentiatie meer garanties geeft voor een beter (efficiënter) gebruik van de diensten. Meer concreet: op deze wijze kunnen enerzijds diensten met een lage capaciteit een lager tarief krijgen en zo aantrekkelijk zijn voor gebruikers die voldoende hebben aan een lage capaciteit en niet bereid zijn veel extra te betalen voor een hogere capaciteit. Anderzijds kunnen relatief

¹⁴⁸ Rn 777: A.1.2.3 Principes voor kostentoerekening

¹⁴⁹ Marktanalyse hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en wholesalehuurlijnen, dd 28 december 2012, OPTA/AM/2012/203111

meer kosten worden toegerekend aan diensten met een hogere capaciteit en toch voldoende aantrekkelijk zijn voor gebruikers voor wie die hogere capaciteit ook voldoende extra waarde geeft. Het niet toestaan van kostentoerekening op basis van dit beginsel, zou bij HKWBT/HL resulteren in een vlakke tariefstructuur (geen of weinig verschil in de tarieven van diensten met lage en hoge capaciteit), waardoor gebruikers die een geringe behoefte hebben aan capaciteit en een geringe waardering voor capaciteit, niet of minder goed worden bediend.

ACM stelt hier zelf dus dat een vlakke tariefstructuur er voor zorgt dat met name de onderkant van de markt niet goed wordt bediend. Een eventuele tariefbeoordeling door ACM van (VULA) FttH glastarieven zal dus, indien ACM consistent wil blijven, langs deze lijn gedaan moeten worden. Concluderend: ACM zou in haar afweging tussen bescherming van de belangen van de investeerder in FttH en die van partijen die niet zelf in deze techniek willen investeren maar er wel van willen meeprofitieren en disruptief willen zijn, de belangen van eerstgenoemde voorop moeten stellen.

ODF-access FttH onlangs beoordeeld

Het laatste tariefbesluit ontbundelde glastoegang (FttH) is pas recentelijk genomen¹⁵⁰. Gezien het feit dat ACM daarin heeft geconstateerd dat de actuele IRR van KPN significant lager is dan de all-risk WACC¹⁵¹ en ACM daarom de van kracht zijnde tariefplafonds nog steeds effectief acht om buitensporig hoge tarieven te voorkomen, zou wat KPN betreft dus bij voorzetting van kostenoriëntatie het huidige tariefbesluit moeten worden voortgezet en pas daarna een nieuwe beoordeling moeten worden gedaan. In 2016 heeft KPN hiervoor nog de kostprijsrapportages en de bijbehorende accountantscontroles ingediend. Snellere beoordeling dan de normale cyclus levert alleen maar onnodige administratieve lasten.

Tariefmethodiek VodafoneZiggo niet volgens ND-aanbeveling

ACM oordeelt dat een tariefverplichting voor VodafoneZiggo op basis van top-down kostenmethodiek geschikt is met als enige argument dat ACM voor koper van KPN voor EDC/WPC heeft gekozen¹⁵². ACM kiest ervoor de tarieven voor toegangsdiensten van VodafoneZiggo op een vergelijkbare manier vast te stellen als de toegangsdiensten over koper en niet voor de tariefregulering van ODF-access FttH glas op basis van een bottom-up LRIC-model¹⁵³.

Waarom top-down WPC/EDC-achtig als tariefverplichting beter zou zijn dan een DCF-model op basis van BULRIC maakt ACM niet duidelijk.

Hiermee wijkt ACM bewust¹⁵⁴ en zonder zwaarwegende redenen¹⁵⁵ af van de ND-aanbeveling die voorschrijft om naast EoI een economische replicerbaarheidstoets op te leggen en niet een tariefplafond. Bovendien is de afwijking dubbelop: voor ODF-access FttH en voor tariefregulering van het netwerk van VodafoneZiggo. KPN gaat ervan uit dat de Europese Commissie zich hierin niet kan vinden. De Commissie stelde in 2015 al dat de beperkingen van het tariefplafond voor ODF-access FttH verder gaan dan de beperkingen die inherent zijn aan een economische replicerbaarheidstoets, terwijl er sprake is van concurrentiedruk en een hoge mate van Equivalence of Input (EoI)¹⁵⁶. Bovendien schrijft de Commissie in de ND-aanbeveling voor dat van tariefregulering afgezien moet worden als er sprake is van aantoonbare retailprijsbeperking door de concurrentie op infrastructuurgebied. Gelet op de concurrentie tussen KPN en VodafoneZiggo begrijpt KPN niet dat ACM dan toch tariefregulering oplegt. Als ACM onverhoopt toch besluit tariefregulering op te leggen, dan

¹⁵⁰ ACM/DTVP/2016/207686_OV, 22 december 2016

¹⁵¹ Zie rn 40 van het tariefbesluit ontbundelde glastoegang (FttH)

¹⁵² Rn 753

¹⁵³ Rn 742

¹⁵⁴ Rn 737-738

¹⁵⁵ ULL 2015 rn 1968-1969

¹⁵⁶ Rn 1966 in ULL 2015

zou de methodiek voor regulering van VodafoneZiggo's netwerk op zijn minst consistent moeten zijn met de methodiek voor regulering van het glasnetwerk van KPN. Waarom top-down WPC/EDC-achtige tariefverplichting beter zou zijn dan een DCF-model op basis van BULRIC maakt ACM niet duidelijk. KPN heeft hiervoor uitvoerig toegelicht dat gigabit-snelheden op termijn alleen mogelijk zullen worden op glas- en kabelnetwerken. Als tariefregulering van het glasnetwerk van KPN, dat nog een beperkte dekking heeft en dus nog verder moet worden uitgerold, niet consistent is met de regulering van het kabelnetwerk van VodafoneZiggo, wordt verdere aanleg en daarmee het bevorderen van infrastructuurconcurrentie in strijd met de Europese kerndoelstellingen gefrustreerd.

Met name de waardering van het passieve netwerk – tegen actuele boekwaarde of tegen vervangingswaarde – is essentieel voor de investeringsprikkel in nieuwe passieve infrastructuur. Als de kostprijs van het passieve deel van het VodafoneZiggo-netwerk laag blijft omdat dit netwerk al grotendeels is afgeschreven, dan zal de kostprijs van een wholesale aansluiting op het VodafoneZiggo-netwerk (veel) lager kunnen gaan uitpakken dan de kostprijs van een ODF-access FttH verbinding. Hierdoor kan de business case van glas dusdanig verslechteren dat glas niet meer rendabel uitgerold kan worden.

Dit was ook precies de reden voor de Commissie om in de ND-aanbeveling BU-LRIC+ als kostenmethodiek voor te schrijven. In overweging 33 van die aanbeveling stelt de Commissie:

De waardebeoordeling tegen huidige kosten van de activa van een dergelijk NGA-netwerk houdt het best rekening met het onderliggende concurrentieproces en met name met de duplicerbaarheid van de activa.

De uitzondering die de Commissie maakt¹⁵⁷ voor herbruikbare civiele infrastructuur is in Nederland niet van toepassing omdat kabels in het aansluitnet in de regel direct worden ingegraven. Voor de uitrol van het FttH netwerk heeft KPN ook op geen enkele wijze voordeel gehad van het aanwezige kopernetwerk en/of de civiele werkzaamheden die KPN in het verleden voor dit kopernetwerk heeft gemaakt.

De problemen die de Commissie heeft onderkend en die geleid hebben tot een voorkeur voor een BULRIC+ benadering worden nu duidelijk zichtbaar in gebieden waar zowel koper als glas is uitgerold. Het tariefverschil is zo groot dat sommige afnemers van koperdiensten niet bereid zijn om over te stappen naar glas, tenzij KPN zijn glasprijzen zou verlagen richting de koperprijzen. Dat betekent echter dat KPN zijn glasprijzen tot ver onder de efficiënte kostprijs¹⁵⁸ zou moeten verlagen.

Wanneer coax-netwerken echter gewaardeerd worden op historische boekwaarde dan is er een reëel risico dat de boekwaarde lager wordt vastgesteld dan de efficiënte vervangingswaarde en komt het tariefplafond onder de kostprijs van een hypothetisch efficiënte toetreder te liggen. In dat geval is het evident dat KPN met FttH toegang niet kan concurreren met het toegangsproduct op coax.

Het voorstel voor tariefregulering van toegang tot de kabelnetwerken van VodafoneZiggo op basis van de boekhoudkundige kosten is dus in strijd met de ND-aanbeveling en kan om die reden niet in stand blijven. ACM zal tenminste voor de passieve activa moeten waarborgen dat de kosten daarvan niet lager worden vastgesteld dan BU-LRIC+ van een efficiënt netwerk. Als goede benadering voor die BU-LRIC kosten van de passieve laag kan ACM het huidige FttH tariefplafond gebruiken.

¹⁵⁷ Overweging 34 t/m 38

¹⁵⁸ Zoals vastgesteld in het DCF-model. Omdat FttH een nieuw netwerk betreft zal de kostprijs uit het DCF-model vergelijkbaar zijn met de kostprijs van een BU-LRIC+ model

Bijlagen (./.)

Bij deze reactie worden de volgende bijlagen meegezonden:

- Bijlage 1 – Zienswijzen vanuit de financiële markt:
 - The Financial Times – Telecom investors hit out over EU rule changes, 26 november 2017
 - HSBS – Dutch Telecoms EQUITIES DIVERSIFIED TELECOMMUNICATIONS, 28 februari 2018
 - Bernstein – Dutch telecoms regulatory proposals: Watershed moment for European telcoms?, 27 februari 2018
 - Credit Suisse – ACM proposes regulation of VodafoneZiggo— our thoughts & EC read-across, 27 februari 2018
 - Barclays – 'Joint dominance' arrives in Europe; ACM proposes cable regulation
 - Citi – Dutch cable regulation will test the rhetoric on ‘tight oligopolies’?, 27 februari 2018
- Bijlage 2 – Rapport ‘De rol van (exclusieve) content bij de keuze van een TV-aanbieder’, Blauw Research, maart 2018
- Bijlage 3 – Nadere ZND analyse
- Bijlage 4 – RBB rapporten:
 - RBB Economics, It takes two to tango – Is there a risk of joint dominance in the Dutch broadband market?, 24 oktober 2014
 - RBB Economics, Joint dominance on the Dutch retail market for internet access? - A response to ACM’s draft market analysis decision on unbundled access, 11 december 2014
 - RBB Economics RBB Economics, Joint dominance considerations in relation to pricing incentives in the Dutch retail broadband market, 9 april 2015
- Bijlage 5 – Delivering the new EU approach to fibre: combining pricing flexibility and non-discrimination, Plum Consulting, September 2012