

College van Beroep voor het bedrijfsleven

Datum: 18 april 2024

Zaaknummer: AWB 24/113

Gronden van beroep

namens:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid YouCa B.V.,
gevestigd te Amsterdam

Advocaat/gemachtigde: Mr. P.J. Kreijger

Inzake:

Het beroep tegen het besluit van de **Autoriteit Consument & Markt** inzake de
Marktanalyse Lokale Toegang (kenmerk ACM/UIT/609917), d.d. 12 december
2023.

Inhoud

I.	Kern van de zaak	3
II.	Plan van behandeling	6
III.	Procedure.....	8
IV.	Gronden	10
1.	Eerste beroepsgrond: ten onrechte betreft de ACM het toezeggingenbesluit in de beoordeling en kent daaraan doorslaggevend belang toe.	10
1.1	Het toezeggingenbesluit is geen formele beperking voor regulering op grond van het AMM-instrumentarium	10
1.2	De ACM diende het toezeggingenbesluit buiten de beoordeling te laten gezien de modified greenfield benadering.	13
1.3	De ACM miskent het belang van de specifieke toezeggingsprocedure (artikel 6a.4e Tw)	18
2.	Tweede beroepsgrond: het MA-Besluit berust op een gebrekkige en onvolledige analyse van de retailmarkt(en).....	19
2.1	Uitgangspunten en marktafbakening	19
2.2	De uitgangssituatie op de retailmarkt volgens de ACM.....	21
2.3	De uitgangssituatie op de wholesalemarkt volgens de ACM.....	25
2.4	De concurrentieanalyse van de ACM is gebrekkig	30
2.5	Het toezeggingenbesluit is ontoereikend om de zorgen op de retailmarkt te adresseren	47
	Consumentenwinst zeer beperkt.....	48
	Reikwijdte toezeggingenbesluit te beperkt	48
V.	Conclusie	60

I. Kern van de zaak

1. Sinds jaar en dag wordt de Nederlandse vaste internetmarkt verdeeld door KPN en VodafoneZiggo. Zij controleren ook alle netwerkinfrastructuren van betekenis waarmee de consumenten kunnen worden bereikt, en bedienen samen ook het overgrote deel van de consumenten.
2. De ACM is in elk geval consequent waar het gaat om het publiek *belijden* van zijn zorgen over die situatie. Het realiseren van een oplossing schiet minder op. Jarenlang probeerde de ACM en voorloper OPTA ook “de kabel” voor concurrerende retailaanbieders zonder eigen netwerk open te stellen. De laatste keer mondde dat in 2018 uit in het WFA-besluit. Een belangrijke stap, vond de ACM destijds: als alternatieve aanbieders ook diensten via het kabelnetwerk van VodafoneZiggo kunnen aanbieden, vergroot dat de keuzemogelijkheden voor consumenten en deze extra concurrentie leidt tot lagere prijzen, meer innovatie en betere dienstverlening.
3. Ook nadat (of juist: omdat) het WFA-besluit in beroep was gesneuveld en daarmee elke toegangsregulering voorbij was, hield de ACM serieuze zorgen over de concurrentie. Opnieuw onderzocht de ACM naar eigen zeggen maandenlang onderzoek naar de prijs-kwaliteitverhouding voor onder meer vast internet en de jaarlijkse prijsverhogingen van telecomaandbieders in verhouding tot hun kosten en kwaliteit, en de toegangsvoorwaarden van KPN die het voor concurrenten zonder netwerken lastig maken écht te concurreren. En opnieuw zag de ACM risico's voor toekomstige hogere prijzen en lagere afname van snel internet. Medio 2021 werd dan ook een nieuwe marktanalyse aangekondigd.
4. Tegelijk is de ACM ook aan de slag gegaan met het gloednieuwe instrument van de symmetrische toegangsregulering: een alternatief voor het AMM-instrument, waarmee alsnog toegang tot het netwerk

van VodafoneZiggo mogelijk zou kunnen worden – precies wat de ACM en haar voorloper OPTA al jaren vergeefs probeerden, reden waarom juist dit instrument mede op aandrang van Nederland is ingevoerd. Waar de ACM publiekelijk aandringt op nieuwe instrumenten om effectiever mededingingstoezicht te kunnen houden, is hij door de Europese wetgever dus op zijn wenken bediend.

5. En toen nam de ACM een voor buitenstaanders (ook na vergeefse Woo-verzoeken) nog altijd niet goed te volgen draai: terwijl iedereen in afwachting van de aangekondigde marktanalyse was, bleek KPN de ACM benaderd te hebben in een poging met toezeggingen de lopende analyse van de rails te duwen.
6. Waar dit voorafgaand aan het WFA-besluit nog was mislukt, bleek de ACM dit keer wél gevoelig en deed zij zaken met KPN. Het voorspelbare resultaat: de toezegging was voor de ACM genoeg om ook de marktanalyse af te doen met de constatering dat met de KPN-toezegging alle, toch niet geringe zorgen over de markt op te lossen. Een geschatte besparing van EUR 2 per maand per huishouden en de uitrol van glasvezel zouden een concurrerende markt verzekeren. Ook de symmetrische toegangsregulering ging weer terug de lade in: ook die zou immers overbodig zijn dankzij een concurrerende markt.
7. Wat de ACM daarmee in feite deed, was het accepteren van de status quo. De gecalculeerde besparing verdampt feitelijk al meteen met de inflatie, terwijl de uitrol van glasvezel waar de ACM alle kaarten op zet, voor het overgrote deel van KPN komt die niet alleen tal van kleinere glasvezelpartijen overneemt maar ook haar bestaande koperklanten (DSL) overzet op glas, en als enige structureel uitrolt ongeacht of andere partijen ook glasvezel uitrollen. De ACM onderkent zelf de economische wetmatigheid dat de markt niet meer dan twee dekkende netwerken kan dragen, zodat consolidatie van kleinere glasvezelpartijen onvermijdelijk is. Maar ook spelers zonder eigen

netwerk hebben het nakijken: behalve Odido kan geen enkele speler uit de voeten met de door KPN toegezegde condities.

8. Van de heilige graal van de infrastructuurconcurrentie komt niets terecht: wat de ACM als concurrentie percipieert is geen duurzame concurrentie, maar een wedstrijd om als eerste in een gebied glasvezelmonopolist te worden, naast VodafoneZiggo met haar kabelnetwerk. Een kabelnetwerk dat dicht is en wat ACM betreft ook mag blijven (dezelfde gebrekkige marktanalyse wordt door de ACM ook gebruikt om het symmetrisch toegangsinstrument in de la te laten liggen), zodat daar in elk geval geen concurrentiedruk op wholesaleniveau van uitgaat. KPN zet intussen alles op alles om als eerste haar glasvezelnet uit te rollen, en bouwt over waar zij dat niet is. De economische wetmatigheden doen de rest. Resultaat: een dicht kabelnetwerk en een glasvezelnetwerk dat alleen tegen ongereguleerde en voor kleinere concurrenten onaantrekkelijke voorwaarden toegang biedt.
9. We begonnen ooit met twee netwerken, een bestendig duopolie in zowel netwerken als diensten en een slechts marginaal marktaandeel voor derden. Het resultaat, jaren later: twee netwerken, een bestendig duopolie in zowel netwerken als diensten en nog altijd slechts marginaal marktaandeel voor derden. De facto is er niets veranderd, maar nu zou de markt wel effectief concurrerend zijn. Die conclusie is onbegrijpelijk.
10. Binnen een paar maanden na de marktanalyse kondigt de ACM aan dat zij nog voor het einde van dit jaar... *“...een analyse van de markt wil gaan doen waarin bijzonder aandacht is voor de werking van het toezeggingenbesluit van KPN, over de tarieven en voorwaarden die zij hanteren voor toegang tot hun glasvezelnetwerken”*. Wat YouCa betreft wordt dat het onderzoek dat de ACM, na vernietiging van het marktanalysebesluit, alsnog kan gaan doen.

II. Plan van behandeling

11. In het navolgende zal YouCa B.V. (“**YouCa**”) de gronden van het beroep uiteenzetten tegen het besluit van de Autoriteit Consument & Markt (hierna “**ACM**” of “**verweerder**”) d.d. 12 december (hierna het “**MA-Besluit**”).
12. In het MA-Besluit zijn de resultaten neergelegd van de marktanalyse naar de wholesalemarkt voor lokale toegang op grond waarvan de ACM concludeert dat er binnen de reguleringsperiode geen risico op aanmerkelijke marktmacht op retailniveau zou zijn, en het mededingingsrecht voldoende waarborgen zou bieden voor goede concurrentieverhoudingen op de wholesalemarkt, zodat voor de ACM bestaat daarom op dit moment geen aanleiding om de wholesalemarkt nader te beschouwen.
13. Zoals hierna zal worden toegelicht, meent YouCa dat het MA-Besluit niet in stand kan blijven, samengevat omdat:
 - De ACM ten onrechte doorslaggevende betekenis toekent aan het besluit waarin de ACM toezeggingen van KPN/Glaspoort bindend heeft verklaard (hierna: het “**toezeggingenbesluit**”¹), gezien de *modified greenfield*-benadering en de specifieke toezeggingsprocedure in de Tw bij de marktanalyse buiten beschouwing had moeten blijven, en het bovendien (ook als de gevolgen van het toezeggingenbesluit wel in de beoordeling betrokken

¹ Besluit van het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) d.d. 25 augustus 2022 als bedoeld in artikel 12h van de Instellingswet ACM, waarin de ACM toezeggingen bindend verklaard van Koninklijke KPN N.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b Boek 2 Burgerlijk Wetboek, alsmede Glaspoort B.V, waarin Koninklijke KPN N.V. met APG gezamenlijke zeggenschap heeft (kenmerk : ACM/UIT/573149).

mochten worden) ontoereikend is de door ACM zelf
gesignaleerde problemen op de retailmarkt te adresseren;

- Het MA-Besluit op een gebrekkige en onvolledige analyse van de retailmarkt(en) berust, waarmee ook de conclusie dat nader onderzoek van de wholesalemarkt(en) niet nodig is onvoldoende in het MA-Besluit gedragen wordt:
 - Ook volgens de ACM zélf is duidelijk dat de markt zonder regulering structureel niet-concurrerend is (bestendig duopolie met 80-90% marktaandeel en grootste en belangrijkste infrastructuur beschikt, in een markt met hoge prijzen, jaarlijks forse prijsstijgingen, lage overstapbereidheid van consumenten zonder kopersmacht).
 - Desondanks vaart de ACM volledig op de belofte van concurrentie op basis van uitrol van glasvezel, terwijl ook de ACM de wetmatigheid onderkent dat die door maximaal twee partijen te dragen is.
 - De ACM heeft het onderzoek beperkt tot de door zijn in geografische zin afgebakende “deelmarkt IV”. Dit onderzoek is te mager. De marktaandelen op markt IV zijn dermate hoog dat deze aanleiding hadden moeten zijn voor onderzoek naar (individuele of collectieve AMM). De ACM heeft geen inzichtelijk of concludent onderzoek naar prijzen of overstapgedrag gedaan, ook niet na implementatie van de Glaspoort-toezegging. De conclusie dat deelmarkt IV binnen de

reguleringsperiode tendeert naar volledige concurrentie heeft geen basis.

- De ACM extrapoleert die onvoldragen conclusies voor deelmarkt IV naar de overige deelmarkten, waarmee zij dus ook de gebreken in die conclusies extrapoleert. Naast die gebrekkige extrapolatie is er verder weinig motivering voor de conclusie van de ACM dat de overige deelmarkten voldoende concurrerend zijn, of dat in de reguleringsperiode zullen worden.
 - De ACM onderkent dat effectieve concurrentie van toegangsvragers moet komen. Tegelijk voorziet het toezeggingenbesluit onvoldoende in toekomstvaste toegang, regelt niet de migratie van koper naar glas en is alleen voor Odido relevant, weliswaar na KPN en VodafoneZiggo de grootste speler, maar met nog altijd een bescheiden marktaandeel. Daarmee accepteert én bevestigt de ACM dat de markt voor overige spelers gesloten blijft, en legt zich als toezichthouder op voorhand neer bij een structurele toetredingsbarrière in plaats van die aan te pakken. YouCa ziet niet in welke reden de ACM kan hebben uitsluitend Odido tevreden te willen stellen.
14. Na een korte schets van de procedure (onderdeel II) zullen deze gronden nader worden uitgewerkt (onderdeel III).

III. Procedure

15. 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 17 maart 2020² waarmee de regulering van vaste netwerken kwam te vervallen.

16. Op 8 juli 2023 publiceerde de ACM het ontwerp voor het MA-Besluit. YouCa heeft op 4 september 2023 een zienswijze ingebracht (**bijlage 1**). De ACM heeft de motivering en de conclusies zoals uiteengezet in het ontwerp besluit grotendeels gehandhaafd in het definitieve MA-Besluit dat op 12 december 2023 is gedateerd en op 13 december aan YouCa bekend is gemaakt en door de ACM is gepubliceerd.
17. Bij brief van 22 januari 2024 heeft YouCa bij uw College beroep op nader aan te voeren gronden aangetekend. Bij brief van 1 februari 2024 heeft uw College de ontvangst van het beroepschrift bevestigd en YouCa de gelegenheid geboden om de gronden van het hoger beroep aan te vullen, uiterlijk op 28 maart 2024, welke termijn op verzoek van YouCa is verlengd tot 18 april 2024.

² ECLI:NL:CBB:2020:177.

IV. Gronden

1. Eerste beroepsgrond: ten onrechte betreft de ACM het toezeggingenbesluit in de beoordeling en kent daaraan doorslaggevend belang toe.

18. De conclusie van de ACM dat regulering overbodig zou zijn, drijft volledig op het toezeggingenbesluit, wat zowel formeel als inhoudelijk voldoende grond zou zijn om van regulering op grond van het AMM-instrumentarium af te zien. Dit is om meerdere redenen onjuist.

1.1 Het toezeggingenbesluit is geen formele beperking voor regulering op grond van het AMM-instrumentarium

19. Hoewel de ACM destijds suggereerde dat hij (de effecten van) het toezeggingenbesluit vooral inhoudelijk en als louter feitelijk gegeven zou meewegen bij de marktanalyse,³ wijst hij in het MA-Besluit bij herhaling op het gegeven dat het toezeggingenbesluit inmiddels onherroepelijk is geworden (er is geen beroep tegen ingesteld, in elk geval niet door YouCa).⁴ Het is YouCa niet duidelijk wat de ACM daarmee beoogt te suggereren.
20. Voor zover de ACM daarmee bedoelt te benadrukken dat KPN/Glaspoort aan het toezeggingenbesluit gebonden is, is dat juist. Tegelijk zegt dat niets over de inhoudelijke betekenis van (de gevolgen van) dat besluit. Voor zover de ACM daarmee bedoelt te suggereren dat de formele rechtskracht van het toezeggingenbesluit aan YouCa tegengeworpen kan worden, waar YouCa de (mede op het toezeggingenbesluit gebaseerde) motivering van het MA-Besluit

³ Randnr. 191 toezeggingenbesluit: *“In dit marktanalysebesluit zal het door KPN en Glaspoort met hun toezeggingen gewijzigde wholesale-aanbod als feitelijk gegeven worden betrokken.”*

⁴ Randnrs. 510, 519, 540 en 550 MA-Besluit.

aanvecht, miskent de ACM dat de formele rechtskracht alleen niet de feiten en omstandigheden van het toezeggingenbesluit omvat.

21. De ACM voert de inhoudelijke overwegingen in het toezeggingenbesluit op ter motivering van het MA-Besluit waartegen dit beroep is gericht en uit niets blijkt dat YouCa als appellant die motivering niet aan de orde zou kunnen stellen. De ACM zelf stelt ook niet dat de motivering van het bestreden besluit formeel onaantastbaar is waar deze verwijst naar een ander besluit. Daarnaast benadrukt de ACM bij herhaling dat hij de marktsituatie zal blijven monitoren en waar nodig nieuw onderzoek zal beginnen, en daar staat het onherroepelijk karakter van het toezeggingenbesluit dus even min aan in de weg.⁵
22. Overigens heeft YouCa niet zozeer inhoudelijk bezwaar tegen het toezeggingenbesluit als zodanig (het is beter dan niets) behalve dat het een zwakgebod is en KPN onvoldoende disciplineert, wel meent zij dat dit volstrekt ontoereikend is om voldoende concurrentie te bewerkstelligen (dat komt hierna aan de orde). Bovendien had de ACM het toezeggingenbesluit bij de marktanalyse buiten beschouwing moeten laten op grond van de *modified greenfield*-benadering.
23. De ACM overweegt⁶ 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 (als markt 1 aangewezen) WLA-markt zou zijn voldaan en de ACM dus om

⁵ Zie par. 4 samenvatting (p. 3 MA-Besluit): *“De ACM zal de retailmarkt voor internettoegang en de wholesalemarkt voor lokale toegang nauw blijven monitoren en toezicht blijven houden op de naleving van de toezeggingen en overige regels voor netwerkaanbieders. De ACM is ook alert op consolidatie in deze markten, omdat dit tot een ander beeld van de concurrentie kan leiden. Indien veranderde omstandigheden in de markt daar aanleiding toe geven, zal de ACM hier opnieuw een marktanalyse doen. In aanvulling op de Telecommonitor zal de ACM jaarlijks een analyse geven van de telecommarkt.”*

⁶ Randnr. 520-522 MA-Besluit.

die reden niet kan reguleren. Daarmee miskent de ACM de tekst en het stelsel van de wet.

24. De WLA-markt is nog altijd 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.

25. 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).
26. 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 met wat de ACM daarover in het MA-Besluit stelt maakt hij zich er wel heel makkelijk af. Zeker in het licht van het duidelijke uitgangspunt in de Explanatory Note dat ex post interventie op grond van het generieke mededingingsrecht onvoldoende is.

27. 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. Door het toezeggingenbesluit laat de ACM zélf zien dat de marktwerking achterblijft en dat de marktsituatie zonder regulering in elk geval zorgelijk is, en daarin reden ziet tot ingrijpen (ook al pakt dat ingrijpen halfslachtig uit).
28. Het is dus ook in de eigen redenering van de ACM niet zo dat er al een voldoende duurzaam concurrerende retailmarkt voor internet is waarop het generiek mededingingstoezicht volstaat om die reeds bestaande concurrentie te bewaken (zoals op elke andere vrije en concurrerende markt). De ACM heeft het toezeggingenbesluit juist als een vorm van ex ante regulering ingezet om concurrentie te *bewerkstelligen* die er in de uitgangspositie volgens de ACM simpelweg niet is.

1.2 De ACM diende het toezeggingenbesluit buiten de beoordeling te laten gezien de modified greenfield benadering.

29. De ACM diende voorts bij de voor marktanalyses voorgeschreven *modified greenfield* benadering te abstraheren van het toezeggingenbesluit. Dit volgt nu eenmaal 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 mededingingsbeperkende gedraging van toegangsweigering voldoende worden meegewogen. Zou niet worden geabstraheerd van regulering die dient om de door het beschikken over marktmacht bestaande mogelijkheden tot mededingingsbeperkend 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.⁷

30. De *modified greenfield* benadering beoogt de toezichthouder in staat te stellen in kaart te brengen of gebrek aan concurrentie duurzaam is⁸, en voorkomt de cirkelredenering waarin regulering verder overbodig wordt geacht omdat er geen probleem is, terwijl er juist geen probleem is omdat werd gereguleerd. Precies die cirkelredenering is aan de orde wanneer de op het generieke mededingingsrecht gebaseerde toezegging zou worden meegewogen.
31. Er is dan ook geen enkele reden om het toezeggingenbesluit op dit punt anders te beoordelen omdat dit een op het generiek mededingingsrecht gebaseerd instrument is.
32. 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.⁹ Tegelijk benadruk de ACM zélf dat “[n]iettegenstaande parallellen tussen beide instrumenten geldt dat waar het mededingingsrecht bedoeld is voor het ex post beoordelen van misbruikelijke gedragingen, [] de ex-anteregulering als doel [heeft] geconstateerd marktfalen te verhelpen en de specifieke doelstellingen van het kader te verwezenlijken.”¹⁰ De ACM zet echter het mededingingsrecht hier juist in als ex ante-instrument, en stelt daardoor niet langer toe te (hoeven) komen aan de eigenlijke ex ante regulering.

⁷ CbB 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:177, ov. 5.4.

⁸ Randnr. 16 AMM-richtsnoeren.

⁹ 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.

¹⁰ Randnr. 38 MA-Besluit.

33. Daar komt bovendien bij dat de ACM in het eigen toezeggingenbesluit onderkent dat dit juist *niet* is gebaseerd op volledig onderzoek: *“Naar zijn aard bevat een toezeggingenbesluit dus geen volledig en afgerond onderzoek. Dit in tegenstelling tot een mededingingsrechtelijk onderzoek of een marktanalysebesluit.”*¹¹ Dan is des te minder acceptabel de marktanalyse kort te sluiten met verwijzing naar het toezeggingenbesluit.
34. KPN heeft de toezegging juist gedaan (mede) in reactie op het aangekondigde onderzoek van de ACM, t.w. de marktanalyse. Door die toezegging probeerde zij (en vooralsnog met succes) regulering af te wenden. Het gaat dus niet om een commercieel aanbod, het is een aanbod dat is gedaan onder druk van de toezichthouder, (mede) onder dreiging van regulering: had KPN ook los van dit vooruitzicht een motief om overeenkomsten in de markt te zetten op de condities zoals neergelegd in het toezeggingenbesluit?¹² Wat YouCa betreft een retorische vraag.
35. De ACM heeft 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. Eerst naderhand bleek dat de ACM parallel daaraan ook initieel onderzoek heeft 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.
36. In het op 9 juli 2021 gepubliceerde persbericht is daar overigens geen sprake van, en wordt uitsluitend naar de marktanalyse verwezen:

¹¹ Randnr. 217 toezeggingenbesluit.

¹² CbB 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:177, ov. 5.4.

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.

37. Op 23 december 2021 publiceerde de ACM op zijn website dat zij een ontwerp-marktanalysebesluit voor de markt voor lokale toegang in voorbereiding heeft en te verwachten voor het eind van het eerste kwartaal van 2022 dat ontwerpbesluit ter consultatie te publiceren. Het was voor alle betrokken partijen een grote verrassing dat er in april 2022 geen ontwerp-marktanalysebesluit, maar een ontwerp-toezeggingenbesluit ter consultatie werd voorgelegd.
38. Het ligt bepaald voor de hand dat KPN louter tot dit aanbod van een toezegging op grond van artikel 12h lw is overgegaan onder de druk van de marktanalyse, en opnieuw getracht heeft om daarmee aan die marktanalyse te ontkomen.
39. Dit is namelijk ook precies wat KPN geprobeerd heeft bij de vorige marktanalyse WFA. Destijds deed KPN aan de ACM het zogeheten “Verbrede Vrijwillige Aanbod” met het verzoek dit in een toezeggingenbesluit in de zin van artikel 12h van de Instellingswet ACM te verankeren en de bestaande regulering in te trekken. De ACM ging daar toen – terecht – niet in mee:
- het enkele feit dat KPN een aanbod deed was volgens de ACM op zichzelf nog geen indicatie van ‘vrijwillige toegang’ waarmee sprake zou zijn van een daadwerkelijk concurrerende markt dan

wel van afwezigheid van potentiële mededingingsproblemen in de zin van Hoofdstuk 6a Tw.¹³ Dat is echter nu niet anders: ook nu heeft KPN zich eerder laten leiden door de timing van het marktanalyseproces dan door commerciële overwegingen.¹⁴ De ACM is daar in mee gegaan.

- Alleen een aanbod op basis waarvan daadwerkelijke, dat wil zeggen: effectieve en duurzame, concurrentie mogelijk is, zou in de marktanalyse een rol zou kunnen spelen, zoals de ACM destijds overwoog. Ook dat is nu niet anders, en net als destijds hebben ook thans marktpartijen zeer kritisch gereageerd op het voorstel van KPN;¹⁵
- Voor toetreders viel op basis van het voorstel van KPN geen businesscase te bouwen, en ook dat geldt thans, met uitzondering van Odido, nog altijd zoals de ACM zelf ook onderkent (zie hierna);
- Het instrument van het toezeggingenbesluit was volgens de ACM niet bedoeld om regulering opzij te zetten maar om een (dreigende) overtreding te beëindigen dan wel te voorkomen. Uit het Aanbod bleek volgens de ACM echter niet welke (dreigende) overtreding KPN met zijn toezegging denkt te beëindigen of voorkomen. Voor zover met de toezegging een mogelijke, toekomstige overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet kan worden voorkomen, verdraagt zich dat volgens de ACM moeilijk met het standpunt van KPN dat zij geen AMM in de zin van de Telecommunicatiewet inneemt, en die onduidelijkheid stond volgens de ACM aan een toezeggingenbesluit in de zin van artikel 12h Iw in de weg.¹⁶ Maar ook dat is thans niet anders: in het toezeggingenbesluit blijft in het midden of KPN een individuele

¹³ Randnr. 1611 WFA-besluit.

¹⁴ Randnr. 1651 WFA-besluit.

¹⁵ Randnr. 1612 WFA besluit.

¹⁶ Randnr. 1645 WFA besluit.

machtspositie (AMM) heeft dan wel of er een collectieve machtspositie met VodafoneZiggo is.

40. Nota bene: de ACM constateerde in het WFA-besluit van 2018 nog dat het vrijwillig aanbod van KPN onder druk van (dreigende) regulering is gedaan en onvoldoende was om de potentiële mededingingsproblemen op te lossen. De ACM was van oordeel dat effectieve en duurzame concurrentie alleen mogelijk is als met dat aanbod potentiële mededingingsproblemen zouden worden weggenomen waardoor het aanbod toetreders in staat stelt een businesscase te bouwen die ook op de langere termijn houdbaar is en daadwerkelijk concurrentiedruk uit kan oefenen op KPN en VodafoneZiggo.¹⁷ Het aanbod voldeed om een reeks van redenen niet aan deze eis. Waarom nu dan wel? De ACM licht dat niet toe.
41. Het ligt, kortom, niet in de rede de toezegging van KPN, ook al is die ditmaal wel door de ACM geaccepteerd, nu ineens wél mee te nemen bij de marktanalyse.

1.3 De ACM miskent het belang van de specifieke toezeggingsprocedure (artikel 6a.4e Tw)

42. Tot slot is van belang dat de ACM met zijn benadering ook voorbij is gegaan aan het feit dat regelgevend kader nu juist voorziet in een specifieke mogelijkheid voor het bindend verklaren van toezeggingen in artikel 79 EWEC-richtlijn zoals geïmplementeerd in artikel 6a.4e Tw. Dit instrument is nieuw ten opzichte van de vorige reguleringsronde. Voor zover de ACM meent dat een toezegging het geëigende instrument was om geconstateerd marktfalen aan te pakken (bijvoorbeeld omdat de toezeggende partij geen beroep instelt en daarmee dus sneller rechtszekerheid bestaat), had zij dit instrument moeten kiezen.

¹⁷ H.3.4. WFA besluit.

43. Dit punt is ook door marktpartijen ingebracht in de consultatie voor het toezeggingenbesluit. In reactie daarop (onderdeel 8.2 van het toezeggingenbesluit waar de ACM in het MA-Besluit bij herhaling naar verwijst) 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.¹⁸ Dat is feitelijk juist, maar alleen 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. Zeker niet nu, zoals de ACM zelf al onderkent (zie hiervoor) aan het toezeggingenbesluit juist geen volledig onderzoek ten grondslag ligt (óók geen volledig mededingingsrechtelijk onderzoek).

2. Tweede beroepsgrond: het MA-Besluit berust op een gebrekkige en onvolledige analyse van de retailmarkt(en)

2.1 Uitgangspunten en marktafbakening

- Beoordelingskader

44. In het kader van de marktanalyse moet de ACM beoordelen of de relevante retailmarkt(en) voor vaste 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 onderzoek en zo

¹⁸ Randnr. 195 toezeggingenbesluit.

nodig regulering van de bovenliggende wholesalemarkt(en) achterwege blijven.¹⁹ Daarover bestaat geen verschil van inzicht.²⁰

- **Productmarkt**

45. Evenmin bestrijdt YouCa in dit beroep de afbakening van de relevante retail(product)markt als de markt die bestaat uit internettoegang die al dan niet in bundels wordt geleverd met andere vaste diensten of FMC's, waarvan mobiele internettoegang en satelliet internettoegang geen onderdeel uitmaken en waar geen nader onderscheid wordt gemaakt naar snelheden of internettoegang voor consumenten en zakelijke afnemers (YouCa komt hierna afzonderlijk terug op de regionale marktafbakening door de ACM).²¹

- **Geografische markt(en)**

46. Voor wat betreft de afbakening door de ACM van vijf afzonderlijke *geografische* markten merkt YouCa op dat zij niet bestrijdt dat het regulatorisch kader de mogelijkheid van dergelijke afzonderlijke geografische (deel)markten onderkent, en zij de benadering van de ACM om hierbij van postcodegebieden uit te gaan op zich kan volgen. De exercitie van de ACM komt evenwel op dit punt toch vooral neer op (niet veel meer dan) de momentopname per postcodegebied van de ten tijde van het MA-Besluit uitgerolde infrastructuren.
47. De ACM merkt dan als "markt I" aan elk postcodegebied waar KPN/Glaspoort is uitgerold, en in de omschrijving van de overige geografische markten zijn vervolgens ook steeds die postcodegebieden

¹⁹ Dat wil zeggen regulering op grond van het AMM-instrumentarium in hoofdstuk 6A Tw. De symmetrische toegangsregulering van artikel 6.3 Tw staat hier los van, zoals aan de orde is in de afzonderlijke beroepen van YouCa tegen de besluiten van de ACM op grond van artikel 6.3 lid 1 Tw en 6.3 lid 3 Tw.

²⁰ Randnr. 28 MA-Besluit.

²¹ Randnr. 158 MA-Besluit.

uitgezonderd waar glasvezel van KPN of Glaspoort is uitgerold (markten II en III) dan wel glasvezel in het algemeen.²² Zoals YouCa hierna toelicht, geldt dat ongeacht of, en zo ja in hoeverre deze benadering gevolgd wordt, de conclusies die de ACM daaruit trekt, onvoldoende gemotiveerd zijn.

2.2 De uitgangssituatie op de retailmarkt volgens de ACM

48. In het toezeggingenbesluit schetst de ACM de marktsituatie bij gebreke van nadere maatregelen, zowel op retailniveau als op wholesale niveau. Die marktsituatie was reden tot zorg over de concurrentiesituatie. Zorgen die YouCa deelt, en die ook door de actuele cijfers van de ACM (de meest recente Telecom monitor) worden onderschreven.
49. Die marktsituatie biedt dan ook de basis voor de beoordeling van de analyse van de retailmarkten door de ACM in het MA-Besluit. Simpel gesteld: kan de ACM adequaat uitleggen waarom er ondanks de door hem zelf gesignaleerde situatie er toch geen risico op AMM bestaat?
50. In het toezeggingenbesluit constateert de ACM dat de situatie op de retailmarkt voor internettoegang belangrijke risico's voor de concurrentie kent:
- Op de retailmarkt voor internettoegang stappen consumenten relatief weinig over, wat maakt dat de twee grootste telecomaandiers jaarlijks winstgevend prijsverhogingen kunnen doorvoeren, met als gevolg maar een beperkte overstap van klanten naar concurrenten.²³

²² Randnr. 533 MA-Besluit: *“De ACM erkent dat de omvang van deze markten zal verschillen op basis van de op dit moment nog niet exact te voorziene toekomstige glasvezeluitrol.”*

²³ Toezeggingenbesluit, randnr. 50.

- 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 Odido (voorheen T-Mobile) op de totale retailmarkt nog bescheiden, wat een indicatie is van minder grote concurrentiedruk.²⁴
- 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.²⁵

NB: de prijsdruk op kabel is nihil blijktens jaarlijkse tariefsverhogingen.²⁶

- 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.²⁷ Hoe dan ook zijn er

²⁴ Toezeggingenbesluit, randnr. 52.

²⁵ Toezeggingenbesluit, randnr. 53.

²⁶ Zie ook Financieel Dagblad 16 februari 2024, "VodafoneZiggo doet eindsprint in vierde kwartaal", *Over het hele jaar verloor VodafoneZiggo 100.000 klanten in de vaste markt. 'De concurrentie is onverminderd hard', aldus cfo Ritchy Drost in een persbericht. 'Dat zal de komende jaren nog wel zo blijven.' Toch is VodafoneZiggo niet van plan om mee te doen aan het stunten met prijzen. Het bedrijf probeert zich vooral te onderscheiden met zijn aanbod van inhoud, zoals sport en het incorporeren van streamingdiensten op de mediabox.*" Zie

<https://fd.nl/bedrijfsleven/1507798/vodafoneziggo-doet-eindsprint-in-vierde-kwartaal>

²⁷ Toezeggingenbesluit, randnr. 55 – 56.

volgens de ACM maar vijf telecomproviders (KPN, VodafoneZiggo, Delta, Odido (voorheen T-Mobile) en Online.nl) die gezamenlijk vrijwel de gehele consumentenmarkt voor vaste telecomaansluitingen bedienen en 90% van de homes passed met glasvezel bedienen²⁸ (waarbij VodafoneZiggo en Delta geografisch grotendeels complementair zijn²⁹).

- 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 glasvezel³⁰ en KPN het kopernetwerk wordt uitgefaseerd.

51. Deze analyse is door alle partijen (anders dan VodafoneZiggo en KPN) die zienswijzen hebben ingediend op het ontwerp van het toezeggingenbesluit onderschreven.
52. YouCa meent dat die analyse overkort juist is, en ook onverminderd actueel is. Zo volgt al uit de recente editie van de ACM-Telecommonitor (vierde kwartaal 2023) dat de marktaandelen van VodafoneZiggo (40-45%) en KPN (35-40%) onverminderd hoog en stabiel zijn, en de rest onverminderd ver achter ligt. De eerstvolgende spelers zijn Odido met 10 – 15% en DeltaFiber met 5-10%. Alle overige spelers hebben samen niet meer dan 0 – 5%. Een van de (relatief) grotere onder deze overige spelers is Youfone. KPN kondigde in 2023 echter aan Youfone over te willen nemen³¹ en de ACM heeft in het eerste fase besluit aangegeven hierin voor wat betreft de vaste markt geen probleem te zien, gezien de geringe positie van Youfone op de

²⁸ Toezeggingenbesluit, Bijlage C1, randnr. 18, 22.

²⁹ Toezeggingenbesluit, Bijlage C1, randnr. 22.

³⁰ Toezeggingenbesluit, randnr. 80.

³¹ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/kpn-wil-youfone-overnemen-concentratiemelding>

retailmarkten voor (o.a.) vaste internetdiensten en de daarmee corresponderende beperkte inkooppositie op de groothandelsmarkt (lees: het netwerk van KPN).³² Consolidatie van de markt blijft actueel nu een lokale partij als KabelTex aan het portfolio van KPN is toegevoegd. Er is geen reden aan te nemen dat de ontwikkeling dat er geen nieuwe partijen de markt betreden en dat bestaande partijen worden overgenomen, zonder verdere actie zal keren.

53. Een conclusie die zich overigens lastig laat rijmen met het standpunt van de ACM in het Ontwerpbesluit waarin hij Youfone als één van *alle grote* aanbieders op markt voor vaste internettoegang presenteerde (in het MA-Besluit is de kwalificatie “grote” opvallenderwijze verdwenen³³), en stelt dat juist toegangsvragers als Youfone zonder eigen netwerk de concurrentie zouden aanjagen. Het is dan van tweeën één: ofwel de ACM ziet partijen als Youfone als belangrijke aanjagers van de concurrentie, maar dan moet hij ook de overname door een van de *incumbents* kritisch beoordelen; ofwel hij ziet dergelijke partijen als van gering belang, maar dan kan hij ook niet in het kader van de retailmarktanalyse suggereren dat zij toch belangrijke aanjagers van concurrentie zouden zijn.
54. Ook de overstap van consumenten is nog altijd zeer beperkt: de kabel (praktisch synoniem voor VodafoneZiggo gezien haar aandeel van 95-100% in het aantal geactiveerde kabelaansluitingen) verloor in het derde kwartaal minder dan 1% klanten (30.083 op 3,32 miljoen aansluitingen). Tegenover het aantal verloren klanten voor koper (DSL) van een ruim 51.000 staat een stijging van het aantal glasvezelklanten van ruim 66.000, ongetwijfeld in belangrijke mate te verklaren door migratie van KPN-koperklanten naar glasvezel: de ACM stelt ook in het

³² Besluit van 14 september 2023. Weliswaar besliste de ACM dat een vergunning vereist was, maar niet naar aanleiding van de gevolgen van de overname voor de vaste internetmarkt: gezien het zeer beperkte marktaandeel van YouFone van 0-5% zag de ACM geen probleem in de combinatie met KPN.

³³ Zie randnr. 291 ontwerpbesluit vs. randnr. 293 van het MA-Besluit.

MA-Besluit vast dat de overstap bij uitrol van glasvezel veelal de interne overstap van klanten van KPN van zijn kopernetwerk naar het nieuwe glasvezelnetwerk van KPN of Glaspoort betreft.³⁴ Ook in het persbericht bij de meest recente Telecommonitor merkt de ACM op: “Het aantal koperaansluitingen daalt ondertussen, omdat er een start gemaakt is met het uitschakelen van deze voorziening op plekken waar glasvezel beschikbaar is.”

55. De onderlinge prijsdruk tussen KPN en VodafoneZiggo is ook nog steeds beperkt. De ACM stelt immers zelf vast in het MA-Besluit dat VodafoneZiggo (i) een landelijk, uniform prijsbeleid voert (dus onafhankelijk van de vraag of in een bepaald postcodegebied al of niet glasvezel is uitgerol) en (ii) dat de tarieven van VodafoneZiggo na actieperiodes weer stijgen tot de normale relatief hoge tarieven, die bovendien ook onderhevig blijven aan jaarlijkse prijsstijgingen vanwege inflatie.³⁵ Prijsstijgingen die bovendien doorgaans min of meer gelijktijdig met KPN worden aangekondigd. VodafoneZiggo is veelal de duurste op internet-only pakketten en is landelijk veruit de duurste aanbieder, die blijft vasthouden aan jaarlijkse prijsverhogingen tot 10%.³⁶ Het jaarlijks in opdracht van de ACM uitgevoerde consumentenonderzoek telecommarkt (editie 2023³⁷) geeft aan dat consumenten weliswaar in meerderheid menen dat er voldoende keuze is, maar ook dat zij vinden dat de prijs van hun abonnement hoog of zelfs erg hoog is, zij betalen gemiddeld EUR 64,37 per maand voor hun abonnement, tegen EUR 61,70 in het jaar daarvoor.

2.3 De uitgangssituatie op de wholesalemarkt volgens de ACM

³⁴ Randnr. 201 MA-Besluit.

³⁵ Randnr. 273 MA-Besluit.

³⁶ Randnrs. 284 e.v. MA-Besluit.

³⁷ <https://www.acm.nl/system/files/documents/consumentenonderzoek-telecommarkt-2023.pdf>

56. In het toezeggingenbesluit gaat de ACM ook in op de wholesalemarkt voor lokale toegang tot koper- en glasvezelnetwerken in Nederland (de ACM laat in het midden of zij daarmee de in de Aanwijzing bedoelde markt I op het oog heeft (voorheen markt 3b)).³⁸ Op die markt beschikt KPN over een kopernetwerk met nagenoeg landelijke dekking en een glasvezelnetwerk waarmee KPN en Glaspoort eind 2026 80% van de Nederlandse huishoudens willen bereiken.
57. De ACM stelde ook vast dat KPN voornemens is de komende jaren grote delen van het kopernetwerk uit te faseren; in februari 2020 kondigde KPN aan dat zij per 22 februari 2023 stopt met de dienstverlening op koper op de eerste ruim 2 miljoen adressen waar glasvezel beschikbaar is (per 1 april 2022 was al van 3 miljoen adressen de uitfasering aangekondigd³⁹).
58. Uiteindelijk zal het kopernetwerk van KPN worden uitgezet in alle glasvezelgebieden van KPN en Glaspoort, waardoor concurrerende telecomaانبieders zonder eigen netwerk voor circa 80% van de huishoudens afhankelijk zijn van toegang tot de glasvezelnetwerken van KPN en Glaspoort, nu VodafoneZiggo geen toegang biedt.
59. Deze toegangsvragers hebben ieder een beperkt marktaandeel van 0-5%, maar meestal enkel een fractie hiervan; alleen Odido (voorheen T-Mobile) heeft een marktaandeel van circa 5 – 10% en bedient het overgrote deel van haar klanten via de netwerken van KPN.⁴⁰ Hiervoor is al opgemerkt dat de ACM een partij als Youfone als van gering belang voor de concurrentie bestempeld, en de overname door KPN op de vaste markt niet bezwaarlijk vindt.

³⁸ Par. 4.1 toezeggingenbesluit.

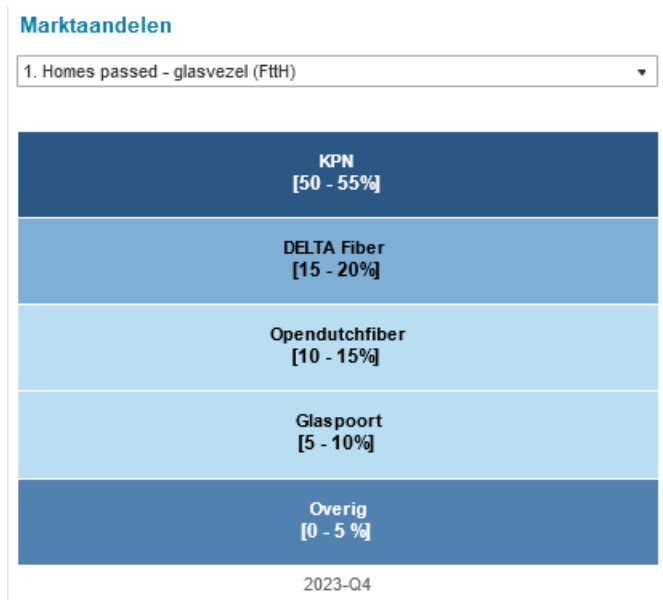
³⁹ <https://www.kpn-wholesale.com/producten-diensten/breedband/uitfaseren-koper.htm>

⁴⁰ Randnrs. 24 en 25 toezeggingenbesluit.

60. In de overige 20% van Nederland wordt in de toekomst mogelijk toegang geboden door alternatieve regionale en lokale glasvezelnetwerken, aldus nog steeds ACM in het toezeggingenbesluit. Daarbij is van belang dat alternatieve glasvezelaanbieders in de regel geen netwerken aanleggen waar reeds glasvezel aanwezig is van KPN of Glaspoort.
61. Ook hier geldt dat de ontwikkelingen na het toezeggingenbesluit deze trend bevestigen.
62. Ruim een jaar na het toezeggingenbesluit (het MA-Besluit dateert immers van december 2023) gaat de ACM er vanuit dat binnen de reguleringsperiode 95-98% van Nederland zal zijn verglaasd.⁴¹ De ACM constateert opnieuw dat alternatieve glasvezelaanbieders alleen willen uitrollen waar KPN geen glasvezel heeft, terwijl KPN overal waar zij kopernetwerk heeft liggen ook glas uitrolt (zelf dan wel via Glaspoort) en daarbij als enige juist wél tot “overbouw” bereid is, alleen al om haar koperklanten naar een eigen glasaanbod te kunnen migreren.⁴²
63. De meest recente ACM-Telecommonitor kent aan KPN in termen van *homes passed* een netwerkaandeel van 50-55% toe (vierde kwartaal van 2023), waarbij uiteraard dat van Glaspoort opgeteld moet worden, zodat in totaal landelijk gezien een netwerkmarktaandeel van 55 – 65% resulteert:

⁴¹ Randnr. 250 MA-Besluit.

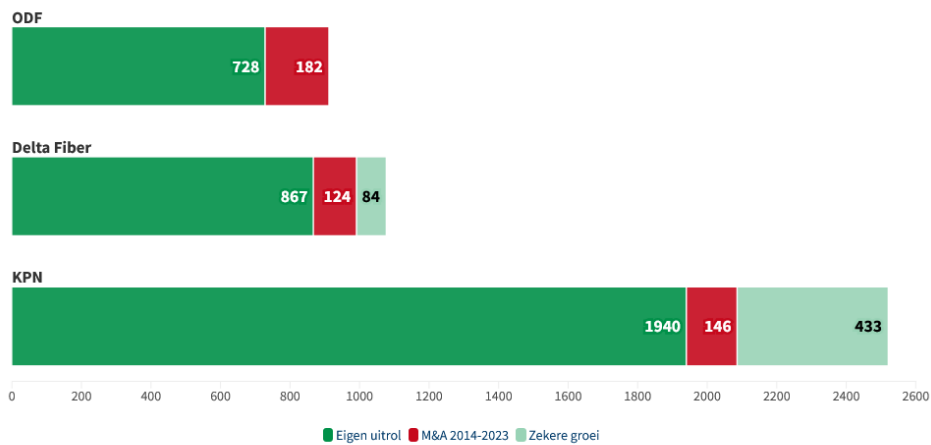
⁴² Randnrs. 243, 247 MA-Besluit.



64. In termen van *homes passed* is KPN veruit het grootste en zal zij dat ook blijven.⁴³

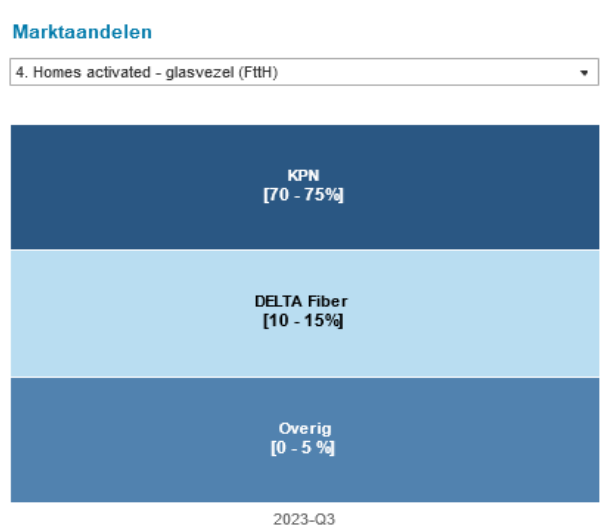
FTTH HP groei in periode 2014-2023

Aantallen x 1000, 2023 = eind Q2 2023



⁴³ <https://www.telecompaper.com/achtergrond/kpn-kocht-7-van-zijn-ftth-footprint-delta-fiber-13-odf-20-wie-koopt-rodin--1485621>

65. In termen van *homes activated* (dat wil zeggen de woningen waarbij daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van de diensten van het netwerk) gaat het zelfs om een nog groter netwerkaandeel:



66. Ook als het netwerkaandeel van KPN mede diensten geleverd door toegangsvragers omvat, is duidelijk dat KPN nog altijd veruit het grootste aandeel heeft in de diensten die zij over haar eigen netwerk levert. Temeer nu, zoals al opgemerkt, KPN wél, maar andere spelers juist zo min mogelijk hun glasvezelnetwerk willen dupliceren.
67. 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.⁴⁴ Kort daarvoor verkreeg KPN via Glaspoort zeggenschap over Glasdraad.⁴⁵ KPN nam voorts Kabeltex

⁴⁴ <https://www.telecompaper.com/nieuws/kpn-neemt-glasvezelnetwerken-over-van-primevest--1466851>

⁴⁵ <https://www.telecompaper.com/nieuws/acm-keurt-zeggenschap-glaspoort-en-tinc-over-glasdraad-goed--1463504>

over⁴⁶ evenals het netwerk van Coöperatie Glasvezel Noord.⁴⁷ Het lijkt geen twijfel dat verdere consolidatie zal volgen.

68. De belangrijkste infrastructuur-uitdager op glas lijkt momenteel Open Dutch Fiber (ODF) te zijn dat bezig is met name in grote steden een eigen derde glasvezelnetwerk uit te rollen. Deze speler biedt zelf geen retaildiensten aan en heeft het fundamentele probleem dat het de twee sterke merken KPN en Ziggo mist. De enige substantiële dienstenaanbieder over het netwerk van ODF is Odido. Daardoor is het voor ODF onmogelijk een bezettingsgraad van 30 of 40% te halen, wat algemeen aanvaard is als minimaal vereiste om rendabel actief te kunnen zijn.⁴⁸

2.4 De concurrentieanalyse van de ACM is gebrekkig

69. Uit de eigenlijke concurrentieanalyse in onderdeel 3.4 van het MA-Besluit blijkt dat de ACM in feite slechts één markt nader onderzocht heeft, namelijk markt IV – Kabelnetwerk. De overige vier markten worden in het MA-Besluit gezamenlijk kort behandeld. De conclusies t.a.v. markt IV zijn dan weer voornamelijk gebaseerd op projectie van de verwachtingen van de ACM t.a.v. markten I en II, en bij de analyse van het risico op AMM is vooral het “dupliceren” van het netwerk van VodafoneZiggo door glasvezelaanbieders zwaarwegend.⁴⁹
70. Geen van de door de ACM beoordeelde vier concurrentieparameters (marktaandeel, actuele concurrentie, ontbreken van kopersmacht en het ontbreken van potentiële concurrentie) geeft echter aanleiding te

⁴⁶ <https://www.telecompaper.com/nieuws/kpn-en-kabeltex-tekenen-overnameovereenkomst-betreft-18000-ftth-lijnen--1484383>

⁴⁷ <https://www.telecompaper.com/nieuws/kpn-neemt-glasvezelnetwerk-cgn-over--1487736>

⁴⁸ <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>

⁴⁹ Randnr. 289 MA-Besluit.

veronderstellen dat niet langer zelfs maar een *risico* voor de effectieve concurrentie zou bestaan en regulering dus achterwege zou kunnen blijven. Dat geldt niet alleen ten aanzien van markt IV, maar ten aanzien van alle markten.

71. YouCa benadrukt nogmaals dat vertrekpunt van de beoordeling moet zijn de marktsituatie die voor de ACM aanleiding was om het toezeggingenbesluit te nemen, zie hiervoor. De ACM meende, terecht, dat die marktsituatie onvoldoende concurrerend was. Als de ACM dat werkelijk meent, moet hij ook consistent zijn: voor zover in een markt eenzelfde situatie bestaat, of dreigt te ontstaan, kan hij niet tegelijk volhouden dat er zelfs geen *risico* op AMM bestaat en dus nu al voldoende zeker is dat regulering achterwege kan blijven.

- **Marktaandeelen**

72. Duidelijk is dat VodafoneZiggo op markt 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, dat neemt niet weg dat hij óók vaststelt dat het marktaandeel van VodafoneZiggo in markt IV is toegenomen de afgelopen jaren.⁵⁰
73. De ACM verwacht dat in markt IV het risico op AMM binnen de reguleringsperiode zal verdwijnen, omdat naar mate in deze markt meer open glasvezelnetwerken zullen worden aangelegd, de concurrentiesituatie meer naar die van markten I en II zal tenderen (overigens verdient opmerking dat volgens de meest recente Telecommonitor er nog altijd maar 44% van het aantal huishoudens is

⁵⁰ Randnr. 235 MA-Besluit.

bereikt met glasvezel (*home passed*) en daarvan nog maar 30-40% ook is geactiveerd, ofwel 13 – 18%⁵¹).

74. Daarmee schiet de consument dan niets op. In markt I heeft KPN een netwerkmarktaandeel van 60-65% wat de ACM op grond van het landelijke percentage wholesale leveringen herleidt tot een retailmarktaandeel van 40-45% voor KPN (en 35-40% voor VodafoneZiggo). Dat beeld is vergelijkbaar in markt II, bovendien zal KPN uiteraard ook daar haar glasvezelnetwerk uitrollen ter vervanging van koper (en zo nodig ook zal overbouwen om dat te bewerkstelligen), omdat dat in haar eigen belang is.⁵²
75. Die uitrol van KPN/Glaspoort zal bovendien de groei van de netwerkpenetratie van alternatieve glasvezelnetwerken beperken en vertragen, zoals de ACM met zoveel woorden stelt.⁵³ Markt II (alternatieve glasvezelaanbieders) zal dus snel krimpen ten gunste van markt I (glasvezel van KPN en Glaspoort). VodafoneZiggo en KPN zijn op hun eigen netwerken sowieso heer en meester⁵⁴ en vormen samen een bestendig duopolie dat 75 – 85% van de markt bedient.

⁵¹ Volgens de Telecommonitor over het vierde kwartaal van 2023 zijn er in Amsterdam 563.120 adressen, waarvan 248.754 met glasvezelaansluiting (homes passed) ofwel 44%, en daarvan is dan weer 30 – 40% geactiveerd, ofwel tussen de 74.000 en 99.000.

⁵² Randnr. 363 MA-Besluit: “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. 372: “Daarbij is ook de verwachting dat in een groot deel van deze markt KPN of Glaspoort het kopernetwerk vervangt door een glasvezelnetwerk.”

⁵³ Randnr. 329 MA-Besluit. Zie ook het toezeggingenbesluit, Bijlage C, randnr. 147: “De gezamenlijke uitrolambities zouden namelijk leiden tot een significant aantal gebieden met twee glasvezelnetwerken van verschillende eigenaren, terwijl partijen de bedrijfseconomische prikkel hebben om deze situatie van overbuild zo veel mogelijk te mijden.”

⁵⁴ Volgens de Telecommonitor was het marktaandeel van KPN in Q-4 2023 op glas 50-55% (homes passed)/70-75% (homes activated) en dat van VodafoneZiggo op kabel 90-95% (homes passed)/95-100% (homes activated).

76. De belangrijkste toegangsvrager op het netwerk van KPN is Odido, zoals opgemerkt de enige partij voor wie het toezeggingenbesluit überhaupt enige concrete betekenis heeft. Volgens de ACM blijven KPN en VodafoneZiggo de dominante spelers in de breedbandmarkt, met VodafoneZiggo goed voor 40 tot 45 procent marktaandeel en KPN met een marktaandeel van 35 tot 40 procent. Odido heeft 10 tot 15 procent marktaandeel, en Delta Fiber bezet in het derde kwartaal van 2023 respectievelijk 5 tot 10 procent van de markt. Overige aanbieders hebben een marktaandeel variërend van 0 tot 5 procent.⁵⁵ De ACM noemt alleen Online.nl, Budget en Youfone, de laatste is echter door KPN overgenomen, en de ACM ziet daarin geen bezwaar.
77. 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 Odido. 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.⁵⁶ 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.⁵⁷
78. De ACM heeft YouCa bij het indienen van verzoeken op basis van art 6.1 Tw telkens verzocht gedetailleerde businesscases uit te werken.

⁵⁵ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-telecommonitor-vierde-kwartaal-2023>

⁵⁶ Randnr. 322 MA-Besluit.

⁵⁷ Randnrs. 323 – 325 MA-Besluit.

Het lijkt dan ook logisch dat ACM zijn beweringen over de effectieve werking voor nieuwkomers van het toezeggingenbesluit zelf een sluitende businesscase voor die propositie uiteenzet. Dit te meer nu, zoals YouCa in haar zienswijze uiteen heeft gezet, financiering van een dergelijke business case niet te realiseren zal zijn, nu de som van de subscriber acquisition costs en de kosten van activatie van de klant ruim boven EUR 200 per klant uitkomt, die vervolgens met hooguit enkele euro's marge zal moeten worden terugverdiend, zelfs als een dergelijke nieuwkomer kans zou zien 5% marktaandeel te halen.

Ter vergelijking: KPN heeft voor de overname van Kabeltex EUR 37 miljoen betaald, wat gezien het aantal *homes passed* van 18.000 neerkomt op een bedrag van EUR 2.055 per aansluiting. De overname van Primevest kostte KPN EUR 97 miljoen voor 127.000 *homes passed*, ofwel EUR 764 per aansluiting.⁵⁸

79. 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 MA-Besluit 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.⁵⁹ Het MA-Besluit zegt daarover niets. Dit beperkt zich tot een beoordeling van de churn op het netwerk van VodafoneZiggo in markt IV in vergelijking met die in andere markten (op voor derden overigens niet inzichtelijke wijze), dat rechtvaardigt evenwel geen analyse van het overstapedrag van consumenten in het algemeen.

⁵⁸ Aldus Telecompaper op basis van het jaarverslag 2023 van KPN: <https://www.telecompaper.com/nieuws/kpn-biedt-aan-meer-dan-11-miljoen-huishoudens-gigabit-snelheden-mobiel-netwerk-is-5g-ready--1493139>

⁵⁹ Randnr. 53 toezeggingenbesluit.

80. De beoordeling van overstapgedrag was mede van belang in het toezeggingenbesluit en het is volstrekt onduidelijk waarom die 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 ook helemaal niet zo dat er ineens veel meer overgestapt wordt. Volgens de Telecommonitor Q-4 2023 waren er in het vierde kwartaal van 2023 310.031 vertrekkende abonnees, ofwel niet meer dan 4% 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.
81. Het contrast met de ook in het MA-Besluit geschetste markt voor zakelijke netwerkdiensten is groot: ook daar is een aantal grote spelers actief, maar daar is het marktaandeel van marktleider KPN structureel en sterk 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 Odido. Dat is wel een heel ander beeld dan het ook op langere termijn bestendige duopolie in markt I en II en de AMM-positie van VodafoneZiggo in markt IV.
- ***De vergelijking met het Youfone-besluit (eerste fase)***
82. Het contrast is evenzeer groot wanneer het MA-Besluit wordt vergeleken met het eerste fase besluit van de ACM met betrekking tot de voorgenomen overname van Youfone door KPN.
83. De ACM stelde de eis van een vergunning omdat hij vreest dat KPN door overname van Youfone op de mobiele markt een prikkel heeft de wholesalecondities voor de resterende toegangsvragers zonder eigen netwerk (MVNO's) te verslechteren en de onderhandelingsmacht van KPN zal versterken. Onduidelijk is dan waarom de ACM in het MA-

Besluit ten aanzien van de vaste internetmarkt niet tot diezelfde conclusie komt? Zoals hierna nog aan de orde komt kan het toezeggingenbesluit het antwoord niet zijn, zeker nu, zoals de ACM nota bene zelf bevestigt, op Odido na, geen enkele speler zinvol gebruik kan maken van de toegang die op basis daarvan wordt verleend.

84. Dit verschil in benadering tussen enerzijds de KPN-Youfone transactie en anderzijds het MA-Besluit is opvallend nu (i) KPN op de vaste internetmarkt de enige wholesaleaanbieder is, maar op de mobiele wholesalemarkt wel degelijk een concurrent heeft (Odido heeft immers ook een volwaardig wholesaleaanbod) en (ii) de mobiele retailmarkt veel concurrerender is met drie landelijke partijen met elk rond de 30% marktaandeel, die duurzaam op prijs concurreren en daarnaast nog eens 28 MVNO's dan de vaste internetmarkt. Niet in geschil is immers dat deze wordt gekenmerkt door een bestendig duopolie van VodafoneZiggo en KPN met samen 80 – 90% marktaandeel met veel minder kleinere spelers die gebruik moeten maken van toegang tot netwerken van KPN. Terwijl juist zij volgens de ACM degenen zijn die de concurrentie aanjagen, zoals de ACM in het besluit op basis van artikel 6.3 lid 3 Tw al constateerde:⁶⁰

“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.”

⁶⁰ Randnr. 27, besluit op basis van artikel 6.3 lid 3 Tw.

85. Als de overname van Youfone dan volgens de ACM reden tot zorg is op de mobiele markt, waarom dan niet op de evident veel minder concurrerende vaste internetmarkt?

- **Actuele concurrentie en overige factoren**

86. De ACM stelt vast dat de enige actuele concurrentie met VodafoneZiggo in markt 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).

87. Bij die stand van zaken heeft VodafoneZiggo, zoals al opgemerkt, in markt 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.⁶¹

- **Duplicatie door, en concurrentiedruk van alternatieve glasvezelaanbieders niet realistisch**

88. Toch ziet de ACM nu al van regulering af, want zij verwacht dat VodafoneZiggo de controle over niet gemakkelijk te repliceren infrastructuur die zij nu nog heeft, geleidelijk zal gaan verliezen in

⁶¹ 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.”

markt 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.⁶²

89. 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.
90. 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.
91. 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 *wie* die voor zijn rekening neemt, is wel duidelijk: niet de toetreders, maar KPN/Glaspoort.
92. 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,⁶³ ongeacht of daar nog alternatieve glasvezelnetwerken zijn. KPN overbouwt reeds aanwezige netwerken liever dan dat zij van die andere netwerken gebruik maakt voor haar eigen dienstenaanbod.⁶⁴

⁶² Randnr. 256 Ontwerpbesluit.

⁶³ Randnrs. 243, 247 MA-Besluit.

⁶⁴ 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

93. Bovendien creëert overbouw ook strategische waarde voor KPN.⁶⁵ De ACM memoreert nota bene zelf dat alle alternatieve glasvezelaanbieders in april 2023 nogmaals hebben bevestigd dat zij geen netwerk zullen aanleggen in gebieden waar reeds een glasvezelnetwerk is aangelegd, te meer indien dit netwerk van KPN of Glaspoort is⁶⁶ en dat een derde glasvezelnet in de regel niet wordt aangelegd zodra KPN/Glaspoort al is uitgerold.⁶⁷
94. 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 krijgen⁶⁸ – wat dus precies onderschrijft dat het uitrollen van een netwerk een risico is

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.”

⁶⁵ 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.”

⁶⁶ Randnr. 337 MA-Besluit.

⁶⁷ Randnr. 329 MA-Besluit.

⁶⁸ Randnr. 353 MA-Besluit.

(“zeer uitdagend”⁶⁹) 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. De ACM schetst nota bene zelf precies waarom alternatieve glasvezelaanbieders weinig kans hebben:⁷⁰

Tegelijkertijd heeft het ontbreken van schaal ook als gevolg dat partijen hun glasvezelnetwerk minder vertakt aanleggen en in veel gevallen de huisaansluiting niet op voorraad aansluiten. Hiermee nemen de kosten om een klant daadwerkelijk aan te sluiten toe, waardoor de mogelijkheden deze snel terug te verdienen met de levering van diensten minder groot zijn, terwijl het behouden van een klant (op een reeds aangesloten kabelnetwerk) geen extra kosten met zich meebrengt.

95. De ACM acht ook aanbodssubstitutie door dergelijke spelers niet aannemelijk:⁷¹

De uitrol van glasvezelnetwerken vereist grote investeringen, zowel in tijd als kapitaal. Zo zijn glasvezelaanbieders vaak wel een jaar tot anderhalf jaar bezig alvorens zij alle benodigde vergunningen, aannemers en kapitaal hebben bemachtigd om in een bepaald gebied glasvezel uit te rollen. Zij zijn dan ook niet in staat om op korte termijn (binnen een periode van 6-12 maanden) een netwerk binnen een andere geografische markt

⁶⁹ Randnr. 362 MA-Besluit: “...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.”

⁷⁰ Randnr. 354 MA-Besluit.

⁷¹ Randnr. 216 MA-Besluit.

uit te rollen, in reactie op een prijsverhoging voor vaste internettoegang van een concurrent in deze markt.

96. Het is dan ook niet verbazend dat de ACM concludeert dat dergelijke aanbieders maar heel beperkte concurrentiedruk uitoefenen.⁷² Daarbij is ook van belang steeds goed voor ogen te houden (in het MA-Besluit wordt dit niet scherp onderscheiden) dat het overgrote deel van hetgeen de ACM als alternatieve glasvezelaanbieders aanduidt, geen eigen retailaanbod heeft (dit zijn naast KPN vooral Odido, Youfone, Budget en Freedom Internet, waarbij KPN Youfone heeft overgenomen) terwijl dat uiteraard hetgeen is waar het de afnemer om te doen is. Volgens de ACM is de mate waarin netwerken toegang bieden, en die ook wordt afgenomen, van grote invloed op de concurrentieomstandigheden in de retailmarkt.⁷³ De ACM verwacht ook de groei vooral van dienstaanbieders over het netwerk van KPN/Glaspoort: *“De groei van het marktaandeel zal vooral plaatsvinden door dienstenaanbieders (zoals Odido) die in toenemende mate gebruik maken van de toegang tot het glasvezelnetwerk van KPN en Glaspoort.”*⁷⁴ Zoals al opgemerkt, is Odido de enige partij die van deze toegang enigszins efficiënt gebruik kan maken.
97. De suggestie van de ACM⁷⁵ 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 zijn eigen toezeggingenbesluit: 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 markt IV wordt op zijn best een monopolie ingeruild voor een duopolie, niet voor effectieve concurrentie.

⁷² Randnr. 268 MA-Besluit.

⁷³ Randnr. 176 MA-Besluit.

⁷⁴ Randnr. 369 MA-Besluit.

⁷⁵ Randnr. 256 MA-Besluit.

98. 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.⁷⁶
99. Dit relateert overigens ook in zeer vergaande mate de gedachte als zouden de jaarlijkse forse prijsstijgingen moeten 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 bijvoorbeeld ook meewegen bij de inkoop van content en de *subscriber acquisition costs* die voor kleinere partijen zeer substantieel zijn⁷⁷). De ACM onderkent dit in het toezeggingenbesluit ook, waar hij

⁷⁶ In randnr. 352 MA-Besluit stelt de ACM dat VodafoneZiggo *ten opzichte van KPN* geen voordelen wat betreft schaal of breedte zou hebben, maar daarmee is allerm minst duidelijk dat die voordelen er dan ook niet zijn jegens andere concurrenten (en de ACM stelt ook zelf dat KPN schaalvoordelen t.o.v. Oido heeft).

⁷⁷ 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 met lage prijzen 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.

stelt dat juist KPN enerzijds profiteert van lagere kosten voor aanleg van glasvezelnetwerk en anderzijds van hogere bezetting van het netwerk, wat leidt tot lagere kosten per actieve aansluiting en dus een hoger rendement.⁷⁸

100. De ACM constateert ook terecht dat er geen kopersmacht is en ook geen druk uitgaat van potentiële concurrentie, en dát geldt uiteraard voor alle markten. Dat is dus een duidelijke factor die vóór regulering pleit, niet daartegen. Het nalaten van regulering is niet in het belang van de consument, dat bij de ACM juist centraal zou moeten staan.

- **Prijsbeleid VodafoneZiggo**

101. In onderdeel 3.4.1.7 van het MA-Besluit geeft de ACM een overzicht van een “nader onderzoek” naar de tarieven en kortingen die VodafoneZiggo in markt IV aanbiedt. De uitkomsten daarvan zijn voor derden grotendeels niet te volgen, zodat het MA-Besluit ook in zoverre niet inzichtelijk is. Het MA-Besluit biedt echter wel voldoende aanknopingspunten om te concluderen dat de uitkomsten van dit nader onderzoek de sterke positie van VodafoneZiggo niet relativiseren.
102. Zoals hiervoor al is opgemerkt, stelt de ACM nota bene zelf vast 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) en hanteert zij na actieperiodes de normale (relatief hoge) tarieven.⁷⁹ Klanten die niet overstappen (of de intentie kenbaar maken) profiteren al helemaal niet van de lage actietarieven en hoge kortingen.⁸⁰

⁷⁸ Randnr. 93 toezeggingenbesluit.

⁷⁹ Randnr. 273 MA-Besluit.

⁸⁰ Randnr. 286 MA-Besluit. Dit geldt overigens ook voor KPN, zie randnr. 315 toezeggingenbesluit: “*In de praktijk is het namelijk zo dat actie- en bundelkortingen op de retailmarkt alleen worden geboden in het kader van acquisitieaanbiedingen [...]*”.

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.⁸¹

103. Dat alles duidt op gebrekkige concurrentiedruk, in markt IV, en eveneens in markten I en II. Want ook nadat op enig moment in gebieden die de ACM nu nog tot markt IV rekent glas mocht zijn uitgerold (en zoals al opgemerkt is tot op heden in Amsterdam minder dan 20% van de aansluitingen geactiveerd op glas), heeft dit hoogstens tot gevolg dat naast VodafoneZiggo ook KPN een sterke positie inneemt, en er dus een duopolie VodafoneZiggo – KPN ontstaat dan wel bestendigd wordt. Zeker nu de grootste dienstenaanbieder Odido voor de levering van internetdiensten vooral afhankelijk is van de toegang tot het netwerk van KPN en Glaspoort, zoals de ACM ook vaststelt. Hoogstens ODF heeft als derde partij naast enige substantie, vooral ook een zeer onzekere positie. Bovendien biedt ODF niet zelf diensten aan. De ACM stelt dat zij de concurrentie verwacht van dienstenaanbieders zonder eigen netwerk. Dit maakt ODF tot een tandeloze tijger.
104. YouCa stelt ook vast dat een dergelijk onderzoek naar prijsstelling en retentie- en kortingenbeleid voor de markten 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 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.

⁸¹ Randnr. 364 MA-Besluit.

- **Conclusie ten aanzien van de huidige marktsituatie**

105. 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 en het is onvoldoende aannemelijk dat ze dat zal worden binnen de reguleringsperiode. Of, andersom: bij die stand van zaken is uitgesloten dat zelfs geen *risico* op gebrekkige concurrentie zou bestaan, zodat regulering overbodig zou zijn.
106. De ACM lijkt er zelf ook niet zo zeker van dat de situatie van voldoende concurrentie inmiddels zou zijn. Opnieuw de Chief Economist ten tijde van de voorbereiding van het MA-Besluit:

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 schaafeffecten 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 omzetrempel langs de concentratiecontrole kunnen glippen. Of stappen aanbieders van glasvezelnetwerken af van open toegang. We hebben natuurlijk het mededingingsrecht, maar ook het Europese reguleringskader en onze telecomwet verdwijnen niet. Het instrument van toegangsregulering blijft dus in de gereedschapskist van de ACM.

107. Dit zijn allemaal zeer reële risico's die volgen uit economische wetmatigheden van de huidige markt (het zijn dus géén onzekere hypotheses) en die zich deels ook al verwezenlijken. Het is niet goed te begrijpen dat de ACM juist in een prospectieve analyse hier op geen enkele wijze op voorsorteert. De al genoemde beoordeling door de ACM van de Youfone-overname laat zien dat ook overnames boven de concurrentiedrempels door de ACM probleemloos worden aanvaard (voor wat betreft de vaste markt in elk geval, en dat is waar het in deze procedure om gaat).
108. 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)" (onderstreping toegevoegd, adv.):⁸²

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.

⁸² <https://www.acm.nl/nl/publicaties/blog-paul-de-bijl-de-markt-voor-snel-internet-momenteel-concurrerend>

109. 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. Die geschiedenis herhaalt zich, maar de ACM is nu kennelijk tevreden met een toezeggingsbesluit waar maar één partij iets aan heeft, en accepteert op voorhand consolidatie en bestendige toetredingsbarrières.

2.5 Het toezeggingenbesluit is ontoereikend om de zorgen op de retailmarkt te adresseren

110. Niettemin concludeert de ACM dat regulering achterwege kan blijven. Die conclusie is volledig gebaseerd op de effecten die de ACM toedicht aan het toezeggingenbesluit, waardoor toegangsvragers effectief zouden kunnen concurreren en de retailmarkten voor vaste internettoegang binnen de reguleringsperiode voldoende concurrerend zouden worden.
111. Dit doorslaggevend belang dat de ACM aan het toezeggingenbesluit (c.q. de glasvezeltoegang die KPN en Glaspoort op basis daarvan bieden) hecht, geldt ten aanzien van alle door de ACM aangeduide gebieden die zij als de geografische markten I – V heeft afgebakend. Want aangezien KPN en Glaspoort in het overgrote deel van Nederland uitrollen en daarbij als enige ook tot overbouw bereid zijn,⁸³ mondt de

⁸³ Zie de omschrijving van markt II: “De markt ‘Glasvezelnetwerk derden – stedelijk’: gebieden binnen de huidige netwerkdekking van de glasvezelnetwerken van alternatieve open glasvezelaanbieders waarbij in die gebieden een kabelnetwerk en het kopernetwerk van KPN aanwezig is, **met uitzondering van de gebieden waar glasvezel van KPN of Glaspoort is uitgerold.**” Markt III: “De markt ‘Glasvezelnetwerk derden – buitengebieden’: gebieden binnen de huidige netwerkdekking van de glasvezelnetwerken van alternatieve open glasvezelaanbieders en het kopernetwerk van KPN, **met uitzondering van de gebieden waar glasvezel van KPN of Glaspoort en/of een kabelnetwerk is uitgerold.**” Markt IV: “De markt ‘Kabelnetwerk’: gebieden

hele exercitie ongeacht de geografische marktafbakening door de ACM uiteindelijk toch uit in de conclusie van de ACM dat de retailmarkten voldoende concurrerend zouden zijn of worden door toetreding van glasvezelaanbieders, op basis van de condities van het toezeggingenbesluit.⁸⁴

112. Voor die conclusie biedt de ACM echter onvoldoende onderbouwing.

Consumentenwinst zeer beperkt

113. Dit blijkt al dadelijk uit de stelling van de ACM dat het toezeggingenbesluit de Nederlandse consument op jaarbasis EUR 200 miljoen zou besparen, ofwel minder dan EUR 2 per huishouden per maand (terwijl uit het eigen consumentenonderzoek van de ACM blijkt dat huishoudens EUR 64 per maand betalen). 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 ruimschoots minder dan het bedrag dat KPN en VodafoneZiggo alleen al met hun jaarlijkse *prijsstijgingen* voor inflatie ophalen.

Reikwijdte toezeggingenbesluit te beperkt

114. Ook de beperkte reikwijdte van het toezeggingenbesluit maakt duidelijk dat dit niets bijdraagt aan de concurrentie. Zoals de ACM zelf vaststelt⁸⁵ maken vrijwel alle toegangsvragers namelijk gebruik “...van *toegang centraal in de netwerken van KPN (wholesale breedband*

binnen de huidige netwerkdekking van kabelnetwerken waarbij in die gebieden het kopernetwerk van KPN aanwezig is, met uitzondering van de gebieden waar glasvezel is uitgerold.” Markt V: “De markt ‘Kopernetwerk KPN’: gebieden binnen de huidige netwerkdekking van het kopernetwerk van KPN waarbij geen kabelnetwerk aanwezig is, met uitzondering van de gebieden waar glasvezel- of kabelnetwerken zijn uitgerold.”

⁸⁴ Zie ook randnr. 545 MA-Besluit.

⁸⁵ Randnr. 24 toezeggingenbesluit.

toegang, WBT) of wederverkoopdiensten (WMP15). Deze toegangsverleners hebben ieder een beperkt marktaandeel van 0-5%, maar meestal enkel een fractie hiervan.” Dit gaat dan om centrale toegang tot koper of glasvezel.

115. De toezeggingen van KPN zijn echter beperkt tot VULA, dus dure, lokale toegangsproducten op de glasvezelnetwerken van KPN. Behalve Odido neemt geen enkele toegangsverlener die af, omdat die toegangsvormen veel te kostbaar zijn voor spelers met een klein marktaandeel, laat staan voor nieuwe spelers. KPN stelde zelf al dat het VULA PON aanbod zich niet primair richt op marktpartijen met een marktaandeel <5%, maar op marktpartijen met voldoende schaalgrootte voor een rendabele uitrol naar een lokaal toegangsniveau.⁸⁶
116. En ook de ACM onderkende 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.”*⁸⁷ Dat is echter niet gereguleerd.
117. Als de ACM veronderstelt dat toetreders er makkelijk in slagen 5% of meer aan marktaandeel te verwerven, dan miskent hij 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.

⁸⁶ Randnr. 270 toezeggingenbesluit.

⁸⁷ Randnr. 272 toezeggingenbesluit.

118. Een van deze concurrenten, Jonaz, rekende in haar zienswijze op het ontwerp-toezeggingenbesluit voor dat om aan een verzorgingsgebied van 10.000 huishoudens te kunnen leveren op basis van VULA-PON, haar maandelijkse kosten een factor 2,5 tot 6,25 hoger zijn dan bij ODF-toegang, wat bij een beoogd marktaandeel van 2% leidt hogere inkooprijks voor toegangsvragers zoals Jonaz tussen de EUR 9 en de EUR 24, terwijl zelfs bij een marktaandeel van 15% een hogere kostprijs per aansluiting zou resulteren tussen de EUR 1 en EUR 4. Daarnaast wijst zij er op dat toegangsvragers op basis van de door het toezeggingenbesluit gedekte toegang nooit op snelheid met KPN zullen kunnen concurreren, en zich evenmin kunnen differentiëren van KPN op kwaliteit, betrouwbaarheid of diensten zoals DVB-C.

119. De meeste toegangsvragers gaven dan ook in de consultatie aan dat de voorgestelde toezeggingen voor hen niet leiden tot lagere wholesale tarieven.⁸⁸ Zie onder meer:

Freedom Internet:

“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.”

M7 Group (Online.nl):

“M7 Group merkt voorts op dat het ODF en VULA PON aanbod voor kleinere operators onbereikbaar is. Om de producten, die in aanmerking komen voor de tariefverlaging aan te kunnen bieden op een rendabele manier, is een hoog marktaandeel nodig. Een grove schatting van onze zijde is dat een marktaandeel van 10-15% nodig is

⁸⁸ Randnr. 353 toezeggingenbesluit.

om rendabel van het nieuwe aanbod gebruik te maken. Dit ligt voor kleinere partijen ruim buiten de mogelijkheden.”

Jonaz:

“Daarentegen ziet Jonaz juist het tegenovergestelde gebeuren. Zij ziet dat de concurrentie met KPN steeds lastiger wordt, en dat providers steeds terughoudend zijn om uit te breiden naar nieuwe gebieden. De enorme investering en grote maandelijkse kosten om überhaupt actief te zijn in een CityPoP, zijn het vaak al niet meer waard voor providers. In de praktijk is het voor de kleine tot middelgrote aansluitgebieden vaak niet mogelijk om een positieve business case te schrijven, en resteert hier doorgaans een situatie van slechts een klein aantal providers naast KPN. Het verlaagde ODF-access lijntarief verandert weinig in dit competitief kader, en zal niet leiden tot een situatie van duurzame concurrentie.”

120. De ACM heeft bevestigd dat centrale toegangsproducten niet gereguleerd zijn, en dat wat hem betreft ook niet hoeven te worden: volgens de ACM zouden de lokale toegangsdiensten waar het toezeggingsbesluit betrekking op heeft voldoende basis voor toegangsvragers zijn om effectieve concurrentiedruk uit te oefenen op de glasvezelnetwerken, ondanks dat veel toegangsvragers hiervoor niet in aanmerking komen.

121. De ACM is hier ook expliciet in: kleinere toetreders die niet mee kunnen komen, vallen af:⁸⁹

“De ACM is het met partijen eens dat de afname van VULA PON niet voor alle toegangsvragers een haalbare business case oplevert. Dit is echter niet slechts gelegen in de tariefstructuur van VULA PON en de daarmee gepaard gaande – al dan niet eenmalige – kostenposten,

⁸⁹ Randnr. 281 toezeggingenbesluit.

maar is ook inherent aan het lokale karakter van de betreffende toegangsvorm. Voordat VULA PON überhaupt kan worden afgenomen, wordt van een toegangsvrager verwacht een eigen netwerk aan te leggen tot aan een of meerdere MC-locaties in het netwerk van KPN. Een toegangsvrager die VULA PON op nationale schaal wil afnemen, moet daarvoor een netwerk uitrollen naar maar liefst 161 MC-locaties. Dergelijke investeringen in de afname van VULA PON vereisen – ook op lokale schaal – een substantieel (te behalen) marktaandeel en maakt de business case voor veel partijen om die reden al niet haalbaar.”

122. De ACM stelt te begrijpen dat dat frustrerend is, maar overweegt “...dat de toezeggingen wel indirect kunnen doorwerken in de WBT-tarieven” zonder verder uit te leggen hoe dat dan zou werken. En voor zover KPN en Glaspoort niet tot lagere WBT-tarieven bereid zouden zijn, zou volgens de ACM “...goed denkbaar [zijn] dat [Odido] of een andere afnemer van lokale toegang WBT zal aanbieden tegen scherpere tarieven”, opnieuw zonder zelfs maar een begin van toelichting waar die speculatie op gebaseerd is (wat alleen voor de hand had gelegen, nu Odido zelf ook retaildiensten aanbiedt en dus niet per se belang heeft kleinere concurrenten in staat te stellen met haar te concurreren).⁹⁰
123. Feitelijk worden dus alle toegangsvragers behalve Odido door de ACM losgelaten, terwijl juist van hen de concurrentie zou moeten komen, en de ACM óók meende dat de concurrentiesituatie tot ingrijpen noopte.
124. 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

⁹⁰ Randnrs. 357 – 361 toezeggingenbesluit.

*investment is doorlopen en de retailmarkten effectief concurrerend zijn.*⁹¹ Het is wrang dat het “doorlopen van de investeringsladder” er hoogstens toe leidt dat er twee netwerken zullen zijn, die van KPN en VodafoneZiggo (meer dan twee netwerken is immers niet rendabel), 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.

125. 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 zijn bevindingen in de marktanalyse ten aanzien van markten I en II samenvat in het ontwerpbesluit op de aanvraag van YouCa op grond van artikel 6.3 lid 3 Tw (accentuering toegevoegd, adv.):⁹²

*“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.**”⁹³*

⁹¹ Randnr. 356 toezeggingenbesluit.

⁹² Randnr. 27 van dit ontwerpbesluit.

⁹³ Overigens weerspreekt de ACM hiermee de marktanalyse. Daarin stelt hij (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.

126. 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 uitsluitend die toegangsvragers, die gebruik maken van het wholesale-aanbod van KPN dat voorwerp was van het toezeggingenbesluit. De facto is dat alleen Odido.
127. 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.
128. De ACM wijst er in het toezeggingenbesluit op dat centrale toegangsproducten al sinds 2012 (de marktanalyse LKWBT) niet meer gereguleerd zijn en dat KPN die dienst sindsdien op ongereguleerde basis heeft aangeboden en op basis daarvan tientallen toegangsvragers actief zijn op de netwerken van KPN en Glaspoort waarmee honderdduizenden huishoudens in Nederland worden bediend.⁹⁴ Daarmee gaat de ACM er echter aan voorbij dat destijds de regulering van LKWBT is beëindigd vanwege de wél geldende ULL-regulering, en die heeft tot 2020 (vernietiging van het WFA-besluit) gegolden. De markt voor toegang tot vaste netwerken is ook nog altijd een aangewezen markt.
129. Vervolgens was het de ACM die vrijwel direct de markt opnieuw is gaan onderzoeken in 2021 een marktanalyse aankondigde. De ACM vond dus zelf de door KPN geboden toegang bij gebreke van regulering onvoldoende. De ACM heeft juist naar eigen zeggen het toezeggingenbesluit bindend verklaard in de hoop zo de concurrentie

⁹⁴ Randnr. 357 toezeggingenbesluit.

alsnog beter op gang te krijgen. Dat is echter mislukt voor zover de markt die toegang helemaal niet afneemt.⁹⁵

130. Dat is nog eens bevestigd in de brief⁹⁶ die de hele sector, inclusief T-Mobile (en Tele2), op 6 oktober 2022 (en dus na het definitieve toezeggingenbesluit) 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) niet is voorzien in maatregelen om de nadelige gevolgen van de migratie van koper naar glas te beperken. De sector verwacht dan ook dat het merendeel van de mededingingsproblemen met het verbindend verklaren van de toezeggingen niet zijn opgelost.
131. Al vrij snel bleek dan ook dat de door de ACM voorspelde prijsverlagingen er niet kwamen:⁹⁷

De ACM voorspelde eind augustus dat de lagere wholesaletarieven van KPN zich zouden vertalen in EUR 230 miljoen in 2026 bij de consument. Op basis van de huidige marktverhoudingen verwachten wij niet dat de internetproviders het inkoopvoordeel gaan doorgeven aan de consument. Sterker nog, per 1 januari gaan de

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Dossierstuk nr. ACM/IN/720524.

⁹⁷ <https://www.telecompaper.com/commentaar/prijsverlagingen-internettoegang-blijven-goeddeels-uit-ondanks-lagere-wholesalekosten-kpn--1444203>

wholesaletarieven omhoog vanwege de inflatie en volgend jaar zomer verwachten wij 'gewoon' de jaarlijkse prijsverhogingen.

[...]

Geen brede prijsverlagingen

We kunnen niet uitsluiten dat er een goede voorspelling in het model van de ACM zit. Echter, voor de hand ligt dat niet.

- *Ten eerste hebben we sinds het bovenstaande geen prijsverlagingen op grote schaal gezien. Alleen Freedom Internet zag ruimte de prijs van de duurste abonnementen (500 Mbps en 1 Gbps) te verlagen.*
- *Ten tweede verhoogt KPN Wholesale de tarieven per 1 januari 2023 vanwege de inflatie, conform het bovenstaande.*
- *Ten derde gaan wij ervan uit dat de ISP's de lagere inkoopkosten ten goede zullen laten komen aan hun voorheen beperkte marge en de kostenvoordelen niet zullen doorgeven aan de eindklant. Een grote partij zoals TMNL zit niet te wachten op prijsdruk, terwijl kleinere spelers zoals Budget en Youfone eindelijk wat meer marge maken. Freedom Internet kondigde vorige week een overname aan van een niet nader genoemde ISP met bijna 3.000 klanten die kennelijk, ondanks de lagere KPN-tarieven, streeft naar schaalvergroting. ISP's zouden de extra financiële ruimte kunnen gebruiken voor promoties maar ook daarvan lijkt geen sprake.*

Natuurlijk is het altijd mogelijk dat abonnees overstappen naar een goedkopere ISP of naar een goedkoper abonnement maar van brede

prijsverlagingen is geen sprake. Sterker nog, er is geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat providers hun jaarlijkse prijsverhoging, volgend jaar zomer, gaan overslaan of gaan omzetten in een prijsverlaging.

132. Nu KPN dus alleen verplicht is een voor concurrenten irrelevant VULA-PON aanbod aan te bieden, terwijl ODF-toegang op haar FttH-PON netwerken waar partijen als Jonaz juist een zeer aantrekkelijk en aanbod mee kunnen doen (ook op lokaal niveau), met dat FttH-PON netwerk wordt uitgefaseerd (zodat alleen het dure VULA-PON overblijft waarmee veel minder kwalitatief geconcentreerd kan worden) en de bestaande centrale toegangsproducten ongereguleerd blijven, wordt KPN met haar wholesaleaanbod op geen enkele manier gedisciplineerd en verslechtert de retailconcurrentie alleen maar. En nu VodafoneZiggo haar netwerk niet hoeft open te stellen (dezelfde gebrekkige analyse wordt door de ACM ook aangevoerd om de door YouCa gevraagde symmetrische toegangsregulering terzijde te schuiven), hoeft KPN ook daar geen concurrentiedruk op wholesaleniveau van te verwachten.
133. Het MA-Besluit 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.
134. Het is dan ook niet aannemelijk dat zij bij de huidige omstandigheden 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.⁹⁸ 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.⁹⁹

135. 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.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹
136. De enige concurrent voor wie het toezeggingenbesluit feitelijk betekenis heeft is Odido, zij is immers de enige partij die zich deze toegang kan veroorloven.
137. Over Odido (T-Mobile) stelt de ACM in het toezeggingenbesluit:¹⁰²
“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 hoofdhuurder 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

⁹⁸ Randnr. 205 MA-Besluit.

⁹⁹ Randnr. 172 Ontwerpbesluit.

¹⁰⁰ Randnr. 214 Ontwerpbesluit.

¹⁰¹ Zoals ook blijkt uit feit dat de markten III en V waar KPN geen VHC-netwerk heeft (buitengebieden) in omvang zeer beperkt zijn met resp. 240.000 en 167.000 actieve aansluitingen.

¹⁰² Randnr. 25 Ontwerpbesluit.

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.

138. Opnieuw is er geen enkele indicatie dat in elk geval Odido op basis van de door KPN toegezegde toegang een substantieel hoger marktaandeel zal kunnen verkrijgen. Niet voor niets heeft Odido de bezwaren van de sector onderschreven. En zoals opgemerkt is de situatie inmiddels dat KPN nu ook Primevest overneemt, zodat Odido 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.

139. Het is in dat verband opvallend dat de ACM bij publicatie van de Telecommonitor over het vierde kwartaal van 2023 (op 10 april 2024) opmerkt:

Manon Leijten, bestuurslid ACM: “Het is goed dat de uitrol van glasvezel voorspoedig gaat. Daarmee wordt het belangrijker dat consumenten hiervan kunnen profiteren. De ACM zal de komende tijd de markt goed blijven monitoren en komt voor het einde van het jaar met een analyse van [de] markt waarin bijzonder aandacht is voor de werking van het toezeggingenbesluit van KPN, over de tarieven en voorwaarden die zij hanteren voor toegang tot hun glasvezelnetwerken.”¹⁰³

140. Hoewel YouCa het toejuicht dat de ACM de spreekwoordelijke vinger aan de pols houdt, is wel navrant dat de ACM nu al nodig vindt aan te kondigen de markt te analyseren, binnen een jaar na het MA-besluit.

¹⁰³ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/mobiel-dataverkeer-en-aantal-huishoudens-met-toegang-tot-glasvezel-stijgen-flink-2023>

In feite wordt hier het onderzoek aangekondigd dat aan het MA-besluit ten grondslag had moeten liggen. Bovendien maakt dit wat YouCa betreft te meer duidelijk dat het werkelijke probleem niet is aangepakt: het ontbreken van concurrentie op wholesaleniveau. VodafoneZiggo verleent geen toegang, KPN alleen op condities die de concurrentie niet verder helpen. De werkelijke oplossing is wat YouCa betreft dan ook het zorgen dat die wholesaleconcurrentie op gang komt, door toegangsverplichtingen aan VodafoneZiggo op te leggen (op grond van 6.3 lid 1 en/of lid 3, of alsnog na een grondige marktanalyse).

141. Kortom: het toezeggingenbesluit is ontoereikend om de zorgen voor de concurrentie die de ACM terecht onderkent, te adresseren. De in het MA-Besluit neergelegde beslissing van de ACM om af te zien van regulering en nader onderzoek, kan door verwijzing naar dat besluit dus niet gedragen worden.

V. Conclusie

142. Gelet op al het voorgaande verzoekt YouCa het College het MA-Besluit te vernietigen, met zodanige verdere maatregelen als uw College aangewezen acht, met veroordeling van de ACM in de kosten van deze procedure.

Amsterdam, 18 april 2024.

Advocaat/Gemachtigde