



EUROPESE COMMISSIE

Brussel, 30.4.2015
C(2015) 3078 final

Autoriteit Consument & Markt (ACM)
Zurichtoren – Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
Nederland

Ter attentie van de heer Henk Don
Vicevoorzitter

Fax: +31 70 722 23 55

Geachte heer Don,

BETREFT: Zaak NL/2015/1727: Lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie in Nederland

Opening van een fase II-onderzoek overeenkomstig artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG¹ als gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG

1. DE PROCEDURE

Op 31 maart 2015 heeft de Commissie een kennisgeving ontvangen van de Nederlandse nationale regelgevende instantie, de *Autoriteit Consument & Markt* (ACM). De ter kennis gegeven maatregel houdt verband met de volledige analyse van de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie² in Nederland.

De nationale raadpleging³ heeft plaatsgevonden van 31 oktober 2014 tot 12 december 2014.

Bij brief van 10 april 2015 is aan ACM een verzoek om informatie⁴ toegezonden en het antwoord daarop is op 15 april 2015 ontvangen.

¹ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), PB L 108 van 24.4.2002, blz. 33.

² Overeenkomstig markt 3a in Aanbeveling 2014/710/EU van de Commissie van 9 oktober 2014 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (aanbeveling betreffende relevante markten), PB L 295 van 11.10.2014, blz. 79.

³ Overeenkomstig artikel 6 van de Kaderrichtlijn.

⁴ Overeenkomstig artikel 5, lid 2, van de Kaderrichtlijn.

Overeenkomstig artikel 7, lid 4, van de kaderrichtlijn kan de Commissie de nationale regelgevende instantie (NRI) en het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (Body of European Regulators for Electronic Communications – BEREC) in kennis stellen van de redenen waarom zij vindt dat de ontwerpmaatregel een belemmering voor de interne markt opwerpt of van de ernstige twijfels die zij heeft omtrent de verenigbaarheid van de maatregel met het EU-recht.

2. BESCHRIJVING VAN DE ONTWERPMAATREGEL

2.1. Achtergrond

De laatste volledige analyse van de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie, in Nederland is ter kennis gebracht van en beoordeeld door de Commissie onder zaaknummer NL/2011/1278⁵. In dit besluit kwam OPTA (de voorganger van ACM) tot de conclusie dat de wholesaletoeegang tot het kopernetwerk op MDF-/SDF-niveau⁶ en toegang tot "fibre to the home" (FtH) op ODF-niveau deel uitmaken van dezelfde markt, maar dat wholesaletoeegang tot "fibre to the office"-lijnen (FtO)⁷ tot een afzonderlijke markt behoort. OPTA wees KPN/Reggefiber⁸ aan als partij met aanmerkelijke marktmacht (AMM) op de eerstgenoemde markt en legde een reeks verplichtingen op aan deze exploitant.

Een van de opgelegde maatregelen was dat de kopertoegang tot de MDF en de SDF werd gereguleerd door middel van een tariefplafond, dat wil zeggen een maximaal tarief op basis van de prijzen voor 2011 die zijn gebaseerd op de geraamde embedded direct costs (EDC) aangepast aan het indexcijfer van de consumptieprijzen voor elk jaar van de reguleringsperiode. OPTA week daarmee af van de gewoonlijk gehanteerde aanpak op basis waarvan de tariefregulering voor MDF-/SDF-toegang werd geraamd aan de hand van een EDC-kostenmodellering voor elk jaar, zodat er meer rekening kon worden gehouden met de onzekerheden ten aanzien van de ontwikkeling van het netwerkvolume en kon worden gezorgd voor rechtszekerheid en stabiele kopertoegangsprijzen. Regulering van zowel de FtH- als de FtO-ODF-toegang⁹ vond plaats op basis van een DCF-model (discounted cash flow) dat OPTA het toepasselijkst achtte, gezien de aanzienlijke onzekerheid betreffende de uiteindelijke kosten op lange termijn voor deze nieuwe diensten. De Commissie maakte opmerkingen over (i) de noodzaak van

⁵ C(2011) 10075.

⁶ De onderstaande technische termen worden als volgt afgekort: Fibre to the Office (FtO), Main Distribution Frame (MDF), Sub Distribution Frame (SDF), Optical Distribution Frame (ODF) en Fibre to the Home (FtH).

⁷ De markt voor FtO-toegang is ter kennis gebracht en beoordeeld onder zaaknummer NL/2012/1407 (C (2012)9967). KPN werd aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht, waaraan een reeks verplichtingen werd opgelegd.

⁸ KPN en Reggefiber B.V. hebben onder de naam Reggefiber Group B.V. een joint venture opgericht voor de aanleg van glasvezelaansluitnetwerken.

⁹ De tenuitvoerlegging van het DCF-model voor FtH-ODF-toegang werd ter kennis gebracht van de Commissie en door haar beoordeeld onder zaaknummer NL/2013/1439.

gelijktijdige kennisgeving betreffende de markt voor FttO-toegang met het oog op een consistente evaluatie van de markt voor wholesaletoeegang tot fysieke netwerkinfrastructuur op basis van volledige kennis van zaken¹⁰, (ii) het ontbreken van een gereguleerd alternatief (virtueel) toegangsproduct met betrekking tot fysieke SDF-toegang, en (iii) de voorgestelde tariefplafonds. De Commissie wees op de noodzaak van kostenoriëntatie van toegangsprijzen en verzocht OPTA daarom haar tariefreguleringsmaatregel te evalueren zodra EU-richtsnoeren inzake kostenmethodologieën waren vastgesteld¹¹.

De tariefplafonds voor de eenmalige en maandelijkse vergoedingen voor de nieuwe dienst gekoppelde paren lijnen (MDF pair bonding) voor de periode tussen 1 januari 2013 en januari 2015 zijn behandeld onder zaaknummer NL/2013/1512¹². De Commissie maakte opmerkingen over de complexiteit van de architectuur van de tariefbesluiten die ACM voorstelde in te voeren op de verschillende onderling verbonden breedbandmarkten en was van mening dat de lokale toegang op wholesaleniveau bij de volgende marktanalyse als geheel dient te worden beoordeeld, waarbij zoveel mogelijk rekening dient te worden gehouden met de aanbeveling over non-discriminatie en kostenmethodologieën.

ACM heeft vervolgens twee kennisgevingen toegezonden. De eerste kennisgeving (zaaknummer NL/2014/1601¹³) had betrekking op de uitvoering van bepaalde wijzigingen in de berekening van tariefplafonds voor MDF-/SDF-toegang in de periode 2009-2011. De tweede kennisgeving (zaaknummer NL/2015/1725¹⁴) had betrekking op het opleggen van tariefreguleringsmaatregelen voor nieuwe MDF-diensten in overeenstemming met de methodiek van ACM die is gedefinieerd in het besluit van 2011 (het bovengenoemde zaaknummer NL/2011/1278). In geen van beide gevallen had de Commissie opmerkingen.

2.2. De ter kennis gegeven ontwerpmaatregel

De ter kennis gegeven ontwerpmaatregel houdt verband met de volledige analyse van de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie.

¹⁰ De Commissie drong er bij OPTA verder op aan de verschillen tussen FttH en FttO in de definitieve maatregel en in toekomstige kennisgevingen nader uiteen te zetten.

¹¹ De aanbeveling is inmiddels vastgesteld: Aanbeveling van de Commissie van 11 september 2013 over consistente verplichtingen tot non-discriminatie en kostenmethodologieën om de concurrentie te bevorderen en investeringen in breedband aantrekkelijker te maken (aanbeveling over non-discriminatie en kostenmethodologieën), C(2013) 5761, PB L 251 van 21.9.2013, blz. 13.

¹² C(2013) 7876.

¹³ C(2014) 3907. Deze wijzigingen waren het gevolg van de uitspraak van de Nederlandse rechtbank (CBb) van 23.9.2013 naar aanleiding van een tegen de oorspronkelijk in 2009 aangenomen maatregel ingesteld beroep.

¹⁴ C(2015) 2456.

2.2.1. *Analyse van de onderliggende retailmarkten*

In haar antwoord op het verzoek om informatie legt ACM uit dat een analyse van een afzonderlijke/gezamenlijke machtspositie op retailniveau in Nederland niet wettelijk verplicht is om een wholesaleanalyse uit te voeren en verplichtingen op te leggen, maar dat de concurrentiesituatie op de retailmarkten gelet op voorafgaande marktanalyses en de aanbeveling inzake relevante markten als aanvullende, economische rechtvaardiging heeft gediend om een analyse uit te voeren. ACM legt verder uit dat deze aanpak is goedgekeurd door het *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* (CBb).

ACM definieert de volgende onderliggende retailmarkten: de markt voor vaste internettoegang, de markten voor vaste telefonie (enkelvoudige, tweevoudige en meervoudige gesprekken) en de markten voor zakelijk diensten. ACM stelt vast dat er bij gebrek aan regulering op wholesaleniveau een risico op een gezamenlijke machtspositie van KPN en UPC/Ziggo op de markt voor internettoegang en een risico op een afzonderlijke machtspositie van KPN op de markten voor vaste telefonie en de markten voor zakelijke diensten bestaat.

De markt voor internettoegang

ACM definieert de retailmarkt voor internettoegang als landelijke markt voor vaste internettoegangsdiensten, individueel of in een bundel geleverd, met inbegrip van toegang door middel van koper-, glasvezel- en kabelnetwerken. Onder deze markt vallen ook wifiverbindingen.

ACM beoordeelt het risico van gezamenlijke AMM van KPN en UPC/Ziggo door middel van de analyse van de criteria van (i) de richtsnoeren horizontale fusies (prikkel en mogelijkheden met betrekking tot de coördinatie tussen exploitanten, een geloofwaardig vergeldingsmechanisme, daadwerkelijke en potentiële marktbeperkingen), en (ii) bijlage II bij de kaderrichtlijn, dat wil zeggen geringe elasticiteit van de vraag, vergelijkbare marktaandelen, hoge juridische of economische drempels bij het betreden van de markt, verticale integratie met collectieve leveringsweigering, geen tegenwicht aan de koperszijde en geen potentiële concurrentie.

In verband met de *prikkel en mogelijkheden met betrekking tot de coördinatie* beoordeelt ACM een aantal criteria. Ten eerste merkt ACM op dat de twee exploitanten verticaal geïntegreerd zijn en over vergelijkbare marktaandelen beschikken (52 % voor KPN en 35 % voor UPC/Ziggo in maart 2014 (ten opzichte van 52 % voor KPN en 35 % voor Ziggo/UPC in juni 2012)). ACM verwacht dat deze aandelen stabiel blijven. ACM merkt verder op dat, indien de wholesaleafnemers van KPN geen retaildiensten meer zouden verstrekken, 52 % van hun retailklanten zouden overstappen naar KPN, 35 % naar UPC/Ziggo, en 13 % geen abonnement meer zouden

nemen¹⁵. Ten tweede zet ACM uiteen dat de kostenstructuren van beide exploitanten vergelijkbaar zijn (dat wil zeggen dat deze worden gekenmerkt door betrekkelijk lage variabele kosten en hoge vaste kosten). ACM stelt in dat verband dat variabele kosten belangrijk zijn voor de prijsstelling: een partij met lagere variabele kosten zou er bijvoorbeeld belang bij hebben een groot aantal diensten met een lagere prijs aan te bieden. Volgens ACM zullen eventuele verschillen in de variabele kosten van KPN en UPC/Ziggo naar verwachting geen wezenlijke invloed op hun tariefstrategie hebben, aangezien de variabele kosten die verband houden met de levering van vaste internettoegang betrekkelijk laag zijn. Eventuele verschillen in de kostenstructuren betekenen daarom niet per se dat de belangen van KPN en UPC/Ziggo uiteenlopen. Wat betreft beperkingen van de netwerkcapaciteit zet ACM uiteen dat beide exploitanten beschikken over netwerken met een nagenoeg onbeperkte capaciteit om meer internetaansluitingen ter beschikking te stellen. Beide exploitanten bereiken bijna alle huishoudens in Nederland en kunnen hun capaciteit uitbreiden om met betrekkelijk lage kosten meer internettoegangsansluitingen ter beschikking te stellen¹⁶. Tot slot zet ACM wat betreft de *mogelijke asymmetrie op het gebied van technische prestaties* tussen koper, glasvezel en kabel uiteen dat de grotere capaciteit van kabel ten opzichte van koper om te upgraden naar een grotere bandbreedte wordt gecompenseerd door de betere prestaties van de glasvezel van KPN. ACM merkt op dat KPN ten opzichte van kabel een voordeel heeft in de gebieden waarin glasvezel is uitgerold (25 % van alle huishoudens in 2014), maar dat kabel in het overige deel van Nederland een hogere breedbandsnelheid heeft. ACM komt echter tot de slotsom dat, gezien het belang dat beide netwerken aan de lange termijn hechten, KPN noch UPC/Ziggo er belang bij heeft gebruik te maken van zijn huidige kortetermijnvoordeel (respectievelijk in gebieden met en zonder glasvezel), omdat de andere partij dit waarschijnlijk zou compenseren en daardoor het respectievelijke aanvankelijke voordeel zou neutraliseren¹⁷. ACM concludeert gezien het bovengenoemde dat KPN en UPC/Ziggo vergelijkbare belangen hebben, waardoor de juiste prikkels voor onderlinge coördinatie bestaan.

ACM zet verder uiteen dat vaste internettoegang een *volwassen en stabiele markt* is waarop de twee exploitanten elkaar wat betreft de innovatie van hun diensten gemakkelijk kunnen volgen. Innovaties volgen naar verwachting een betrekkelijk voorspelbare tendens en

¹⁵ Consumentenonderzoek van Blauw Research ("Overstapgedrag klanten vaste diensten Tele2, Vodafone, Solcon, Online (incl. Canal Digitaal)"), augustus 2014.

¹⁶ Het aansluiten van een extra huishouden vergt extra capaciteit in het backbonegedeelte van het netwerk. ACM wijst er echter op dat de uitrol van glasvezel nog steeds plaatsvindt, hetgeen inhoudt dat er nog investeringskosten zullen worden gemaakt.

¹⁷ ACM wijst erop dat dit niet betekent dat de partijen niet meer zullen investeren, maar dat zij elkaar op het niveau van de gehele markt in evenwicht houden en dat zij geen prikkels hebben om een lokaal concurrentievoordeel te benutten dat tot een asymmetrische technische prestatie zou leiden.

leiden waarschijnlijk niet tot een onverwachte en/of aanzienlijke verandering van het gelijke speelveld tussen de twee partijen. Verder merkt ACM op dat interactie tussen de twee exploitanten heeft plaatsgevonden en dat deze interactie op de markt gedurende lange tijd zal blijven plaatsvinden. ACM concludeert daarom dat de twee partijen er naar verwachting *belang bij hebben de coördinatie op lange termijn in stand te houden* en niet de voorkeur geven aan winst op korte termijn.

Volgens ACM is het doel van *coördinatie* op de markt voor internettoegang de prijzen op een bovencompetitief niveau te houden, terwijl de verdeling van de marktaandelen gelijk blijft. Een ongelijke verdeling van de marktaandelen zou niet aanvaardbaar zijn voor de kleinere partij en bij de kleinere partij een competitieve reactie uitlokken om marktaandeel te winnen, bijvoorbeeld in de vorm van een prijsverlaging of kwaliteitsverbetering. De partijen kunnen de verdeling van marktaandelen goed beïnvloeden door het vaststellen van hun eigen prijzen (en de kwaliteit). Als bijvoorbeeld een van de partijen ziet dat het eigen marktaandeel stijgt, kan deze partij de prijzen verhogen om terug te keren naar de gecoördineerde uitkomst. Volgens ACM is dit coördinatiemechanisme aannemelijk omdat: (i) zowel de prijzen als de marktaandelen transparant en bij beide partijen bekend zijn; (ii) marktaandeel in een coördinatie gericht op een bovencompetitief prijsniveau bij een gelijkblijvende marktaandeelverhouding in de woorden van ACM een geaggregeerd richtpunt is; en (iii) de huidige verdeling van de marktaandelen (waarbij de twee exploitanten ongeveer gelijke marktaandelen hebben) een goed uitgangspunt lijkt te zijn voor een scenario met bovencompetitieve prijzen en een 50%-50% verdeling van de marktaandelen, bij afwezigheid van wholesaleregulering.

ACM gaat ervan uit dat vergelding mogelijk is doordat exploitanten hun prijzen verlagen om de klanten van de concurrent aan te trekken; nieuwe klanten kunnen bijvoorbeeld een korting tijdens het eerste jaar krijgen. ACM merkt op dat dergelijke maatregelen gemakkelijk omkeerbaar zijn en dat snel naar de gecoördineerde uitkomst kan worden teruggekeerd¹⁸. Aangezien de markt transparant is, wordt een afwijking van het gecoördineerde evenwicht gemakkelijk opgemerkt. Naar aanleiding daarvan kunnen betrekkelijk spoedig compenserende maatregelen worden ingevoerd, omdat de extra kosten voor dienstverlening aan nieuwe klanten laag zijn en beide exploitanten geen capaciteitsbeperkingen op dat gebied hebben.

Wat betreft marktbeperkingen is ACM is van mening dat de markttoetreding door andere verticaal geïntegreerde exploitanten onwaarschijnlijk is vanwege de hoge toetredingsdrempels. Daarnaast heeft KPN er geen belang bij op vrijwillige basis wholesaletoeegang onder competitieve voorwaarden te verstrekken, aangezien wholesale-afnemers daardoor druk op de retailprijzen kunnen

¹⁸ Volgens ACM is een vergeldingsmechanisme op basis van kwaliteitsverbeteringen niet geschikt, omdat dit moeilijk omkeerbaar is en meer voorbereidingstijd vereist.

uitoefenen, hetgeen tot lagere winst voor KPN zou leiden¹⁹. Bovendien concludeert ACM dat er geen tegenwicht aan de koperszijde is, aangezien de klanten op de markt voor vast internet voornamelijk residentiële gebruikers zijn en er geen aanwijzingen zijn dat er sprake is van bundeling van de vraag om een tegenwicht te bieden ten opzichte van KPN en UPC/Ziggo.

ACM concludeert dat uit de beoordeling van de in van bijlage II bij de kaderrichtlijn genoemde criteria een risico op een gezamenlijke machtspositie van KPN en Ziggo/UPC blijkt; de markt is zeer geconcentreerd (met twee overheersende spelers), er is geen tegenwicht aan de koperszijde, de marktspecifieke prijselasticiteit is gering (-0,4), geen huidige of potentiële concurrentiedruk, hoge drempels bij het betreden van de markt als gevolg van schaalvoordelen, vergelijkbare marktaandelen, verticale integratie van beide partijen en weigering door de twee exploitanten om onder concurrerende voorwaarden toegang te leveren.

De retailmarkten voor vaste telefonie

ACM definieert verder drie landelijke retailmarkten voor vaste telefonie. De markt voor enkelvoudige gesprekken bestaat (in tegenstelling tot de situatie bij de vorige marktanalyse) alleen uit PSTN-aansluitingen en een significant aandeel aan gebonden afnemers; deze groep wordt geraamd op 700 000 afnemers die technisch of financieel (450 000) dan wel uit gewoonte of principe gebonden zijn (250 000). Op deze retailmarkt heeft ACM een risico op een individuele machtspositie vastgesteld, aangezien KPN een marktaandeel van 100 % heeft. In haar antwoord op het verzoek om informatie stelt ACM dat de wholesale-input die voor deze markt is gebruikt een combinatie is van lokale toegangsdiensten op wholesaleniveau en op CPS/WLR gebaseerde diensten.

De markt voor tweevoudige gesprekken bestaat uit (gestapelde) ISDN1- en ISDN2-aansluitingen²⁰ (van twee tot en met twaalf gelijktijdige gesprekken) die afzonderlijk of in een bundel via een koper-, glasvezel- of kabelnetwerk worden gekocht, VoB met gegarandeerde kwaliteit voor spraak voor twee tot en met twaalf gelijktijdige gesprekken (VoB 2 t/m 12) en Hosted Voice tot en met 100 gebruikers²¹. ACM verduidelijkt dat de markt voor ongeveer een derde uit eindgebruikers en voor twee derde uit zakelijke afnemers bestaat. ACM stelt vast dat op deze markt risico op een afzonderlijke

¹⁹ ACM merkt in dit verband op dat de vrijwillige toegang die KPN momenteel verstrekt niet onder concurrerende voorwaarden wordt aangeboden.

²⁰ ISDN1 en ISDN2 zijn in fysiek opzicht soortgelijke producten met dezelfde kosten, waarbij vervolgens een aantal functionaliteiten (kanalen) door de aanbieder wordt gedeactiveerd.

²¹ Hosted Voice is een bundel van bereikbaarheid op nummers, verkeer en PBX-functionaliteiten (er is geen telefooncentrale op locatie aanwezig). Deze dienst wordt op basis van het aantal seats (gebruikers) gekocht, in tegenstelling tot ISDN 1/2 en VoB 1/2, waarbij een keuze wordt gemaakt op basis van het aantal tegelijkertijd gebruikte kanalen.

machtspositie van KPN bestaat als gevolg van een marktaandeel van % in het tweede kwartaal van 2014 en een geraamd marktaandeel bij afwezigheid van regulering van % tegen 2018. ACM stelt dat de wholesale-input die voor deze markt is gebruikt een combinatie is van lokale toegangsdiensten op wholesaleniveau, breedbandtoegang op wholesaleniveau en wholesalemarkten voor huurlijnen.

De markt voor meervoudige gesprekken bestaat uit ISDN/15/20/30-aansluitingen en VoB met gegarandeerde kwaliteit voor spraak voor meer dan twaalf gelijktijdige gesprekken en Hosted Voice voor meer dan 100 gebruikers. De markt betreft diensten geleverd via koper, glasvezel of kabel, zowel los als in een bundel. Op deze markt heeft ACM een risico op een afzonderlijke machtspositie van KPN vastgesteld. ACM verduidelijkt dat het marktaandeel van KPN in het tweede kwartaal van 2014 % bedroeg. ACM heeft echter berekend dat het marktaandeel van KPN bij afwezigheid van regulering tegen eind 2014 zou stijgen tot % (hoewel wordt verwacht dat het tegen 2018 weer zou dalen tot ongeveer %)²². In haar antwoord op het verzoek om informatie heeft ACM verduidelijkt dat de voornaamste inputs voor deze retailmarkt afkomstig zijn van een combinatie van inputs van de wholesalemarkten voor lokale toegang, centrale toegang en huurlijnen.

Zonder een analyse van de overeenkomstige wholesalemarkten voor vaste telefonie te verstrekken, verduidelijkt ACM verder dat een commercieel WLR-aanbod momenteel slechts door KPN wordt verstrekt, hetgeen een margin squeeze tussen het wholesale- en het retailproduct echter niet uitsluit.

Markten voor zakelijke diensten

ACM is van mening dat de markt voor zakelijke diensten bestaat uit klassieke huurlijnen (analoog en digitaal), gesloten VPN's (Virtual Private Networks), open VPN's (voor openbare internetverbindingen) en dark fiber (huur van een glasvezelkabel tussen twee bedrijfslocaties) en lichtpaden (huur van spectrum op een glasvezelkabel tussen twee bedrijfslocaties). Op deze markt heeft ACM een risico op een afzonderlijke machtspositie van KPN vastgesteld. ACM heeft berekend dat het marktaandeel van KPN (met uitzondering van open VPN's die bij de vorige marktanalyse geen deel uitmaakten van de markt) in het vierde kwartaal van 2013 % bedroeg. Daarnaast wordt geraamd dat het marktaandeel van KPN inclusief open VPN's % zou bedragen. ACM heeft berekend dat het marktaandeel van KPN bij afwezigheid van regulering tegen eind 2018 echter zou stijgen tot %.

²²

ACM verduidelijkt dat raming van het marktaandeel moeilijk is door het feit dat de markt wordt gekenmerkt door kleine en afnemende volumes, waardoor kleine absolute hoeveelheden een relatief groot effect kunnen hebben. Bovendien worden de meervoudige aansluitingen aanbesteed, waardoor een groot aantal aansluitingen wordt opgeteld bij de onderneming waaraan de opdracht is gegund.

Volgens ACM dient de analyse van de retailconcurrentie op de markten voor vaste telefonie en zakelijke diensten ertoe de economische rechtvaardiging van de analyse betreffende lokale toegang op wholesaleniveau aan te tonen. De volledige marktanalyse (marktafbakening, bepaling van AMM en corrigerende maatregelen) van deze markten zal in een later stadium ter kennis worden gegeven en zal pas op dat moment door de Commissie worden beoordeeld in het kader van artikel 7 van de kaderrichtlijn.

2.2.2. *Afbakening van de wholesalemarkt*

Volgens de afbakening van ACM bestaat de relevante wholesalemarkt uit toegang tot het kopernetwerk (MDF, SDF en VULA) en FttH-toegang (ODF). De geografische markt is nationaal van omvang.

ACM sluit kabel uit van de markt, aangezien er geen directe substitutie tussen ontbundelde toegang en toegang tot kabelnetwerken is. ACM concludeert wat dat betreft dat ontbundeling van het kabelnetwerk technisch en economisch niet haalbaar is. De uitsluiting van kabel van de markt wordt tevens bevestigd door de analyse van ACM van de indirecte beperkingen van kabel ten aanzien van wholesaletoevangsprijzen voor koper en glasvezel. ACM heeft hiertoe een critical loss-analyse uitgevoerd om te beoordelen of kabel voldoende indirecte prijsbeperkingen op koper en glasvezel uitoefent. ACM concludeert dat bij een stijging van 10 % van de wholesaleprijzen voor koper- of glasvezelgebaseerde toegangsdiensten of bij een gelijktijdige prijsstijging voor zowel koper- als glasvezeltoegangsdiensten het aandeel retailafnemers dat overstapt op kabel niet voldoende zou zijn om de prijsstijging onrendabel te maken.

2.2.3. *Vaststelling van AMM*

Op basis van de afbakening van de wholesalemarkt stelt ACM voor om KPN aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor lokale toegang op een vaste locatie. De door ACM gebruikte criteria zijn onder meer: marktaandeel²³, infrastructuur die niet eenvoudig repliceerbaar is, tegenwicht aan de koperszijde en hoge drempels bij het betreden van de markt. Bovendien concludeert ACM op basis van de in het kader van de marktafbakening gebruikte critical loss-analyse dat kabel niet voldoende indirecte beperkingen op KPN uitoefent.

²³

KPN is de enige aanbieder van ontbundelde toegang over het koperaansluitnetwerk en de grootste aanbieder van ODF-FttH-toegang. KPN heeft een aandeel van 97 % op de relevante markt voor ontbundelde toegang. Momenteel biedt KPN ontbundelde kopertoegang aan zichzelf (interne levering) en aan derden, zoals Tele2 en Online, en ODF-toegang FttH aan zichzelf (interne levering) en aan derden, zoals Vodafone en Solcon.

2.2.4. *Corrigerende maatregelen*

ACM stelt voor de volgende verplichtingen aan KPN op te leggen: toegang, transparantie (inclusief de publicatie van referentiaanbiedingen voor ontbundelde toegang en voor de migratie van MDF-toegang), non-discriminatie en prijscontrole.

Op grond van de corrigerende maatregel betreffende toegang is KPN verplicht om te zorgen voor: (i) MDF-toegang voor volledige en gedeelde ontbundeling van het aansluitnet, (ii) VULA, (iii) ODF-FttH-toegang en (iv) alle aanverwante faciliteiten. ACM stelt voor KPN niet verplicht te stellen SDF-toegang, inclusief SDF-backhaul, te verstrekken.

Op grond van de verplichting inzake non-discriminatie moet KPN VULA en MDF-toegang op basis van Equivalence of Output (EoO) en ODF-FttH-toegang op basis van Equivalence of Input (EoI) bieden. Volgens ACM zijn de EoI-implementatiekosten voor VULA te hoog. VULA zou daarom zo veel mogelijk gebaseerd moeten zijn op de huidige systemen/processen van KPN die van toepassing zijn op het kopernetwerk. Hierdoor zouden onnodige kostenstijgingen voor alternatieve aanbieders en een kunstmatige verplichting voor KPN om VULA intern te leveren (terwijl KPN in feite alleen MDF/SDF intern levert) worden vermeden. De verplichting inzake non-discriminatie omvat tevens het verbod voor KPN op prijsdiscriminatie en margin squeeze²⁴.

De verplichtingen inzake prijscontrole die aan KPN worden opgelegd bestaan uit: (i) een tariefplafond voor bestaande diensten betreffende ontbundeling van het aansluitnet (MDF-toegang) op basis van het vorige tariefplafond, te verhogen met de consumentenprijsindex (constant in reële termen); (ii) een tariefplafond voor VULA op basis van het tariefplafond voor ontbundeling van het aansluitnet, te verhogen met de EDC van de VULA-verhoging (alleen van toepassing indien geen alternatieve commerciële overeenkomst wordt gesloten tussen KPN en toegangvragende partijen); en (iii) een tariefplafond voor FttH van KPN op basis van een DCF-model met gebruikmaking van de internal rate of return (IRR) van KPN²⁵. Nieuwe diensten betreffende ontbundeling van het aansluitnet zullen overeenkomstig de huidige regelgeving kostengeoriënteerd zijn op basis van de EDC/WPC-methodiek. De gereguleerde tarieven voor ontbundeling van het aansluitnet en ODF-FttH-toegang zullen

²⁴ KPN moet waarborgen dat de prijzen voor downstreamdienstverlening niet lager zijn dan het kostenniveau dat is gedefinieerd in de margin squeeze-test als som van: de kosten van gereguleerde wholesale-inputs, de EDC-minuskosten van de niet-gereguleerde wholesalediensten die overeenkomen met de vaste-netwerk- en retaildiensten van KPN, de LRIC-kosten van andere niet-gereguleerde wholesale-inputs en de kosten van extern aangeschafte inputs.

²⁵ ACM controleert regelmatig hoe de volgens het DCF-model berekende IRR zich verhoudt tot de standaard-IRR van de all-risk WACC. Als de IRR hoger is dan de standaard-IRR van de all-risk WACC, worden de tariefplafonds verlaagd. Het niveau van de tariefplafonds kan echter niet worden verhoogd. De tariefplafonds worden uitsluitend met de consumentenprijsindex verhoogd.

gelijktijdig met de inwerkingtreding van de onderhavige ontwerpmaatregel van toepassing zijn. De tarieven voor VULA zullen worden bepaald in een tariefbesluit dat slechts van toepassing zal zijn indien een alternatieve exploitant verzoekt om een dergelijk tariefbesluit betreffende VULA. Indien KPN met alle relevante alternatieve exploitanten tot een overeenkomst komt (hetgeen volgens ACM zeer waarschijnlijk is), verwacht ACM niet dat er om een tariefbesluit wordt verzocht. In haar antwoord op het verzoek om informatie legt ACM uit dat de lopende commerciële onderhandelingen betreffende VULA zich positief hebben ontwikkeld sinds de raadpleging over de ontwerpmaatregel op nationaal niveau²⁶. ACM is daarom van mening dat het ontwerpbesluit de juiste prikkels heeft gegeven, waaruit onderhandeling tussen KPN en de marktpartijen zijn voortgevloeid. Voor KPN is de prikkel om tot overeenstemming te komen dat investeringen sneller plaatsvinden. Voor de ontbundelende partijen is de prikkel het waarborgen van zekerheid op lange termijn.

Wat betreft de voorgestelde tariefplafonds (in plaats van kostenoriëntatie) voor de *ontbundeling van het aansluitnet* legt ACM uit dat tariefplafonds geschikter zijn vanwege de onzekerheid die bestaat over de resterende levensduur van het kopernetwerk (hetgeen van invloed is op de afschrijvingstermijn en dus op de jaarlijkse kosten), het investeringsniveau, de onderhoudskosten tijdens de resterende levensduur van het kopernetwerk en de volumes wat betreft het aantal actieve lijnen tijdens de overgangperiode naar de VULA- en FttH-aanbiedingen van KPN. Met een prijscontrolemaatregel op basis van tariefplafonds kan volgens ACM derhalve de stabiliteit van de prijzen worden gewaarborgd en voor rechtszekerheid en voorspelbaarheid worden gezorgd.

Volgens ACM is de voorgestelde aanpak ten aanzien van *VULA*-tariefplafonds geschikter dan een BULRIC+ model, aangezien deze aanpak op relatief korte termijn kan worden toegepast, zodat de marktpelers meer zekerheid hebben, ook wat betreft investeringen. Bovendien is deze aanpak compatibel met de prijsstelling van andere gereguleerde diensten. Bovendien is ACM van mening dat de toepassing van EDC op de *VULA*-verhoging niet leidt tot onduidelijke variaties van de tariefplafonds, aangezien dit gedeelte

(backbone) van het netwerk minder onderhevig is aan volumeschommelingen doordat het wordt gebruikt voor verschillende koper- en glasvezeldiensten. ACM is daarom van mening dat de voorgestelde methodiek voldoet aan de doelstellingen van de aanbeveling over non-discriminatie en kostenmethodologieën, dat wil zeggen stabiele en voorspelbare wholesalepijzen die voor investeringsprikkels zorgen²⁷.

Ten aanzien van het voorstel om de tarieven voor *ODF-FttH-toegang* vast te stellen op basis van een DCF-model legt ACM uit dat het midden wordt gehouden tussen het aanmoedigen van investeringen (aangezien het model is gebaseerd op het zakelijke model van de investeerder wordt rekening gehouden met het investeringsrisico en wordt rechtszekerheid geboden) en het bevorderen van concurrentie. ACM is van mening dat intrekking van het gebruik van het momenteel toepasselijke DCF-model (en toepassing van de aanbevolen economische-repliceerbaarheidstoets (ERT) alsmede opheffing van de tariefregulering van ODF-FttH) nadelig zou zijn voor de rechtszekerheid en als gevolg daarvan voor investeringen. ACM vreest bovendien dat toepassing van ERT een belemmering zou vormen voor de prijsflexibiliteit van KPN en een negatieve invloed zou hebben op de business case van KPN. Verder wijst ACM op de relatief belangrijke investeringen in breedband in het land (25 % van de huishoudens heeft een FttH-lijn) en op het belang van continuïteit van regelgeving, met name gezien het feit dat toetreding op ODF-FttH-niveau van start is gegaan en een aanzienlijke benutting gedurende de volgende reguleringsperiode wordt verwacht. Tot slot wijst ACM erop dat met het DCF-model een betrekkelijk hoge mate van flexibiliteit wat betreft prijzen mogelijk is: (i) KPN mag tarieven toepassen die onder de tariefplafonds liggen (en dit gebeurt ook in de praktijk), (ii) KPN kan volumekortingen toepassen om tariefniveaus te testen en de markt te penetreren, (iii) de tariefplafonds volgen de investeringskosten van KPN (een daling van de resultaten wat betreft kapitaaluitgaven leidt tot lagere tariefplafonds en vice versa), en (iv) er wordt rekening gehouden met het investeringsrisico, aangezien investeerders met het model een hoger rendement kunnen halen in gunstige perioden.

3. BEOORDELING

De Commissie heeft de kennisgeving en de door ACM verstrekte aanvullende informatie onderzocht en is van mening dat de ontwerpmaatregel betreffende de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie in Nederland (markt 3a van de aanbeveling) binnen het toepassingsgebied van artikel 7, lid 4, onder a) en b), van de kaderrichtlijn valt en van invloed zou zijn op de handel tussen de lidstaten.

Op grond van artikel 7, lid 4), onder a), van de kaderrichtlijn kan de Commissie ernstige twijfels uiten omtrent de verenigbaarheid van een ontwerpmaatregel met

²⁷

Het tariefplafond betreffende ontbundeling van het aansluitnet voor 2015 bedraagt 7,87 EUR per maand (in vergelijking met 7,79 EUR in 2014).

het EU-recht wat betreft het definiëren van een markt die verschilt van de markten die in de aanbeveling overeenkomstig artikel 15, lid 1, van de kaderrichtlijn zijn gedefinieerd. In de aanbeveling zijn de markten gedefinieerd waarvan de karakteristieke kenmerken zodanig kunnen zijn dat het gerechtvaardigd is de in de bijzondere richtlijnen (waarin een markt wordt gedefinieerd met het oog op regelgeving ex ante) bepaalde regelgevende verplichtingen op te leggen. Bovendien wijst de Commissie op artikel 15, lid 3, van de kaderrichtlijn, waarin is bepaald dat de nationale regelgevende instanties, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante markten bepalen die overeenkomen met de nationale omstandigheden. In het onderhavige geval streeft ACM ernaar de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie in Nederland, te bepalen, maar houdt daarbij niet voldoende rekening met de interne levering van de alternatieve kabelinfrastructuur op wholesaleniveau, hoewel dat gezien de nationale omstandigheden bijzonder relevant is.

Op grond van artikel 7, lid 4), onder a), van de kaderrichtlijn kan de Commissie ernstige twijfels uiten omtrent de verenigbaarheid van een ontwerpmaatregel met het EU-recht waar het gaat om de beoordeling door NRI's dat een of meerdere ondernemingen afzonderlijk of gezamenlijk aanmerkelijke marktmacht hebben overeenkomstig artikel 16, leden 3, 4 of 5, van de kaderrichtlijn.

De Commissie is tevens van mening dat de ontwerpmaatregel van invloed zou zijn op de handel tussen de lidstaten, omdat de voorwaarden voor toegang tot de markt in kwestie bepalend zijn voor de kosten en het vermogen van andere exploitanten (met inbegrip van in andere lidstaten gevestigde exploitanten) om elektronische-communicatiediensten te leveren. De beoordeling dat producten tot de wholesalemarkt behoren en dat een onderneming op die markt al dan niet afzonderlijk of gezamenlijk aanmerkelijke marktmacht heeft, kan ertoe leiden dat bepaalde producten al dan niet onder het toepassingsgebied van de regelgeving vallen en kan gevolgen hebben voor het opleggen van bepaalde corrigerende maatregelen, zoals toegangs- of prijscontrole. Dit zou daadwerkelijk of potentieel directe of indirecte gevolgen hebben voor het vermogen van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen om elektronische-communicatiediensten te leveren.

Bovendien is de Commissie in dit stadium van mening dat de door ACM uitgevoerde beoordeling van de concurrentiedruk die het alomtegenwoordige kabelnetwerk op het kopernetwerk uitoefent niet met het EU-recht verenigbaar is, en met name met de bepaling dat NRI's verplicht zijn, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de AMM-richtsnoeren (hierna "de richtsnoeren" genoemd)²⁸, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht de relevante, met de nationale omstandigheden overeenkomende markten te bepalen en te analyseren.

Met het oog op de vaststelling of een onderneming al dan niet afzonderlijk of gezamenlijk aanmerkelijke marktmacht heeft, is in artikel 16, lid 1, van de kaderrichtlijn bepaald dat de nationale regelgevende instanties een analyse van de relevante in de aanbeveling vermelde markten uitvoeren, en daarbij rekening houden met de in de aanbeveling genoemde markten, met maximale inachtneming

²⁸ Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ((2002/C 165/03) ("de richtsnoeren").

van de richtsnoeren. De analyse die ACM uitvoert om te bepalen of exploitanten op de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau over AMM beschikken, moet zijn gebaseerd op een toepasselijke afbakening van de relevante markt. De Commissie wijst er tevens op dat wanneer een NRI overeenkomstig artikel 16, lid 2, van de kaderrichtlijn beslist of ten aanzien van ondernemingen verplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken, zij op basis van de definitie van de relevante markt bepaalt of die markt daadwerkelijk concurrerend is. Daaruit vloeit voort dat elke wijziging van de definitie van de markt een verandering van de AMM-analyse en daardoor een aanpassing van de ter kennis gegeven ontwerpmaatregel kan teweegbrengen.

De Commissie heeft derhalve ernstige twijfels omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel van ACM met de bepalingen van artikel 15, leden 1 en 3, en artikel 16, leden 1 en 2, van de kaderrichtlijn, waarbij zij uitgaat van de volgende overwegingen:

De noodzaak om te bepalen of kabel op de relevante wholesalemarkt concurrentiedruk uitoefent op koper/glasvezel

In de ter kennis gegeven maatregelen analyseert ACM retailmarkten bij afwezigheid van regulering, waaruit zij concludeert dat er op de markt voor internettoegang op retailniveau geen afzonderlijke exploitant met aanmerkelijke marktmacht is. Wat betreft het retailniveau, is ACM echter ongerust omdat zij een risico op een gezamenlijke machtspositie van KPN en UPC/Ziggo heeft vastgesteld. Volgens ACM heeft de alomtegenwoordigheid van twee afzonderlijke netwerkinfrastructuren in Nederland (enerzijds gebaseerd op het koper-/glasvezelnetwerk dat eigendom is van KPN en anderzijds gebaseerd op het kabelnetwerk dat eigendom is van UPC/Ziggo) geleid tot een marktstructuur op retailniveau waarin voor geen van de ondernemingen aanmerkelijke afzonderlijke marktmacht kan worden vastgesteld, maar waarin het risico bestaat dat zij tot een gezamenlijke machtspositie komen.

ACM concludeert dat kabel geen deel uitmaakt van de upstreammarkt voor lokale toegang op wholesaleniveau, aangezien er in Nederland momenteel geen kabelaanbiedingen op wholesaleniveau bestaan en toegang tot de kabelinfrastructuur technisch en economisch niet haalbaar is.

De Commissie merkt op dat de definitie van markten ten behoeve van het bepalen van marktmacht op prospectieve wijze (dat wil zeggen toekomstgericht) dient plaats te vinden²⁹. Hoewel ACM van mening is dat het momenteel niet mogelijk is om het kabelnetwerk te ontbundelen, had ACM moeten onderzoeken of een kabelnetwerk in het tijdsbestek van deze marktanalyse toegangsdiensten op wholesaleniveau op basis van virtueel ontbundelde toegang kan ondersteunen, met name als er vraag naar een dergelijke dienst is. Tot die conclusie lijkt WIK Consult te komen in de in opdracht van ACM uitgevoerde studie over deze kwestie³⁰. Bovendien zijn in

²⁹ Punten 20 en 35 van de richtsnoeren en punt 9 van de aanbeveling betreffende relevante markten.

³⁰ WIK Consult (2014), *Options of wholesale access to Cable-TV networks with focus on VULA*, workshop voor ACM, 9 juli 2014. De slides van de workshop bevatten de volgende conclusie: "DOCSIS (3.0/3.1) so far is not intended to support wholesale services in a VULA manner, but may be developed towards such features, if there is demand for it" (slide 65), [hier](#) beschikbaar.

het tijdsbestek van deze analyse verschillende types virtuele toegang tot kabelnetwerken op wholesaleniveau eventueel mogelijk in Nederland, mede gezien de in andere lidstaten geconstateerde ontwikkeling, op basis van regelgeving ex ante of om andere interne redenen bij de exploitanten.

De Commissie is hoe dan ook van mening dat ACM bij haar analyse van de relevante markt niet afdoende rekening heeft gehouden met kabel, ongeacht haar standpunt ten aanzien van de economische en/of technische haalbaarheid van ontbundeling of andere vergelijkbare producten op het gebied van virtuele toegang op de kabel in de toekomst in Nederland. Volgens de AMM-richtsnoeren *"omvat de relevante markt voor een product of dienst alle producten of diensten die daarmee substitueerbaar of voldoende uitwisselbaar zijn, niet alleen op grond van hun objectieve kenmerken, waardoor ze bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte van de consumenten te voorzien, maar ook op grond van de mededingingsvoorwaarden en/of de structuur van vraag en aanbod op de betrokken markt"*³¹. De Commissie is van mening dat het kabelnetwerk dat eigendom is van UPC/Ziggo eventueel aan deze criteria voldoet. Zowel het koper-/glasvezelnetwerk van KPN als het kabelnetwerk van UPC/Ziggo kunnen voldoende substitueerbaar of uitwisselbaar zijn, aangezien deze op elke geografische locatie in Nederland kunnen worden gebruikt als wholesale-input die in de behoeften van de consumenten voorziet, namelijk het leveren van breedbanddiensten op retailniveau aan consumenten voor vergelijkbare prijzen, hetzij los, hetzij als onderdeel van een bundel.

Bovendien wordt in de toelichting op de aanbeveling betreffende relevante markten het volgende gesteld: *"where there is no merchant market and where there is consumer harm at retail level, it is justifiable to construct a notional market when potential demand exists. Here the implicit self-supply of this input by the incumbent to itself should be taken into account [...] Alternative operators' self-supply should, in particular, be assessed when alternative operators' networks are included in the relevant market due to the strong direct pricing constraints they exert on the incumbent operator"*³² (*"Als er geen handelsmarkt is, de consumenten op retailniveau schade lijden en er een potentiële vraag bestaat, is het te rechtvaardigen een theoretische markt te scheppen. Daarbij moet rekening worden gehouden met de impliciete interne levering van deze input door de gevestigde exploitant aan zichzelf [...] De interne levering door alternatieve exploitanten dient met name te worden geanalyseerd als de netwerken van de alternatieve exploitanten deel uitmaken van de relevante markt als gevolg van de sterke directe prijsbeperkingen die zij uitoefenen op de gevestigde exploitant."*). Aangezien er een kabelnetwerk bestaat dat in een retaildienst voorziet die substitueerbaar is met de door KPN aangeboden dienst, had ACM bij de afbakening van de wholesalemarkt die deel uitmaakt van de huidige marktanalyse rekening moeten houden met de interne levering van UPC/Ziggo op de eigen kabelinfrastructuur.

Gezien het bovenstaande is de Commissie in dit stadium van mening dat ACM de grenzen van de relevante markt niet naar behoren heeft

³¹ Punt 44 van de richtsnoeren.

³² Toelichting op de aanbeveling betreffende relevante markten, bladzijde 18.

geanalyseerd, omdat zij bij de analyse van de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie, geen rekening heeft gehouden met interne levering door UPC/Ziggo (de kabelexploitant). De Commissie is van mening dat dit in strijd is met artikel 15, leden 1 en 3, van de kaderrichtlijn, en met name met de verplichting dat de NRI's, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante, met de nationale omstandigheden overeenkomende markten moeten bepalen en analyseren, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.

De noodzaak om aanmerkelijke marktmacht op de wholesalemarkt vast te stellen

Gezien de hierboven geuite ernstige twijfels omtrent de verenigbaarheid met het EU-recht van de marktdefinitie van ACM, heeft de Commissie ook ernstige twijfels omtrent de vaststelling van aanmerkelijke marktmacht door ACM. De Commissie is van mening dat een AMM-analyse die wordt uitgevoerd op een naar behoren afgebakende wholesalemarkt, waarbij in dit geval rekening wordt gehouden met kabel, kan leiden tot een andere vaststelling betreffende AMM, hetgeen tot gevolg kan hebben dat ACM tot een andere reguleringsaanpak komt dan de momenteel voorgestelde aanpak.

ACM dient daarom overeenkomstig artikel 16 van de kaderrichtlijn te analyseren of, rekening houdend met de hierboven genoemde argumenten, een nieuwe relevante wholesalemarkt, waartoe kabelinfrastructuur behoort, al dan niet daadwerkelijk concurrerend is. Verder dient ACM vervolgens te besluiten of er specifieke passende regelgevende verplichtingen op basis daarvan worden opgelegd, en zo ja, welke. De analyse van marktmacht op een wholesalemarkt waartoe kabelinfrastructuur behoort zou tot de volgende conclusies kunnen leiden: (i) geen van de exploitanten heeft AMM; (ii) één van de twee exploitanten (KPN of UPC/Ziggo) heeft afzonderlijk een machtspositie of (iii) beide exploitanten hebben een gezamenlijke machtspositie.

Een dergelijke marktmacht op wholesaleniveau zou downstream ook gevolg hebben voor de marktdynamiek op retailniveau, waarop de verstrekte wholesale-inputs worden gebruikt voor levering aan de consumenten.

In dat kader merkt de Commissie op dat ACM wel een afzonderlijke machtspositie op de wholesalemarkt vaststelt, maar tegelijkertijd stelt dat een dergelijke afzonderlijke machtspositie voor KPN (of UPC/Ziggo) niet kan worden vastgesteld op de retailmarkt voor internettoegang. Wel stelt ACM vast dat er een risico op een gezamenlijke machtspositie van deze twee exploitanten op die laatstgenoemde retailmarkt bestaat. De Commissie is van mening dat ACM onvoldoende heeft toegelicht waarom de vaststelling van AMM ten aanzien van KPN op wholesaleniveau gerechtvaardigd is, terwijl op een direct downstream gelegen retailmarkt de marktmacht van KPN wordt beperkt door UPC/Ziggo, dat afhankelijk is van een wholesale-input waarover KPN geen controle heeft. De Commissie is weliswaar niet van mening dat het nodig is vast te stellen dat KPN over AMM op retailniveau beschikt om tot conclusies over AMM van KPN op wholesaleniveau te komen, maar de dynamiek van de concurrentie op retailniveau moet wel deel uitmaken van de analyse van marktmacht op de aanverwante, direct upstream gelegen markten. In bepaalde omstandigheden kan marktmacht bijvoorbeeld op

wholesaleniveau veel sterker zijn dan op retailniveau, bijvoorbeeld op markten waarop concurrenten op retailniveau afhankelijk zijn van toegang tot de infrastructuur van de AMM-exploitant om de concurrentie te kunnen aangaan. In dit geval is de meest significante beperking van de marktmacht van KPN op retailniveau afkomstig van een concurrent die van een afzonderlijke wholesale-input gebruikmaakt; de aanwezigheid van deze concurrent op wholesaleniveau blijft echter buiten beschouwing. ACM heeft deze discrepantie tussen haar conclusies betreffende het retail- en het wholesaleniveau niet afdoende uiteengezet, gezien het feit dat kabel als alternatieve infrastructuur ten opzichte van het netwerk van KPN zowel op wholesale- als op retailniveau beschikbaar is. De Commissie wijst er daarom op dat de vaststelling van ACM van een risico op een gezamenlijke machtspositie niet afdoende is onderbouwd.

Wat betreft haar conclusie dat er bij afwezigheid van regulering op wholesaleniveau geen vrijwillige toegangsaanbiedingen van KPN of UPC/Ziggo zouden zijn, heeft ACM in haar analyse geen rekening gehouden met het feit dat er zakelijke onderhandelingen over wholesale-aanbiedingen plaatsvinden (namelijk onderhandelingen die KPN voert over zijn VULA-product en het feit dat het wholesaletarief voor de FttH-aanbieding van KPN momenteel onder het door ACM vastgestelde tariefplafond ligt, waaruit kan worden opgemaakt dat KPN eventueel bereid is vrijwillig toegang tot zijn FttH-dienst aan te bieden voor een lager tarief dan is vastgesteld door ACM). De conclusie van ACM dat KPN en UPC/Ziggo bij afwezigheid van regulering geen prikkel zouden hebben om tot op commerciële wijze overeengekomen wholesale-aanbiedingen te komen, met name om tariefregulering door ACM te voorkomen, is derhalve niet overtuigend.

Om tot de conclusie te komen dat de variabele kosten in vergelijking met de de vaste kosten laag zijn en daarom waarschijnlijk geen effect hebben op de symmetrie tussen KPN en UPC/Ziggo, had ACM een analyse moeten verstrekken van de verschillen tussen de variabele en vaste kosten van die bedrijven en moeten onderbouwen waarom er bij het beoordelen van de symmetrie tussen beiden partijen geen rekening moet worden gehouden met de verschillen tussen de vaste kosten in beide bedrijven (indien er sprake van verschillen zou zijn).

ACM heeft niet afdoende aangetoond hoe de asymmetrie in de technische mogelijkheden in de praktijk zou functioneren en in het bijzonder stilzwijgende coördinatie mogelijk zou maken. Volgens de argumentatie van ACM zouden (i) KPN en UPC/Ziggo de modernisering van hun netwerken geheel stopzetten, omdat zij zouden vrezen modernisering door de andere partij teweeg te brengen, hetgeen onwaarschijnlijk lijkt gezien de huidige uitrolplannen van beide bedrijven en gezien het feit dat de modernisering van een kabelnetwerk niet in bepaalde gebieden, maar slechts op het hele netwerk kan plaatsvinden; en zouden (ii) KPN en UPC/Ziggo de modernisering van hun netwerken stilzwijgend coördineren om het bestaande evenwicht van de technische mogelijkheden van de twee netwerken in stand te houden, hetgeen in de praktijk waarschijnlijk zeer moeilijk is.

Het standpunt van ACM ten aanzien van de impact van innovatie op de potentiële stilzwijgende coördinatie tussen KPN en UPC/Ziggo is evenmin overtuigend. Het feit dat innovaties door externe bedrijven worden

ontwikkeld, houdt in dat telecombedrijven deze waarschijnlijk moeilijk kunnen voorspellen en beheersen. Het is daarom mogelijk dat de partijen elkaar verrassen met de implementatie van technische innovaties waarmee het speelveld onverwacht kan worden veranderd (aangezien de partijen geen individuele of gezamenlijke controle over het innovatieproces hebben). ACM heeft in het bijzonder niet toegelicht waarom een partij niet zou worden geprikkeld over te gaan tot implementatie van een technische innovatie die concurrentievoordeel zou opleveren, en de voordelen van dat concurrentievoordeel niet zou benutten (ten nadele van de andere partij).

Om aan te tonen dat de markt transparant is en coördinatie bevordert, had ACM de impact van de steeds scherpere concurrentie in bundels op de transparantie alsmede de waarschijnlijkheid van coördinatie moeten analyseren. In dat verband is de toegang tot inhoud voor hun televisie-aanbiedingen een gebied waarop KPN en UPC/Ziggo van nature van elkaar lijken te verschillen: beide bedrijven lijken veel verschillende aanbiedingen op het gebied van televisie-inhoud beschikbaar te stellen, hetgeen significante productdifferentiatie mogelijk maakt, en UPC/Ziggo heeft waarschijnlijk traditioneel meer ervaring met de aankoop en distributie van inhoud, en daardoor een potentieel pioniersvoordeel.

De Commissie heeft in dit stadium kortom ernstige twijfels of de vaststelling van ACM dat KPN op de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau in Nederland over aanmerkelijke marktmacht beschikt, in overeenstemming is met artikel 16, lid 1 en 2, van de kaderrichtlijn.

Conclusie

Gezien het bovenstaande is de Commissie in dit stadium van mening dat ACM onvoldoende bewijzen heeft verstrekt om aan te tonen dat het kabelnetwerk dat eigendom is van UPC/Ziggo moet worden uitgesloten van de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie. De Commissie heeft daarom ernstige twijfels of de marktdefinitie van ACM verenigbaar is met artikel 15, leden 1 en 3, van de kaderrichtlijn, en met name met de verplichting dat de NRI's, zoveel mogelijk rekening houdend met de aanbeveling en de richtsnoeren, de relevante, met de nationale omstandigheden overeenkomende markten moeten bepalen en analyseren, overeenkomstig de beginselen van het mededingingsrecht.

Gezien het bovenstaande standpunt ten aanzien van de marktdefinitie heeft de Commissie ook ernstige twijfels of de analyse van ACM met betrekking tot aanmerkelijke marktmacht die is uitgevoerd op een wellicht niet correct afgebakende wholesalem Markt voldoet aan artikel 16, lid 1 en 2, van de kaderrichtlijn.

De bovenstaande beoordeling geeft het standpunt van de Commissie inzake deze specifieke kennisgeving weer en laat standpunten inzake andere meegedeelde ontwerpmaatregelen onverlet.

De Commissie wijst erop dat de vaststelling van de ontwerpmaatregelen betreffende de markt voor lokale toegang op een vaste locatie in Nederland overeenkomstig artikel 7 van de kaderrichtlijn met twee maanden wordt uitgesteld.

Overeenkomstig punt 17 van Aanbeveling 2008/850/EG³³ zal de Commissie dit document op haar website publiceren, samen met een bericht waarmee derden worden uitgenodigd binnen vijf werkdagen hun opmerkingen over deze brief met ernstige twijfels in te dienen. De Commissie beschouwt de hierin vervatte inlichtingen niet als vertrouwelijke informatie. Als u van mening bent dat dit document overeenkomstig de nationale en EU-regels inzake de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie vertrouwelijke informatie bevat die u voorafgaand aan de publicatie wilt laten schrappen, wordt u verzocht de Commissie³⁴ hiervan in kennis te stellen binnen drie dagen na ontvangst van deze brief. U dient uw verzoek te motiveren.

Hoogachtend,

Voor de Commissie,
Günther H. Oettinger
Lid van de Commissie

VOOR GELIJKLUIDEND AFSCHRIFT
Voor de secretaris-generaal

Jordi AYET PUIGARNAU
Directeur van de Griffie
EUROPESE COMMISSIE

³³ Aanbeveling 2008/850/EG van de Commissie van 15 oktober 2008 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG, PB L 301 van 12.11.2008, blz. 23.

³⁴ Dit verzoek dient per e-mail te worden gericht aan: CNECT-ARTICLE7@ec.europa.eu of per fax aan: +32.2.298.87.82.

