

Autoriteit Consument en Markt

Directie TVP

Postbus 16326

2500 BH Den Haag

Per e-mail: marktanalyse-lokaletoeegang@acm.nl

Amsterdam, 4 september 2023

Betreft: zienswijze YouCa ontwerpbesluit MA lokale internettoegang.

Geachte mevrouw, heer,

1. Namens YouCa B.V. formuleer ik hierna onze zienswijze op het door de ACM op 8 juli 2023 gepubliceerde Ontwerpbesluit Marktanalyse lokale toegang ("Ontwerpbesluit").
2. Zoals we hierna uiteenzetten, is YouCa van mening dat de ACM in het Ontwerpbesluit ten onrechte concludeert dat er geen reden is voor ex ante regulering, in het bijzonder op grond van het besluit van 25 augustus 2022 waarin de ACM op grond van artikel 12h Iw toezeggingen van KPN en Glaspoort bindend verklaard ("toezeggingenbesluit"). Ik licht dat hierna toe.
3. De markt voor zakelijke netwerkdiensten is voor YouCa niet relevant. Deze zienswijze heeft op dat onderdeel van het Ontwerpbesluit dus geen betrekking.
4. Veel marktgegevens zijn in het Ontwerpbesluit vertrouwelijk gehouden, zodanig dat zelfs geen bandbreedtes ("[5-10%]") zijn gehanteerd. YouCa meent dat voor een dergelijke mate van vertrouwelijkheid geen redelijke grond bestaat. Tegelijk is op grond van wél beschikbare gegevens evident dat enerzijds KPN en VodafoneZiggo gezamenlijk hoe dan ook zeer hoge marktaandelen hebben (80-90%) en anderzijds de concurrenten gezamenlijk hoe dan ook een zeer beperkte positie hebben, een gegeven dat de ACM wel onderkent, maar waaraan de ACM nog altijd niet de juiste consequenties verbindt. Niettemin levert dit een motiveringsgebrek op en verzoekt YouCa de ACM om bandbreedtes beschikbaar te stellen, en behoudt zij zich het recht voor zo nodig haar zienswijze nader aan te vullen.
5. Deze zienswijze is niet vertrouwelijk.

#### **Samenvatting**

- De wijze van besluitvorming door de ACM is moeilijk navolgbaar en weinig geloofwaardig. In plaats van een adequate marktanalyse neemt de ACM genoegen met een ontoereikende toezegging die in een ondoorzichtige procedure tot stand is gekomen (waarmee dan ook het nieuwe instrument van de symmetrische toegangsregulering meteen buiten werking wordt gesteld).

- Het vertrekpunt van de marktanalyse is hetzelfde als dat van het toezeggingenbesluit: de markt is zonder verder ingrijpen onvoldoende concurrerend, gezien het praktische duopolie van KPN en VodafoneZiggo, zowel op netwerk- als op retailniveau, het nog altijd zeer bescheiden aandeel van derden, hoge toetredingsdrempels en ontbrekende kopersmacht, weinig overstapbereidheid van de consument en relatief hoge prijzen en jaarlijks zeer forse prijsstijgingen. De theoretische belofte van “infrastructuurconcurrentie” als hoogste sport van de “investeringsladder” stuit op de feitelijke wetmatigheid dat meer dan twee netwerken niet rendabel te exploiteren zijn, en allen KPN en VodafoneZiggo daartoe in staat zijn, zo nodig door verbouw ten koste van anderen.
- De marktanalyse drijft ten onrechte volledig op het toezeggingenbesluit. Het toezeggingenbesluit is geen formeel beletsel voor een volwaardige marktanalyse, en ook inhoudelijk bewerkstelligt het geen effectieve concurrentie binnen de reguleringsperiode. Juist de dienstenaanbieders zonder eigen netwerk waar de ACM de effectieve concurrentie van verwacht, hebben niets aan het toezeggingenbesluit met uitzondering van T-Mobile dat echter nooit meer dan 5- 10% marktaandeel heeft gehaald en zich evenmin tevreden heeft betoond met het toezeggingenbesluit.
- Voor het overige heeft de ACM uitsluitend deelgebied IV nader onderzocht, maar geen van de door de ACM beoordeelde vier concurrentieparameters (bestendig hoog marktaandeel Ziggo, beperkte actuele concurrentie, ontbreken van kopersmacht en het ontbreken van potentiële concurrentie) geeft aanleiding te veronderstellen dat niet langer zelfs maar een risico voor de effectieve concurrentie zou bestaan en regulering dus achterwege zou kunnen blijven. De ACM voorspelt voor deelgebied IV dezelfde eindsituatie als voor deelgebied I en II, waarmee de cirkel weer rond is: een bestendig duopolie VodafoneZiggo-KPN met niet meer dan marginale concurrentie van derden.

### **De besluitvorming**

6. Alvorens op de inhoud in te gaan staat YouCa stil bij het weinig inzichtelijke proces dat tot het thans voorliggende ontwerpbesluiten heeft geleid. Wat YouCa niet goed begrijpt is de *volgordelijkheid* van die besluitvorming en de onduidelijkheid die de ACM daarover heeft laten bestaan. Die volgordelijkheid heeft ook materiële consequenties.
7. De ACM kondigde op 9 juli 2021 aan dat er “voldoende aanleiding” bestond een marktanalysebesluit op te stellen. Dit was de eerste keer dat de ACM zich publiekelijk uitliet na de CBB-uitspraak van ruim een jaar daarvoor, waarmee de regulering van vaste netwerken kwam te vervallen.
8. In dit bericht is van de mogelijkheid dat ook op grond van de Mededingingswet opgetreden zou worden (en wat dat dan zou inhouden) niets te vinden, daar was voor buitenstaanders (dus: anderen dan KPN en de ACM) ook niets van bekend. Het bericht van de ACM koerste ook evident af op een marktanalysebesluit:

*De ACM heeft de afgelopen maanden onderzocht of consumenten en bedrijven kunnen profiteren van een goede prijs-kwaliteitverhouding voor hun internet, televisie, vaste telefonie en dataverbindingen. Ook heeft de ACM de jaarlijkse prijsverhogingen van telecomaandieners*

*geanalyseerd in relatie tot de kosten die zij maken en de kwaliteit die zij bieden. Daarnaast heeft de ACM gekeken naar de tarieven en voorwaarden die KPN rekent aan concurrenten die toegang vragen tot zijn koper- en glasvezelnetwerken.*

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

9. De ACM kondigt in hetzelfde bericht aan te verwachten een ontwerpbesluit te zullen consulteren in het najaar (van 2021). Gezien de rest van het bericht is er voor de lezer geen reden iets anders dan een marktanalysebesluit te veronderstellen.

10. Op 23 december 2021 herhaalde de ACM ontwerp-marktanalysebesluit in voorbereiding te hebben dat zij verwachtte het eerste kwartaal van 2022 ter consultatie te publiceren:

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

11. Opnieuw dus geen enkele indicatie dat er parallel ook een onderzoek op basis van de Mededingingswet zou lopen, laat staan dat dit zelfs *in plaats* zou kunnen komen van de marktanalyse. De aankondiging eind maart 2022 dat de marktanalyse was aangehouden en er zelfs al een afgerond ontwerp-toezeggingenbesluit in consultatie zou worden gegeven, kwam dan ook voor de markt als een grote verrassing. Bij publicatie van het definitieve toezeggingenbesluit kondigde ACM aan dat de marktanalyse zou worden *hervat* en dus niet dat een nieuwe marktanalyse zou starten vanaf dat moment. Duidelijk is ook dat KPN de aanvraag om toezeggingen bindend te verklaren pas eind 2021 heeft gedaan, toen de marktanalyse dus al geruime tijd bezig was. Het ligt voor de hand dat KPN hiermee, net als zij eerder in het kader van de WFA-regulering deed, probeerde de marktanalyse te derailen. Destijds lukte dat niet, nu wel.

12. In het ontwerp-toezeggingenbesluit geeft de ACM aan dat zij onderzoek zou hebben gedaan naar een economische machtspositie die KPN zou bezitten op de wholesalemarkt voor lokale toegang tot koper- en glasvezelnetwerken, maar zij heeft dat onderzoek naar eigen zeggen niet afgerond:

*De ACM merkt op dat zij haar onderzoek naar mogelijk misbruik van machtspositie niet heeft afgerond en dus geen machtspositie of overtreding heeft vastgesteld. De ACM ziet op grond van haar initiële onderzoek evenwel bepaalde marktrisico's. Deze risico's houden verband met de (tarief)voorwaarden die KPN en Glaspoort hanteren voor wholesaletoeegang tot hun glasvezelnetwerken.<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Randnr 13 toezeggingenbesluit.

13. Het is YouCa opgevallen dat de ACM bij monde van haar bestuursvoorzitter achteraf ineens wel stelt dat dit een succesvol voorbeeld zou zijn van het “verzwakken van marktmacht door misbruik te voorkomen:

*De ACM kan marktmacht niet altijd voorkomen. Soms heeft een bedrijf een superieure dienst uitgevonden. Denk aan Google Search. En soms is er als gevolg van schaalvoordelen maar ruimte voor één of enkele spelers, zoals in het geval van fysieke infrastructuur als kabels, pijpleidingen en antennemasten. In die gevallen richt het mededingingstoezicht van de ACM zich op het verzwakken van marktmacht door het bestrijden van misbruik. Een voorbeeld van verboden misbruik is het weigeren van toegang voor concurrenten om gebruik te maken van glasvezelkabels voor internettoegang, of alleen tegen dusdanige voorwaarden dat hier geen concurrentie voor de kabeleigenaar van valt te vrezen. De ACM kan hiervoor boetes opleggen, maar ook maatregelen afdwingen die de concurrentie aanwakkeren en marktmacht verzwakken. Een voorbeeld daarvan is KPN die toegang moet verlenen aan concurrenten tot haar glasvezelkabels, tegen een vastgesteld tarief.<sup>2</sup>*

14. De ACM meende dus wel degelijk dat KPN wel een economische machtspositie innam (en daarvan misbruik maakte), wat dan automatisch ook aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 1.1 Tw<sup>3</sup> betekent, want die begrippen zijn inhoudelijk gelijk.
15. Maar het feit dat de *begrippen* “economische machtspositie” en “AMM” inhoudelijk gelijk zijn, betekent nog niet dat daarmee ook de keuze voor de *procedure* (marktanalyse of bindend verklaren toezegging) lood om oud ijzer is. Juist niet: anders dan een gedegen marktanalyse wordt in een toezeggingsprocedure juist *geen* verder materieel onderzoek gedaan, maar wordt een pragmatische oplossing onderhandeld om verder onderzoek te kunnen staken. En vervolgens wordt diezelfde onderhandelde oplossing weer gepresenteerd als inhoudelijk argument om de marktanalyse af te kappen – terwijl de ACM nota bene zelf constateert dat nu juist alle aanleiding voor een marktanalyse bestaat, zij ziet juist een AMM.<sup>4</sup> Dan had ook een volwaardige procedure gevolgd moeten worden, in plaats van op ondoorzichtige wijze de bocht af te snijden.
16. Het is ook niet erg geloofwaardig dat de ACM zich eerst, en zeer terecht, ernstige zorgen maakt over de marktsituatie, zich na een toezegging (die volgens de eigen berekening van ACM de consument een fractie oplevert van wat alleen al VodafoneZiggo aan dividend uitkeert en waar

---

<sup>2</sup> <https://www.acm.nl/nl/publicaties/blog-martijn-snoep-meer-gereedschap-tegen-marktmacht-graag>

<sup>3</sup> “*onderneming die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht*: onderneming die alleen of tezamen met andere ondernemingen over een economische kracht beschikt die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen”. Dat is zoals bekend exact de definitie van economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.

<sup>4</sup> Onduidelijk is of ACM meent dat het om een individuele machtspositie van KPN gaat omdat zij de kabel niet tot de wholesalemarkt rekent, dan wel of het volgens ACM om een collectieve machtspositie KPN-VodafoneZiggo gaat omdat zij ook de kabel tot de wholesalemarkt rekent. Volgens de ACM kan kabel onderdeel van de relevante markt voor lokale toegang zijn, wanneer door de overstap op retailniveau van op koper- of glasvezelnetwerken gebaseerde diensten (= KPN) naar op kabelnetwerken gebaseerde diensten (= VodafoneZiggo) aanbieders van lokale toegang tot koper- of glasvezelnetwerken (= KPN) niet winstgevend hun tarief kunnen verhogen, en er dus indirecte concurrentiedruk vanuit het kabelnetwerk is (Ontwerpmarktanalysebesluit randnr. 94). Zoals de ACM echter zelf vaststelt, is die prijsdruk op retailniveau er sowieso niet, omdat de wholesale tarieven van KPN onvoldoende ruimte voor prijsconcurrentie laten. VodafoneZiggo kan zich permitteren geen toegang tot haar netwerk te geven en KPN blijft van wholesale concurrentie verschoond.

vrijwel geen enkele marktpartij wat aan heeft) ineens vaststelt dat diezelfde markt “zeer concurrerend” zou zijn.

17. Kortom: de ACM is krijgshaftig begonnen aan marktanalyse maar heeft zich vervolgens kennelijk achter de schermen door KPN op volstrekt ondoorzichtige wijze laten ompraten en presenteert dat nu als overwinning voor de markt. Het eigenlijke resultaat is een ontoereikende toezegging waar de consument niets mee opschiet maar waarmee vervolgens wel de marktanalyse wordt afgekapt, terwijl de ACM zelf duidelijke risico's op AMM ziet.
18. Terzijde wijzen wij op de zienswijze van YouCa op het ontwerpbesluit op grond van het derde lid van artikel 6.3 Tw. Die symmetrische toegangsregulering is precies het soort instrument om, zoals de heer Snoep dat stelt “...*toetreding door nieuwe spelers makkelijker maken en weer dynamiek brengen in het rustige leven van de gevestigde orde*”, zonder eerst een machtspositie/AMM vast te hoeven stellen. Maar ook de symmetrische toegangsregulering die nu juist exact voor dit scenario was geschreven, blijkt door het optreden van de ACM nog voor die zelfs maar uit de startblokken is een doodgeboren kind. Na afloop beklagt de ACM zich dan publiekelijk over het ontbreken van toezichtsinstrumenten die ze allang heeft maar weigert in te zetten. Voor wie duidelijkheid zoekt hoe dit proces zo heeft kunnen lopen resteert niet anders dan een beroep op de Wet open overheid dat met een generiek beroep op het belang van “intern beraad” (en dus niet dat van de markt of van de consument) wordt afgedaan.

#### **De marktsituatie zonder regulering**

19. In het kader van de marktanalyse moet de ACM beoordelen of de relevante retailmarkt(en) voor internettoegang binnen de reguleringsperiode gekenmerkt worden (of zullen worden) door duurzame en daadwerkelijke concurrentie, ofwel effectieve concurrentie. Alleen als retailmarkten effectief concurrerend zijn, of dat binnen de reguleringsperiode zullen worden, kan regulering van de bovenliggende wholesalemarkt achterwege blijven.<sup>5</sup> Daarover bestaat geen verschil van inzicht.<sup>6</sup>
20. YouCa heeft meermalen aan de ACM geschetst waarom de internettoegangsmarkt in Nederland niet effectief concurrerend is in deze zin, en dat al vele jaren:
- De retailmarkt wordt tot op de dag van vandaag gedomineerd door het duopolie VodafoneZiggo – KPN met een gezamenlijk marktaandeel van 80 – 90%. Dat marktaandeel is structureel en erodeert niet of nauwelijks.
  - De duopolisten zijn zowel eigenaar van veruit de grootste en technisch superieure netwerken als de enige (VodafoneZiggo) als vrijwel enige (KPN) aanbieder van diensten over die netwerken. De duopolisten maken excessieve winsten (EBITDA marges van 45 – 50%) en doen tal van uitgaven, waaronder structureel forse dividenduitkeringen, waar in

---

<sup>5</sup> Voor de goede orde: regulering op grond van het AMM-instrumentarium. Symmetrische toegangsregulering gaat uit van de actuele concurrentiesituatie, en kan dus worden toegepast ook als wellicht op den duur een wel effectief concurrerende markt bestaat. YouCa licht dat toe in de afzonderlijke zienswijze op het ontwerpbesluit op haar aanvraag tot toepassing van artikel 6.3 lid 3 Tw.

<sup>6</sup> Randnr. 27 Ontwerpbesluit.

een normaal functionerende markt geen ruimte voor zou zijn. Zij verhogen jaarlijks hun tarieven met meerdere procenten, tot 10% dit jaar.<sup>7</sup>

- De uitrol van glasvezel biedt geen uitweg. Ten eerste niet omdat het overgrote deel van de glasvezeluitrol voor rekening van KPN/Glaspoort komt, zij ook glasvezelpartijen overneemt (zoals recent Primevest, volgens de ACM een van de grotere alternatieve glasvezelaanbieders<sup>8</sup>) en zij haar bestaande koperklanten (DSL) overzet op glas, en daarmee haar huidige positie handhaaft. Ten tweede niet omdat naast glasvezel van KPN weinig ruimte bestaat voor andere netwerken, terwijl een (ook in de eigen studies van de ACM vastgestelde<sup>9</sup>) economische wetmatigheid is dat de markt niet meer dan twee dekkende netwerken kan dragen, en consolidatie dus hoe dan ook onvermijdelijk is.<sup>10</sup>

21. De ACM constateerde ook zelf dat de situatie op de retailmarkt zodanige risico's voor de concurrentie kent, dat zij aanleiding zag een marktanalyse én een mededingingsonderzoek naar KPN en Glaspoort in te stellen:

- Op de retailmarkt voor internettoegang stappen consumenten relatief weinig over wat maakt dat de grootste telecomaandieners jaarlijks winstgevend prijsverhogingen kunnen doorvoeren, met als gevolg maar een beperkte overstap van klanten naar concurrenten.<sup>11</sup>
- De retailmarkt kenmerkt zich als een naar een duopolie neigend oligopolie van KPN en VodafoneZiggo, de mate van marktconcentratie ligt boven de hoogste signaalwaarden die de Europese Commissie hanteert in mededingingszaken, KPN en kabelaanbieders hebben ieder een hoog marktaandeel dat het afgelopen decennium niet wezenlijk is afgenomen en het marktaandeel van toegangsvragers is ondanks de recente groei van T-Mobile op de totale retailmarkt nog bescheiden, wat een indicatie is van minder grote concurrentiedruk.<sup>12</sup>

NB: de wholesalemarkt voor partijen die willen komen tot een landelijke consumentenpropositie boven 100 m/bits bestaat niet. Tot 100 m/bit is sprake van een monopolie van KPN.

---

<sup>7</sup> Voor zover daar grotere snelheden tegenover staan, is dat niet doorslaggevend. Zoals de ACM al in 2018 vaststelde (marktanalysebesluit WFA, randnr. 1346) wordt het door technologische vooruitgang steeds goedkoper om een Mbit te leveren, zodat prijsstijgingen bij gestegen snelheid niet per se voor de hand liggen, getuige ook de gestegen snelheden bij mobiele communicatiediensten tegen gedaalde prijzen. Vijf jaar later is dat uiteraard niet anders.

<sup>8</sup> Randnr. 294 Ontwerpbesluit.

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld de "Update markstudie uitrol van glasvezel in Nederland", 6 mei 2021, randnr. 18: "Ook is zichtbaar dat er in een aantal gebieden door meer dan één partij glasvezel is uitgerold. Dit betreft voornamelijk de dekkingsgebieden van de voormalige kleinere kabelbedrijven die hun HFC-netwerk hebben vervangen door een FttH-netwerk. Hier liggen dan weliswaar twee verschillende glasvezelnetwerken, maar ligt er geen concurrerend kabelnetwerk naast. Dit lijkt het beeld uit het voorgaande rapport te bevestigen, dat er naast het kabelnetwerk van VodafoneZiggo in de meeste gevallen ruimte lijkt voor één rendabel glasvezelnetwerk."

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld <https://www.telecompaper.com/commentaar/wat-de-samenwerking-in-amsterdam-betekent-zonder-kpn-of-ziggo-staat-open-dutch-fiber-voor-de-uitdaging-de-derde-digitale-infrastructuur-te-bouwen--1469743>

<sup>11</sup> Toezeggingenbesluit, randnr. 50.

<sup>12</sup> Toezeggingenbesluit, randnr. 52.

- De onderlinge prijsdruk tussen KPN en kabelaanbieders is beperkt, consumenten stappen minder snel over en ervaren ook overstapdrempels, die door aanbieders ook worden erkend. De overstapbereidheid wordt nog lager wanneer consumenten vast-mobiele bundels of glasvezel afnemen.<sup>13</sup>

NB: de prijsdruk op kabel is nihil blijktens jaarlijkse tariefsverhogingen.

- De lage overstapbereidheid stelt KPN en kabelaanbieders in staat hun retailprijzen jaarlijks winstgevend te verhogen, en prijzen voor internettoegang zijn in Nederland relatief hoog. Dit relativeert de concurrentiedruk van toegangsvragers.<sup>14</sup> Hoe dan ook zijn er volgens de ACM maar vijf telecomproviders (KPN, VodafoneZiggo, Delta, T-Mobile en Online.nl) die gezamenlijk vrijwel de gehele consumentenmarkt voor vaste telecomaansluitingen bedienen en 90% van de homes passed met glasvezel bedienen<sup>15</sup> (waarbij VodafoneZiggo en Delta geografisch grotendeels complementair zijn<sup>16</sup>).
- Weliswaar kunnen volgens de ACM toegangsvragers in het algemeen redelijk concurreren op het kopernetwerk van KPN, maar het kopernetwerk wordt ook steeds minder relevant naarmate een groter deel van de Nederlandse huishoudens aangesloten is op glasvezel.<sup>17</sup>

22. Deze analyse is door alle partijen (anders dan VodafoneZiggo en KPN) die zienswijzen hebben ingediend op het ontwerp van het toezeggingenbesluit onderschreven. YouCa meent dat die analyse onverkort juist is. Daar komt bij dat de voorsprong van KPN op glasvezel verder consolideert. Zo kondigde KPN recent aan dat zij de vijfde speler op FttH, Primevest, overneemt.<sup>18</sup> Kort daarvoor verkreeg KPN via Glaspoort zeggenschap over Glasdraad<sup>19</sup> en meldde zij bij de ACM het voornemen YouFone over te nemen.<sup>20</sup> Het lijkt geen twijfel dat verdere consolidatie zal volgen.

23. De belangrijkste infrastructuur-uitdager op glas lijkt momenteel Open Dutch Fiber (ODF) te zijn dat bezig is met name in grote steden een derde netwerk uit te rollen. Deze speler biedt zelf geen diensten aan en heeft het fundamentele probleem dat het de twee sterke merken KPN en Ziggo mist, waardoor het onmogelijk is een bezettingsgraad van 30 of 40% te halen, wat algemeen aanvaard is als minimaal vereiste om rendabel actief te kunnen zijn.<sup>21</sup>

24. De huidige situatie is nog onlangs treffend geschetst door, nota bene, de eigen Chief Economist van ACM onder de noemer "Telecom 3.0 (2008 – 2022)":<sup>22</sup>

---

<sup>13</sup> Toezeggingenbesluit, randnr. 53.

<sup>14</sup> Toezeggingenbesluit, randnr. 55 – 56.

<sup>15</sup> Toezeggingenbesluit, Bijlage C1, randnr. 18, 22.

<sup>16</sup> Toezeggingenbesluit, Bijlage C1, randnr. 22.

<sup>17</sup> Toezeggingenbesluit, randnr. 80.

<sup>18</sup> <https://www.telecompaper.com/nieuws/kpn-neemt-glasvezelnetwerken-over-van-primevest--1466851>

<sup>19</sup> <https://www.telecompaper.com/nieuws/acm-keurt-zeggenschap-glaspoort-en-tinc-over-glasdraad-goed--1463504>

<sup>20</sup> <https://www.acm.nl/nl/publicaties/kpn-wil-youfone-overnemen-concentratiemelding>

<sup>21</sup> <https://www.telecompaper.com/commentaar/wat-de-samenwerking-in-amsterdam-betekent-zonder-kpn-of-ziggo-staat-open-dutch-fiber-voor-de-uitdaging-de-derde-digitale-infrastructuur-te-bouwen--1469743>

<sup>22</sup> <https://www.acm.nl/nl/publicaties/blog-paul-de-bijl-de-markt-voor-snel-internet-momenteel-concurrerend>

*Deze periode kenmerkt zich door de opkomst van een nieuwe generatie netwerken. Meer snelheid, ook via het opwaarderen van koper en kabel. Het samengaan van UPC en Ziggo tot een landelijk kabelbedrijf bracht de consolidatie in kabel tot een natuurlijk einde. De belofte van dynamiek en verglazing hing af van investeringen en schaalgrootte die – enigszins paradoxaal – de levensvatbaarheid van infrastructuurconcurrentie zouden kunnen ondermijnen. Tegelijkertijd zouden KPN en Ziggo (later VodafoneZiggo) met investeringen fel kunnen gaan concurreren op snelheid. Dat viel tegen. Tot 2012 kocht KPN herhaaldelijk eigen aandelen in en keerde het aantrekkelijke dividenden uit – geld dat geïnvesteerd had kunnen worden in verglazing. In 2014 gaf de ACM toestemming aan KPN voor een meerderheidsbelang in Reggefiber. Daarmee verkreeg KPN de zeggenschap in een speler die tot voorheen flink tempo had gemaakt met de uitrol van glas. De rem ging erop en de markt belandde in rustig vaarwater.*

25. De ACM illustreert daarmee zelf treffend het probleem: de theoretische beloftes van “infrastructuurconcurrentie” en “investeringsladders” hebben geleid tot een markt “in rustig vaarwater” zonder veel concurrentie, die de ACM vervolgens weer noopte tot ingrijpen.
26. Kortom: met hoogstens twee netwerken, een bestendig duopolie in zowel netwerken als diensten en ook na vele jaren nog altijd slechts marginaal marktaandeel voor derden, is duidelijk dat een op *risico* gebaseerde, prospectieve en hypothetische analyse van de marktsituatie in afwezigheid van regulering maar één conclusie rechtvaardigt: de markt is niet effectief concurrerend. Of, andersom: bij die stand van zaken is uitgesloten dat zelfs geen *risico* op gebrekkige concurrentie zou bestaan, zodat regulering geheel overbodig is. Toch is dat precies de conclusie van het Ontwerpbesluit.
27. De ACM lijkt er echter zelf ook niet zo zeker van dat we die situatie van voldoende concurrentie hebben bereikt. Opnieuw de Chief Economist:

*Afhankelijk van de input tijdens de consultatie volgt de ACM de route van het ontwerpbesluit. Maar dat er voldoende concurrentie is maakt telecom niet ineens een gewone markt. Betaalbare, hoogwaardige verbindingen voor iedereen zijn van groot maatschappelijk belang. Dat belang kan in de knel komen wanneer het huidige beeld zou omslaan. Vanwege schaalears effecten en vooruitzichten op hogere marges willen spelers mogelijk samengaan, zoals we eerder zagen in mobiele telecom (waar dure uitrol tot de voordeur niet eens nodig is). Ook zouden kleine overnames onder de omzetsdrempel langs de concentratiecontrole kunnen glijpen. Of stappen aanbieders van glasvezelnetwerken af van open toegang. We hebben natuurlijk het mededingingsrecht, maar ook het Europese regelingskader en onze telecomwet verdwijnen niet. Het instrument van toegangsregulering blijft dus in de gereedschapskist van de ACM.*

28. Dit zijn allemaal zeer reële risico's die volgen uit economische wetmatigheden van de huidige markt (het zijn dus geen onzekere hypotheses) en die zich deels ook al verwezenlijken.
29. Maar als het maatschappelijk belang dat met betaalbare hoogwaardige internetverbindingen gemoeid is dan zo groot is (en YouCa onderschrijft dat van harte), als telecom niet ineens een



gewone markt is (ook dat onderschrijft YouCa) en als risico's voor concurrentiebeperking reëel zijn, waarom concludeert de ACM dan niettemin dat die risico's niet eens bestaan en regulering dus achterwege kan blijven?

### **De rol van het toezeggingenbesluit KPN/Glaspoort in de marktanalyse**

30. De conclusie van de ACM dat regulering overbodig zou zijn, drijft volledig op het toezeggingenbesluit. Dit zou volgens ACM een formele belemmering zijn tot reguleren, terwijl het ook inhoudelijk regulering overbodig zou maken omdat dit effectieve concurrentie zou bewerkstelligen. Beide opvattingen zijn onjuist.

### ***Toezeggingenbesluit nu toch een formele beperking?***

31. Hoewel de ACM destijds suggereerde dat zij (de effecten van) het toezeggingenbesluit vooral inhoudelijk en als louter feitelijk gegeven zou meewegen bij de marktanalyse,<sup>23</sup> is de vrees van YouCa bewaarheid dat de ACM het toezeggingenbesluit toch vooral als een formeel beletsel voor ex ante regulering zou presenteren.
32. De ACM overweegt<sup>24</sup> nu immers dat het toezeggingenbesluit zou laten zien dat het mededingingsrecht op zich al voldoende is om vastgesteld marktfalen aan te pakken, zodat niet aan criterium (iii) voor regulering van de (aangewezen) WLA-markt zou zijn voldaan en de ACM dus om die reden niet kan reguleren.
33. Daarmee miskent de ACM de tekst en het stelsel van de wet.
34. De WLA-markt is een door de Europese Commissie aangewezen markt, en daarmee dus een markt als bedoeld in artikel 6a.1 lid 1 Tw. Uitgangspunt van die aanwijzing is dat ten aanzien van die markt aan alle drie criteria is voldaan. Die conclusie wordt ook duidelijk in de Explanatory Note getrokken (p. 51):

*Ex post competition rules seem unlikely to be able to effectively address the observed market failures, requiring frequent intervention, persistent monitoring and price setting remedies. Given the crucial importance to guarantee effective and timely network access, ex post competition law alone is not yet able to address such entrenched access bottlenecks. As a result, the use of ex ante regulation appears indispensable, at least for the time being.*

*The three criteria test therefore continues to be met for the WLA market.*

35. De Explanatory Note poneert dit als uitgangspunt, en dat komt ook tot uitdrukking in artikel 6a.1 lid 6 Tw (en artikel 67, laatste alinea, EWEC-richtlijn), waaruit volgt dat de ACM ten aanzien van de door de Commissie aangewezen markt niet toekomt aan het in artikel 6a.1 lid 5 Tw bedoelde onderzoek (waaronder, sub a onder 3, de toets of het mededingingsrecht alleen voldoende is om vastgesteld marktfalen aan te pakken).
36. Nu laat de laatste alinea van artikel 67 EWEC-richtlijn de ACM als nationale regelgevende instantie wel de ruimte om te constateren “...dat onder de specifieke nationale omstandigheden aan één of meer van dergelijke criteria niet is voldaan”. Maar wat de ACM daarover in het

---

<sup>23</sup> Randnr. 191 toezeggingenbesluit: “In dit marktanalysebesluit zal het door KPN en Glaspoort met hun toezeggingen gewijzigde wholesale-aanbod als feitelijk gegeven worden betrokken.”

<sup>24</sup> Randnr. 503 Ontwerpbesluit.

Ontwerpbesluit stelt is onvoldoende. Zeker in het licht van het duidelijke uitgangspunt in de Explanatory Note dat ex post interventie op grond van het generieke mededingingsrecht onvoldoende is.

37. De Explanatory Note stelt ook dat toegangsregulering alleen dan kan vervallen als er concurrentie op retailniveau is ontstaan “...which is sustainable in the absence of (wholesale) regulation.” En dat is nu juist precies niet het geval, want de ACM constateerde ook zelf dat ingrijpen noodzakelijk is om voldoende concurrentie op gang te krijgen. Het toezeggingenbesluit laat juist zien dat de ACM de marktsituatie zonder regulering in elk geval zorgelijk vindt, en daarin reden ziet tot ingrijpen.
38. Het is dus ook in de eigen redenering van de ACM niet zo dat er al een concurrerende retailmarkt voor internet is waarop het generiek mededingingstoezicht volstaat (zoals op elke andere vrije en concurrerende markt), de ACM heeft het toezeggingenbesluit juist als een vorm van ex ante regulering ingezet.

***Toezeggingenbesluit moet buiten de beoordeling blijven (modified greenfield)***

39. Bovendien moest de ACM bij de voor marktanalyses voorgeschreven *modified greenfield* benadering ook abstraheren van het toezeggingenbesluit.
40. Dit volgt ook uit de logica van de *modified greenfield* benadering. Die strekt er immers toe zeker te stellen dat bij de marktanalyse het bestaan van de prikkel en mogelijkheid voor de mededingingsbepurende gedraging van toegangsweigering voldoende worden meegewogen. Zou niet worden geabstraheerd van regulering die dient om de door het beschikken over marktmacht bestaande mogelijkheden tot mededingingsbepurend gedrag weg te nemen, dan zou dit aspect worden gemist. Immers, uitgaande van de effectiviteit van deze regulering, zou het risico op zulk gedrag niet meer bestaan.<sup>25</sup> Anders gezegd: *modified greenfield* voorkomt de cirkelredenering waarin regulering verder overbodig wordt geacht omdat er geen probleem is, terwijl er juist geen probleem is omdat werd gereguleerd.
41. Er is geen enkele reden om het toezeggingenbesluit op dit punt anders te beoordelen omdat dit een op het generiek mededingingsrecht gebaseerd instrument is. In beide gevallen (ex ante of ex post regulering) gaat het om onderzoek naar mogelijke *marktmacht* en de consequenties daarvan, waarbij het concept “AMM” geen relevant andere inhoud heeft dan het begrip economische machtspositie.<sup>26</sup>
42. Bovendien heeft KPN de toezegging gedaan in reactie op het aangekondigde onderzoek van de ACM, het gaat dus niet om een commercieel aanbod, maar om een aanbod dat is gedaan onder druk van de toezichthouder.
43. De ACM heeft beide routes (Tw en Mw) ook altijd als min of meer onderling uitwisselbaar en gelijkwaardig behandeld. Zoals de ACM in het toezeggingenbesluit ook zelf memoreert, is zij medio 2020 onderzoeken gestart om te beoordelen of regulering van toegang tot vaste

---

<sup>25</sup> CbB 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:177, ov. 5.4.

<sup>26</sup> Randnr. 17 van de AMM-richtsnoeren stelt op dit punt ook dat “...bij de analyse rekening worden gehouden met de effecten van andere soorten (sectorspecifieke) regelgeving, besluiten of wetgeving [...]” dat wil zeggen, die niet gebaseerd is op aanmerkelijke marktmacht. Het toezeggingenbesluit is dat juist wel.

netwerken noodzakelijk is op grond van de Telecommunicatiewet “en/of” ingrijpen nodig is op basis van de Mededingingswet en heeft zij KPN ook overeenkomstig geïnformeerd.

44. Vervolgens heeft de ACM op 9 juli 2021 aangekondigd dat de genoemde onderzoeken in ieder geval voldoende aanleiding geven om een marktanalysebesluit op te stellen, daar stond het generiek mededingingsrecht dus volgens de ACM zelf niet aan in de weg. De ACM heeft parallel daaraan ook initieel onderzoek gedaan naar de verenigbaarheid van de gedragingen van KPN en Glaspoort met artikel 24 Mededingingswet (Mw) en artikel 102 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), en vervolgens heeft KPN hangende het marktanalyseonderzoek toezeggingen aangeboden.
45. Het ligt bepaald voor de hand dat KPN louter tot dit aanbod is overgegaan onder de druk van het dreigende onderzoek van de ACM op grond van de Mededingingswet, en dan ligt niet in de rede dat het in de markt zetten van het aanbod afbreuk doet aan het bestaan van de prikkel en mogelijkheid voor de mededingingsbeperkende gedraging van toegangsweigering. Dat die dreigende regulering in dit geval gebaseerd zou zijn op toepassing van generiek mededingingsrecht zou logischerwijze geen verschil mogen maken.

***Belang van de specifieke toezeggingsprocedure (artikel 6a.4e Tw)***

46. Bovendien voorziet het regelgevend kader nu ook in mogelijkheid van het bindend verklaren van toezeggingen, artikel 79 EWEC-richtlijn en artikel 6a.4e Tw en dan had de ACM die procedure moeten volgen. Dit was immers het geldend kader op het moment dat de marktanalyse begon.
47. Dit punt is ook door marktpartijen ingebracht in de consultatie voor het toezeggingenbesluit. In reactie daarop merkte de ACM op dat het niet mogelijk was de toezeggingen van KPN en Glaspoort op basis van 6a.4e Tw te beoordelen omdat zij hun toezeggingen niet op basis van deze grondslag voorlegden.<sup>27</sup> Dat is feitelijk juist, maar is niet waar het om gaat. De ACM had KPN en Glaspoort in reactie op die aanvraag moeten laten weten dat zij die niet kon beoordelen, juist *omdat* er een specifieke toezeggingenprocedure bestaat, en zijn niet langer bevoegd was dat op grond van generieke artikel 12h Iw te doen.

***Het toezeggingenbesluit is inhoudelijk ontoereikend***

48. Maar ook voor zover de ACM het toezeggingenbesluit wél bij de marktanalyse had kunnen betrekken, kan dat niet dragend zijn voor het Ontwerpbesluit.
49. YouCa meende, en meent nog altijd, dat hoe dan ook geen reden bestaat aan het toezeggingenbesluit zulke positieve effecten toe te dichten dat regulering overbodig zou zijn. Die effecten zijn er niet, en *kunnen* er ook niet zijn, gezien de beperkte reikwijdte van het toezeggingenbesluit en de eigen redenering van de ACM.
50. Zoals wij ook al in de zienswijze op het toezeggingenbesluit hebben laten zien, blijkt dat al meteen uit de stelling van de ACM dat zij met dit besluit de Nederlandse consument op jaarbasis EUR 200 miljoen zou besparen, ofwel minder dan EUR 2 per huishouden per maand. Als dat juist is, is duidelijk dat het toezeggingenbesluit geen serieus effect *kan* hebben, want dat bedrag is alleen al een fractie van wat VodafoneZiggo in een kwartaal aan dividend uitkeert, en is

---

<sup>27</sup> Randnr. 195 toezeggingenbesluit.

ruimschoots minder dan het bedrag dat KPN en VodafoneZiggo alleen al met hun jaarlijkse *prijstijgingen* voor inflatie ophalen.

51. Ook de beperkte reikwijdte van het toezeggingsbesluit maakt duidelijk dat dit niets bijdraagt aan de concurrentie.
52. Zoals de ACM zelf vaststelt<sup>28</sup> maken vrijwel alle toegangsvragers gebruik “...van toegang centraal in de netwerken van KPN (wholesale breedband toegang, WBT) of wederverkoopdiensten (WMP15). Deze toegangsvragers hebben ieder een beperkt marktaandeel van 0-5%, maar meestal enkel een fractie hiervan.” WBT en wederverkoopdiensten zijn echter geen voorwerp van de toezegging van KPN. Met andere woorden: de toegang op grond van het toezeggingenbesluit wordt vrijwel niet afgenomen. Dat is overigens ook al door de ACM onder ogen gezien in het toezeggingenbesluit. Dat heeft alleen betrekking op ODF-toegang en VULA, ofwel lokale wholesale diensten, terwijl behoudens T-Mobile geen enkele toegangsvrager die afneemt, omdat die toegangsvormen veel te kostbaar zijn voor spelers met een klein marktaandeel, laat staan voor nieuwe spelers.
53. De ACM onderkende dan ook dat de toezegging van KPN en Glaspoort voor partijen met een *marktaandeel* tot 5% niet relevant is: “Nog los van de kenmerken van het VULA PON aanbod is het overigens de vraag of het voor marktpartijen met een klein marktaandeel überhaupt rendabel is om voor het gebruik van wholesale toegangsdiensten tot het netwerk van KPN uit te rollen naar lokaal toegangsniveau. Voor hen zijn wholesale toegangsdiensten op nationaal toegangsniveau in de regel geschikter. Het WBA aanbod van KPN voorziet daarin.”<sup>29</sup> Het lijkt er wel haast op dat het ACM niet helder is hoe gecompliceerd het starten van een nieuwe dienstenaanbieder is. 1 procent marktaandeel is ruwweg 80.000 huishoudens. Dat is 5 jaar lang 365 dagen per jaar (netto!) 44 nieuwe klanten aansluiten.
54. De meeste toegangsvragers gaven dan ook in de consultatie aan dat de voorgestelde toezeggingen voor hen niet leiden tot lagere wholesale tarieven.<sup>30</sup> De ACM heeft dat niet bestreden, maar integendeel bevestigd dat centrale toegangsproducten niet gereguleerd zijn. Toch vond de ACM verdergaand ingrijpen niet nodig, zoals door aanvullende toezeggingen van KPN en Glaspoort te vragen voor verlaging van de tarieven van centrale toegangsproducten, hoewel de hele markt behalve T-Mobile daarop aangewezen is.
55. Daarbij beriep de ACM zich op het principe van de *ladder of investment* en het beoogd eindresultaat “...dat een of meerdere toegangsvragers dermate veel schaal behaalt, dat hij ook de last mile zelf kan aanleggen.” Immers, aldus ACM, het “...reguleringskader beoogt om ex ante regulering uiteindelijk los te laten wanneer deze ladder of investment is doorlopen en de retailmarkten effectief concurrerend zijn.”<sup>31</sup> Maar het “doorlopen van de investeringsladder” leidt er hoogstens toe dat er twee netwerken zullen zijn, die van KPN en VodafoneZiggo, waarbij deze partijen ook veruit het overgrote deel van de diensten voor hun rekening nemen. Precies de situatie die de ACM nu juist zo zorgelijk vond dat zij een toezegging noodzakelijk achtte.

---

<sup>28</sup> Randnr. 24 Ontwerpbesluit.

<sup>29</sup> Randnr. 272 toezeggingenbesluit.

<sup>30</sup> Randnr. 353 toezeggingsbesluit.

<sup>31</sup> Randnr. 356 toezeggingsbesluit.

56. De verwijzing naar de investeringsladder is opvallend te noemen. De ACM stelt immers dat zij juist aanbieders zonder netwerk als de enige bron van de “effectieve concurrentie” ziet. Dit blijkt waar de ACM haar bevindingen in de marktanalyse ten aanzien van deelgebieden I en II samenvat in het ontwerpbesluit op de aanvraag van YouCa op grond van artikel 6.3 lid 3 Tw (nadruk toegevoegd):<sup>32</sup>

*“De ACM wijst erop dat voor de conclusie dat op de markten I en II niet tot AMM van enige partij wordt geconcludeerd, **niet gebaseerd is op het aantal netwerken in een gebied** maar op het gegeven dat de glasvezelnetwerken in de gebieden ook openstaan voor aanbieders zonder eigen netwerk. **Op basis van deze toegang kunnen verschillende aanbieders retaildiensten aanbieden hetgeen, zo stelt de ACM vast, tot effectieve concurrentie leidt.**”<sup>33</sup>*

57. De ACM onderkent daarmee dat zij helemaal niet verwacht dat aanleg van infrastructuur tot effectieve concurrentie zal leiden: zij zet alle kaarten op concurrentiedruk van de toegangsvragers *zonder* eigen netwerk – en dan nog alleen voor zover die toegangsvragers gebruik maken van het wholesale-aanbod van KPN dat voorwerp was van het toezeggingenbesluit, de facto alleen T-Mobile. De overige toegangsvormen waren immers al beschikbaar voordat dit besluit werd genomen, en deden niet af aan de volgens de ACM zorgwekkende marktsituatie die nu juist aanleiding voor het toezeggingenbesluit was.

58. Dit is te meer opvallend, omdat de ACM de al door KPN geboden toegang nu juist onvoldoende vond en juist naar eigen zeggen het toezeggingenbesluit bindend heeft verklaard in de hoop zo de concurrentie alsnog beter op gang te krijgen. Dat is echter mislukt voor zover de markt die toegang helemaal niet afneemt.<sup>34</sup>

59. Dat is nog eens bevestigd in de brief<sup>35</sup> die de hele sector, inclusief T-Mobile en Tele2, op 6 oktober 2022 aan de ACM stuurde, waarin werd benadrukt dat het toezeggingenbesluit ontoereikend is, onder meer omdat (i) de relevante toegangsdiensten nog maar voor één afnemer van KPN beschikbaar zijn; (ii) de toezeggingen van KPN niet toekomstvast zijn omdat deze niet op snelheden boven 1 Gb/s zien; (iii) geen maatregelen zijn om de nadelige gevolgen van de migratie van koper naar glas te beperken. De sector verwacht dan ook dat het merendeel van de

---

<sup>32</sup> Randnr. 27 van dit ontwerpbesluit.

<sup>33</sup> Overigens weerspreekt de ACM hiermee de marktanalyse. Daarin stelt zij (overweging geciteerd op p. 11 van het Ontwerpbesluit, een na laatste alinea) dat juist de duplicering van het netwerk van VodafoneZiggo door open glasvezelnetwerken een zwaarwegende factor in de analyse van het risico op AMM in deelmarkt IV zou vormen, omdat de opkomende concurrentie zou bestaan uit de toetreding van glasvezelaanbieders, waardoor de verwachte effecten in de markt goed vergelijkbaar zouden zijn met de concurrentiele omstandigheden in markt I en II, waar de aanwezigheid van de open glasvezelnetwerken deze markten voldoende concurrerend zou maken (aldus nog steeds de ACM). Maar nu stelt de ACM dus dat die effectieve concurrentie juist *niet* van glasvezelaanbieders te verwachten is, maar van dienstaanbieders zonder eigen netwerk.

<sup>34</sup> Zo merkt Freedom Internet in haar inbreng voor het ontwerp toezeggingenbesluit op (punt 3): “Toetreders en kleinere providers zijn veroordeeld tot het WBA aanbod wat buiten de regulering valt. De tariefstelling alhier is niet geschikt om op glasvezel een voor consumenten concurrerend aanbod aan te bieden waardoor groei naar een grotere omvang waarbij VULA mogelijk wordt eigenlijk uitgesloten wordt.” Aan dit punt is in het definitieve toezeggingenbesluit uiteraard niet tegemoet gekomen, omdat WBA daarmee niet alsnog in de toezegging is betrokken.

<sup>35</sup> Dossierstuk nr. ACM/IN/720524.

mededingingsproblemen met het verbindend verklaren van de toezeggingen niet zijn opgelost. Al vrij snel bleek dan ook dat de door de ACM voorspelde prijsverlagingen er niet kwamen.<sup>36</sup>

60. Het Ontwerpbesluit bevat verder ook geen beoordeling van de gevolgen van het toezeggingenbesluit, laat staan enige indicatie dat toegangsvragers op enig moment alsnog zullen overstappen op de toegangsproducten waar de toezegging betrekking op heeft.
61. Het is dan ook niet aannemelijk dat zij een veel substantiëler marktaandeel zullen kunnen veroveren dan de huidige 0 – 5%. Het toezeggingenbesluit is voor hen niet relevant. Wat men zich precies voor moet stellen bij de concurrentiedruk die op KPN en VodafoneZiggo zou uitgaan van “agressieve promotie en retentie” van dergelijke verwaarloosbare spelers (die zelf klagen dat de toegangsvoorwaarden van KPN hen juist daar niet toe in staat stellen), is dan ook onduidelijk: eerder meende de ACM juist dat zij niet tot het uitoefenen van serieuze concurrentiedruk in staat waren op basis van de door KPN geboden toegang (wat de structureel lage marktaandelen ook bevestigen) en voor hen is daarin dus niets veranderd.<sup>37</sup> En dat terwijl de ACM ook vaststelt dat de mate waarin netwerken toegang bieden, en die ook wordt afgenomen, van grote invloed op de concurrentieomstandigheden in de retailmarkt is.<sup>38</sup>
62. De ACM constateert ook dat alternatieve glasvezelaanbieders niet in staat zijn om op korte termijn (binnen een periode van 6-12 maanden) een netwerk binnen een andere geografische markt uit te rollen in reactie op een prijsverhoging voor vaste internettoegang van een concurrent in deze markt, en dus geen concurrentiedruk door aanbodssubstitutie uitoefenen.<sup>39</sup> Ook dit bevestigt weer de beperkte concurrentiedruk die van (ook regionaal versnipperde) kleinere spelers uitgaat op KPN, die in vrijwel heel Nederland al glasvezel heeft en op VodafoneZiggo, die ook in vrijwel heel Nederland een gelijkwaardig VHC-netwerk heeft.<sup>40</sup>
63. De enige concurrent voor wie het toezeggingenbesluit feitelijk betekenis heeft is T-Mobile, zij is immers de enige partij die zich deze toegang kan veroorloven. Daarover stelt de ACM:<sup>41</sup> *“Alleen T-Mobile Netherlands B.V. en T-Mobile Thuis B.V. (hierna: T-Mobile) hebben per begin 2022 een significant marktaandeel op de retailmarkt voor vaste internettoegang van circa 5-10 [vertrouwelijk T-Mobile: ]%. Hoewel T-Mobile hoofdhurder is op de glasvezelnetwerken van Open Dutch Fiber en Primevest, en Open Dutch Fiber de ambitie heeft om haar netwerken uit te rollen naar een miljoen huishoudens, blijft ook de komende jaren het overgrote deel van de klanten van T-Mobile bediend worden via de netwerken van KPN. Daarmee is T-Mobile veruit de grootste wholesale-afnemer van KPN.”* Inmiddels komt daar nog de al genoemde omstandigheid bij dat het netwerk van Primevest door KPN is overgenomen.
64. Opnieuw is er geen enkele indicatie dat in elk geval T-Mobile op basis van de door KPN toegezegde toegang een substantieel hoger marktaandeel zal kunnen verkrijgen. Niet voor niets heeft T-Mobile de bezwaren van de sector onderschreven. En zoals opgemerkt is de situatie

---

<sup>36</sup> <https://www.telecompaper.com/commentaar/prijsverlagingen-internettoegang-blijven-goeddeels-uit-ondanks-lagere-wholesalekosten-kpn--1444203>

<sup>37</sup> Randnr. 205 Ontwerpbesluit.

<sup>38</sup> Randnr. 172 Ontwerpbesluit.

<sup>39</sup> Randnr. 214 Ontwerpbesluit.

<sup>40</sup> Zoals ook blijkt uit feit dat de deelgebieden III en V waar KPN geen VHC-netwerk heeft (buitengebieden) in omvang zeer beperkt zijn met resp. 240.000 en 167.000 actieve aansluitingen.

<sup>41</sup> Randnr. 25 Ontwerpbesluit.

inmiddels dat KPN nu ook Primevest overneemt, zodat T-Mobile nóg meer op KPN aangewezen is, terwijl niet aannemelijk is dat ODF op langere termijn rendabel kan zijn naast de netwerken van KPN en VodafoneZiggo.

### **De concurrentieanalyse van de ACM**

65. Uit de eigenlijke concurrentieanalyse in onderdeel 3.4 van het Ontwerpbesluit blijkt dat de ACM in feite maar één deelgebied nader onderzocht heeft, namelijk deelgebied IV – Kabelnetwerk. De overige vier deelgebieden worden in het Ontwerpbesluit als één geheel kort behandeld. Maar de conclusies t.a.v. deelgebied IV zijn voornamelijk gebaseerd op projectie van de verwachtingen van de ACM t.a.v. deelgebieden I en II, en bij de analyse van het risico op AMM is vooral het “dupliceren” van het netwerk van VodafoneZiggo door glasvezelaanbieders zwaarwegend.<sup>42</sup>
66. Geen van de door de ACM beoordeelde vier concurrentieparameters (marktaandelen, actuele concurrentie, ontbreken van kopersmacht en het ontbreken van potentiële concurrentie) geeft echter aanleiding te veronderstellen dat niet langer zelfs maar een *risico* voor de effectieve concurrentie zou bestaan en regulering dus achterwege zou kunnen blijven. Dat geldt overigens niet alleen ten aanzien van deelgebied IV, maar ten aanzien van alle deelgebieden.
67. YouCa benadrukt nogmaals dat vertrekpunt van de beoordeling moet zijn de marktsituatie die voor de ACM aanleiding was om het toezeggingenbesluit te nemen. De ACM meende, terecht, dat die marktsituatie onvoldoende concurrerend was. Maar als de ACM dat meent, moet zij ook consistent zijn: voor zover in een deelgebied eenzelfde situatie bestaat, of dreigt te ontstaan, kan zij niet tegelijk volhouden dat er zelfs geen *risico* op AMM bestaat en dus nu al voldoende zeker is dat regulering achterwege kan blijven.

### **Marktaandelen**

68. Duidelijk is dat VodafoneZiggo op deelgebied IV een marktaandeel van 50-55% heeft, wat op zich al het vermoeden van (individuele) AMM rechtvaardigt. De ACM stelt daarbij niet te beschikken over historische data op gebiedsniveau, maar zij stelt óók vast dat het marktaandeel van VodafoneZiggo in deelmarkt IV is toegenomen de afgelopen jaren.<sup>43</sup>
69. De ACM verwacht dat in deelgebied IV het risico op AMM binnen de reguleringsperiode zal verdwijnen, omdat naar mate in dit deelgebied meer open glasvezelnetwerken zullen worden aangelegd, de concurrentiesituatie meer naar die van deelgebieden I en II zal tenderen.
70. Daarmee schiet de consument dan niets op. Want hoewel de ACM om onduidelijke redenen in het Ontwerpbesluit de marktaandeelcijfers van deelgebieden I en II (evenals die van III en V) volledig weglaat (zij toont niet eens een bandbreedte, in zoverre ontbeert het Ontwerpbesluit dan ook een voor derden kenbare motivering), laat zich op basis van de landelijke gegevens wel raden hoe die situatie in deelgebieden I en II er uit ziet: VodafoneZiggo en KPN zijn op hun eigen netwerken sowieso heer en meester<sup>44</sup> en vormen samen een bestendig duopolie tussen VodafoneZiggo en KPN die samen 75 – 85% van de markt bedienen. Daarbij is van belang dat KPN/Glaspoort uiteraard ook in deelgebied II glasvezelnetwerk zal uitrollen ter vervanging van koper (en zo nodig

---

<sup>42</sup> Randnr. 288 Ontwerpbesluit.

<sup>43</sup> Randnr. 233 Ontwerpbesluit.

<sup>44</sup> Volgens de Telecommonitor was het marktaandeel van KPN in Q-1 2023 op glas 60-65% (homes passed)/75-80% (homes activated) en dat van VodafoneZiggo op kabel 90-95% (homes passed)/95-100% (homes activated).

ook zal overbouwen om dat te bewerkstelligen), omdat dat in haar eigen belang is.<sup>45</sup> Die uitrol zal de groei van de netwerkpenetratie van alternatieve glasvezelnetwerken beperken en vertragen.<sup>46</sup> Deelgebied II zal dus snel krimpen ten gunste van deelgebied I.

71. De belangrijkste toegangsvrager op het netwerk van KPN is T-Mobile, zoals opgemerkt de enige partij voor wie het toezeggingenbesluit überhaupt concrete betekenis heeft. T-Mobile had volgens de Telecommonitor in het eerste kwartaal van 2023 een landelijk marktaandeel van 5 – 10% (de overige spelers samen 0-5%), en T-Mobile is er ook al die jaren niet in geslaagd een grotere positie te verwerven. Daarnaast noemt de ACM in deelgebied IV alleen nog Online.nl, Budget en Youfone, de laatste is echter door KPN overgenomen.
72. De ACM verwacht slechts een *lichte* daling van het aandeel van VodafoneZiggo als gevolg van afname van de toegangsproducten waar het toezeggingenbesluit betrekking op heeft, en zoals hiervoor al toegelicht zijn die producten niet betaalbaar en bruikbaar voor anderen dan T-Mobile. Daarmee is ook onduidelijk op grond waarvan de ACM constateert dat er *meer* dienstenaanbieders actief zullen worden op basis van het toezeggingenbesluit: dat de tarieven voor WBA slechter zijn, is duidelijk maar dat is ook precies het probleem, want uitrol op basis van VULA-PON en Lokaal-WBT (toezeggingenbesluit) is voor deze spelers sowieso te duur.<sup>47</sup> De ACM constateert ook dat de migratie van koper naar glas voornamelijk ten koste zal gaan van het marktaandeel van toegangsvragers (op koper), wier groei in belangrijke mate wordt beperkt door de toenemende concurrentiedruk van KPN en Glaspoort en de dienstenaanbieders op deze glasvezelnetwerken.<sup>48</sup>
73. De ACM heeft YouCa bij het indienen van verzoeken op basis van art 6.1 Tw telkens verzocht gedetailleerde businesscases uit te werken. Het lijkt dan ook logisch dat ACM haar beweringen over de effectieve werking voor nieuwkomers van het toezeggingenbesluit zelf eens een sluitende businesscase voor die propositie uiteenzet. Zonder die uitwerking zijn haar beweringen 'gratuit'.
74. 'Excel is geduldig', banken en financiers van nieuwe ondernemingen niet. ACM schermt met onderzoek en getallen die niet inzichtelijk worden gemaakt. In een hoog over 'macro model' kan – zeker als men de uitgangspunten niet deelt – tot elke wenselijke uitkomst worden gerekend.
75. YouCa is van mening dat die case in de huidige kapitaalmarkt niet te financieren zal blijken te zijn daar de soms van subscriber acquisition costs (SAC) en activatie van de klant leidt tot een investering per klant ruim boven euro 200 per klant. Die moet vervolgens met hooguit enkele euro's marge moeten worden terugverdiend, zelfs als een dergelijke nieuwkomer kans zou zien 5% marktaandeel te halen.

---

<sup>45</sup> Randnr. 361 Ontwerpbesluit: "KPN of Glaspoort zou in deze gebieden wel kunnen beslissen om een (extra) glasvezelnetwerk uit te rollen omdat zij ook een belang hebben bij het behoud van hun huidige koperklanten, die steeds vaker overstappen naar glasvezelalternatieven en kabelnetwerken. Deze gebieden zijn ook in de lange termijn ambitie/plannen van KPN en Glaspoort opgenomen." Zie ook randnr. 370: "Daarbij is ook de verwachting dat in een groot deel van deze markt KPN of Glaspoort het kopernetwerk vervangt door een glasvezelnetwerk."

<sup>46</sup> Randnr. 327 Ontwerpbesluit. Zie ook het toezeggingenbesluit, Bijlage C, randnr. 147:

<sup>47</sup> Randnr. 319 Ontwerpbesluit.

<sup>48</sup> Randnrs. 320 – 321 Ontwerpbesluit.



76. Bij dat alles valt ook op dat waar de ACM in het toezeggingenbesluit het lage percentage overstappers in de markt als een belangrijke aanwijzing voor gebrekkig marktfunctioneren ziet, dit aspect in het Ontwerpbesluit buiten beschouwing blijft. In het toezeggingenbesluit wordt de hoge mate van productdifferentiatie (veroorzaakt door verschillen in netwerken, snelheden, televisieaanbod, vast-mobiele combinaties, etc.) als een overstapdrempel gekenmerkt.<sup>49</sup> Het Ontwerpbesluit zegt daarover niets. Dit beperkt zich tot een beoordeling van de churn op het netwerk van VodafoneZiggo in deelgebied IV in vergelijking met die in andere deelgebieden (op voor derden overigens niet inzichtelijke wijze), maar dat is geen analyse van het overstapgedrag van consumenten in het algemeen.
77. De analyse van overstapgedrag was mede van belang in het toezeggingenbesluit en het is niet duidelijk waarom die analyse dan in de marktanalyse ontbreekt. De ACM houdt bovendien in verschillende andere markten overstapgegevens bij, zoals bijvoorbeeld de energiemarkt en de zorgverzekeringsmarkt (waar overigens ook veel hogere overstapcijfers blijken dan in de internetmarkt). Het is voor zover YouCa bekend is ook helemaal niet zo dat er ineens veel meer overgestapt wordt. Volgens de Telecommonitor Q-1 2023 waren er in het eerste kwartaal van 2023 211.884 vertrekkende abonnees, ofwel niet meer dan 2,7% van het totaal. Dat duidt op slechts zeer beperkte overstap, en dus ook op een slechts beperkte impact van de kortingen en acties op de totale omzet van de aanbieders.
78. Het contrast met de ook in het Ontwerpbesluit geschetste markt voor zakelijke netwerkdiensten is groot: ook daar is een aantal grote spelers actief, maar daar is het marktaandeel van marktleider KPN structureel dalende tot thans onder de 40% en zijn zowel VodafoneZiggo als Eurofiber sterk gegroeid tot respectievelijk 25-30% en 20-25%, naast nog eens 15 – 25% voor overige spelers waaronder T-Mobile. Dat is wel een heel ander beeld dan het ook op langere termijn bestendige duopolie in deelgebied I en II en de AMM-positie van VodafoneZiggo in deelgebied IV.

#### ***Actuele concurrentie en overige factoren***

79. De ACM stelt vast dat de enige actuele concurrentie met VodafoneZiggo in deelgebied IV plaatsvindt op basis van het kopernetwerk van KPN en dienstenaanbieders die gebruik maken van toegang tot het kopernetwerk van KPN (het toezeggingenbesluit kan in deelmarkt IV hoe dan ook geen effect hebben, want dat heeft daar geen betrekking op).
80. Bij die stand van zaken heeft VodafoneZiggo, zoals al opgemerkt, in deelgebied IV een marktaandeel dat zonder meer wijst op een enkelvoudige AMM, zeker nu dat marktaandeel volgens de ACM de afgelopen jaren zelfs nog is *toegenomen* en ook niet duidelijk is op welke termijn dat aandeel zal gaan dalen als gevolg van uitrol van glasvezel. Dit gegeven zou op zichzelf al de conclusie rechtvaardigen dat er vooralsnog een zodanig risico bestaat voor effectieve concurrentie, dat regulering gerechtvaardigd is.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Randnr. 53 toezeggingenbesluit.

<sup>50</sup> Zie ook par. 55 van de AMM-Richtsnoeren: “Volgens vaste rechtspraak levert het feit dat een onderneming gedurende een bepaalde tijd een zeer groot marktaandeel — meer dan 50 % — heeft, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie, uitzonderingsomstandigheden daargelaten. De ervaring leert dat hoe hoger het marktaandeel is en hoe langer de periode waarover dit wordt aangehouden, des te groter de kans is dat zulks een belangrijke, eerste aanwijzing is voor het bestaan van aanmerkelijke marktmacht.”

81. Toch ziet de ACM daar nu al van af, want zij verwacht dat VodafoneZiggo de controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur die zij nu nog heeft, geleidelijk zal gaan verliezen in deelgebied IV, omdat vrijwel het gehele netwerk van VodafoneZiggo eind 2025 zal zijn “gedupliceerd” door glasvezelaanbieders; zelfs in de door de ACM geschetste worst case scenario’s zal heel Nederland binnen de reguleringsperiode volledig zijn verglaasd, ook wanneer consolidatie van glasvezelaanbieders zal plaatsvinden.<sup>51</sup>
82. De term “replicatie”/“duplicatie” is echter tamelijk misleidend in dit verband, omdat die suggereert dat *elke* gemiddelde toetreder het netwerk van VodafoneZiggo zou kunnen dupliceren.
83. Dat is evident niet zo, zoals de ACM ook al zelf (en terecht) vaststelt in het besluit op het toegangsverzoek van YouCa op grond van artikel 6.3 lid 1 Tw: het netwerk van VodafoneZiggo is niet zomaar te repliceren voor een economisch efficiënte toetreder.
84. Méér dan twee netwerken kan de markt sowieso niet duurzaam dragen, en het aanleggen van een volledig dekkend glasvezelnetwerk tot aan de consument is een enorme investering. En het antwoord op de vraag is *wie* die voor zijn rekening neemt, is wel duidelijk: niet de toetreders, maar KPN.
85. Thans is alleen KPN in staat op landelijke schaal te investeren en is ook als enige bereid om reeds verglaasde gebieden te overbouwen, gezien het strategisch uitgangspunt dat alle KPN-koperklanten een eigen glasvezelalternatief geboden wordt,<sup>52</sup> ongeacht of daar nog alternatieven zijn. KPN overbouwt reeds aanwezige netwerken liever dan dat zij van die andere netwerken gebruik maakt voor haar eigen dienstenaanbod.<sup>53</sup>
86. Bovendien creëert overbouw ook strategische waarde voor KPN.<sup>54</sup> De ACM memoreert nota bene zelf dat alle alternatieve glasvezelaanbieders in april 2023 nogmaals hebben bevestigd dat zij

---

<sup>51</sup> Randnr. 248 Ontwerpbesluit.

<sup>52</sup> Randnrs. 241, 245 Ontwerpbesluit.

<sup>53</sup> Zie bijvoorbeeld het recente initiatief van Glaspoort in Amerongen en Leersum. De gemeente legde dit aan haar bewoners uit (<https://www.heuvelrug.nl/aanleg-glasvezel-in-amerongen-en-leersum>): “Bewoners vragen zich af waarom er nu weer door een ander bedrijf glasvezel wordt aangelegd. De gemeente heeft glasvezelbedrijven gevraagd om hierbij samen te werken en gebruik te maken van de infrastructuur die al is aangelegd door Deltafiber. Helaas leveren een aantal serviceproviders, waar onder KPN, geen diensten op dit netwerk. In de Telecommunicatiewet is geregeld dat meerdere bedrijven een eigen glasvezelnetwerk mogen aanleggen. Een gemeente moet dit gedogen. Daardoor werken er dus meerdere bedrijven aan de aanleg van glasvezel, waaronder Glaspoort. Dit betekent helaas dat er meerdere keren overlast is voor bewoners bij de aanleg van glasvezel door de verschillende bedrijven. De gemeente betreurt deze werkwijze, maar kan hier niets aan veranderen.”

<sup>54</sup> Zie <https://www.telecompaper.com/commentaar/wat-de-samenwerking-in-amsterdam-betekent-zonder-kpn-of-ziggo-staat-open-dutch-fiber-voor-de-uitdaging-de-derde-digitale-infrastructuur-te-bouwen--1469743>: “Joost Farwerck van KPN zei bij de resultaten over Q1 2023 dat selectieve overbouw waarde creëert. Wat bedoelde hij daarmee? Wel, als EQT Delta (of KKR ODF) aanbiedt aan KPN, dan zal Joost Farwerck elke stad of gemeente waar KPN al een eigen glasvezelnetwerk heeft aangelegd vriendelijk afwijzen. Hij zal alleen geïnteresseerd zijn in netwerken in steden en dorpen waar KPN nog alleen een kopernetwerk heeft - een geleidelijk afnemend aantal plaatsen. Dat betekent bijvoorbeeld dat KPN het Amsterdamse netwerk van ODF zal waarderen op EUR 0. ODF mag dan via zijn ISP-partners onder leiding van T-Mobile een klantenbestand opbouwen, maar KPN zal liever een terugwincampagne starten dan betalen voor een klantenbestand van voormalige KPN-abonnees. Dit is een groot probleem voor zowel Delta/EQT als voor ODF/KKR.”

geen netwerk zullen aanleggen in gebieden waar reeds een glasvezelnetwerk is aangelegd, te meer indien dit netwerk van KPN of Glaspoort is<sup>55</sup> en dat een derde glasvezelnet in de regel niet wordt aangelegd zodra KPN/Glaspoort al is uitgerold.<sup>56</sup>

87. De ACM merkt op dat glasvezelaanbieders, nadat ze de beslissing hebben genomen om een gebied te verglazen, er alles aan doen om de penetratie op dat netwerk zo hoog mogelijk te krijgen<sup>57</sup> – wat dus precies onderschrijft dat het uitrollen van een netwerk een risico is (“zeer uitdagend”<sup>58</sup>) en alleen rendabel is als er voldoende aansluitingen te realiseren zijn. En juist voor kleinere aanbieders is het lastig de kosten terug te verdienen met dienstverlening, zeker waar zij moeten concurreren met incumbents voor wie het behoud van klanten op een reeds aangelegd netwerk geen extra kosten met zich brengt.<sup>59</sup>
88. De suggestie van de ACM<sup>60</sup> dat VodafoneZiggo aan het einde van de reguleringsperiode geen voordelen meer zou halen uit de beschikking over de controle over een niet gemakkelijk te dupliceren netwerk, gaat voorbij aan haar eigen toezeggingsbesluit: dat constateerde juist dat in een situatie waarin zowel VodafoneZiggo als KPN over VHC-netwerken beschikken maar alleen KPN toegang verleent, de marktsituatie niet voldoende concurrerend is. Ofwel: in deelgebied IV wordt op zijn best een monopolie ingeruild voor een duopolie, niet voor effectieve concurrentie.
89. De voordelen die VodafoneZiggo volgens ACM geniet door verticale integratie, schaal- en breedtevoordelen en product-/dienstendiversificatie bevestigen evenzeer dat er op dit moment een duidelijk risico op AMM bestaat, terwijl die voordelen evenmin verdwijnen wanneer op termijn een duopolie ontstaat van twee partijen die wellicht niet onderling, maar in elk geval ten opzichte van de (verwaarloosbare) concurrentie zeer aanzienlijke schaal- en breedtevoordelen hebben.<sup>61</sup> Dit relateert overigens ook in zeer vergaande mate de gedachte als zouden de jaarlijkse forse prijsstijgingen gerelativeerd moeten worden wanneer die worden afgezet tegen toegenomen snelheden, waardoor de “prijs per mbit/s” verlaagd zou zijn. Die gedachte gaat er aan voorbij dat juist hier schaalvoordelen van belang zijn, omdat de kosten van een netwerk minder dan evenredig oplopen met het verkeersvolume over het netwerk, en de marginale kosten bij hoge volumes sterk zullen dalen. Het simplistisch delen van prijzen over geboden snelheden gaat hier volledig aan voorbij. Internettoegang is een zeer homogeen product en het leveren van meer snelheid kost praktisch niets extra (het is eerder duur om snelheden te beperken). Dit maakt te meer dat de concurrentie op de internettoegangsmarkt in de huidige omstandigheden een spel tussen de grote spelers is die met inzet van hun schaalvoordelen (die

---

<sup>55</sup> Randnr. 335 Ontwerpbesluit.

<sup>56</sup> Randnr. 333 Ontwerpbesluit.

<sup>57</sup> Randnr. 351 Ontwerpbesluit.

<sup>58</sup> Randnr. 360 Ontwerpbesluit: “...veel potentiële concurrenten hebben aangegeven in gebieden waar KPN of Glaspoort zijn netwerk heeft uitgerold niet te zullen gaan toetreden en dit in de praktijk ook niet doen. De business case daarvoor, met reeds twee beschikbare hoogwaardige netwerken van VodafoneZiggo en KPN of Glaspoort is zeer uitdagend, omdat het first mover advantage (‘als eerste glasvezel’) hier ontbreekt en deze partijen ook niet beschikken over een (grote) installed base.”

<sup>59</sup> Randnr. 352 Ontwerpbesluit.

<sup>60</sup> Randnr. 254 Ontwerpbesluit.

<sup>61</sup> In randnr. 350 Ontwerpbesluit stelt de ACM dat VodafoneZiggo ten opzichte van KPN geen voordelen wat betreft schaal of breedte zou hebben, maar daarmee is allermindst duidelijk dat die voordelen er dan ook niet zijn jegens andere concurrenten (en de ACM stelt ook zelf dat KPN schaalvoordelen t.o.v. T-Mobile heeft).

bijvoorbeeld ook meewegen bij de inkoop van content en de *subscriber acquisition costs* die voor kleinere partijen zeer substantieel zijn<sup>62</sup>).

90. De ACM constateert ook terecht dat er geen kopersmacht is en ook geen druk uitgaat van potentiële concurrentie, en dát geldt uiteraard voor alle deelgebieden. Dat is dus een duidelijke factor die vóór regulering pleit, niet daartegen.

#### ***Nader onderzoek – prijsbeleid VodafoneZiggo***

91. In onderdeel 3.4.1.7 van het Ontwerpbesluit geeft de ACM een overzicht van een “nader onderzoek” naar de tarieven en kortingen die VodafoneZiggo in deelgebied IV aanbiedt. De uitkomsten daarvan zijn voor derden grotendeels niet te volgen, zodat het Ontwerpbesluit ook in zoverre niet inzichtelijk is. Het Ontwerpbesluit biedt echter wel voldoende aanknopingspunten om te concluderen dat de uitkomsten van dit nader onderzoek de sterke positie van VodafoneZiggo niet relativeren.
92. De ACM constateert dat VodafoneZiggo een landelijk prijsbeleid hanteert, inclusief actietarieven en retentiekortingen, waardoor haar ARPU in kabelnetwerk- en glasvezelgebieden niet veel verschilt. Bovendien houdt zij vast aan haar jaarlijkse prijsverhogingen (8,5% in 2023). Voor die klanten die van actietarieven profiteren geldt dat de tarieven bij VodafoneZiggo niet blijvend laag zijn, en na de actieperiode weer stijgen tot aan de normale (relatief hoge) tarieven, en bovendien ook aan indexatie onderhevig blijven.<sup>63</sup> Klanten die niet overstappen (of de intentie kenbaar maken) profiteren al helemaal niet van de lage actietarieven en hoge kortingen.<sup>64</sup> VodafoneZiggo wordt ook niet extra gedisciplineerd door mogelijke toetreding van KPN en Glaspoort met een glasvezelnetwerk, zij zet haar retentiebeleid voornamelijk in op concrete overstapintenties van kabelklanten, aldus de ACM.<sup>65</sup>
93. Dat alles duidt dus niet op veel concurrentiedruk, niet in deelgebied IV, maar evenmin in deelgebieden I en II. Ook als op enig moment in deelgebied IV glas mocht zijn uitgerold, heeft dit hoogstens tot gevolg dat naast VodafoneZiggo ook KPN een sterke positie inneemt, en er dus (net als in deelgebied I en op termijn deelgebied II) een duopolie VodafoneZiggo – KPN ontstaat dan wel bestendig wordt. Zeker nu de grootste dienstenaanbieder T-Mobile voor de levering van internetdiensten in grote mate afhankelijk van de toegang tot het netwerk van KPN en Glaspoort, zoals de ACM ook vaststelt. Hoogstens ODF heeft als derde partij enige substantie, maar ook een zeer onzekere positie. Bovendien biedt ODF niet zelf diensten aan, terwijl de ACM nu juist zelf stelt dat zij de concurrentie verwacht van dienstenaanbieders zonder eigen netwerk.
94. YouCa stelt ook vast dat een dergelijk onderzoek naar prijsstelling en retentie- en kortingenbeleid voor de deelgebieden I en II niet eens is gedaan. Daarbij verdient nog opmerking dat voor een klant die al bediend wordt geen wervingskosten gemaakt hoeven te worden (ook het overzetten van bestaande koperklanten naar glas is voor KPN veel goedkoper dan het werven van een nieuwe abonnee voor een concurrerende aanbieder is). Door een bestaande klant te behouden

---

<sup>62</sup> Daar komt nog bij dat een kleinere toetreder zal moeten proberen op prijs klanten te veroveren, terwijl de wholesaletarieven van KPN daar geen ruimte voor laten, klanten die op lage prijs geworven moeten worden mogelijk ook eerder weer overstappen terwijl de kosten van de verwerving van een klant (al snel enkele honderden Euro) ook nog terugverdiend moeten worden.

<sup>63</sup> Randnr. 271 Ontwerpbesluit.

<sup>64</sup> Randnr. 283 Ontwerpbesluit.

<sup>65</sup> Randnr. 362 Ontwerpbesluit.

worden die kosten dus bespaard en dat zeker de grote aanbieder met een grote klantenbasis in staat retentiekortingen te financieren. Dergelijke kortingen duiden dus niet op een concurrerende markt.

### **Conclusie**

95. Op basis van het voorgaande is wat ons betreft duidelijk dat de ACM ten onrechte tot de conclusie komt dat de door haar afgebakende deelmarkten binnen de reguleringsperiode effectief concurrerend zullen worden en er geen risico is dat VodafoneZiggo en/of KPN beschikken over AMM. De marktsituatie die voor de ACM terecht reden was tot zorg is met het toezeggingenbesluit (de kurk waar de marktanalyse op drijft) onvoldoende aangepakt. Het is voor ons niet goed begrijpelijk hoe de ACM in het licht van de evidente marktomstandigheden meent te kunnen concluderen dat zelfs geen *risico* op AMM bestaat en dus elke vorm van regulering achterwege meent te kunnen laten.
96. Het heeft er alle schijn van dat ACM zich tegen beter weten in vastklampt aan een dunne doelredenering. Die redenering is onderbouwd met tegenstrijdigheden en macro economische modellen waarvan de ingangparameters voor derden als vertrouwelijk zijn aangemerkt om haar eigen onmacht of onwil de markt in goede banen te leiden te maskeren. Dat is wat YouCa betreft een schrijnende illustratie van oude bestuurscultuur waarvan de consument al decennia de rekening krijgt.

Tot nadere schriftelijke en mondelinge toelichting zijn wij vanzelfsprekend immer bereid,

Hoogachtend,



Taco Jelgersma

Gert-Jan Raatgever