

Autoriteit Consument en Markt

Directie TVP

Postbus 16326

2500 BH Den Haag

Per e-mail: [symmetrische\\_toegang@acm.nl](mailto:symmetrische_toegang@acm.nl)

Amsterdam, 4 september 2023

Betreft: zienswijze YouCa ontwerpbesluit artikel 6.3 lid 3 Tw.

Geachte mevrouw, heer,

1. Namens YouCa B.V. formuleer ik hierna onze zienswijze op het door de ACM op 8 juli 2023 gepubliceerde Ontwerpbesluit op het verzoek van YouCa tot het nemen van een besluit op grond van artikel 6.3, derde lid, Tw ("Ontwerpbesluit").
2. Zoals we hierna uiteenzetten, is YouCa van mening dat de ACM in het Ontwerpbesluit ten onrechte concludeert dat geen sprake zou zijn van een situatie als bedoeld in artikel 6.3, vierde lid, aanhef en onder a, van de Tw. Deze conclusie baseert de ACM op de resultaten van het onderzoek voor de marktanalyse lokale toegang. YouCa heeft daarop een aparte zienswijze gegeven, die als hier herhaald en ingelast moet worden beschouwd. Waar relevant zal YouCa nog aanvullende opmerkingen maken.
3. Deze zienswijze is niet vertrouwelijk.

### **Samenvatting**

- De wijze van besluitvorming door de ACM is moeilijk navolgbaar en weinig geloofwaardig. Nederland heeft zich in Europa sterk gemaakt om de ACM de mogelijkheid voor symmetrische toegangsregulering te geven als belangrijk extra instrument. De ACM grijpt vervolgens de eerste beste mogelijkheid aangrijpt om het op verkeerde gronden ongebruikt in de la te laten liggen. In plaats van een adequate marktanalyse en symmetrische regulering neemt de ACM genoegen met een ontoereikende toezegging die in een ondoorzichtige procedure tot stand is gekomen.
- Symmetrische toegangsverplichtingen op grond van het derde lid van artikel 6.3 Tw zijn niet gebaseerd op een prospectieve analyse, maar op een actuele analyse. Als een markt niet concurrerend is op het moment van beoordelen, kunnen dus op grond van lid 3 van artikel 6.3 Tw verplichtingen worden opgelegd, ook als uit een marktanalyse zou volgen dat die markt mogelijk op den duur wel effectief concurrerend zou kunnen worden. De bewijsstandaard bij de op AMM gerichte marktanalyse is fundamenteel anders dan bij 6.3. De ACM ziet dat over het hoofd.

- Het Ontwerpbesluit gaat ten onrechte uit van een eerste punt van samenkomen op de multitaap, zodat op een hoger gelegen punt in het netwerk van VodafoneZiggo uitsluitend op grond van het derde lid van artikel 6.3 Tw symmetrische toegangsverplichtingen opgelegd kunnen worden.
- De ACM gaat er ten onrechte van uit dat de markt voldoende concurrerend is. Daarbij valt op dat de ACM nu zelf onderkent dat zij de concurrentie niet verwacht van de aanleg van infrastructuren (glasvezel) maar van aanbieders zonder eigen netwerk. Daarvan staat echter vast dat die niet meer dan 10 – 15% marktaandeel hebben en altijd zullen moeten concurreren tegen een duopolie van VodafoneZiggo en KPN.
- Het is onbegrijpelijk waarom de ACM nu stelt dat zij niet zou toekomen aan de beoordeling of er grote en niet-tijdelijke economische of fysieke replicatiebelemmeringen bestaan, want de ACM heeft dat al lang vastgesteld in het besluit op basis van het eerste lid van artikel 6.3 Tw. Die replicatiebelemmeringen hebben bovendien aanzienlijke gevolgen voor de markt, omdat partijen als YouCa daardoor louter op grond van toegang via KPN zouden kunnen concurreren.

#### **De besluitvorming**

4. 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.
5. 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.
6. 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 teleco-aanbieders 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.*

7. 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.
8. 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.*

9. 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 toezeggingsbesluit op grond van de lw 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.
10. 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 wholesaletoegang tot hun glasvezelnetwerken.<sup>1</sup>*

11. 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*

---

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

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>

12. 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.
13. 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.
14. Het al genoemde recente blog van de bestuursvoorzitter van ACM waarin hij om extra instrumenten vraagt, heeft YouCa ook om een andere reden hogelijk verbaasd. Niet omdat YouCa de ACM niet de nodige instrumenten voor goed toezicht gunt, maar omdat de ACM die nu juist in dit geval al *heeft*, nota bene na krachtig Europees lobbyen door de lidstaat Nederland: de symmetrische toegangsregulering van artikel 6.3 Tw.
15. Dit is precies de door de ACM zo vurig gewenste regeling 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. De manier waarop de ACM vervolgens met dat instrument omgaat, is zeer opvallend – en niet in positieve zin.

---

<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.

16. Voor toepassing van de symmetrische toegangsregulering is de ACM afhankelijk van een aanvraag. Na overleg met en aanmoediging van de ACM heeft YouCa medio 2021 de aanvraag tot toegang tot de kabel ingediend bij de ACM - als eerste én enige partij. Parallel daaraan heeft ook T-Mobile een verzoek tot symmetrische toegang ingediend, maar dan tot het netwerk van KPN<sup>5</sup> waarmee de ACM dus, zoals zij kennelijk graag wenste, symmetrische toegangsverzoeken tot beide netwerken gelijktijdig kon behandelen. De ACM kon dus met het gloednieuwe gewenste aanvullende instrument aan de slag. YouCa levert vervolgens op verzoek van de ACM in meerdere rondes uitvoerige onderbouwing van haar verzoek, waaronder een uitgewerkte business case. Vervolgens wordt ook die aanvraag wordt, net als de marktanalyse, opgehouden en vervolgens afgehangen op een onwerkbaar definitie van het EPVS. Aansluitend wordt de deur naar gereguleerde toegang tot de kabel op grond van het derde lid van artikel 6.3 Tw in een uiterst beknopt ontwerpbesluit dichtgeslagen, ook hier weer met verwijzing naar het toezeggingenbesluit. Datzelfde toezeggingenbesluit faciliteert als enige marktpartij T-Mobile (van haar symmetrisch toegangsverzoek is niet meer vernomen), die niettemin haar onvrede met het resultaat duidelijk kenbaar maakt.
17. Kortom: de eerste de beste kans dat de ACM de kans heeft het zo gewenste nieuwe instrument dat in Europa door Nederland voor elkaar gebokst is, laat ze het ongebruikt in de la liggen.
18. 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 vrijwel geen enkele marktpartij wat aan heeft) ineens vaststelt dat diezelfde markt “zeer concurrerend” zou zijn.
19. Kortom: de ACM is krijgshaftig begonnen aan marktanalyse en symmetrische toegangsregulering 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. 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.

---

<sup>5</sup> Zie de zienswijze van T-Mobile op het toezeggingenbesluit, p. 5: “T-Mobile heeft gezien de acute problemen op de markt en de dreiging van verdere verslechtering direct na de inwerkingtreding van de implementatie van de mogelijkheid tot het opleggen van symmetrische regulering (artikel 6.3 Tw) en de nieuwe Aanbeveling relevante markten van de Europese Commissie, op 28 december 2020 respectievelijk 8 januari 2021 verzoeken om toegangsregulering ingediend.”

### **De ACM gaat voorbij aan het eigen karakter van de symmetrische toegangsregulering**

20. In het Ontwerpbesluit miskent de ACM het verschil tussen het marktanalyse/AMM-instrumentarium en de regeling van symmetrische toegang.<sup>6</sup>
21. Bij de marktanalyse gaat het erom *prospectief* vast te stellen of binnen de reguleringsperiode daadwerkelijke mededeling *te verwachten is* (artikel 6a.1 lid 5 onder a sub 2 Tw). Het is dus mogelijk om in een markt waar op het moment van de marktanalyse een partij met AMM aanwezig is en er nog geen effectieve concurrentie bestaat, toch van regulering af te zien wanneer verwacht mag worden dat die AMM binnen de reguleringsperiode zal verdwijnen en de markt effectief concurrerend wordt.
22. Bij de beoordeling of op grond van artikel 6.3 lid 3 Tw verplichtingen moeten worden opgelegd, gaat het echter primair om een *actuele* analyse: de ACM moet dan immers beoordelen of er replicatiebelemmeringen zijn die een marktsituatie *hebben veroorzaakt die aanzienlijke gevolgen* heeft voor eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit, artikel 6.4 lid 4 onder a Tw.<sup>7</sup>
23. De symmetrische toegangsregulering kent niet de voorwaarde dat aan de artikel 6a.1 lid 5 Tw neergelegde drie criteria voldaan moet zijn. Evenmin kent deze regulering een reguleringsperiode waar een prospectieve analyse op betrokken moet worden: de termijn van vijf jaar die genoemd wordt in het negende lid van artikel 6.3 Tw schrijft alleen de periode voor waarbinnen ACM *de al opgelegde verplichtingen* opnieuw moet bezien. Anders dan de ACM suggereert<sup>8</sup> is dat dus geen factor dat AMM- en symmetrische regulering vergelijkbaar zou maken.
24. Dit is van belang nu de ACM van geen van de deelgebieden I, II en IV adequaat vaststelt dat die *nu al* effectief concurrerend zouden zijn; ten aanzien van deelgebied IV stelt ACM ook zelf dat zij verwacht dat die *“binnen afzienbare tijd tendert naar een effectief concurrerende markt”*.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Dat beide regimes geheel los staan van elkaar is door de ACM altijd onderkend, zie o.a. de uitvoerbaarheidstoets van 7 juni 2019, annex par. 2: *“De relatie tussen toegangsregulering op basis van artikel 6.3 en op basis van aanmerkelijke marktmacht op basis van artikel 6a.2 Tw (hierna: AMM) volgt volgens de ACM duidelijk uit de MvT (eerste pagina, eerste alinea); deze bepalingen gelden naast elkaar en daarmee kunnen dus beide verplichtingen voor hetzelfde netwerk gelden. Op basis van artikel 6.3 kunnen dus verplichtingen worden opgelegd, ongeacht of sprake is van een situatie van AMM. De ACM hoeft met andere woorden niet eerst te onderzoeken of een partij AMM heeft en of op basis hiervan verplichtingen kunnen worden opgelegd voordat artikel 6.3 kan worden toegepast.”* Dit aanvullend karakter is ook steeds door de regering benadrukt, zie TK 2019-2020, 35 368, nr. 7, p. 3: *“Het wezenlijke verschil tussen de regimes van dit wetsvoorstel en van hoofdstuk 6a ligt in de omstandigheden waaronder toegangsverplichtingen kunnen worden opgelegd. Bij het opleggen van de verplichtingen op basis van artikel 6.3 gaat het om het adresseren van replicatieproblemen, niet om het beperken van AMM. Er zullen derhalve gevallen zijn waarin wel verplichtingen als bedoeld in dit wetsvoorstel kunnen worden opgelegd maar geen AMM-verplichtingen mogelijk zijn (omdat geen sprake is van AMM). Daarmee biedt dit wetsvoorstel aanvullende mogelijkheden voor dienstenaanbieders om toegang te krijgen tot netwerken. Zoals ook in paragraaf 4.5 van de memorie van toelichting naar voren is gebracht, zijn de reguleringsmogelijkheden van dit voorstel en van hoofdstuk 6a complementair.”*

<sup>7</sup> Het is dan ook niet juist dat, zoals de ACM in randnr. 35 Ontwerpbesluit stelt, ook bij symmetrische toegangsregulering op grond van het derde lid van artikel 6.3 Tw een prospectieve analyse in acht genomen moet worden.

<sup>8</sup> Voetnoot 16 Ontwerpbesluit.

<sup>9</sup> Randnr. 35 Ontwerpbesluit.



YouCa ziet dat heel anders, maar dat er *op dit moment* nog geen effectieve concurrentie bestaat, is duidelijk, zeker ten aanzien van deelgebied IV. Daarmee kan de marktanalyse dus hoe dan ook niet dienen als motivering om af te zien van symmetrische regulering zoals door YouCa gevraagd.

25. De ACM constateert ook terecht dat de symmetrische toegangsregulering geen vaststelling van (individuele of gezamenlijke) AMM vergt. Ook zonder AMM kan een marktsituatie bestaan die aanzienlijke gevolgen heeft voor eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit, als bedoeld in artikel 6.3 lid 4 onder a Tw. Dat is ongetwijfeld ook de reden waarom de ACM benadrukt<sup>10</sup> dat zij in de marktanalyse niet alleen concludeert dat er geen (risico op) AMM bestaat maar dat er ook *nu al* effectieve concurrentie zou bestaan. Maar dat is niet juist, zoals YouCa al in haar zienswijze op de marktanalyse heeft onderbouwd. Bovendien stelt de ACM zelf ten aanzien van deelgebied IV dat dit hoogstens *tendeert* naar effectieve concurrentie tegen het einde van de reguleringsperiode en dus niet dat daar nu al sprake van zou zijn.

#### **Eerste punt van samenkomst**

26. Het Ontwerpbesluit bouwt voort op de conclusie van de ACM in het besluit op grond van het eerste lid van artikel 6.3 Tw dat het eerste punt van samenkomst (EPVS) op de multitaap gelokaliseerd moet worden.
27. Zoals bekend is YouCa van mening dat dit onjuist is, en dat het EPVS in het netwerk Ziggo op het niveau van (ten minste) de CMTS gelokaliseerd moet worden, zoals toegelicht in de zienswijze van YouCa van 20 april 2023, randnrs. 5 – 23, die hier als herhaald en ingelast moet worden beschouwd. De ACM gaat er dan ook ten onrechte vanuit dat symmetrische toegangsverplichtingen op een hoger gelegen punt in het netwerk zoals het CMTS uitsluitend op grond van het derde lid van artikel 6.3 Tw gebaseerd kunnen worden.

#### **De ACM baseert het Ontwerpbesluit op een ontoereikende beoordeling van de markt**

28. De ACM stelt dat ca. 30% van de postcodegebieden waar het verzoek van YouCa betrekking op heeft valt binnen de door de ACM al aparte geografische markten afgebakende deelgebieden I en II, dit zijn adressen in Amsterdam waar al glasvezel aanwezig is. De rest van de postcodegebieden behoort volgens de ACM dan tot markt IV, op die adressen is geen glasvezel aanwezig. Volgens de ACM zou op geen van deze markten een risico van AMM bestaan, zou op markten I en II nu al sprake zijn van effectieve concurrentie en zou markt IV tenderen naar effectieve concurrentie.
29. YouCa heeft in haar zienswijze op het Ontwerpbesluit marktanalyse toegelicht waarom die conclusies van de ACM niet juist zijn. Resumerend:
- Vertrekpunt van de beoordeling moet zijn de marktsituatie die duidelijk niet effectief concurrerend is, en die voor de ACM aanleiding was de internettoegangsmarkt te beoordelen en toezeggingen van KPN noodzakelijk te achten: een bestendig duopolie met 80-90% marktaandeel, dat over veruit de grootste en belangrijkste infrastructuur beschikt, in een markt met hoge prijzen, jaarlijks forse prijsstijgingen, lage overstapbereidheid van consumenten zonder kopersmacht.

---

<sup>10</sup> Randnr. 25 Ontwerpbesluit.

- De uitrol van glasvezel biedt daarbij 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>11</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>12</sup>) economische wetmatigheid is dat de markt niet meer dan twee dekkende netwerken kan dragen, en consolidatie dus hoe dan ook onvermijdelijk is.<sup>13</sup>
- De enige basis voor de ACM om nu anders te oordelen, is het besluit van 25 augustus 2022 op grond van artikel 12h Iw toezeggingen van KPN en Glaspoort bindend te verklaren (“toezeggingenbesluit”). Dit is de kurk waar de marktanalyse op drijft, terwijl de ACM zelf vaststelt dat de toegangsvormen die voorwerp zijn van het toezeggingenbesluit in de markt vrijwel niet worden afgenomen, en ook voor partijen met een marktaandeel tot 5% te kostbaar en dus irrelevant zijn, terwijl de ACM eerder concludeerde dat die partijen op basis van de door hen wél afgenomen toegangsproducten geen effectieve concurrentiedruk kunnen uitoefenen (en dus het toezeggingenbesluit nodig was). De enige aanbieder voor wie het toezeggingenbesluit betekenis heeft, is T-Mobile, die echter niet meer dan 5 – 10% marktaandeel heeft en daarmee slechts de grootste van de kleine spelers is.
- De eindsituatie is dus niet wezenlijk anders dan de beginsituatie: een markt gedomineerd door een duopolie met 80-90% marktaandeel en weinig overstap (de ACM onderzoekt niet eens of de overstapbereidheid nu is toegenomen terwijl de gegevens van de Telecommonitor daar niet op duiden). De door KPN als enige geboden wholesaletoegang is voor de meeste toegangsvragers onvoldoende om hen een echt concurrerend aanbod in de markt te laten zetten, voor hen is er dus hoe dan ook niets veranderd. De enige partij die wat aan het toezeggingenbesluit heeft, T-Mobile, heeft nog altijd een beperkt marktaandeel. Onderzoek naar de gevolgen van het toezeggingenbesluit voor de prijzen heeft de ACM op deelgebieden I en II (op deelgebied IV heeft het toezeggingenbesluit hoe dan ook geen betrekking) helemaal niet gedaan. Onderzoek naar overstapedrag (en met name of dit is toegenomen) is evenmin gedaan. Daarbij is van belang dat KPN/Glaspoort uiteraard ook in deelgebied II glasvezelnetwerk zal uitrollen ter vervanging van koper (en

---

<sup>11</sup> Randnr. 294 Ontwerpbesluit.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld de “Update marktstudie 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.” In randnr. 90 van het besluit van de ACM op grond van het eerste lid van artikel 6.3 Tw wijst de ACM hier ook naar, en is dit uitgangspunt mede dragend voor de conclusie dat er sprake is van replicatiebelemmeringen. Het is YouCa dan ook niet duidelijk waarom de ACM in randnr. 26 van het Ontwerpbesluit van een *vermeend* standpunt spreekt, suggererend dat dit een verzinsel van YouCa zou zijn.

<sup>13</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>



zo nodig ook zal overbouwen om dat te bewerkstelligen), omdat dat in haar eigen belang is.<sup>14</sup> Die uitrol zal de groei van de netwerkpenetratie van alternatieve glasvezelnetwerken beperken en vertragen.<sup>15</sup> Deelgebied II zal dus snel krimpen ten gunste van deelgebied I.

- Voor wat betreft deelgebied IV geldt dat VodafoneZiggo daar een *licht stijgend* marktaandeel van 50-55% heeft, de promotie- en actiekortingen van VodafoneZiggo tijdelijk zijn en hoe dan ook alleen gelden voor klanten die overstappen of dat overwegen (een klein percentage), en dus niet voor alle klanten van Ziggo beschikbaar zijn, en bovendien dat de tarieven nog altijd zeer fors geïndexeerd worden. De ACM gaat er bovendien vanuit dat de marktsituatie op deelgebied IV op den duur zal tenderen naar die op deelgebied I en II, en zoals al opgemerkt schiet de consument daar niet veel mee op.

30. Het valt op dat de ACM thans het belang van infrastructuurconcurrentie zelf vergaand relativeert, en 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 (nadruk toegevoegd):<sup>16</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>17</sup>*

31. 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 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.

---

<sup>14</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>15</sup> Randnr. 327 Ontwerpbesluit.

<sup>16</sup> Randnr. 27 Ontwerpbesluit.

<sup>17</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.

32. Maar zoals YouCa al in de zienswijze op de marktanalyse heeft laten zien, en ook uit de eigen analyse van de ACM volgt, hebben die partijen samen thans een retailmarktaandeel van hoogstens 10-15%, waarbij bovendien alleen T-Mobile de door het toezeggingsbesluit bedoelde toegang afneemt. Voor alle overige spelers is die (ook volgens de ACM zélf) te duur en niet relevant. En al deze aanbieders moeten concurreren met twee grote partijen die wél een eigen netwerk hebben waarover zij uitsluitend (VodafoneZiggo) of grotendeels (KPN) ook zelf retaildiensten leveren.

### **Replicatiebelemmeringen**

33. Dát in dit geval replicatiebelemmeringen aan de orde zijn, is door de ACM al terecht vastgesteld in het ontwerpbesluit op het verzoek van YouCa tot toepassing van artikel 6.3 lid 1 Tw (toegang tot het EPVS). Daarin beoordeelt de ACM of replicatie mogelijk is in de vorm van een door YouCa zélf tot aan eindgebruikers aangelegd glasvezelnetwerk, in de meest efficiënte topologie en architectuur. De ACM heeft de door YouCa ingebrachte informatie (waaronder de cijfermatig onderbouwde business case) grondig beoordeeld en daarnaast getoetst aan een in haar opdracht door een externe partij gebouwd model getoetst. Op die basis concludeert de ACM dat replicatie voor YouCa economisch inefficiënt is.<sup>18</sup> Dit ligt ook overigens voor de hand, nu rendabele aanleg van een eigen netwerk een marktaandeel van 30-50% vergt en dat voor een toetredster niet haalbaar is. Ten overvloede: het maakt geen verschil of er slechts één volledig netwerk dan wel twee of zelfs nog meer netwerken aanwezig zijn; waar het om gaat is dat voor dienstaanbieders zónder netwerk de toetredingsbarrières worden verlaagd zodat ook zij de eindgebruiker kunnen bereiken.<sup>19</sup> De ACM stelt nota bene zelf dat zij de concurrentie vooral van dienstaanbieders zonder netwerk verwacht.
34. De opmerking dat de ACM niet zou toekomen aan de beoordeling of het gaat om grote en niet-tijdelijke economische of fysieke replicatiebelemmeringen<sup>20</sup> is dus niet goed begrijpelijk: daar is de ACM al lang aan toegekomen, en wel in het besluit op basis van het eerste lid van artikel 6.3 Tw. Het verschil in de toets tussen lid 1 en lid 3 van artikel 6.3 Tw is dan ook niet dat beide leden van verschillende definities van replicatiebelemmering zouden uitgaan (dat is niet zo), maar dat het derde lid een nadere beoordeling vergt van de gevolgen voor de eindgebruiker van de replicatiebelemmeringen.

---

<sup>18</sup> Ten overvloede: replicatie behelst altijd het kunnen bereiken van de eindgebruiker met een eigen netwerk. Daarom is er ook geen verschil tussen “replicatiebelemmering” in de zin van het eerste lid van artikel 6.3 Tw en “replicatiebelemmering” in het derde lid.

<sup>19</sup> Aldus de memorie van toelichting: “Ook al zijn er verscheidene netwerken, toch kunnen er in deze situatie belemmeringen zijn voor aanbieders zonder eigen netwerk om de eindgebruiker te bereiken. Gezien de zeer hoge kosten die de uitrol van een nieuw aansluitnetwerk (hierna: replicatie) met zich meebrengt, is niet snel te verwachten dat deze aanbieders een nieuw netwerk naast bestaande netwerken kunnen uitrollen”. TK 2019-2020, 35 368, nr 3, p. 4. Zie ook p. 6: “Indien er verscheidene netwerken zijn, kunnen in beginsel dezelfde verplichtingen (tegelijktijd) aan alle aanbieders van die netwerken en aan andere rechthebbenden op de relevante kabels worden opgelegd. Om deze reden wordt vaak internationaal gesproken over «symmetrische» regulering.”

<sup>20</sup> Randnr. 21 Ontwerpbesluit.

### **Replicatiebelemmeringen hebben aanzienlijke gevolgen**

35. Ook het causaal verband tussen de replicatiebelemmeringen en de marktsituatie is evident. De replicatiebelemmeringen betekenen dat uitrol van een eigen netwerk tot aan de eindgebruiker voor een partij als YouCa niet haalbaar is. YouCa en vergelijkbare partijen zullen dus niet op basis van infrastructuurconcurrentie, met een eigen netwerk, de retailmarkt kunnen betreden, maar altijd afhankelijk zijn van toegang. De ACM stelt dat nu ook zelf, zij gaat er immers vanuit dat de concurrentie van aanbieders zonder eigen netwerk zal moeten komen.
36. Die aanbieders zijn daarbij aangewezen op toegang die voornamelijk door KPN wordt geboden, die als enige in heel Nederland eigen glasvezel uitrolt, als enige zeker is van voldoende netwerkbezetting omdat rendabel te laten zijn, en die daarbij bereid is tot aanzienlijke overbouw en zo de ruimte voor een derde netwerk nóg verder beperkt dan die toch al is. Het ontbreken van wholesaleconcurrentie heeft tot gevolg dat KPN een onevenredig sterke positie heeft als enige grote netwerkpartij die wholesale toegang aanbiedt en ook in staat is de levensvatbaarheid van die toetreding te dicteren.
37. YouCa merkt nogmaals op dat de toegang die KPN bood voordat het toezeggingenbesluit was genomen ook volgens ACM zélf niet voldoende was (anders was de toezegging niet nodig geweest), zoals de ACM al in juli 2021 constateerde:<sup>21</sup>

*“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.”*

38. Het feit dat er replicatiebelemmeringen zijn waardoor concurrenten van toegang afhankelijk zijn heeft dus aanzienlijke gevolgen als bedoeld in artikel 6.3 Tw. Daarmee is duidelijk dat de replicatiebelemmeringen de in lid 4 onder a van artikel 6.3 Tw bedoelde “aanzienlijke gevolgen” hebben. Die zijn niet weggenomen met het toezeggingenbesluit nu dat voor anderen dan T-Mobile zinledig is terwijl T-Mobile nog altijd een heel beperkt marktaandeel heeft.

### **Conclusie**

39. Op basis van het voorgaande is wat ons betreft duidelijk dat de ACM op basis van een verkeerde uitleg van de symmetrische toegangsregulering en een gebrekkige analyse van de concurrentiesituatie ten onrechte afziet van het opleggen van symmetrische toegangsverplichtingen aan VodafoneZiggo op grond van artikel 6.3 Tw. YouCa verzoekt de ACM dan ook in het definitieve besluit alsnog dergelijke verplichtingen op te leggen, zodat er wholesale concurrentie op gang kan komen en daarmee de beste kans op echte retail concurrentie zal ontstaan.

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

---

<sup>21</sup> <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-onderzoekt-toegangsregulering-telecomnetwerken>

Hoogachtend,

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Taco Jelgersma', written over a light blue horizontal line.

Taco Jelgersma

Gert-Jan Raatgever