



Brussel, 30.11.2015
C(2015) 8657 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: Besluit van de Commissie met betrekking tot zaak NL/2015/1794:
Lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie in
Nederland**

**Opmerkingen overeenkomstig artikel 7, lid 3, van Richtlijn
2002/21/EG**

1. DE PROCEDURE

Op 28 oktober 2015 heeft de Commissie een kennisgeving ontvangen van de Nederlandse regelgevende instantie, de *Autoriteit Consument & Markt (ACM)*¹, betreffende de lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie² in Nederland.

De nationale raadpleging³ heeft plaatsgevonden van 17 juli 2015 tot 11 september 2015.

¹ Overeenkomstig artikel 7 van 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, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG, PB L 337 van 18.12.2009, blz. 37, en Verordening (EG) nr. 544/2009, PB L 167 van 29.6.2009, blz. 12.

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.

Bij brief van 11 november 2015 is aan ACM een verzoek om informatie⁴ toegezonden en het antwoord daarop is op 16 november 2015 ontvangen.

Op grond van artikel 7, lid 3, van de Kaderrichtlijn kunnen nationale regelgevende instantie (NRI's), het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en de Commissie opmerkingen over meegedeelde ontwerpmaatregelen bij de desbetreffende NRI indienen.

2. **BESCHRIJVING VAN DE ONTWERPMAATREGEL**

2.1. **Achtergrond**

De 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" (FttH) op ODF-niveau deel uitmaken van dezelfde markt, maar dat wholesaletoeegang tot "fibre to the office"-lijnen (FttO)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 FttH- als de FttO-ODF-toegang⁹ vond plaats op basis van een DCF-model (discounted cash flow) dat OPTA het toepasselijkst achtte, gezien de aanzienlijke onzekerheid

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

⁵ C(2011) 10075.

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

⁷ De markt voor FttO-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 FttH-ODF-toegang werd ter kennis gebracht van de Commissie en door haar beoordeeld onder zaaknummer NL/2013/1439.

betreffende de uiteindelijke kosten op lange termijn voor deze nieuwe diensten. De Commissie maakte opmerkingen over (i) de noodzaak van gelijktijdige kennisgeving betreffende de markt voor FttO-toegang met het oog op een consistente evaluatie van de markt voor wholesaletoegang 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.

De volledige marktanalyse werd opnieuw ter kennis gebracht van de Commissie en door haar beoordeeld onder zaaknummer NL/2015/1727¹⁵. ACM heeft de volgende onderliggende retailmarkten gedefinieerd: de markt

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.

¹⁵ C(2015) 3078.

voor vaste internettoegang, de markten voor vaste telefonie (enkelvoudige, tweevoudige en meervoudige gesprekken) en de markten voor zakelijk diensten. Verder heeft ACM vastgesteld 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. Volgens de afbakening van ACM bestond de relevante wholesalemarkt voor lokale toegang uit toegang tot het kopernetwerk (MDF, SDF en VULA) en FttH-toegang (ODF). ACM heeft KPN in dat verband aangewezen als enige partij met aanmerkelijke marktmacht en aan KPN verplichtingen op de volgende gebieden opgelegd: toegang, transparantie (inclusief de publicatie van referentieaanbiedingen voor ontbundelde toegang en voor de migratie van MDF-toegang), non-discriminatie en prijscontrole. De Commissie heeft op grond van artikel 7 een brief met ernstige twijfels toegezonden aan ACM, waarin zij schrijft van mening te zijn dat ACM de grenzen van de relevante markt niet naar behoren heeft 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). Ook had de Commissie ernstige twijfels over de vaststelling van ACM dat KPN over aanmerkelijke marktmacht beschikt op een potentieel bredere markt voor lokale toegang op wholesaleniveau. ACM heeft haar ter kennis gegeven ontwerpmaatregel tijdens het fase II-onderzoek ingetrokken.

2.2. Analyse van de onderliggende retailmarkten

In haar antwoord op het verzoek om informatie legt ACM uit dat een analyse van de machtspositie op retailniveau op grond van de Nederlandse Telecommunicatiewet niet verplicht is. ACM voegt daaraan toe dat zij bevoegd is de markt voor lokale toegang te reguleren indien bij ontstentenis van regulering het risico op AMM op ten minste een van de onderliggende retailmarkten bestaat, aangezien deze markt is opgenomen in de aanbeveling inzake relevante markten.

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. ACM legt uit dat in de ontwerpmaatregel weliswaar de grenzen van de onderliggende retailmarkten zijn vastgesteld, maar dat de precieze afbakening ervan geen beoogde doelstelling is en dat deze afbakening in toekomstige kennisgevingen kan worden gewijzigd, bijvoorbeeld als gevolg van nieuwe marktontwikkelingen. ACM wijst in dat verband op de aanstaande analyses van de wholesalemarkten voor vaste telefonie en van de HQ-WBA/WLL-markt, waarvoor aan het einde van het eerste kwartaal van 2016 een raadpleging is voorzien.

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 bestaat op aanmerkelijke marktmacht van KPN op al de bovengenoemde

retailmarkten, met uitzondering van de markt voor internettoegang. Ten aanzien van die laatste markt is ACM van mening dat een aantal marktkenmerken ertoe bijdragen dat gezamenlijke AMM tot stand wordt gebracht. In haar antwoord op het verzoek om informatie stelt en bevestigt ACM nogmaals dat er teveel onzekerheid bestaat aangaande de bewijslast bij het bepalen van een gezamenlijke machtspositie in een hypothetische marktsituatie bij ontstentenis van regulering en op toekomstgerichte wijze. ACM heeft daarom niet vastgesteld dat er op de retailmarkt voor toegang sprake is van een gezamenlijke machtspositie.

Verder verduidelijkt ACM dat uit de analyse blijkt dat de consumenten bij ontstentenis van regulering op alle onderliggende retailmarkten schade lijden. Deze conclusie dat de consumenten schade lijden, is gebaseerd op de vaststelling van AMM op de retailmarkten voor vaste telefonie en zakelijke diensten. Wat betreft de schade die consumenten lijden op de retailmarkt voor internettoegang (waar AMM niet duidelijk kon worden vastgesteld) is deze conclusie gebaseerd op twee hoofdelementen: de prijzen zouden op een bovencompetitief niveau worden vastgesteld en de aangeboden diensten zouden van mindere kwaliteit zijn.

2.3. Marktafbakening

De ter kennis gegeven ontwerpmaatregel houdt verband met de volledige analyse van de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie. Volgens de afbakening van ACM bestaat de relevante wholesalemarkt uit toegang tot het kopernetwerk (MDF, SDF, met inbegrip van 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 geeft toelichting bij ontbundeling van de kabel op het niveau van de multitap en ontbundeling van de kabel via spectrumdeling. Wat betreft die eerste optie legt ACM uit dat deze economisch niet haalbaar is, aangezien aanbieders om toegang tot point-to-pointaansluitingen te krijgen netwerken tot de multitap (waarvan er in Nederland 500 000 zijn) moeten uitrollen, hetgeen betekent dat zij nagenoeg het hele kabelnetwerk moeten repliceren, waardoor toetreding onmogelijk wordt. Volgens ACM wordt dit bevestigd doordat afnemers van ontbundelde ontbundelde toegang tot de kabel niet als economisch haalbaar alternatief beschouwen. Wat betreft spectrumdeling stelt ACM op dat dit niet efficiënt is, aangezien de capaciteit hierdoor en de kwaliteit van de dienstverlening aan de eindgebruiker worden verminderd¹⁶.

De uitsluiting van kabel van de markt wordt tevens bevestigd door de analyse van ACM van de indirecte beperkingen van kabel ten aanzien van wholesaletoevangsprijen voor koper en glasvezel. ACM heeft hiertoe een

¹⁶ Volgens ACM gebruiken meerdere aanbieders bij spectrumdeling verschillende delen van de frequentieruimte, hetgeen inhoudt dat zij de beschikbare (beperkte) capaciteit moeten delen, waardoor de capaciteit afneemt. Bovendien wordt de beschikbare capaciteit niet volledig benut door de gedeeltes die die verschillende aanbieders gebruiken, waardoor sommige aanbieders over te weinig capaciteit en andere aanbieders over vrije capaciteit beschikken.

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.

ACM wijst naast indirecte beperkingen vanuit het retailniveau op indirecte prijsbeperkingen vanuit de wholesalemarkt voor bitstreamtoegang van lage kwaliteit. ACM legt uit dat er geen sprake is van indirecte prijsdruk vanuit deze markt, aangezien kabelnetwerken niet op significante schaal externe wholesale-bitstreamtoegang leveren¹⁷. Volgens ACM kunnen aanbieders die worden geconfronteerd met een prijsverhoging van de toegangsproducten door KPN niet in voldoende mate overstappen op wholesaleproducten via kabel om ervoor te zorgen dat KPN op de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau wordt gedisciplineerd.

Tot slot heeft ACM beoordeeld of VULA over kabel een substituuut voor ontbundelde toegang vormt. ACM wijst in haar beoordeling op de regulering van kabelnetwerken in België en Denemarken. ACM wijst er in dat verband op dat het desbetreffende product in beide landen deel uitmaakt van de wholesalemarkt voor bitstreamtoegang en dat het niet geschikt is voor zakelijke gebruikers in België. ACM concludeert dat een actieve vorm van kabeltoegang mogelijk is, maar dat die toegang niet voldoet aan de drie criteria van de aanbeveling inzake relevante markten¹⁸.

2.4. Vaststelling van aanmerkelijke marktmacht

ACM stelt voor om KPN aan te wijzen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor lokale toegang op een vaste locatie. De door

¹⁷ ACM legt uit dat het gezamenlijke marktaandeel van de kabelaanbieders die enige vorm van toegang bieden minder dan 5 % bedraagt. ACM wijst er verder op dat UPC/Ziggo geen externe bitstreamtoegang levert.

¹⁸ ACM noemt twee mogelijke soorten toegang: op centraal en op decentraal niveau. Beide mogelijkheden zijn volgens ACM vergelijkbaar met bitstreamtoegang. ACM legt uit dat op nationaal niveau aangeboden centrale toegang niet aan het eerste criterium (toegang moet op lokaal niveau beschikbaar zijn) voldoet en dat op CMTS-locaties aangeboden decentrale toegang wel aan dat criterium voldoet, maar dat de eindgebruikers hierdoor over gedeelde verbindingen beschikken (in tegenstelling tot ongedeelde verbindingen bij MDF-toegang). ACM is van mening dat ook niet aan het tweede criterium (gegarandeerde bandbreedte) is voldaan, aangezien via kabeltoegang in de piekuren geen hoogwaardige verbindingen aan zakelijke klanten kan worden geboden. Bovendien kunnen dergelijke verbindingen niet op grote schaal worden aangeboden, omdat dat ten koste gaat van de snelheid van de internetverbinding. In dat verband wijst ACM erop dat Tele2 stelt dat de beschikbaarheid van kabelnetwerken op zakelijke locaties zeer beperkt is en dat voor de bedrijfseconomische haalbaarheid van grootschalige uitrol naar CMTS-locaties een bereik van zowel consumenten als zakelijke locaties cruciaal is, omdat zakelijke eindgebruikers een gemiddeld hogere opbrengst per aansluiting genereren. Ook aan het derde criterium (controle over het netwerk en mogelijkheid tot productdifferentiatie) is volgens ACM niet voldaan. In dat verband stelt ACM dat kabeltoegang alternatieve aanbieders niet toestaat eigen tv-streams aan te bieden en dat zelfs als dat mogelijk zou zijn via multicasstechniek er extra capaciteit voor alternatieve aanbieders moet worden gereserveerd ten koste van de maximaal haalbare internetsnelheden en tv-diensten voor consumenten.

ACM gebruikte criteria zijn onder meer: marktaandeel¹⁹, infrastructuur die niet eenvoudig replicateerbaar 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 retailniveau) op KPN uitoefent.

ACM heeft verder een robuustheidstoets uitgevoerd om te onderzoeken of KPN op een hypothetische bredere markt, waartoe kabeltoegang behoort, over AMM zou beschikken²⁰. De robuustheidstoets van is gebaseerd op een scenario waarin nog geen kabelproduct op lokaal niveau beschikbaar is, maar een dergelijk product eventueel op langere termijn (periode van 6-10 jaar) beschikbaar wordt²¹. Daarnaast omvat dit scenario de mogelijkheid dat kabeltoegang via indirecte prijsdruk van de onderliggende markten op termijn tot de markt voor ontbundelde toegang behoort.

Verder vergelijkt ACM de posities van KPN en UPC/Ziggo op de markt wat betreft de controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, schaal- en breedtevoordelen en technologische prestaties. ACM komt tot de conclusie dat KPN ten opzicht van UPC/Ziggo over voordelen beschikt, behalve wat schaalvoordelen betreft, aangezien beide aanbieders op dat vlak gelijkwaardig zijn. ACM is van mening dat de drempels voor het overstappen op kabel aanzienlijk zijn, aangezien de partijen al investeringen hebben om toegang te krijgen tot het netwerk van KPN, en dat het overstappen op kabel (waarbij op honderden locaties een interconnectie tot stand moet worden gebracht) met hoge kosten gepaard zou gaan. Bovendien bestaat er onzekerheid ten aanzien van de technische problemen die inherent zijn aan de lancering van een kabeltoegangsdienst. In dat verband wijst ACM nogmaals op de regulering van kabeltoegang in België en Denemarken, waarbij wordt benadrukt dat in België de toegang tot kabel sinds 2011 wordt gereguleerd, maar er nog steeds geen retailaanbod voor actieve kabeltoegang is en dat in Denemarken sinds 2009 regulering plaatsvindt, maar nog geen enkele alternatieve aanbieder op kabel is overgestapt. ACM concludeert dat haar voorgestelde AMM-analyse robuust is, aangezien KPN ook over AMM zou beschikken op een markt waarvan kabel deel uitmaakt.

¹⁹ KPN is de enige aanbieder van ontbundelde toegang over het koperaanluitnetwerk 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.

²⁰ Het daaruit resulterende marktaandeel van KPN is 52,7 % wat betreft actieve lijnen en 52,4 % wat betreft inkomsten.

²¹ ACM gebruikt derhalve een kortere periode voor de ontwikkeling van een dergelijk kabelproduct dan de periode van minimaal 10 jaar die wordt genoemd in de studie die WIK Consult in opdracht van ACM heeft uitgevoerd naar aanleiding van de brief met ernstige twijfels van de Commissie (WIK Consult (2015), "Options of wholesale access to Cable-TV networks with focus on VULA – Special aspect regarding future development of DOCSIS, Response regarding EC CASE NL/2015/1727, Phase II investigation", 8.5.2015).

2.5. Reguleringsmaatregelen

ACM stelt voor de volgende verplichtingen aan KPN op te leggen: toegang, transparantie (inclusief de publicatie van referentieaanbiedingen), 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. KPN moet aan redelijke verzoeken om MDF-toegang voldoen, maar mag onder bepaalde voorwaarden besluiten geen MDF-toegang te verlenen teneinde: (i) om zijn koperupgrades in de binnenringen toe te passen (straatkasten dicht bij MDF-centrales), en (ii) vectoring (of ander koperupgrades) toe te passen in kleine MDF-centrales (in omvang vergelijkbaar met straatkasten). De MDF-toegang wordt onder de volgende voorwaarden verstoord/verbroken: (a) op de betrokken netwerklocaties wordt geen MDF-toegang gebruikt en er is voor die locaties geen verzoek tot MDF-toegang gedaan; (b) KPN en de gebruikers van de MDF-toegang hebben overeenstemming bereikt, en (c) indien er geen overeenstemming is bereikt, begint ACM met een implementatiefase die tot gevolg kan hebben dat de MDF-toegang wordt ingetrokken indien daardoor een operationele, doeltreffende VULA-dienst ontstaat en KPN een redelijke uitfaseringstermijn voor de MDF-toegang hanteert.

Volgens ACM moet, om ervoor te zorgen dat aan de drie criteria betreffende lokale toegang van de toelichting op de aanbeveling betreffende relevante markten wordt voldaan, het VULA-product van KPN ten eerste worden aangeboden op alle metro core-locaties (momenteel 196, maar dit aantal kan worden gewijzigd indien KPN aantoont dat er meer of minder locaties in aanmerking komen). Ten tweede moet het product dezelfde technische functionaliteiten bieden als MDF-/SDF-toegang (ten minste de producteigenschappen die door de eigen downstreamorganisatie van KPN worden gebruikt). Ten derde moet er bij het product voldoende controle zijn over de productparameters voor de eindgebruiker, zodat de toegangvragende partijen in staat zijn tot productdifferentiatie. ACM zal het VULA-product niet beoordelen, tenzij een partij die toegang tot VULA vraagt daarom verzoekt.

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 squeeze²².

²² 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

De verplichtingen inzake prijscontrole die aan KPN worden opgelegd bestaan uit: (i) een tariefplafond voor bestaande diensten betreffende ontbundeling van het aansluitnet (MDF-toegang, met enkele uitzonderingen voor MDF pair bonding²³) op basis van het vorige tariefplafond, te verhogen met de consumentenprijsindex (constant in reële termen); (ii) kostenoriëntatie (op basis van de EDC/WPC-methodiek) voor nieuwe diensten betreffende ontbundeling van het aansluitnet; (iii) 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 (iv) een tariefplafond voor FttH van KPN op basis van een DCF-model met gebruikmaking van de internal rate of return (IRR) van KPN²⁴. De gereguleerde tarieven voor ontbundeling van het aansluitnet en ODF-FttH-toegang zullen 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. De in de commerciële overeenkomsten vastgestelde tarieven²⁵ zullen derhalve als prijsplafond dienen en niet door ACM worden beoordeeld.

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.

wholesale-inputs, de EDC-minuskosten van de niet-gereguleerde wholesalediensten die overeenkomen met de vaste-netwerk- en retailediensten van KPN, de LRIC-kosten van andere niet-gereguleerde wholesale-inputs en de kosten van extern aangeschafte inputs.

²³ ACM specificeert dat zij, vergeleken met de analyse van maart 2015, twee uitzonderingen op deze algemene regel heeft toegevoegd: (i) wat betreft het (voorheen toegepaste) maandelijks tariefplafond, waarin eenmalig projectkosten waarin opgenomen, zal het plafond van kracht zijn totdat de initiële termijn van vijf jaar is verstreken, waarna het plafond dient te worden verlaagd met de projectkosten (en in de daaropvolgende jaren) aan de inflatiecorrectie moet worden aangepast, en (ii) de eenmalige tarieven voor nieuwe diensten (die niet representatief waren voor de gemiddelde kosten gedurende de levenscyclus) op het WPC/EDC-systeem zullen worden gebaseerd. Deze uitzonderingen gelden momenteel alleen voor MDF pair bonding.

²⁴ 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.

²⁵ Er zijn commerciële overeenkomsten betreffende VULA voor een periode van zeven jaar gesloten met de drie grote ontbundelende partijen (Tele2, Vodafone en M7). Hieronder vallen ontbundeling van het aansluitnet (fysieke toegang) en FTTH niet.

Volgens ACM is de voorgestelde aanpak ten aanzien van *VULA*-tariefplafonds (die enkel van toepassing zou zijn indien een verzoek om een tariefbesluit betreffende *VULA* wordt ingediend) geschikter dan een *BULRIC+* model, aangezien deze aanpak op relatief korte termijn kan worden toegepast, zodat de markspelers 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 investeringsprikkel zorgen²⁶.

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.

²⁶ Het tariefplafond betreffende ontbundeling van het aansluitnet voor 2015 bedraagt 7,87 EUR per maand (in vergelijking met 7,79 EUR in 2014).

3. OPMERKINGEN

De Commissie heeft de kennisgeving en de aanvullende informatie van ACM onderzocht en heeft de volgende opmerkingen²⁷:

Noodzaak om marktontwikkelingen betreffende kabelnetwerken te monitoren

Naar aanleiding van de door de Commissie eerder dit jaar in verband met zaak NL/2015/1727 geuite ernstige twijfels, heeft ACM een nieuwe analyse uitgevoerd van de retailmarkten voor vaste internettoegang, vaste telefonie (enkelvoudige, tweevoudige en meervoudige gesprekken) en zakelijke diensten, en van de upstreammarkt voor lokale toegang op wholesaleniveau. In vergelijking met zaak NL/2015/1727 omvat de nieuwe ontwerpmaatregel van ACM in hoofdzaak twee aanvullende elementen,

Ten eerste is ACM nog steeds van mening dat de toegang tot kabelnetwerken in de volgende reguleringsperiode niet tot de relevante markt voor lokale toegang op wholesaleniveau behoort. ACM heeft de afbakening van de markt echter nader verklaard/onderbouwd door middel van (i) een beoordeling van de indirecte beperkingen voor ontbundelde kopertoegang vanuit de markt voor centrale toegang op wholesaleniveau, alsook van kabeltoegang; en (ii) een robuustheidstoets van haar AMM-analyse, waarin wordt aangetoond dat KPN ook op een bredere markt, waartoe kabeltoegang behoort, over AMM zou beschikken. Het uitgangspunt van deze aanvullende analyse is een scenario waarin kabeltoegang een substituuat wordt voor lokale toegang op wholesaleniveau als gevolg van versnelde technische vooruitgang en/of toegenomen indirecte beperkingen vanuit het retailniveau of markt 3b.

Ten tweede concludeert ACM niet meer dat er zonder regulering een risico van gezamenlijke AMM op de retailmarkt voor vaste internettoegang bestaat. In plaats daarvan heeft ACM aanvullende bewijzen verstrekt waaruit blijkt dat UPC/Ziggo en KPN minder concurrentiegericht worden indien concurrentiedruk door toegangsvragende partijen ontbreekt, waardoor de consumenten waarschijnlijk schade lijden.

Gezien de alomtegenwoordigheid van kabel in Nederland en het potentieel van kabel om concurrentiedruk uit te oefenen op het toegangsnetwerk van KPN, verzoekt de Commissie ACM om de ontwikkelingen op de kabelnetwerken te monitoren en in het bijzonder na te gaan of de ontwikkelingen ertoe leiden dat de (virtuele) ontbundeling van de kabel in technologisch en economisch opzicht haalbaar wordt.

De Commissie merkt in dat verband op dat technische overwegingen schijnbaar niet de voornaamste belemmering vormen voor het aanbieden van een lokaal-toegangsproduct op kabelnetwerken, maar dat kabelexploitanten hoofdzakelijk om economische en strategische redenen niet toetreden tot de wholesale-toegangsmarkt. Volgens de verslagen van WIK Consult waarnaar ACM in de ter kennis gegeven ontwerpmaatregel verwijst²⁸, kan de technische norm (waardoor de ontbundeling

²⁷ Overeenkomstig artikel 7, lid 3, van de Kaderrichtlijn.

²⁸ 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:

van het lokale kabeltoegangsnetwerk momenteel eventueel niet mogelijk is) worden uitgebreid indien de vraag van de exploitanten een kritieke massa bereikt, waardoor een nieuwe markt kan ontstaan. In het verslag wordt derhalve benadrukt dat de (virtuele) ontbundeling van de kabel niet zozeer wordt belemmerd door problemen in verband met normalisatie, maar door een te lage vraag²⁹. In tegenstelling tot WIK Consult is de Commissie van mening dat bij de marktanalyse ook rekening moet worden gehouden met de rol die regelgevende instanties kunnen spelen door de leveranciers en exploitanten uit de DOCSIS-gemeenschap ertoe aan te zetten een norm te ontwikkelen waardoor toegang van het type VULA tot hun netwerken mogelijk wordt, zoals in het verleden door maatregelen van regelgevende aard is gebeurd met betrekking tot koperontbundeling op de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau. Het volstaat niet slechts na te gaan of de vereiste DOCSIS-norm actief door de kabelgemeenschap zou worden bevorderd.

De Commissie verzoekt ACM daarom, met name in het kader van de volgende analyse van de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau, te onderzoeken of de specifieke technische belemmeringen voor het leveren van lokale toegang via een kabelnetwerk zijn weggenomen dan wel of er realistische vooruitzichten zijn dat deze zullen worden weggenomen, waardoor de markt voor lokale toegang op wholesaleniveau tijdens de periode waarop de analyse betrekking heeft eventueel wordt uitgebreid. In die analyse mag niet worden vooruitgelopen op de vraag of lokale toegang tot kabelnetwerken gerechtvaardigd is als gevolg van de vaststelling van individuele of gezamenlijke AMM.

De Commissie merkt in dat verband op dat de commerciële overeenkomsten die KPN en zijn concurrenten hebben gesloten een belangrijk effect moeten hebben op een toekomstige beoordeling ten aanzien van de noodzaak van regulering. De Commissie is van mening dat het sluiten van dergelijke onvoorwaardelijke overeenkomsten met de voornaamste toegangvragende partijen in verband met VULA en bepaalde centrale wholesale-toegangsproducten reeds een relevante factor is bij het bepalen van het passende niveau van regelgeving ex ante wat betreft de betrokken toegangsproducten. Dit is a fortiori van toepassing op de volgende marktanalyse, waarbij moet worden gekeken naar de mate waarin deze overeenkomsten met succes zijn uitgevoerd, eventuele geschillen tussen partijen vlot en tijdig zijn beslecht, en het toepassingsgebied op basis van een naar behoren aangetoonde vraag is uitgebreid met andere relevante lokale-toegangsproducten (bijvoorbeeld voor FttH), op redelijke voorwaarden die ertoe bijdragen dat investeringsprikkelers in stand worden gehouden. Op basis daarvan moet ACM beslissen of het noodzakelijk is dat zij gebruik blijft maken van haar bevoegdheden om gereguleerde voorwaarden inzake toegang op een potentieel gedereguleerde markt voor lokale toegang op wholesaleniveau vooraf te monitoren en handhaven.

"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).

²⁹ In informatie die derde partijen in het kader van zaak NL/2015/1727 hebben verstrekt, wordt gesteld dat er in Nederland een potentiële vraag bestaat.

Analyse van markten buiten het toepassingsgebied van de onderhavige ter kennis gegeven ontwerpmaatregel

ACM is van plan de volledige marktanalyse (marktafbakening, bepaling van AMM en corrigerende maatregelen) van de wholesalemarkten voor vaste telefonie, de HQ-WBA/WLL-markt en de onderliggende retailmarkten in een later stadium ter kennis te geven, hoewel deze in het kader van de onderhavige ter kennis gegeven ontwerpmaatregel reeds aan bod komen.

De Commissie wijst ACM erop dat zij de voorgestelde reguleringsaanpak ten aanzien van markten buiten het toepassingsgebied van de onderhavige ter kennis gegeven ontwerpmaatregel uitsluitend kan beoordelen in het kader van nog in te dienen kennisgeving(en) op grond van artikel 7 van de Kaderrichtlijn waarbij rekening wordt gehouden met de meeste recente marktontwikkelingen.

Passende controle van de wholesaleprijzen

Wat betreft corrigerende maatregelen inzake tarieven merkt de Commissie op dat ACM voorstelt het volgende vast te stellen: (i) een tariefplafond betreffende ontbundeling van het aansluitnet, behalve voor diensten op het gebied van MDF pair bonding waarop kostenoriëntatie van toepassing is; (ii) een tariefplafond op basis van het tariefplafond betreffende ontbundeling van het aansluitnet, te verhogen met de specifieke incrementele kosten voor VULA indien er sprake is van een verzoek van een alternatieve aanbieder (zo niet, gelden de voorwaarden van de commerciële overeenkomsten), en (iii) een tariefplafond voor het FttH-product van KPN. De Commissie wijst erop dat de aanpak van ACM betreffende de prijscontrole van de uitrol van FttH door KPN afwijkt van de aanbeveling over non-discriminatie en kostenmethodologieën van de Commissie, aangezien ondanks de aanwezigheid van concurrentiedruk en een hoge mate van niet-discriminerende behandeling (EoI) toch in een vorm van prijscontrole is voorzien die verder gaat dan de beperkingen die inherent zijn aan een economische-repliceerbaarheidstoets. De Commissie onderkent dat de aanpak van ACM, waarbij een DCF-methodologie wordt gebruikt die is gebaseerd op het bedrijfsplan van KPN (ten aanzien van de aangenomen rate of return, de verwachte vraag en de looptijd van het project), de AMM-exploitant die investeert in de uitrol van glasvezel een zekere mate van prijsflexibiliteit geeft en aansluit bij de aanpak die al van toepassing is sinds het concentratiebesluit betreffende KPN en Reggefiber van 31 oktober 2014. In een kader van algemene mededinging op het gebied van infrastructuur op nationaal niveau, waarbij het mogelijk is gebleken commerciële overeenkomsten te sluiten met betrekking tot lokale toegang op wholesaleniveau tot andere delen van de infrastructuur van KPN (VULA), verzoekt de Commissie ACM niettemin in overweging te nemen of het noodzakelijk is in haar definitieve maatregel tariefregulering ex ante voor gereguleerde lokale FttH-toegang op wholesaleniveau op te leggen.

Wat betreft het legacyproduct geeft ACM de voorkeur aan een corrigerende maatregel op basis van een tariefplafond. De Commissie wijst erop dat zij in het verleden al opmerkingen heeft gemaakt over de aanpak van ACM, waarbij zij heeft opgemerkt dat de prijzen voor de ontbundeling van het aansluitnet niet kostengeroriënteerd zijn en dat de toepassing van verschillende tarifieringsmethodologieën kan leiden tot een ingewikkeld tariefkader voor wholesalediensten. De Commissie verzoekt ACM daarom de relevantie van het gebruik van een BULRIC+ aanpak voor de volgende analyse te heroverwegen, in overeenstemming met de aanbeveling over non-discriminatie en

kostenmethodologieën van de Commissie van 2013. Dat neemt niet weg dat de Commissie het algemene belang van de stabiliteit van gereguleerde prijzen onderkent, met name met betrekking tot een legacyproduct zoals koper. Verder stelt zij vast dat de voorgestelde aanpak van ACM resulteert in een tarief voor de ontbundeling van het aansluitnet dat dicht bij de ondergrens van het indicatieve bereik ligt dat in de aanbeveling over non-discriminatie en kostenmethodologieën van 2013 is vastgesteld. Verder stelt zij vast dat op het moment waarop de volgende marktanalyse wordt verricht, de complexiteit kan zijn verminderd indien de VULA-prijs in de praktijk door de markt wordt bepaald en indien een flexibelere tarifieringsaanpak voor FttH-producten passend wordt geacht.

Overeenkomstig artikel 7, lid 7, van de kaderrichtlijn dient ACM zoveel mogelijk rekening te houden met opmerkingen van andere nationale regelgevende instanties, BEREC en de Commissie en kan zij de uiteindelijke ontwerpmaatregel aannemen. In voorkomend geval deelt zij die aan de Commissie mee.

Het standpunt dat de Commissie inzake deze specifieke kennisgeving inneemt, laat standpunten van de Commissie inzake andere meegedeelde ontwerpmaatregelen onverlet.

Overeenkomstig punt 15 van Aanbeveling 2008/850/EG³⁰ maakt de Commissie dit document bekend op haar website. De Commissie beschouwt de hierin vervatte inlichtingen niet als vertrouwelijke informatie. Als u op grond van de nationale en EU-voorschriften betreffende het zakengeheim van oordeel bent dat dit document vertrouwelijke informatie bevat die u voorafgaand aan de publicatie wilt laten schrappen³¹, gelieve dit dan binnen drie werkdagen na ontvangst van deze brief aan de Commissie te laten weten³². U moet daarbij vermelden om welke redenen u daarom vraagt.



Hoogachtend,

Voor de Commissie,
Roberto Viola
Directeur-generaal

³⁰ Aanbeveling van de Commissie 2008/850/EC van 15 oktober 2008 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PB L 301 van 12.11.2008, blz. 23.

³¹ De Commissie kan het publiek voor het eind van deze periode van drie dagen in kennis stellen van het resultaat van haar beoordeling.

³² Dit verzoek dient per e-mail te worden gericht aan: CNECT-ARTICLE7@ec.europa.eu of per fax aan: +32 2 298 87 82.