Autoriteit
Consument & Markt

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
070 722 20 00
www.acm.nl

Besluit

Ontwerpbesluit van de ACM op het verzoek van YouCa B.V. tot het nemen van een besluit op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Telecommunicatiewet

Ons kenmerk : ACM/UIT/592611
Zaaknummer : ACM/21/052243
Datum : 9 maart 2023

Samenvatting

Op grond van artikel 6.3 van de Telecommunicatiewet kunnen marktpartijen de Autoriteit Consument en Markt verzoeken om verplichtingen op te leggen aan ondernemingen met een elektronisch communicatienetwerk als zij dergelijke netwerken niet kunnen repliceren. YouCa B.V. heeft de ACM op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw verzocht om verplichtingen op te leggen aan VodafoneZiggo Group Holding B.V., zodat hij op basis van toegang tot het eerste punt van samenkomst (EPVS) op het kabelnetwerk van VodafoneZiggo in de gemeente Amsterdam elektronische communicatiediensten kan aanbieden.

Artikel 6.3 van de Tw bevat een nieuwe mogelijkheid tot regulering die ook wel symmetrische regulering wordt genoemd. Op grond van deze nieuwe mogelijkheid kan de ACM toegangsverplichtingen opleggen indien er sprake is van replicatiebelemmeringen. Met replicatie wordt de uitrol van een nieuw aansluitnetwerk naar huishoudens bedoeld, naast een al bestaand aansluitnetwerk. Als er in een bepaald gebied sprake is van replicatiebelemmeringen, kan de ACM in beginsel verplichtingen opleggen aan alle aanbieders van netwerken in het betreffende gebied. Symmetrische regulering is een instrument dat aanvullend is op de bestaande mogelijkheden tot regulering van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht.

Symmetrische regulering kent twee vormen. De eerste vorm staat in artikel 6.3, eerste lid, van de Tw. Op grond van dat artikellid kan de ACM op basis van een redelijk verzoek verplichtingen opleggen aan aanbieders met een eigen netwerk om toegang te verlenen tot (a) kabels of bijbehorende faciliteiten binnen gebouwen of, (b) indien het dichtst bij het netwerkaansluitpunt gelegen punt van samenkomst zoals bepaald door de ACM buiten het gebouw ligt, kabels of bijbehorende faciliteiten tot dat EPVS. De tweede vorm van symmetrische regulering staat in artikel 6.3, derde lid, van de Tw. Op grond van dat artikellid kan de ACM toegangsverplichtingen opleggen voor delen van het netwerk voorbij het EPVS. Bij deze regulering kan dus een punt in het netwerk worden gekozen dat hoger in het netwerk ligt.

De ACM toetst in dit besluit of het verzoek van YouCa aan de vereisten van artikel 6.3, eerste lid van de Tw voldoet en of de ACM vervolgens verplichtingen oplegt. De ACM merkt het verzoek van YouCa aan als een redelijk verzoek in de zin van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw, omdat YouCa met zijn verzoek voldoet aan de randvoorwaarden die zien op de redelijkheid van een verzoek. Volgens de ACM heeft YouCa de verzochte netwerktoegang daadwerkelijk nodig om diensten te kunnen aanbieden aan eindgebruikers. Daarnaast heeft YouCa reële pogingen ondernomen om via onderhandelingen met VodafoneZiggo netwerktoegang te krijgen op vrijwillige basis. Nu de onderhandelingen tussen YouCa en VodafoneZiggo

geen resultaat hebben gehad, heeft YouCa de ACM verzocht om op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw verplichtingen op te leggen.

Het EPVS markeert het punt in het netwerk waar op grond van het eerste lid van artikel 6.3 van de Tw toegang kan worden verkregen door toegangsvragers, als zij het netwerk vanaf dit punt tot de eindgebruiker niet zelf kunnen repliceren. De multitap is fysiek gezien, vanaf de eindgebruiker, het dichtstbijzijnde concentratiepunt in het kabelnetwerk van VodafoneZiggo, en bevat aansluitingen van zo'n **[vertrouwelijk]** huishoudens in een straatkast. De individuele kabelaansluiting (van de straatkast naar het aansluitpunt van de eindgebruiker) is in de straatkast aangesloten op de multitap. In die zin voldoet dit punt aan de wettelijke eis dat het EPVS *het dichtst bij het netwerkaansluitpunt gelegen punt van samenkomst* dient te zijn. De ACM oordeelt dat het bepalen van de multitap als EPVS in overeenstemming is met de Telecomcode en de Tw. Tevens is het aanwijzen van de multitap als EPVS in overeenstemming met de criteria die uit de BEREC-richtsnoeren voortvloeien, met inachtneming van de voor de toegang benodigde aanpassingen van de multitap-locatie. Verder stelt de ACM zich op het standpunt dat de multitap het EPVS is op het kabelnetwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam.

Vervolgens dient de ACM na te gaan of YouCa in staat is het deel van het netwerk van VodafoneZiggo tussen de multitap-locaties en de eindgebruiker te repliceren. De ACM meent dat uitrol van een glasvezelnetwerk door YouCa in Amsterdam economisch inefficiënt is. Omdat is gebleken dat replicatie economisch inefficiënt is, komt de ACM niet toe aan de vraag of replicatie fysiek onuitvoerbaar is.

De ACM oordeelt dat het opleggen van een toegangsverplichting aan VodafoneZiggo niet evenredig is. Nu is vastgesteld dat het EPVS de multitap-locatie is, zal deze verplichting tot zeer hoge kosten voor VodafoneZiggo leiden. Tegenover deze hoge kosten voor VodafoneZiggo staat dan bovendien nog eens de uit het onderzoek naar voren gekomen omstandigheid dat YouCa op deze multitap-locatie naar alle verwachting geen toegang zal kunnen afnemen. Dit betekent dat ook de met het besluit beoogde doelen hiermee waarschijnlijk niet zullen worden gerealiseerd. De ACM komt hiermee tot het oordeel dat het opleggen van een toegangsverplichting aan VodafoneZiggo tot de multitap-locaties in Amsterdam niet proportioneel is.

De ACM heeft geconcludeerd dat de multitap-locatie op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw het EPVS is. Dit betekent dat in het geval dat een toegangsvrager aan de vereisten van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw voldoet, de ACM verplichtingen kan opleggen aan een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk om de toegangsvrager toegang te verlenen tot de multitap-locatie van de aanbieder van het elektronisch communicatienetwerk. De ACM concludeert in dit verzoek dat, hoewel het verzoek van YouCa aan de vereisten van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw voldoet, het gelet op artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht, onevenredig is VodafoneZiggo te verplichten tot het verlenen van toegang.

Het verzoek op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw van YouCa B.V. om VodafoneZiggo toegangsverplichtingen op te leggen wordt afgewezen.

Nu de ACM heeft geconstateerd dat de met het verzoek van YouCa beoogde doelstellingen in ieder geval niet kunnen worden gerealiseerd met toepassing van het eerste lid van artikel 6.3 van de Tw, zal zij nader kunnen onderzoeken in hoeverre deze doelstellingen kunnen worden gerealiseerd met toepassing van symmetrische regulering op grond van het derde lid van dit artikel.

Inhoudsopgave

Samenvatting 1

Inhoudsopgave 3

1. Inleiding 4

1.1. Achtergrond en aanleiding 4
1.2. Verloop van de procedure 4
1.3. Leeswijzer 5

2. Symmetrische regulering 5

2.1. Beoordelingskader 5
2.2. Stappen beoordelingskader 7

3. Beoordeling redelijkheid verzoek 7

3.1. Daadwerkelijk benodigde toegang 8
3.2. Reële onderhandelingspogingen 10
3.3. Conclusie redelijkheid verzoek 12

4. Bepaling EPVS 12

4.1. Beoordelingskader 13
4.2. Opbouw netwerk VodafoneZiggo 14
4.3. Is de multitap het EPVS? 16
4.4. Conclusie EPVS 20

5. Beoordeling repliceerbaarheid 21

5.1. Economische (in)efficiëntie van replicatie 21
5.2. Conclusie 23

6. Afweging oplegging verplichtingen 23

6.1. Afweging ACM 23

7. Conclusie 25

7.1. Conclusie afweging oplegging verplichtingen 25

8. Besluit 25

Annex A. Beoordelingskader 27

Telecommunicatiewet 27
Memorie van toelichting 28
Telecomcode 32

Annex B. Replicatietoets 35

Conclusie replicatie 36

1. Inleiding

1.1. Achtergrond en aanleiding

1. Op grond van artikel 6.3 van de Telecommunicatiewet (Tw) kunnen marktpartijen de Autoriteit Consument en Markt (ACM) verzoeken om verplichtingen op te leggen aan ondernemingen met een elektronisch communicatienetwerk als zij dergelijke netwerken niet kunnen repliceren.

2. YouCa B.V. (YouCa) heeft de ACM op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw verzocht[1] om verplichtingen op te leggen aan VodafoneZiggo Group Holding B.V. (VodafoneZiggo), zodat hij op basis van toegang tot het eerste punt van samenkomst (EPVS) op het netwerk van VodafoneZiggo in de gemeente Amsterdam elektronische communicatiediensten kan aanbieden. In haar verzoek heeft YouCa voorts aangegeven dat zij van mening is ook aan de vereisten van het derde en vierde lid van artikel 6.3 van de Tw te voldoen. Zij heeft verzocht om in geval artikel 6.3, eerste lid, van de Tw een onvoldoende grondslag vormt voor het opleggen van verplichtingen, haar in de gelegenheid te stellen haar verzoek aan te vullen. YouCa wil zijn diensten aanbieden in de **[vertrouwelijk]**. VodafoneZiggo is eigenaar van het grootste kabelnetwerk van Nederland met een dekking van circa **[vertrouwelijk]** van de huishoudens. VodafoneZiggo biedt geen netwerktoegang aan andere dienstaanbieders.

1.2. Verloop van de procedure

3. Op 2 juni 2021 heeft YouCa haar verzoek aan de ACM toegestuurd.[2] De ontvangst hiervan heeft de ACM op 2 juni 2021 bevestigd.[3]

4. Op 3 juni 2021 heeft de ACM de niet-vertrouwelijke versie van het verzoek aan VodafoneZiggo toegestuurd en VodafoneZiggo in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze te geven op dit verzoek.[4] VodafoneZiggo heeft op 24 juni 2021 gebruikgemaakt van deze mogelijkheid.[5]

5. Op 6 juli 2021 heeft de ACM YouCa de gelegenheid gegeven om te reageren op de zienswijze van VodafoneZiggo.[6] YouCa heeft op 16 juli 2021 van die gelegenheid gebruikgemaakt.[7]

6. Op 9 juli 2021 is de Industry Group[8] door de ACM geïnformeerd over het verzoek.[9]

7. Bij brieven van 22 juli 2021 heeft de ACM aan zowel VodafoneZiggo als YouCa een informatieverzoek gestuurd.[10] Tevens is VodafoneZiggo in de gelegenheid gesteld om te reageren op de reactie van YouCa van 16 juli 2021.

8. YouCa en VodafoneZiggo hebben op respectievelijk 18 augustus 2021[11] en 26 augustus 2021[12] gereageerd op de informatieverzoeken van de ACM.

[1] ACM/IN/620621.
[2] ACM/IN/620621.
[3] ACM/UIT/556146.
[4] ACM/UIT/556060.
[5] ACM/IN/624491.
[6] ACM/UIT/557916.
[7] ACM/IN/631286.
[8] KPN, Eurofiber, T-Mobile, Cambrium, Enreach, Voiceworks, Colt, Verizon, BCPA, Youfone, Infopact, Euronet, VodafoneZiggo, CAIW, BT, YouCa/Neofiet, NL Ziet, Euronet, Netrebel, Simpel, Jonaz, Freedomnet, NL Connect, Plinq, HGVT.
[9] ACM/UIT/558531.
[10] ACM/UIT/558417 en ACM/UIT/558416.
[11] ACM/IN/640298.
[12] ACM/IN/642771.

9. Bij brief van 15 oktober 2021 heeft de ACM een tweede Informatieverzoek naar VodafoneZiggo gestuurd.[13] Op 29 oktober 2021 heeft VodafoneZiggo gereageerd op dit informatieverzoek.[14]

10. Bij brief van 17 november 2021 heeft de ACM een tweede informatieverzoek naar YouCa gestuurd.[15] Op 10 december 2021 heeft YouCa hierop gereageerd.[16]

11. Per e-mails van 14 en 25 januari 2022 heeft de ACM aanvullende vragen gesteld aan YouCa.[17] Per e-mails van 25 en 28 januari 2022 heeft YouCa hierop gereageerd.[18]

12. Per e-mails van 12 september 2022 heeft de ACM in een informatieverzoek een hypothese over het EPVS ter toetsing voorgelegd bij direct of indirect betrokken private en publieke organisaties en hen in de gelegenheid gesteld hierop een zienswijze te geven en de in het verzoek opgenomen vragen te beantwoorden.[19]

1.3. Leeswijzer

13. Dit besluit ziet op het verzoek van YouCa tot het opleggen van verplichtingen aan VodafoneZiggo op grond van het eerste lid van artikel 6.3 van de Tw. Dit besluit is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 beschrijft het wettelijk kader dat de ACM toepast bij de beoordeling van het verzoek van YouCa. Hoofdstuk 3 van dit besluit gaat in op de vraag of het verzoek van YouCa een redelijk verzoek in de zin van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw is. Hoofdstuk 4 geeft weer wat naar het oordeel van de ACM het EPVS in het netwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam is. Hoofdstuk 5 bevat het oordeel van de ACM over de vraag of er sprake is van replicatiebelemmeringen. Hoofdstuk 6 beschrijft de afweging van de ACM over of er verplichtingen aan VodafoneZiggo moeten worden opgelegd. De conclusie hieruit wordt beschreven in hoofdstuk 7. Hoofdstuk 8 beschrijft het resulterende besluit. Annex A bevat het juridisch kader. Annex B bevat een uiteenzetting van de toets naar replicatiebelemmeringen voor YouCa.

2. Symmetrische regulering

2.1. Beoordelingskader

14. In dit hoofdstuk beschrijft de ACM het wettelijk kader dat zij toepast bij de beoordeling van het verzoek van YouCa. Een meer uitgebreide uiteenzetting van de betreffende teksten uit wet- en regelgeving staat in Annex A van dit besluit.

15. Artikel 6.3 van de Tw is eind 2020 in de wet opgenomen[20] ter implementatie van artikel 61, derde lid, uit richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) (Telecomcode of EECC).[21] Artikel 6.3 van de Tw bevat een nieuwe mogelijkheid tot regulering die ook wel symmetrische regulering wordt genoemd. Op grond van deze nieuwe mogelijkheid kan de ACM toegangsverplichtingen opleggen indien er sprake is van replicatiebelemmeringen. Met replicatie wordt de uitrol van een nieuw aansluitnetwerk bedoeld. Als er in een bepaald gebied

[13] ACM/UIT/562855.
[14] ACM/IN/655770.
[15] ACM/UIT/562856.
[16] ACM/IN/664452.
[17] ACM/UIT/569632 en ACM/UIT/570274.
[18] ACM/IN/673659 en ACM/IN/674292.
[19] ACM/UIT/583495, ACM/UIT/583509, ACM/UIT/583521, ACM/UIT/583518, ACM/UIT/583522, ACM/UIT/583510, ACM/UIT/583513, ACM/UIT/583519, ACM/UIT/583524, ACM/UIT/583511, ACM/UIT/583515, ACM/UIT/583512, ACM/UIT/583517.
[20] Stb. 2020, 199, in werking getreden op 21 december 2020. Kamerstukken II 2019-2020, 35 368.
[21] PbEU 2018, L 321/36.

sprake is van replicatiebelemmeringen, kan de ACM in beginsel verplichtingen opleggen aan alle aanbieders van netwerken in het betreffende gebied. Om deze reden wordt dit nieuwe instrument ook wel aangeduid als symmetrische regulering.[22]

16. De achtergrond van deze nieuwe reguleringsmogelijkheid is als volgt.[23] De uitrol van een nieuw aansluitnetwerk brengt hoge kosten met zich mee. Hierdoor is niet te verwachten dat veel aanbieders een nieuw netwerk, naast de al bestaande netwerken, kunnen uitrollen met als gevolg dat deze aanbieders afhankelijk zijn van toegang tot de bestaande netwerken. Het is daarom van belang dat aanbieders met een eigen netwerk kunnen worden verplicht om toegang te verlenen tot hun netwerk in situaties waarin een toegangsvrager replicatiebelemmeringen heeft en dus geen nieuw aansluitwerknetwerk kan uitrollen. Hierdoor wordt het voor aanbieders zonder (volledig dekkend) netwerk mogelijk om de betreffende eindgebruikers[24] te bereiken en kan de concurrentie toenemen.

17. Symmetrische regulering is een instrument dat aanvullend is op de bestaande mogelijkheden tot regulering van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht, zoals opgenomen in hoofdstuk 6a van de Tw.[25] De verplichtingen die op grond van artikel 6.3 van de Tw kunnen worden opgelegd, zijn grotendeels vergelijkbaar met die uit hoofdstuk 6a. Er is wel een wezenlijk verschil onder welke omstandigheden deze verplichtingen kunnen worden opgelegd. Bij het opleggen van de verplichtingen op basis van artikel 6.3 van de Tw spelen andere criteria een rol dan bij de oplegging van verplichtingen aan een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht. Bij toepassing van artikel 6.3 van de Tw is er geen sprake van een formele marktanalyse zoals voorzien in hoofdstuk 6a, maar gaat het om replicatiebelemmeringen.[26]

18. Het wettelijk kader van symmetrische regulering wordt beheerst door de Telecomcode en de implementatie daarvan in de Tw. Tevens zijn de BEREC[27]-richtsnoeren van belang. BEREC heeft namelijk richtsnoeren opgesteld die zien op de consistente toepassing van artikel 61, derde lid, uit de Telecomcode.[28] De ACM is verplicht om bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden zoveel mogelijk rekening te houden met deze richtsnoeren. Dit blijkt uit artikel 1.3, tweede lid, van de Tw waarin het volgende is bepaald:

"De Autoriteit Consument en Markt houdt bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden zoveel mogelijk rekening met aanbevelingen van de Europese Commissie als bedoeld in artikel 19, eerste lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG, en met door BEREC gegeven adviezen en gemeenschappelijke standpunten, voor zover die aanbevelingen, adviezen en standpunten betrekking hebben op de bij of krachtens deze wet aan de Autoriteit Consument en Markt opgedragen taken of verleende bevoegdheden."

19. Symmetrische regulering kent twee vormen.[29] De eerste vorm staat in artikel 6.3, eerste lid, van de Tw. Op grond van dat artikellid kan de ACM op basis van een redelijk verzoek[30] verplichtingen

[22] Dit is een kenmerkend verschil met het reguleringsinstrument van een markanalyse uit hoofdstuk 6a van de Tw. Op grond van een marktanalyse kan de ACM uitsluitend verplichtingen opleggen aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken als zij beschikken over aanmerkelijke marktmacht.
[23] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 4 e.v.
[24] In artikel 2, onder 14, van de Telecomcode is opgenomen dat het volgende wordt verstaan onder een eindgebruiker: "een gebruiker die geen openbaar elektronischecommunicatienetwerk of voor het publiek beschikbare elektronischecommunicatiediensten aanbiedt." Onder gebruiker wordt volgens artikel 2, onder 13, van de Telecomcode het volgende verstaan: "een natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van of verzoekt om een voor het publiek beschikbare elektronischecommunicatiedienst.".
[25] Kamerstukken II 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 9 e.v.
[26] Randnummer 154 en 164 van de preambule van de Telecomcode.
[27] Body of European Regulators for Electronic Communications.
[28] BEREC Guidelines on the Criteria for a Consistent Application of Article 61 (3) EECC, te raadplegen op deze website: BEREC Guidelines on the Criteria for a Consistent Application of Article 61 (3) EECC (europa.eu).
[29] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 4 e.v.
[30] "Een verzoek kan worden beschouwd als redelijk indien de verzoeker de betreffende kabels of bijbehorende faciliteiten daadwerkelijk nodig heeft voor het aanbieden van diensten. Het verdient de voorkeur als aanbieders zonder overheidsingrijpen

opleggen aan aanbieders met een eigen netwerk om toegang te verlenen tot (a) kabels of bijbehorende faciliteiten binnen gebouwen of, (b) indien het dichtst bij het netwerkaansluitpunt gelegen punt van samenkomst zoals bepaald door de ACM buiten het gebouw ligt, kabels of bijbehorende faciliteiten tot dat EPVS. Als het EPVS buiten een gebouw ligt, markeert het EPVS het punt in het netwerk waar op grond van het eerste lid van artikel 6.3 van de Tw toegang kan worden verkregen door toegangsvragers, als zij het netwerk vanaf dit punt tot de eindgebruiker niet zelf kunnen repliceren. De verplichtingen kunnen worden opgelegd in het geval replicatie van de betreffende netwerkelementen naar het oordeel van de ACM in economische zin inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar is.[31] De verplichtingen kunnen zien op aspecten zoals de te rekenen tarieven, de voorwaarden van toegang en non-discriminatie.[32]

20. De tweede vorm van symmetrische regulering staat in artikel 6.3, derde lid, van de Tw.[33] Op grond van dat artikellid kan de ACM toegangsverplichtingen opleggen voor delen van het netwerk voorbij het EPVS. Bij deze regulering kan dus een punt in het netwerk worden gekozen dat hoger in het netwerk ligt. Hierbij moet het gaan om een punt dat voldoende aansluitingen op eindgebruikers heeft om exploitatie voor een aanbieder haalbaar te maken. Het moet ook gaan om hoge en niet-tijdelijke drempels die ten grondslag liggen aan een bestaande of toekomstige marktsituatie die de concurrentie-uitkomsten voor consumenten in aanzienlijke mate beperkt. De ACM kan in dat geval toegangsverplichtingen opleggen voor een groter deel van het netwerk dan bij toegangsregulering op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw.

2.2. Stappen beoordelingskader

21. Op basis van het bovenstaande beoordelingskader heeft de ACM achtereenvolgens de volgende stappen doorlopen:
    a. Beoordeling van redelijkheid van het verzoek (hoofdstuk 3);
    b. Bepaling van het EPVS, met inachtneming van de BEREC-richtsnoeren (hoofdstuk 4);
    c. Beoordeling van de repliceerbaarheid (hoofdstuk 5);
    d. Afweging opleggen verplichtingen (hoofdstuk 6).

3. Beoordeling redelijkheid verzoek

22. Hierna beoordeelt de ACM het verzoek van YouCa om toegangsverplichtingen op te leggen als bedoeld in artikel 6.3, eerste en tweede lid, van de Tw tot het EPVS op het kabelnetwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam.

23. Voordat het verzoek van YouCa voor een inhoudelijke beoordeling in aanmerking komt, dient de ACM eerst vast te stellen of sprake is van een redelijk verzoek in de zin van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw.

24. Voor de beoordeling van de redelijkheid van het verzoek dient de ACM na te gaan of YouCa belang heeft bij de oplegging van de verplichtingen waarop het verzoek betrekking heeft. Meer specifiek dient YouCa een belang te hebben bij het opleggen van toegangsverplichtingen aan

tot een onderhandelde oplossing komen en artikel 6.1 van de wet voorziet ook in een onderhandelingsverplichting." Zie Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 24.
[31] "Of replicatie fysiek onmogelijk is, is een vraag die afhangt van de situatie ter plaatse. Te denken valt aan situaties waarin er in kabelgoten geen plaats meer is voor extra kabels of kabelgoten of deze goten fysiek ontoegankelijk zijn. Of replicatie economisch inefficiënt is, hangt ervan af of de baten opwegen tegen de kosten. Daarbij is relevant in hoeverre deze kosten door de verzoeker binnen een bedrijfseconomisch aanvaardbare termijn kunnen worden terugverdiend. Er zal naar verwachting niet snel sprake zijn van een efficiënte investering voor een startende aanbieder die met een beperkt aantal eindgebruikers een ongunstige verhouding tussen kosten en baten zal hebben." Zie Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 7.
[32] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 4-5.
[33] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 5 e.v.

VodafoneZiggo tot zijn kabelnetwerk in Amsterdam. Bepalend hiervoor zijn de volgende twee randvoorwaarden:[34]

- YouCa heeft de verzochte toegang tot het kabelnetwerk van VodafoneZiggo daadwerkelijk nodig om zelf diensten aan te bieden; en
- YouCa heeft eerdere reële pogingen gedaan om via onderhandelingen met VodafoneZiggo toegang op vrijwillige basis te verkrijgen.

25. Uit randnummer 70 van de preambule van de Telecomcode volgt dat er behoefte bestaat aan een eenvoudige procedure die op verzoek van elke partij bij het geschil op gang kan worden gebracht. Daarnaast staat in randnummer 191 van de preambule van de Telecomcode dat ondernemingen verplicht zijn om in te gaan op redelijke verzoeken om toegang en dat dergelijke verzoeken alleen kunnen worden afgewezen op basis van objectieve criteria als technische haalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven.

26. De ACM benadrukt dat pas aan de inhoudelijke beoordeling van het verzoek wordt toegekomen, wanneer wordt geconcludeerd dat er sprake is van een redelijk verzoek van YouCa. Het antwoord op de vraag of het verzoek van YouCa voor toewijzing in aanmerking komt, is dan ook niet relevant bij de beoordeling van de redelijkheid van het verzoek. Gelet hierop is de beoordeling van de redelijkheid van het verzoek een 'lichte' toets en is het niet nodig om de business case van de toegangsvrager te onderzoeken.

3.1. Daadwerkelijk benodigde toegang

Standpunt YouCa

27. YouCa geeft aan dat hij op landelijk noch regionaal niveau beschikt over een eigen netwerk[35] waarover hij, zoals beoogd, vast breedband internet met hoge download snelheden kan aanbieden, al dan niet in combinatie met *free to cable*[36] en/of *encrypted* DVB-C.[37] Volgens YouCa heeft hij toegang tot de netwerkelementen van VodafoneZiggo daadwerkelijk nodig, omdat voor YouCa in Amsterdam in de huidige markt zonder deze toegang geen commercieel levensvatbare en concurrerende propositie mogelijk is voor vast internet met hoge download snelheden. YouCa geeft aan dat hij op basis van toegang tot het netwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam een commercieel levensvatbare en concurrerende propositie in de markt kan zetten. Op basis van de toegang tot het EPVS op het netwerk van VodafoneZiggo wenst YouCa aan consumenten in Amsterdam in eerste instantie een bundel aan te bieden van (i) internet en (ii) op DVB-C gebaseerde televisie. YouCa heeft aangegeven dat hij zich heeft gebaseerd op het voorstel dat VodafoneZiggo eerder heeft gedaan in het kader van de implementatie van het WFA-besluit.[38] De regio Amsterdam is volgens YouCa interessant, omdat de keuze voor internetsnelheden daar beperkt is, aangezien er nog weinig tot geen glasvezel is aangelegd.

Zienswijze VodafoneZiggo

28. Volgens VodafoneZiggo is het niet duidelijk wat YouCa precies beoogt met de gevraagde toegang in de zin van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw.[39] VodafoneZiggo heeft aangegeven dat hij de gevraagde toegang ook niet kan plaatsen in het WFA-gerelateerde aanbod, aangezien het WFA-besluit zag op gereguleerde toegang tot de National Head-End. Toegang op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw ziet daar volgens VodafoneZiggo niet op. Volgens VodafoneZiggo is YouCa

[34] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 24 en 39.
[35] ACM/IN/620621, p. 3.
[36] Met *free to cable* worden onversleutelde videodiensten bedoeld.
[37] DVB-C staat voor Digital Video Broadcast Cable.
[38] ACM/IN/619154, p. 4; zie ook het besluit van de ACM 'Marktanalyse Wholesale Fixed Access' van 27 september 2018, ACM/UIT/499799.
[39] ACM/IN/624491, p. 1.

onduidelijk over de aard en inhoud van zijn verzoek en haalt hij in zijn verzoek drie vormen van toegang door elkaar. Het verzoek is daarmee volgens VodafoneZiggo onduidelijk en innerlijk tegenstrijdig. Verder meent VodafoneZiggo dat YouCa er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat er voldoende noodzaak van toegang tot de netwerkelementen tot het EPVS bestaat. Volgens VodafoneZiggo verwart YouCa zijn eigen wensen en voorkeuren op retailniveau met objectieve replicatiebelemmeringen ten aanzien van kabels binnen specifieke gebouwen of kabels direct buiten specifieke gebouwen. Er bestaat volgens VodafoneZiggo onder artikel 6.3, eerste lid, van de Tw geen grondslag voor het toewijzen van een vorm van netwerktoegang die ziet op de wens van een partij om toe te treden op retailniveau. Het is volgens VodafoneZiggo niet aan de ACM om de toetredingswensen van YouCa uit te werken. Dat er geen alternatieve mogelijkheden zouden bestaan voor netwerktoegang of eigen netwerkuitrol in Amsterdam voor de beoogde retailpropositie van YouCa, is volgens VodafoneZiggo niet onderbouwd. Volgens VodafoneZiggo kan YouCa ook zonder kabeltoegang actief worden op de markt voor vaste telecomdiensten. YouCa heeft volgens VodafoneZiggo dan ook het oogmerk om te '*freeriden*' op de investeringen die VodafoneZiggo in zijn netwerk en dienstverlening heeft gedaan zonder zelf te investeren in infrastructuur, dienstenpakketten, klantenbasis of anderszins.[40]

Beoordeling ACM

29. Voor de beantwoording van de vraag of YouCa de verzochte toegang daadwerkelijk nodig heeft om zelf diensten te kunnen aanbieden is, zoals in de MvT is aangegeven, "*van belang of het verzoek betrekking heeft op netwerkelementen die de verzoeker daadwerkelijk nodig heeft om zelf diensten aan te kunnen bieden*". De ACM is van oordeel dat YouCa de verzochte toegang tot het kabelnetwerk van VodafoneZiggo daadwerkelijk nodig heeft om telecomdiensten aan te kunnen bieden zoals hij voor ogen heeft. Volgens de ACM maakt artikel 6.3, eerste lid, van de Tw geen onderscheid in de toetredingswensen op retailniveau zoals VodafoneZiggo stelt.

30. VodafoneZiggo stelt dat het niet duidelijk is welke vorm van toegang YouCa wenst te verkrijgen. Gelet op de correspondentie blijkt echter dat YouCa meermalen heeft aangegeven welke propositie hem voor ogen staat. De ACM volgt VodafoneZiggo dan ook niet in zijn stelling dat het verzoek onduidelijk en innerlijk tegenstrijdig is. Voor zover replicatie niet mogelijk is, staat het voor de ACM vast dat YouCa de verzochte toegang tot het netwerk van VodafoneZiggo daadwerkelijk nodig heeft om zelf diensten aan te bieden aan eindgebruikers. De ACM volgt de stelling van VodafoneZiggo niet dat YouCa wil '*freeriden*', aangezien YouCa zelf aanzienlijk moet gaan investeren in infrastructuur en apparatuur om de beoogde diensten aan te kunnen bieden.

31. Daarnaast is de ACM van oordeel dat het aan YouCa is om te bepalen hoe hij de markt wil betreden. Een toetreder mag immers zelf beslissen welk netwerk het meest geschikt is om de gewenste retaildiensten aan te bieden. Het verzoek van YouCa ziet op toegang tot het hybride glasvezel/coax-netwerk (HFC-netwerk) van VodafoneZiggo in Amsterdam op grond van artikel 6.3, eerste lid van de Tw. YouCa wil vast breedband internet met hoge downloadsnelheden gaan aanbieden, al dan niet in combinatie met free to cable en/of encrypted DVB-C. Het snelheidsprofiel dat YouCa wil aanbieden varieert van downloadsnelheden van **[vertrouwelijk]** Mbit/s.[41] Het gewenste snelheidsprofiel van YouCa is niet in heel Amsterdam mogelijk op het netwerk van KPN, nu KPN in Amsterdam slechts een dekkend kopernetwerk aanbiedt. VodafoneZiggo biedt internet aan via een coax-netwerk, dat veel sneller is dan het kopernetwerk van KPN. KPN biedt namelijk een downloadsnelheid op het kopernetwerk in Amsterdam van maximaal 100-200 Mbit/s[42], waar VodafoneZiggo op het coax-netwerk maximaal **[vertrouwelijk]** Mbit/s biedt. Ten tijde van het verzoek van YouCa is geen dekkend glasvezelnetwerk aanwezig in Amsterdam. Uit het bovenstaande blijkt dat YouCa het coax-netwerk

[40] ACM/IN/624491, p. 2, 4, 5, 7-9.
[41] ACM/IN/619154, p. 4.
[42] Glasvezel of kabel/koper? Wat is het verschil? (kpn.com).

van VodafoneZiggo daadwerkelijk nodig heeft voor de diensten die hij wil leveren, te weten internet en tv-zenders.

3.2. Reële onderhandelingspogingen

Standpunt YouCa

32. YouCa geeft aan dat hij over de afgelopen jaren herhaaldelijk pogingen heeft gedaan om met VodafoneZiggo tot een inhoudelijk gesprek te komen over de mogelijkheid van (vrijwillige) toegang. Hiervoor verwijst YouCa naar een overzicht van de gesprekken die hierover met VodafoneZiggo zijn gevoerd.[43] Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen het WFA-besluit[44] en artikel 6.3 van de Tw. Na de inwerkingtreding van het WFA-besluit heeft YouCa gesprekken gevoerd met VodafoneZiggo over een toegangsaanbod. Volgens YouCa heeft VodafoneZiggo hem ten tijde van het WFA-besluit als serieuze toetreder erkend. YouCa verwijst daarbij naar de '*first come, first serve*-brief' van VodafoneZiggo waarin staat dat VodafoneZiggo het '*first come first serve*'-principe zou hanteren in het kader van de opgelegde verplichtingen in het WFA-besluit. Daarbij is aangegeven dat YouCa de eerste toegangsvrager was die zich bij VodafoneZiggo had gemeld. Na de vernietiging van het WFA-besluit heeft VodafoneZiggo zijn aanbod ingetrokken.[45]

33. Begin 2021 heeft YouCa opnieuw contact gezocht met VodafoneZiggo vanwege de inwerkingtreding van artikel 6.3 van de Tw. Volgens YouCa zijn de gesprekken niet op gang gekomen, omdat VodafoneZiggo meende dat niet aan de (rand)voorwaarden voor een zinvol overleg zou zijn voldaan. Na enkele maanden zijn de gesprekken gestokt en heeft YouCa zich tot de ACM gewend met het verzoek een besluit te nemen in de zin van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw.[46] YouCa geeft aan dat hij commerciële/bedrijfsgevoelige informatie aan VodafoneZiggo heeft vrijgegeven in een poging om tot een inhoudelijk gesprek te komen. Volgens YouCa heeft hij in de recente gesprekken duidelijk omschreven welke propositie hem voor ogen staat en heeft hij zich gebaseerd op het voorstel dat VodafoneZiggo eerder heeft gedaan in het kader van de implementatie van het WFA-besluit. YouCa heeft aangegeven dat hij richting VodafoneZiggo heeft benadrukt bereid te zijn tot een vorm van toegang die zo min mogelijk belastend is voor VodafoneZiggo.[47]

Zienswijze VodafoneZiggo

34. VodafoneZiggo geeft aan dat er in de afgelopen jaren bij tijd en wijle contact is geweest tussen YouCa en VodafoneZiggo, maar dat het contact uitsluitend heeft plaatsgevonden in directe relatie tot (mogelijke) reguleringsinitiatieven van de ACM die op dat moment aan de orde waren. VodafoneZiggo heeft aangegeven dat YouCa opnieuw toenadering heeft gezocht tot VodafoneZiggo vanwege de inwerkingtreding van artikel 6.3 van de Tw aan het einde van 2020.[48]

35. Volgens VodafoneZiggo heeft YouCa van begin af aan de bal bij VodafoneZiggo gelegd om suggesties en voorstellen te formuleren die de plannen van YouCa zouden kunnen faciliteren middels een vorm van netwerktoegang bij VodafoneZiggo. Daarbij heeft VodafoneZiggo om additionele informatie gevraagd over de plannen van YouCa, maar daar heeft YouCa volgens VodafoneZiggo geen gehoor aan gegeven. Volgens VodafoneZiggo verschuilde YouCa zich achter het gegeven dat de contactpersonen bij VodafoneZiggo niet de juiste kwalificaties hadden voor verder overleg en gebrek aan kennis hadden over de configuratie van het netwerk van

[43] ACM/IN/620621, p. 3 en bijlage 4.
[44] 'Marktanalyse Wholesale Fixed Access' van 27 september 2018, ACM/UIT/499799.
[45] ACM/IN/620621, p. 2 en 3.
[46] ACM/IN/620621, p. 3 en 4.
[47] ACM/IN/620621, p. 3 en 4.
[48] ACM/IN/624491, p. 2 en 3.

VodafoneZiggo. Als gevolg hiervan is volgens VodafoneZiggo een betekenisvol overleg tussen YouCa en VodafoneZiggo uiteindelijk niet tot stand gekomen. VodafoneZiggo verwijst daarbij naar dezelfde correspondentie als YouCa.[49]

36. Naar aanleiding van de netwerktoegang die in het WFA-besluit was opgelegd, zijn volgens VodafoneZiggo gesprekken gevoerd met YouCa. VodafoneZiggo heeft destijds met een beperkt aantal belangstellende partijen verkennend gesproken over de gereguleerde toegangsvorm. VodafoneZiggo geeft aan dat hij YouCa niet als 'serieuze toetreder' heeft erkend, maar dat hij in het kader van de implementatie van het WFA-besluit had aangegeven dat de eerste partij die zich zou melden in beginsel ook als eerste gereguleerde toegang zou kunnen verkrijgen. Volgens VodafoneZiggo kan YouCa in zijn huidige verzoek niet refereren aan gesprekken die zijn gevoerd in het kader van de implementatie van het WFA-besluit. Het is volgens VodafoneZiggo aan YouCa om hem van voldoende informatie te voorzien om het verzoek te kunnen begrijpen en te beoordelen, omdat VodafoneZiggo geen netwerktoegang aan derden verleent en YouCa geen telecomdiensten aanbiedt.[50]

37. Het verzoek van YouCa is volgens VodafoneZiggo prematuur, onvolledig en onduidelijk, waardoor YouCa niet ontvankelijk is als verzoeker. VodafoneZiggo verzoekt de ACM om het verzoek niet in behandeling te nemen. Volgens VodafoneZiggo kan YouCa niet aangemerkt worden als een partij waarop artikel 6.3, eerste lid, van de Tw ziet, omdat hij geen enkele vorm van telecominfrastructuur exploiteert en ook niet geregistreerd staat als telecomaanbieder. Het verzoek van YouCa is volgens VodafoneZiggo zelfs in directe strijd met de publieke belangen die de Telecomcode beoogt te behartigen. VodafoneZiggo doelt hiermee op duurzame concurrentie op het netwerk. De ACM dient volgens VodafoneZiggo eerst de vraag te beantwoorden of YouCa wel een (ontvankelijk) verzoek kan doen in de zin van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw.[51]

38. VodafoneZiggo verzoekt de ACM om het verzoek niet in behandeling te nemen, omdat YouCa volgens hem niet-ontvankelijk is in zijn verzoek omdat hij geen telecomaanbieder is en geen telecominfrastructuur exploiteert. Dit druist volgens VodafoneZiggo in tegen artikel 6.3, eerste lid, van de Tw en de Telecomcode.

Beoordeling ACM

39. Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een redelijk verzoek van YouCa is het uitgangspunt dat de partijen voorafgaand aan het verzoek hebben onderhandeld over vrijwillige toegang tot het netwerk van VodafoneZiggo. Tevens is voor de bepaling van de redelijkheid van belang dat beide partijen gehoord zijn.[52]

40. Zowel YouCa als VodafoneZiggo hebben bevestigd dat zij al een lange periode met elkaar in gesprek zijn over de toegang tot het netwerk van VodafoneZiggo. Dit volgt tevens uit de overgelegde stukken. Beide partijen verwijzen daarnaast naar de gesprekken die zijn gevoerd in het kader van het WFA-besluit. Na de vernietiging van het WFA-besluit zijn deze gesprekken door VodafoneZiggo stopgezet. YouCa heeft vervolgens na de inwerkingtreding van artikel 6.3 van de Tw getracht om weer met VodafoneZiggo in gesprek te komen. Omdat het verzoek volgens VodafoneZiggo niet duidelijk was, zijn deze gesprekken vastgelopen. YouCa heeft aangegeven het aanbod van VodafoneZiggo ten tijde van het WFA-besluit als uitgangspunt te willen nemen, maar ook bereid te zijn tot een voor VodafoneZiggo zo min mogelijk belastende vorm van toegang.

[49] ACM/IN/624491, p. 2 en 3.
[50] ACM/IN/624491, p. 3 en 4.
[51] ACM/IN/624491, p. 5-7.
[52] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 24 en 39.

41. Uit het dossier blijkt dat de partijen verschillende gesprekken hebben gevoerd, maar dat de gesprekken zijn vastgelopen. De ACM heeft op grond van het bovenstaande geen reden om aan te nemen dat YouCa deze gesprekken niet serieus zou hebben gevoerd. Doel was om daadwerkelijk tot commerciële afspraken met VodafoneZiggo te komen over (vrijwillige) toegang. VodafoneZiggo heeft in zijn zienswijze naar het oordeel van de ACM geen feiten en omstandigheden naar voren gebracht waarmee het tegendeel is aangetoond. De ACM is van oordeel dat het verzoek van YouCa niet prematuur, onvolledig of onduidelijk is en meent dat, anders dan VodafoneZiggo stelt, YouCa ontvankelijk is in zijn verzoek. Het niet hebben van telecominfrastructuur zoals VodafoneZiggo aanvoert,[53] doet daar niet aan af, aangezien een nieuwkomer op de markt ergens moet beginnen. In de memorie van toelichting (MvT) bij artikel 6.3 van de Tw staat dan ook het volgende: "*Dit nieuwe instrument ziet op de situatie waarin er belemmeringen zijn voor replicatie van netwerken. Door in zo'n situatie via toegangsverplichtingen de hoge toetredingsbarrières te verlagen, wordt het mogelijk voor dienstenaanbieders om de betreffende eindgebruikers te bereiken en kan de concurrentie toenemen.*"[54] Daarnaast staat er in de MvT het volgende: "*Er zal naar verwachting niet snel sprake zijn van een efficiënte investering voor een startende aanbieder die met een beperkt aantal eindgebruikers een ongunstige verhouding tussen kosten en baten zal hebben.*"[55] Uit deze passages uit de MvT blijkt dat ook een startende aanbieder een beroep kan doen op artikel 6.3 van de Tw. De ACM is van oordeel dat YouCa reële pogingen heeft gedaan om via onderhandelingen met VodafoneZiggo op vrijwillige basis toegang te verkrijgen.

3.3. Conclusie redelijkheid verzoek

42. Op grond van het voorgaande concludeert de ACM dat YouCa met zijn verzoek voldoet aan de twee randvoorwaarden die zien op de redelijkheid van een verzoek. Volgens de ACM heeft YouCa de verzochte netwerktoegang daadwerkelijk nodig om diensten te kunnen aanbieden aan eindgebruikers. Het is aan YouCa om te bepalen hoe hij de markt wil betreden. Uit het gewenste snelheidsprofiel dat YouCa wil aanbieden, blijkt dat hij het coax-netwerk van VodafoneZiggo daadwerkelijk nodig heeft. Daarnaast heeft YouCa reële pogingen ondernomen om via onderhandelingen met VodafoneZiggo netwerktoegang te krijgen op vrijwillige basis. Het verdient de voorkeur als aanbieders zonder overheidsingrijpen tot een onderhandelde oplossing komen en artikel 6.1 van de Tw schrijft daarin ook een onderhandelingsverplichting voor. Nu de onderhandelingen tussen YouCa en VodafoneZiggo geen resultaat hebben gehad, heeft YouCa de ACM verzocht om op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw verplichtingen op te leggen. Uit het voorgaande volgt dat YouCa belang heeft bij zijn verzoek om toegangsverplichtingen op het kabelnetwerk van VodafoneZiggo op te leggen om diensten aan te kunnen bieden. De ACM merkt het verzoek van YouCa dan ook aan als een redelijk verzoek in de zin van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw.

4. Bepaling EPVS

43. Nu in het voorgaande hoofdstuk is bepaald dat het toegangsverzoek van YouCa redelijk is, zal in dit hoofdstuk worden vastgesteld wat naar het oordeel van de ACM het EPVS in het netwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam is.

44. In de Telecomcode wordt met het punt van samenkomst of distributie gedoeld op het punt in een netwerk waar aansluitingen van eindgebruikers samenkomen en van waaruit de netwerkaanbieder zorg draagt voor de distributie van signalen naar de eindgebruikers toe. Waar het eerste punt van samenkomst is gelegen, vergt een zorgvuldige beoordeling aan de hand van de feitelijke

[53] ACM/IN/624491.
[54] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 4.
[55] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 7.

kenmerken van de onderzochte netwerken en aan de hand van richtsnoeren van BEREC.[56] In paragraaf 4.1 wordt het beoordelingskader geschetst. Daarna wordt in paragraaf 4.2 een uiteenzetting gegeven van de opbouw van het netwerk van VodafoneZiggo. Vervolgens beoordeelt de ACM in paragraaf 4.3 of de multitap in dit geval is aan te merken als EPVS. Paragraaf 4.4 bevat de conclusie van dit hoofdstuk.

4.1. Beoordelingskader

45. Zoals ook hiervoor in paragraaf 2.1 al kort uiteengezet baseert de ACM om te bepalen wat het EPVS is zich op artikel 61, derde lid, van de Telecomcode en artikel 6.3 van de Tw. Bij het toepassen van artikel 6.3 van de Tw, is het vaststellen van het zogenaamde “eerste punt van samenkomst” (in dit besluit ook aangeduid met ‘EPVS’) het vertrekpunt. Artikel 6.3, eerste lid, van de Tw luidt als volgt:

> *“De Autoriteit Consument en Markt kan met het oog op de doelstellingen, bedoeld in artikel 3, tweede en vierde lid, van richtlijn (EU) 2018/1972, op een redelijk verzoek verplichtingen opleggen om toegang te verlenen tot:*
>
> *a. kabels of bijbehorende faciliteiten binnen gebouwen of,*
>
> *b. indien het dichtst bij het netwerkaansluitpunt gelegen punt van samenkomst zoals bepaald door de Autoriteit Consument en Markt buiten het gebouw ligt, kabels of bijbehorende faciliteiten tot dat eerste punt van samenkomst,*
>
> *indien naar haar oordeel replicatie van die kabels of bijbehorende faciliteiten economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar is, welke verplichtingen kunnen worden opgelegd aan een aanbieder van elektronische communicatienetwerken of de bijbehorende faciliteiten of aan een rechthebbende van de kabels of de bijbehorende faciliteiten.”*

46. Het EPVS markeert het punt in het netwerk waar, op grond van het eerste lid van artikel 6.3 van de Tw, toegang kan worden verkregen door toegangsvragers als zij het netwerk vanaf dit punt tot de eindgebruiker niet zelf kunnen repliceren. De Nederlandse wetgever heeft geen verdere invulling gegeven aan het beoordelingskader, waardoor de ACM het bepalen van het EPVS afleidt uit de letterlijke tekst van de wet, de Telecomcode en de uitleg van BEREC. Het uitgangspunt van de ACM is dat het EPVS zo dicht mogelijk bij de eindgebruiker dient te liggen.

47. In de Telecomcode staat dat van BEREC wordt verwacht dat zij, na raadpleging van de belanghebbenden en in nauwe samenwerking met de Commissie, richtsnoeren vaststelt inzake gemeenschappelijke benaderingen betreffende het bepalen van het netwerkaansluitpunt in verschillende netwerktopologieën, teneinde bij te dragen aan een consistente omschrijving van de locatie van netwerkaansluitpunten door de nationale regelgevende instanties. De nationale regelgevende instanties houden zoveel mogelijk rekening met die richtsnoeren bij de omschrijving van de locatie van netwerkaansluitpunten.[57]

48. Ook de MvT verwijst in dit kader naar de BEREC-richtsnoeren: “*Waar het eerste punt van samenkomst is gelegen, vergt een zorgvuldige beoordeling aan de hand van de feitelijke kenmerken van de onderzochte netwerken en aan de hand van richtsnoeren van BEREC.”*[58]

49. In de BEREC- richtsnoeren wordt aangegeven dat het EPVS zo dicht mogelijk bij de eindgebruiker moet worden bepaald. In randnummer 24 van de richtsnoeren staat hierover het volgende:

[56] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 40.
[57] Artikel 22, lid 7, van de Telecomcode.
[58] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 40.

"*Thus, the EECC indicates that the first concentration or distribution point should be located close to the end-user, if feasible. However, it could be farther away from the end-user, where an NRA cannot identify an accessible concentration or distribution point close to the end-user.*"

50. Daarnaast bepalen de BEREC-richtsnoeren ook dat het EPVS toegankelijk moet zijn en er voldoende ruimte aanwezig moet zijn voor de apparatuur voor de toegangsvrager.[59] Bovendien moet de locatie van het EPVS toegankelijk zijn voor de toegangsvrager zelf.[60] Ook moet het EPVS toegankelijk zijn, of toegankelijk zijn te maken, zonder onredelijke inspanning van de eigenaar van het netwerk of de toegangsvrager.[61]

4.2. Opbouw netwerk VodafoneZiggo

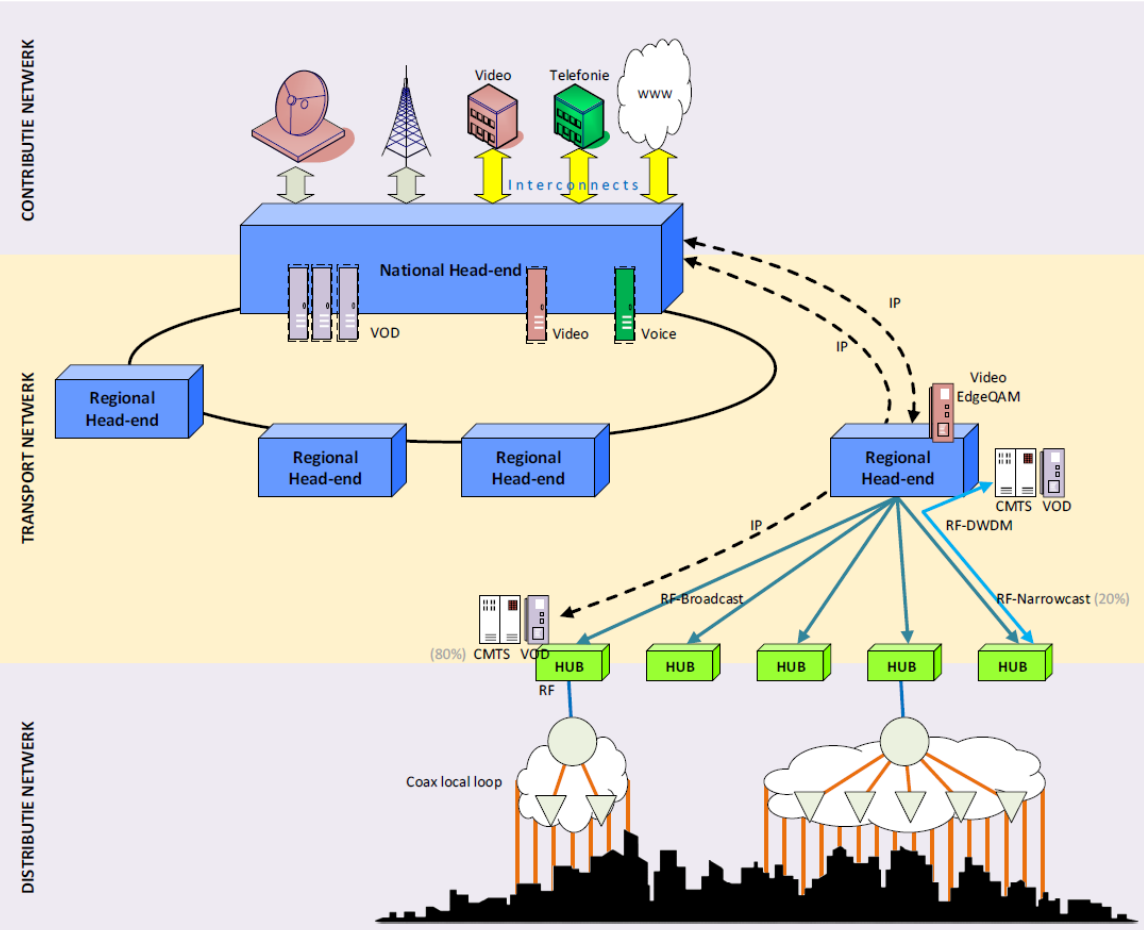
51. Om vast te stellen wat het EPVS is in het netwerk van VodafoneZiggo, is het relevant om eerst een korte beschrijving van dit netwerk te geven. Het netwerk van VodafoneZiggo is een hybride glasvezel/coax-netwerk (HFC[62]-netwerk), waarbij de aansluiting voor de eindgebruiker bestaat uit een coax-aansluiting (Abonnee Overname Punt, AOP). Van oorsprong is het HFC-netwerk een distributienetwerk voor radio- en televisiesignalen, maar het wordt tegenwoordig ook gebruikt voor het leveren van breedband-internetdiensten en telefoniediensten.

52. Het HFC-netwerk van VodafoneZiggo kenmerkt zich door de volgende netwerkopbouw (bezien vanaf de eindgebruiker):

- Netwerkaansluitpunt (in huis): Punt waar het kabelmodem op wordt aangesloten.
- Multitap/eindversterker locatie: Multitaps verdelen de signalen en de eindversterkers versterken de signalen naar de individuele eindgebruikers.
- Groepsversterker locatie: Groepsversterkers (*group amplifiers*) versterken de signalen en verdelen die naar de onderliggende eindversterkers.
- Fiber Node: Fiber Nodes zijn straatkasten waarin de optische signalen voor transmissie via glasvezels worden omgezet naar elektrische signalen voor transmissie via coaxkabels, en andersom.
- LC Hub locatie: Op deze locaties worden de signalen van de verschillende diensten samengevoegd en via glasvezel naar de Fiber Nodes richting de aansluitingen verstuurd die onder een Hub hangen (en andersom worden de datastromen vanaf de aansluitingen naar de verschillende diensten geleid). Deze locaties worden ook wel Local Center (LC) genoemd. In de LC Hub locatie bevinden zich CMTS'en.[63] CMTS'en zijn de centrale units die het internet access dataverkeer van kabelmodems afhandelen.
- Regional Head-End locatie: Deze Regional Head-Ends zijn het middelpunt van het regionale netwerk.
- National Head-End locatie: De twee National Head-Ends zijn het logische middelpunt van het nationale netwerk.

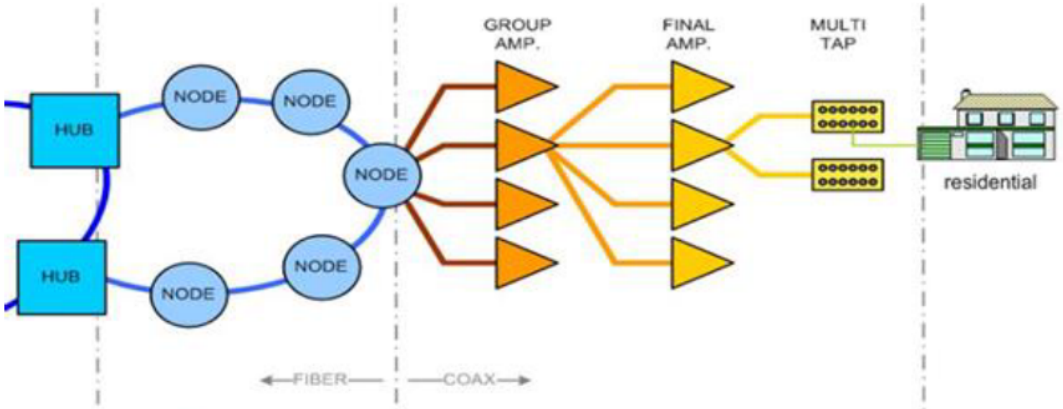
[59] Randnummer 32 van de BEREC- richtsnoeren.
[60] Randnummer 34 van de BEREC-richtsnoeren.
[61] Randnummer 39 van de BEREC-richtsnoeren.
[62] Hybrid Fiber Coax.
[63] Cable Modem Termination System.

In de navolgende figuren wordt dit netwerk weergegeven.



Afbeelding 1: Structuur van het HFC-netwerk van VodafoneZiggo

53. Op Afbeelding 1 is te zien dat het HFC-netwerk van VodafoneZiggo een hiërarchische structuur kent. Hierbij worden drie hoofdniveaus onderscheiden, te weten de National Head-end locatie, de Regional Head-End locatie en de LC Hub locatie.



Afbeelding 2: Het netwerk van VodafoneZiggo van de Hubs tot de eindgebruiker

Op Afbeelding 2 is het distributienetwerk van VodafoneZiggo vanaf de LC Hub locatie tot aan de eindgebruiker te zien. Het distributienetwerk is als volgt opgebouwd: LC Hub locatie, Fiber Node,

Groepsversterker locatie, eindversterker locatie, de multitap-locatie en tot slot het abonnee overname punt (in huis).

4.3. Is de multitap het EPVS?

54. Het eerste concentratiepunt gezien vanaf de eindgebruiker is de multitap. Op dat punt komen individuele aansluitkabels samen en hier worden de signalen van meerdere eindgebruikers op een coaxkabel samengevoegd. Dit betekent dat de multitaplocatie de enige locatie in het VodafoneZiggo-netwerk is waar mogelijk fysiek ontbundelde toegang kan worden afgenomen. Hoger in het netwerk worden alle verbindingen namelijk door meerdere eindgebruikers gedeeld en is fysieke kabelontbundeling dus niet mogelijk. Een andere vorm van ontbundeling is op de multitap-locaties niet mogelijk door het ontbreken van de benodigde apparatuur. In Amsterdam bevinden zich **[vertrouwelijk]** multitap-locaties welke **[vertrouwelijk]** aansluitingen bevatten.

Afbeelding 3: Multitap locatie van VodafoneZiggo

55. Op Afbeelding 3 is een multitap-locatie te zien. De multitap bevindt zich in dit geval in een grijs metalen kastje ter grootte van een kleine reiskoffer met een slot er op. De kastjes staan vaak aan de zijkant van een voetgangerspad of op een stoep tegen een muur. Dit is de reden dat de multitap ook ‘straatkast’ wordt genoemd. Ook wordt de multitap eindversterker genoemd, omdat het splitsen en versterken van het signaal op dezelfde locatie wordt gedaan.

56. VodafoneZiggo stelt zich op het standpunt dat de multitap-locatie het EPVS is op zijn netwerk. Volgens VodafoneZiggo is toegang tot de coax-aansluiting fysiek mogelijk en zijn de multitap-locaties (straatkasten) toegankelijk te maken voor YouCa.

57. De ACM stelt vast dat de multitap voldoet aan de wettelijke eis uit de Tw,[64] namelijk dat het EPVS zo dicht mogelijk bij het netwerkaansluitpunt gelegen dient te zijn aangezien dit het eerste punt is bezien vanaf de eindgebruiker waar kabels samenkomen.

BEREC-richtsnoeren

58. Hieronder worden de overige criteria voor het bepalen van het EPVS volgens de BEREC-richtsnoeren doorgelopen en besproken.

A. Het punt moet toegankelijk zijn en er moet voldoende ruimte aanwezig zijn voor de apparatuur voor de toegangsvrager (randnummer 32 van de richtsnoeren)

“Accessibility requires an accessible and manageable distribution facility to allow the establishment of a connection between the access seeker’s network and the

[64] Artikel 6.3, eerste lid, van de Tw.

> *network infrastructure of the owner of the network. This facility should have enough space to allow access seekers to perform technical operations. It could be located in the basement of a building, in a street cabinet or in any similar suitable facility. Accessibility is less likely to be fulfilled if the access point is buried under ground and is not easily accessible via e.g. manholes. The access point should continuously allow the execution of standard operations requiring physical access (e.g. maintenance). A suitable facility for the first concentration or distribution point should allow access seekers reasonable flexibility in their technological choices and enable them to host their equipment at this point, e.g. optical splitters."*

59. VodafoneZiggo is van mening dat de huidige multitap-locatie behuizing onvoldoende plaats biedt voor een toegangsvrager om zijn eigen apparatuur daarin te huisvesten; daarentegen is VodafoneZiggo wel van mening dat de multitap het EPVS is. VodafoneZiggo is van mening dat de multitap toegankelijk is te maken voor een toegangsvrager, maar dan moet er extra ruimte gemaakt worden op de multitap-locatie. Om toegang af te nemen op de multitap, moet de toegangsvrager volgens VodafoneZiggo een eigen behuizing met multitap naast de multitap-behuizing van VodafoneZiggo plaatsen. Aangezien de multitap-locatie geen *patchpanel* (een systeem dat op een ordelijke manier verschillende kabels met elkaar verbindt) heeft, zouden de kabels van de eindgebruikers direct op een koppelkabel van YouCa moeten worden aangesloten. Als een klant van YouCa zou moeten worden aangesloten, zou een monteur van VodafoneZiggo de aansluitkabel moeten loskoppelen van de multitap van VodafoneZiggo en koppelen met een koppelkabel aan de multitap van YouCa. Dit betekent dat de toegangsvrager zelf niet de koppelkabels kan aansluiten en hiervoor altijd afhankelijk is van VodafoneZiggo, aldus VodafoneZiggo.

60. Uit de BEREC-richtsnoeren volgt dat het EPVS zonder onredelijke inspanning van de netwerkeigenaar VodafoneZiggo toegankelijk gemaakt moet kunnen worden.[65] VodafoneZiggo geeft in zijn zienswijze aan dat de multitap-locaties toegankelijk gemaakt kunnen worden.[66]

61. De ACM meent dat de multitap als EPVS te verenigen is met randnummer 32 van de richtsnoeren. Waar de huidige multitap-behuizingen te klein zijn om extra apparatuur te herbergen, kunnen deze locaties worden uitgebreid en kan een nieuwe kast of extra kast worden geplaatst om de apparatuur van YouCa te huisvesten.

B. Op het punt moeten eenvoudig los te halen stekkers zijn als het gaat om fysieke ontbundeling (randnummer 33 van de richtsnoeren)

> *"Accessibility usually requires detachable connections (such as patch fields or plug connections) and is more likely to be fulfilled if cutting and splicing is possible without unreasonable effort by the ECN provider or network owner."*

62. Als er toegang wordt afgenomen op de multitap-locatie, is fysieke ontbundeling mogelijk. De kabels naar de eindgebruikers zitten met makkelijk los te halen connectoren vast aan de multitap. Als VodafoneZiggo een eindgebruiker afsluit, haalt hij deze kabel los. Gelet hierop zijn er op de multitap-locaties eenvoudig los te halen stekkers.

63. Een patchpanel is niet aanwezig in de huidige multitaps, maar met goede documentatie en labels zouden de **[Vertrouwelijk]** kabels goed beheerd kunnen worden.

64. De ACM meent dat de multitap als EPVS te verenigen is met randnummer 33 van de richtsnoeren.

[65] Randnummer 33 van de BEREC-richtsnoeren.
[66] ACM/IN/624491, p. 13.

C. De locatie van het EPVS moet eenvoudig toegankelijk zijn voor de toegangsvrager zelf, ook als het EPVS in een gebouw ligt dat niet van de netwerkeigenaar is (randnummer 34 van de richtsnoeren)

> *"If a concentration or distribution point under consideration is located inside a building (e.g. in the basement of a multi-dwelling building), the existence and extent of difficulties for access seekers to regularly enter the building should be assessed. Differences in accessibility in this regard may arise if the owner of the network in a building does not coincide with the owner of the building. If there are major difficulties to enter or access a building, NRAs should determine an access point outside a building."*

65. Multitap-locaties bevinden zich grotendeels op publieke grond. VodafoneZiggo heeft aangegeven dat hij YouCa geen zelfstandige toegang wil verlenen tot de multitap-locaties op publieke grond. VodafoneZiggo wil de toegangsvrager slechts toegang verlenen via een monteur van VodafoneZiggo, waardoor het gelet op randnummer 34 van de BEREC-richtsnoeren lastig wordt voor YouCa om regelmatig toegang te krijgen tot de multitap-locaties, omdat hiervoor constante afstemming met VodafoneZiggo is vereist.

66. De ACM is van mening dat de toegang tot deze kasten voor YouCa op een ordentelijke manier contractueel geregeld kan worden.

67. De ACM meent dat de multitap als EPVS te verenigen is met randnummer 34 van de BEREC-richtsnoeren. Dit criterium houdt namelijk in dat de locatie eenvoudig toegankelijk moet zijn voor YouCa. De kasten staan grotendeels op publieke grond en de toegang tot in de kast kan contractueel geregeld worden.

68. Daarnaast moet er volgens de BEREC-richtsnoeren ook rekening worden gehouden met de volgende punten:

i. De lokale context, planologie en veiligheid (randnummer 35 van de richtsnoeren):

> *"Accessibility of access points inside or outside buildings may also be altered by legal and administrative constraints exogenous to telecom regulation relating to national and regional contexts, such as urban planning rules or safety standards. Such constraints should be taken into account by NRAs when determining the first concentration or distribution point."*

69. VodafoneZiggo geeft aan dat de huidige multitap-behuizing te weinig ruimte biedt voor toegangsvragers om eigen apparatuur te plaatsen. Om toch deze apparatuur te kunnen huisvesten, zou de behuizing moeten worden vergroot of zou er behuizing naast de reeds bestaande multitap moeten worden geplaatst.

70. In verband met van randnummer 35 van de BEREC-richtsnoeren heeft de ACM contact gehad met de gemeente Amsterdam over het bestaande beleid en/of de regelgeving ten aanzien van de mogelijkheid om de aanwezige multitaps te vergroten of om ernaast een extra multitap te plaatsen van dezelfde grootte, gelet op de lokale context, planologie en veiligheid.

71. De gemeente Amsterdam heeft per e-mail[67] aangegeven dat in de Amsterdamse verordening en Nadere Regels Werken In de Openbare Ruimte (WIOR) is opgenomen dat bovengrondse voorzieningen goed moeten worden ingepast in de openbare ruimte. Dat betekent onder meer dat deze voorzieningen vooral inpandig, ondergronds, in medegebruik of met specifiek materiaal gebruik/vormgeving moeten worden aangebracht. VodafoneZiggo en de gemeente Amsterdam

[67] ACM/IN/734510.

hebben aangegeven dat de multitap-locaties zich grotendeels in druk bebouwde omgevingen bevinden. Bij het bepalen van het EPVS houdt de ACM er dan ook rekening mee dat er beperkingen kunnen gelden die in het kader van de lokale context, planologie en veiligheid die worden opgelegd in gemeentelijke regelgeving en bestuurlijke maatregelen.

72. Het gebruik en de kwaliteit van de openbare ruimte, zoals doorgang voor voetgangers, verkeersveiligheid, zichtlijnen, beschermd stadsgezicht of monument, mag niet verslechteren ten gevolge van de multitap. Ook het beheer, zoals bijvoorbeeld het verwijderen van graffiti, is daarbij belangrijk. De bovenstaande voorschriften worden meegenomen bij het nemen van het instemmingsbesluit of het verlenen van de vergunning. Voor het plaatsen van een extra multitap naast de reeds bestaande multitap, het openbreken van de straat, het plaatsen van wegafzettingen is een WIOR-vergunning/instemmingsbesluit vereist. Daar komt bij dat de multitap locaties zich bevinden in druk bebouwde omgevingen. Het plaatsen van de bovengrondse voorzieningen wordt in de gemeente steeds lastiger, vooral nu er door de energietransitie veel middenspanningsruimten en zogenoemde WOS-stations bijkomen. Ook de connectiviteitsopgave leidt tot vele POP-gebouwen en kasten. Bij het in behandeling nemen van de aanvraag wordt daarom nauwlettend het genoemde beleid toegepast. Volgens de gemeente zullen aanvragen voor vergroting daarom vanzelfsprekend de toets van goede inpassing (van de gemeente) moeten doorlopen.

73. Ondanks de bezwaren van de VNG en de gemeente Amsterdam meent de ACM dat de multitap als EPVS te verenigen is met randnummer 35 van de richtsnoeren, nu de gedoogplicht die volgt uit de Tw, voorgaat op de bezwaren. De VNG en de gemeente Amsterdam hebben aangegeven dat er regels gelden die beperkingen stellen aan het vergroten of het plaatsen van een extra multitap, maar het plaatsen van een extra multitap is niet onmogelijk gelet op de gedoogplicht. Hoofdstuk 5 van de Tw betreft de gedoogplicht van een grondeigenaar of rechthebbende voor werkzaamheden ten behoeve van de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Ingevolge hoofdstuk 5 van de Tw dient de gemeente de aanleg van een elektronisch communicatienetwerk te gedogen voor wat betreft openbare grond.

74. De multitaps die op niet-openbare grond staan, zullen in overleg met de grondeigenaar moeten worden vergroot of er zal in overleg een extra multitap naast de bestaande multitap moeten worden geplaatst.

ii. Beschikbaarheid van netwerkinfrastructuur zoals *dark fiber,* kabelbuizen of palen in de buurt van het EPVS voor de toegangzoeker (randnummer 36 van de richtsnoeren):

> *"Accessibility in the sense of entering the first concentration or distribution point may also depend on the infrastructure in the proximity of the access point available to the other operators which can potentially be used (e.g. ducts, poles, dark fibre). Thus, capacity considerations regarding those network elements (e.g. space in ducts, capacity on poles) could also have an impact on the accessibility."*

75. Het overgrote deel van de Nederlandse telecommunicatienetwerken is aangelegd zonder gebruik te maken van palen of kabelbuizen, de kabels worden direct in de grond begraven. Het HFC-netwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam is hier geen uitzondering op. De multitap-locatie evenals hoger gelegen concentratiepunten hebben deze infrastructuur niet. Door het ontbreken van deze infrastructuur in vrijwel het gehele HFC-netwerk is de ACM van mening dat dit randnummer 36 van de richtsnoeren niet van toepassing is op dit netwerk.

Reacties hypothesetoets

76. Om een grondige analyse te kunnen doen van wat het EPVS is in het netwerk van VodafoneZiggo, heeft de ACM een hypothese geconsulteerd bij een aantal relevante en mogelijk belanghebbende

organisaties in de markt en bij de overheid. In deze hypothese was de multitap het EPVS in het netwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam. De reacties op deze hypothese liepen sterk uiteen.

77. Grofweg vinden de eigenaren van telecomnetwerken, DeltaFiber,[68] KPN[69] en VodafoneZiggo,[70] dat de multitap de enige logische keuze is voor het EPVS. Dit vooral omdat dit het eerste concentratiepunt is in het netwerk en tevens het hoogste punt in het netwerk waar fysieke ontbundeling mogelijk is. DeltaFiber geeft verder aan dat het wel belangrijk is dat de aanpassingen die aan de multitap gedaan moeten worden niet onredelijk zijn voor de netwerkeigenaar.[71] VodafoneZiggo is van mening dat de redelijkheid van de aanpassingen niet van belang is bij het bepalen van het EPVS.Ook heeft VodafoneZiggo aangegeven dat het mogelijk is om de multitap-locaties uit te breiden door ernaast een aparte kast te plaatsen.[72]

78. Toegangsvragers, T-Mobile[73] en YouCa[74] daarentegen, zijn van mening dat de multitap als EPVS een erg onlogische keuze is door de, in hun ogen, onredelijke inspanning die verricht zou moeten worden om de multitap-locaties te verruimen. Zij zien de LC locatie met virtuele toegang als meest logische keuze als EPVS, aangezien het toegankelijk maken voor toegang op dit punt een veel lagere inspanning vereist.

79. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG)[75] en de gemeente Amsterdam[76] wijzen er in hun reactie op dat de keuze van de multitap als EPVS vanuit het perspectief van de gemeentelijke taakuitvoering en de daarbij betrokken publieke belangen niet ideaal is. De benodigde vervanging van alle multitap-straatkasten door grotere straatkasten met actieve apparatuur en mogelijk ook meer straatkasten zal volgens de VNG een grote stedenbouwkundige en planologische opgave zijn. De extra graafwerkzaamheden voor stroomvoorziening en glasvezel, tezamen met de extra kabels in de bodem, zorgen daarbij voor extra complexiteit nu en in de toekomst. VNG heeft een sterke voorkeur voor een keuze die minder ingrijpen in de openbare ruimte vergt, zoals bijvoorbeeld ontsluiting via het Local Center.

80. VNG heeft geen inhoudelijk oordeel over de toegang tot het kabelnetwerk van VodafoneZiggo. De gemeente is gedoogplichtig conform hoofdstuk 5 van de Tw. De gemeente kan wel eisen stellen, bijvoorbeeld de coördinatie van de civiele werken en inpassing in de openbare ruimte. Het nieuwe hoofdstuk 5b van de Tw geeft gemeenten aanvullende bevoegdheden om in aangewezen gebieden aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken medegebruik op te leggen.[77]

81. Ook ontving de ACM reacties van het BIPT.[78] De Belgische toezichthouder volgt de redenering dat de multitap de meest logische kandidaat is als EPVS. Daarnaast ontving de ACM korte reacties van NLConnect en Eurofiber met enkele kanttekeningen bij de hypothesetoets. De ACM benaderde ook de Europese Commissie, die ervoor koos om niet formeel te reageren, maar waarmee wel een aantal gesprekken zijn gevoerd om haar op de hoogte te stellen van de status en procedure rond de behandeling van het verzoek van YouCa en de uitgevoerde hypothesetoets. De Deense toezichthouder DBA kon niet binnen de gevraagde termijn reageren.

4.4. Conclusie EPVS

[68] ACM/IN/741934.
[69] ACM/IN/755482.
[70] ACM/IN/736004.
[71] ACM/IN/741934.
[72] ACM/IN/736004.
[73] ACM/IN/741842.
[74] ACM/IN/741889.
[75] ACM/IN/756798.
[76] ACM/IN/748860.
[77] Redenen die hiervoor kunnen gelden zijn: 1) Milieu; 2) Volksgezondheid; 3) Openbare Veiligheid; 4) Stedenbouwkundige doelen; 5) Planologische doelen.
[78] ACM/IN/741931.

82. Het EPVS markeert het punt in het netwerk waar op grond van het eerste lid van artikel 6.3 van de Tw toegang kan worden verkregen door toegangsvragers, als zij het netwerk vanaf dit punt tot de eindgebruiker niet zelf kunnen repliceren.

83. De multitap is fysiek gezien, vanaf de eindgebruiker, het dichtstbijzijnde concentratiepunt in het kabelnetwerk van VodafoneZiggo, en bevat aansluitingen van zo'n **[vertrouwelijk]** huishoudens in een straatkast. De individuele kabelaansluiting (van de straatkast naar het aansluitpunt van de eindgebruiker) is in de straatkast aangesloten op de multitap. In die zin voldoet dit punt aan de wettelijke eis dat het EPVS *het dichtst bij het netwerkaansluitpunt gelegen punt van samenkomst* dient te zijn. De ACM oordeelt dat het bepalen van de multitap als EPVS in overeenstemming is met de Telecomcode en de Tw. Tevens is het aanwijzen van de multitap als EPVS in overeenstemming met de criteria die uit de BEREC-richtsnoeren voortvloeien, met inachtneming van de voor de toegang benodigde aanpassingen van de multitap-locatie. De ACM is daarmee van mening dat de multitap het EPVS is op het kabelnetwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam.

84. Nu de ACM het EPVS heeft bepaald, zal zij beoordelen of YouCa het netwerk vanaf het eerste punt van samenkomst zelf kan repliceren.

5. Beoordeling repliceerbaarheid

85. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM of er sprake is van een replicatiebelemmering zoals bedoeld in artikel 6.3 van de Tw. Hierbij dient de ACM te onderzoeken of YouCa in staat is het netwerk vanaf het EPVS tot de eindgebruiker te repliceren. In het vorige hoofdstuk is de multitap gekwalificeerd als het EPVS. Daarom dient de ACM na te gaan of YouCa in staat is het deel van het netwerk van VodafoneZiggo tussen de multitap-locaties en de eindgebruiker te repliceren.

5.1. Economische (in)efficiëntie van replicatie

86. Zoals in paragraaf 4.2 is toegelicht, is het netwerk van VodafoneZiggo een HFC-netwerk dat bestaat uit glasvezel en coax. Strikt genomen dient de ACM te toetsen of *dit* netwerk repliceerbaar is. Dat zou betekenen dat de ACM moet nagaan of YouCa het netwerk van VodafoneZiggo in de bestaande topologie en architectuur kan repliceren. De ACM acht het aannemelijk dat het aanleggen van een kopie van het netwerk van VodafoneZiggo hogere kosten met zich meebrengt dan het aanleggen van een modern glasvezelnetwerk in een tegenwoordig gebruikelijke architectuur. Hierdoor zou de kans ontstaan dat de ACM ten onrechte tot de conclusie komt dat YouCa het netwerk van VodafoneZiggo niet kan repliceren vanwege de hogere kosten die gemoeid zijn met de aanleg van een HFC-netwerk. Om dit risico te voorkomen gaat de ACM voor replicatie uit van de aanleg van een modern netwerk. De ACM beoordeelt daarom of YouCa de eindgebruikers in de postcodegebieden waarvoor YouCa toegang vraagt, kan bereiken met een zelf aangelegd glasvezelnetwerk, in de meest efficiënte topologie en architectuur.

87. In de Memorie van Toelichting staat het volgende over de toets of replicatie economisch (in)efficiënt is:

> *Of replicatie economisch inefficiënt is, hangt er van af of de baten opwegen tegen de kosten. Daarbij is relevant in hoeverre deze kosten door de verzoeker binnen een bedrijfseconomische aanvaardbare termijn terug kunnen worden verdiend. Er zal naar verwachting niet snel sprake zijn van een efficiënte investering voor een startende*

> *aanbieder die met een beperkt aantal eindgebruikers een ongunstige verhouding tussen kosten en baten zal hebben.*[79]

Het gaat er dus om dat de baten van het aanbieden van diensten over het eigen netwerk opwegen tegen de kosten van de uitrol van dat netwerk.

88. Aan de opbrengstenkant zijn de penetratiegraad en de gemiddelde omzet per gebruiker (ook wel average revenu per user (ARPU)) van belang. YouCa verwacht dat hij een penetratie kan behalen van **[vertrouwelijk]**. De ACM acht dit percentage realistisch tot hoog gelet op het marktaandeel van andere aanbieders zonder eigen netwerk[80] en derhalve prudent in het kader van de replicatietoets. Immers, een te hoog percentage overschat de te behalen opbrengsten en zorgt dus eerder voor economische efficiëntie van replicatie. De bijbehorende ARPU bedraagt volgens YouCa circa **[vertrouwelijk]**. [81] Het aantal aansluitingen in het gebied waar toegang toe verzocht is bedraagt **[vertrouwelijk]** aansluitingen. De totale jaaropbrengst na het behalen van de geprognosticeerde penetratiegraad bedraagt daarmee **[vertrouwelijk]**.

Aan de kostenkant rekent de ACM met een CAPEX per aansluiting van **[vertrouwelijk]** voor Amsterdam.[82] Het te repliceren netwerk bestaat uit **[vertrouwelijk]** aansluitingen. Hiermee komt de totale CAPEX investering op **[vertrouwelijk]**.

89. Deze berekening toont aan dat YouCa zijn investering pas na **[vertrouwelijk]** heeft terugverdiend. Daarbij is voor deze berekening alleen gekeken naar de kosten van aanleg van de passieve infrastructuur. Dit betreft dus een onderschatting van de CAPEX.[83] Daarnaast dient voor een rendabele uitrol nog OPEX[84] te worden meegewogen in de berekening. Ook is geen rekening gehouden met de tijdwaarde van geld. De totale terugverdientijd is dus nog hoger. De ACM is van oordeel dat deze terugverdientijd te lang is om van economisch efficiënte replicatie te spreken.

90. Glasvezelpartijen gaan voor een rendabele uitrol van een nieuw aan te leggen glasvezelnetwerk uit van een penetratiegraad van tussen de 30 en 50%.[85] YouCa verwacht dat hij maximaal **[vertrouwelijk]** kan behalen. Dit is dus aanzienlijk lager dan het percentage waarbij uitrol haalbaar is.

91. In voorbereiding op de inwerkingtreding van artikel 6.3 van de Tw heeft de ACM ten behoeve van het uitvoeren van de replicatietoets Plum Consulting de opdracht gegeven een model te bouwen[86]. Met dit model kan de ACM bepalen of replicatie door een toegangsvrager in het gebied waarop het toegangsverzoek ziet in economische zin (in)efficiënt is. Het model, de beschrijving en de invulling voor onderhavige zaak zijn in Annex B opgenomen.

92. In het model worden enerzijds de kosten van het aanleggen van een glasvezelnetwerk naar de eindgebruiker bepaald en anderzijds de potentiële opbrengsten voor YouCa. Door de kosten en opbrengsten met elkaar te vergelijken wordt bepaald of uitrol binnen een redelijke termijn rendabel is. De redelijke termijn, ook wel terugverdientijd, komt in het model tot uiting in de uitkomst. Het

[79] Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 7.
[80] Ter vergelijking: **[vertrouwelijk]**.
[81] **[vertrouwelijk]**.
[82] Dit is een voorzichtige inschatting op basis van gesprekken die de ACM heeft gevoerd met glasvezelaanbieders in het kader van de marktstudies naar glasvezel (Marktstudie naar de uitrol van glasvezel in Nederland | ACM.nl en Update marktstudie uitrol van glasvezel in Nederland | ACM.nl), dat wil zeggen dat de schatting aan de lage kant zit.
[83] Capital Expenditures.
[84] Operational Expenditures.
[85] Percentages zijn gebaseerd op gesprekken die de ACM heeft gevoerd in het kader van de marktstudies glasvezel.
[86] ACM/INT/465962.

model maakt inzichtelijk bij welke terugverdientijd de business case positief is. Naast deze terugverdientijd zijn de overige belangrijkste parameters uit het model:

a. In hoeverre de toegangsverzoeker reeds over een netwerk en dienstenplatforms beschikt;
b. Het percentage marktaandeel dat de toegangsvrager, op redelijke termijn, kan behalen;
c. De tarieven die de toegangsvrager kan rekenen om dat marktaandeel te bereiken; en
d. Het benodigde rendement.

93. De ACM heeft de parameters van het model, zoveel mogelijk afzonderlijk van elkaar, aangepast aan de omstandigheden van YouCa. Uit het model volgt dat replicatie voor YouCa economisch inefficiënt is.

94. De resultaten uit die toets zijn consistent met bovenstaande bevindingen.

5.2. Conclusie

95. De ACM oordeelt dat uitrol van een glasvezelnetwerk door YouCa in Amsterdam economisch inefficiënt is.

96. Omdat uit het bovenstaande blijkt dat replicatie economisch inefficiënt is, komt de ACM niet toe aan de vraag of replicatie fysiek onuitvoerbaar is.[87]

6. Afweging oplegging verplichtingen

97. Hiervoor heeft de ACM geconcludeerd (i) dat er sprake is van een redelijk verzoek van YouCa, (ii) dat de multitap-locatie het EPVS is, en (iii) dat er sprake is van replicatiebelemmeringen, omdat replicatie in Amsterdam voor YouCa economisch inefficiënt zal zijn. Nu aan de vereisten van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw is voldaan, *kan* de ACM ingevolge artikel 6.3, eerste lid, van de Tw verplichtingen aan VodafoneZiggo opleggen om YouCa toegang te verlenen tot zijn multitaps in Amsterdam. De ACM dient daartoe te bepalen of zij daadwerkelijk toegangsverplichtingen zal opleggen, en zo ja, welke verplichtingen.[88]

98. Artikel 6.3, eerste lid, van de Tw bepaalt dat die afweging dient te worden gemaakt “met het oog op de doelstellingen, bedoeld in artikel 3, tweede en vierde lid, van richtlijn (EU) 2018/1972”. Daarnaast dient de ACM vast te stellen of het opleggen van verplichtingen proportioneel is. Dit volgt, behalve uit het Europese kader, ook uit artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

99. Overeenkomstig artikel 3:4 van de Awb dient de ACM de belangen af te wegen die rechtstreeks bij het opleggen van toegangsverplichtingen zijn betrokken. Daarbij mogen op grond van het tweede lid van dit artikel de voor een of de belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De afweging van de ACM volgt hierna. De ACM sluit bij haar afweging aan bij het kader dat de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 2 februari 2022 heeft uiteengezet.[89]

6.1. Afweging ACM

[87] Op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw kan de ACM op een redelijk verzoek toegangsverplichtingen opleggen indien naar haar oordeel replicatie economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar is. Fysieke onuitvoerbaarheid wordt in dit besluit niet onderzocht.
[88] Kamerstukken II, 2019-2020, 35 368, nr. 3, p. 7.
[89] Zie meer specifiek ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.4 en 7.7-7.10.

100. In hoofdstuk 2 van dit besluit is reeds ingegaan op het belang van het instrument van symmetrische regulering en toegangsverplichtingen. Toegangsverplichtingen dragen bij aan de doelstellingen van artikel 3, tweede en vierde lid van de Telecomcode, onder meer het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit.[90] Dit betekent dat de noodzaak van een eventuele verplichting in het licht van deze doelstellingen dient te worden beoordeeld. In het geval van de aanvraag die hier voorligt, kan het verlenen van toegang op het kabelnetwerk aan YouCa als nieuwe aanbieder leiden tot meer concurrentie op de eindgebruikersmarkt en bijdragen aan de hiervoor genoemde doelen.

101. Daarnaast moet op grond van het tweede lid van artikel 3:4 van de Awb ook gekeken worden naar de concrete belangen van de betrokken partijen, in dit geval de netwerkeigenaar VodafoneZiggo en YouCa als toegangverzoekende partij. Daartoe overweegt de ACM het volgende.

102. Op 2 juni 2021 heeft YouCa op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw aan de ACM het verzoek gedaan om toegangsverplichtingen op te leggen tot het EPVS op het netwerk van VodafoneZiggo in de gemeente Amsterdam, zodat YouCa elektronische communicatiediensten kan aanbieden.[91] De ACM is in hoofdstuk 4 van dit besluit tot de conclusie gekomen dat de multitap-locatie het EPVS is. Dit betekent dat, indien de ACM toegangsverplichtingen oplegt, VodafoneZiggo deze toegang aan YouCa zou moeten verlenen op de **[vertrouwelijk]** multitap-locaties in Amsterdam.

103. Zowel YouCa als VodafoneZiggo hebben aangegeven dat de huidige multitap-locaties van VodafoneZiggo onvoldoende fysieke ruimte bieden om daadwerkelijk toegang te kunnen verlenen voor een toegangsvrager.[92] Om te bewerkstelligen dat YouCa daadwerkelijk toegang kan krijgen tot de multitap-locaties van VodafoneZiggo, moet VodafoneZiggo de huidige locaties uitbreiden of aanpassen. Het uitbreiden of aanpassen van de **[vertrouwelijk]** straatkasten door VodafoneZiggo brengt naar verwachting hoge kosten voor VodafoneZiggo met zich mee. De vraag of het proportioneel is om van VodafoneZiggo te eisen dat hij de hoge kosten maakt, moet worden beantwoord in het licht van de hiervoor genoemde doelstellingen en de concrete voor- en nadelen voor de partijen.

104. Uit een eerder onderzoek van de ACM is gebleken dat toegang tot de multitap-locaties een alternatieve aanbieder niet snel in staat zal stellen om kostendekkend diensten aan te bieden.[93] Ook YouCa heeft aangegeven dat het plaatsen van een grotere nieuwe straatkast ter vervanging van de huidige straatkasten van VodafoneZiggo of het bijplaatsen van een kast bij de bestaande multitaps niet realistisch is. De multitap-locatie biedt nu namelijk geen ruimte voor actieve apparatuur, stroomvoorziening en technische voorzieningen, onderhoud etc. Het groeperen van abonnees binnen een straatkast is nu ook niet mogelijk. Volgens YouCa is bij de huidige technische stand van zaken toegang afnemen bij de multitap-locaties dan ook niet realistisch.[94] Ook uit de stukken van YouCa is niet gebleken dat hij hiervoor een haalbare business case heeft.[95]

105. Uit het voorgaande volgt dat, nu de multitap-locatie het EPVS is, toegang tot het netwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam pas mogelijk is wanneer de **[vertrouwelijk]** multitap-locaties van VodafoneZiggo uitgebreid worden. De kosten hiervoor en de benodigde technische aanpassingen in het EPVS met de daarbij behorende kosten zullen naar het oordeel

[90] Zie Annex A
[91] ACM/IN/619154.
[92] ACM/IN/619154, p. 11 en 12, ACM/IN/741889, en ACM/IN/642771, p. 11 en 12.
[93] Deze verwachting is gebaseerd op onderzoek verricht voor de ACM waaruit bleek dat er geen business case is voor uitrol naar de tienduizenden straatkasten van KPN. Gezien de vergelijkbaarheid van beide netwerken is het gezien deze conclusie evenmin te verwachten dat dit wel zou gelden voor de multitaps in het netwerk van VodafoneZiggo. Zie Kamerstukken II, 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 6. Zie ook Besluit Marktanalyse Wholesale Fixed Access van de ACM van 27 september 2018, ACM/17/019945, randnummer 655.
[94] ACM/IN/741931.
[95] ACM/IN/741931; zie ook hoofdstuk 5 van dit besluit.

van de ACM bijzonder hoog zijn. Daar staat bovendien tegenover dat YouCa aangeeft geen business case te hebben om toegang te vragen op de multitap-locaties van VodafoneZiggo.[96]

106. Dit betekent dat, uitgaande van de multitap-locatie als EPVS, het opleggen van een toegangsverplichting niet voor de hand ligt. Tegenover de hoge kosten voor VodafoneZiggo staat immers de onwaarschijnlijkheid dat nog toetreding door YouCa zal plaatsvinden. Dit betekent dat het opleggen van een toegangsverplichting in dit geval ook niet zal bijdragen aan de met die verplichting beoogde doelstellingen.

7. Conclusie

107. De ACM concludeert dat de multitap-locatie op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw het EPVS is. Dit betekent dat in het geval dat een toegangsvrager aan de vereisten van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw voldoet, de ACM verplichtingen kan opleggen aan een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk om de toegangsvrager toegang te verlenen tot de multitap-locatie van de aanbieder van het elektronisch communicatienetwerk.

108. De ACM concludeert in dit verzoek dat, hoewel het verzoek van YouCa aan de vereisten van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw voldoet, het gelet op artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht, onevenredig is VodafoneZiggo te verplichten tot het verlenen van toegang.

7.1. Conclusie afweging oplegging verplichtingen

109. Op grond van het voorgaande concludeert de ACM dat het opleggen van een toegangsverplichting aan VodafoneZiggo niet evenredig is. Nu is vastgesteld dat het EPVS de multitap-locatie is, zal deze verplichting tot zeer hoge kosten voor VodafoneZiggo leiden. Tegenover deze hoge kosten voor VodafoneZiggo staat dan bovendien nog eens de uit het onderzoek naar voren gekomen omstandigheid dat YouCa op deze multitap-locatie naar alle verwachting geen toegang zal kunnen afnemen. Hierdoor is het niet mogelijk voor YouCa om elektronische communicatiediensten aan te bieden. De ACM komt hiermee tot het oordeel dat het opleggen van een toegangsverplichting aan VodafoneZiggo tot de multitap-locaties in Amsterdam niet proportioneel is.

110. Dit betekent dat met de toepassing van symmetrische regulering overeenkomstig artikel 6.3, eerste lid, van de Tw, zoals uitgewerkt in dit besluit, de beoogde doelstellingen in ieder geval niet zullen kunnen worden gerealiseerd, en dat nader kan worden onderzocht in hoeverre deze doelstellingen wel kunnen worden gerealiseerd met toepassing van symmetrische regulering op grond van het derde lid van artikel 6.3 van de Tw.

8. Besluit

111. De Autoriteit Consument en Markt:

I. wijst het verzoek van YouCa B.V. om op grond van artikel 6.3, eerste lid, van de Tw toegangsverplichtingen aan VodafoneZiggo op te leggen af.

Den Haag, 9 maart 2023

[96] ACM/IN/743425.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.
Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA Den Haag.
Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.
Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30

Annex A. Beoordelingskader

Hieronder wordt het beoordelingskader van de ACM uiteengezet. Hierbij wordt aandacht besteed aan de tekst van de Tw en de bijbehorende Memorie van Toelichting[97] (MvT). Tevens wordt aandacht besteed aan het Europeesrechtelijk kader.

Telecommunicatiewet

Voor zover van belang voor dit besluit is in de Tw het volgende bepaald:

> Artikel 6.3
> *1. De Autoriteit Consument en Markt kan met het oog op de doelstellingen, bedoeld in artikel 3, tweede en vierde lid, van richtlijn (EU) 2018/1972, op een redelijk verzoek verplichtingen opleggen om toegang te verlenen tot:*
> *a. kabels of bijbehorende faciliteiten binnen gebouwen of,*
> *b. indien het dichtst bij het netwerkaansluitpunt gelegen punt van samenkomst zoals bepaald door de Autoriteit Consument en Markt buiten het gebouw ligt, kabels of bijbehorende faciliteiten tot dat eerste punt van samenkomst,*
> *indien naar haar oordeel replicatie van die kabels of bijbehorende faciliteiten economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar is, welke verplichtingen kunnen worden opgelegd aan een aanbieder van elektronische communicatienetwerken of de bijbehorende faciliteiten of aan een rechthebbende van de kabels of de bijbehorende faciliteiten.*
> *2. In het kader van de oplegging van de in het eerste lid bedoelde verplichtingen kunnen specifieke verplichtingen worden opgelegd en specifieke voorschriften worden vastgesteld met betrekking tot de toegang tot het betreffende deel van het netwerk en de bijbehorende faciliteiten en diensten, de bekendmaking van informatie over de te verlenen toegang, de toepassing van non-discriminatoire voorwaarden en de toerekening van toegangskosten.*
> *3. De Autoriteit Consument en Markt kan met het oog op de doelstellingen, bedoeld in het eerste lid, aan een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk onder billijke voorwaarden verplichtingen opleggen om toegang tot het netwerk te verlenen tot een punt van samenkomst dat enerzijds zo dicht mogelijk bij het netwerkaansluitpunt is gelegen en anderzijds, gelet op het aantal aangesloten eindgebruikers, het mogelijk maakt voor een efficiënte aanbieder op economisch haalbare wijze elektronische communicatiediensten aan te bieden.*
> (...)
> *9. Uiterlijk binnen vijf jaar nadat een verplichting is opgelegd als bedoeld in het eerste, derde of vijfde lid, beoordeelt de Autoriteit Consument en Markt de resultaten daarvan en besluit zij de opgelegde verplichting in stand te houden, in te trekken of te wijzigen.*

> Artikel 6.4
> *Voorschriften en verplichtingen als bedoeld in onderscheidenlijk artikel 6.1, derde lid, artikel 6.2, eerste en tweede lid, en artikel 6.3, eerste tot en met vijfde lid en negende lid zijn objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend.*

> Artikel 6b.1
> *1. Op de voorbereiding van een besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in de artikelen 6.2, 6.3, 6a.2, 6a.3, 6a.4a en 6b.2, vijfde lid, onderdeel a, is afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing.*
> *2. (…)*
> *3. Indien het een besluit op aanvraag betreft, is artikel 3:18 van de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing*

[97] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3.

Artikel 6b.2
1. Indien een besluit als bedoeld in artikel 6b.1, eerste lid, van invloed is op de handel tussen de lidstaten, legt de Autoriteit Consument en Markt het ontwerp van het desbetreffende besluit en de gronden die aan het ontwerpbesluit ten grondslag liggen, voor aan:
a. de Europese Commissie,
b. de nationale regelgevende instanties, bedoeld in artikel 7 van richtlijn nr. 2002/21/EG, en
c. BEREC,
en stelt de Autoriteit Consument en Markt hen gedurende een maand in de gelegenheid daarover opmerkingen te maken.
2. (…)

Memorie van toelichting

Redelijkheid van het verzoek

Ten aanzien van de redelijkheid van het verzoek als bedoeld in artikel 6.3, eerste lid, Tw is in de MvT het volgende opgemerkt in paragraaf 9.1.1:

> *"Een verzoek kan worden beschouwd als redelijk indien de verzoeker de betreffende kabels of bijbehorende faciliteiten daadwerkelijk nodig heeft voor het aanbieden van diensten. Het verdient de voorkeur als aanbieders zonder overheidsingrijpen tot een onderhandelde oplossing komen en artikel 6.1 van de wet voorziet ook in een onderhandelingsverplichting. Voor het geval de onderhandelingen geen resultaat hebben, kan de partij die het aangaat ingevolge dit wetsvoorstel aan de ACM een verzoek doen om op grond van artikel 6.3, eerste lid, verplichtingen op te leggen. De ACM zal zich vervolgens informeren over alle relevante omstandigheden en partijen hebben in elk geval in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure gelegenheid hun zienswijze op het voorgenomen besluit te geven. "* [98]

In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 6.3, eerste lid, Tw is hierover het volgende vermeld:

> *"In lijn met de tekst van de Telecomcode dient het te gaan om een redelijk verzoek. Of een verzoek redelijk is, hangt niet er van af of het voor toewijzing in aanmerking komt. Bepalend is of betrokkene belang heeft bij oplegging van de verplichtingen waarop het verzoek (de aanvraag) betrekking heeft. Hiervoor is van belang of het verzoek betrekking heeft op netwerkelementen die de verzoeker daadwerkelijk nodig heeft om zelf diensten aan te kunnen bieden. Ook relevant is of de verzoeker al reële pogingen heeft gedaan om via onderhandelingen toegang op vrijwillige basis te verkrijgen. Nadat de ACM heeft geconcludeerd dat er sprake is van een redelijk verzoek, wordt dat verzoek inhoudelijk beoordeeld, met inbegrip van een afweging van de belangen van beide partijen."*[99]

Eerste punt van samenkomst

Ten aanzien van het eerste punt van samenkomst is in de MvT het volgende vermeld:

> *"Ten eerste kan de toezichthouder op redelijk verzoek verplichtingen opleggen om toegang te verlenen tot kabels en bijbehorende faciliteiten binnen gebouwen of tot aan het eerste punt van samenkomst als dit punt zich buiten een gebouw bevindt. Het gaat hierbij om het deel van het netwerk dat het dichtst bij de eindgebruiker ligt."*[100]

[98] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 24.
[99] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 39.
[100] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 4.

"De verplichtingen die op grond van artikel 6.3, eerste en tweede lid, kunnen worden opgelegd, betreffen kabels en bijbehorende faciliteiten die het dichtstbij eindgebruikers zijn gelegen, namelijk vanaf het netwerkaansluitpunt tot aan het eerste punt van samenkomst."[101]

"In de Telecomcode wordt gesproken over het punt van samenkomst of distributie waarbij wordt gedoeld op het punt in een netwerk waar aansluitingen van eindgebruikers samenkomen en van waaruit de netwerkaanbieder zorg draagt voor de distributie van signalen naar de eindgebruikers toe. In het wetsvoorstel wordt kortheidshalve gesproken over «punt van samenkomst». Waar het eerste punt van samenkomst is gelegen, vergt een zorgvuldige beoordeling aan de hand van de feitelijke kenmerken van de onderzochten netwerken en aan de hand van richtsnoeren van BEREC. In de Telecomcode, artikel 61, derde lid, vierde alinea, is namelijk voorzien dat BEREC richtsnoeren zal opstellen over de criteria voor het bepalen van het eerste punt van samenkomst. De ACM dient hiermee rekening te houden op grond van artikel 1.3 van de wet."[102]

Replicatiebelemmeringen

In artikel 6.3, eerste lid, Tw is bepaald dat replicatie economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar moet zijn. In de MvT is hierover het volgende opgenomen:

"Gezien de zeer hoge kosten die de uitrol van een nieuw aansluitnetwerk (hierna: replicatie) met zich meebrengt, is niet snel te verwachten dat deze aanbieders een nieuw netwerk naast bestaande netwerken kunnen uitrollen. Dit kan ertoe leiden dat er geen of te weinig prikkels zijn voor aanbieders mét een eigen netwerk om een concurrerende markt te creëren met innovatieve dienstverlening tegen betaalbare tarieven. Als gevolg hiervan kan de concurrentiedruk op eindgebruikersmarkten verminderen – tenzij aanbieders van elektronische communicatiediensten zonder eigen netwerk alsnog toegang hebben tot de bestaande netwerken. Het is van belang dat in een dergelijke situatie met replicatiebelemmeringen aanbieders en rechthebbenden van netwerkelementen verplicht kunnen worden om toegang te geven. Een dergelijk wettelijk instrument ontbreekt tot dusverre."[103]

"In het wetsvoorstel wordt gesproken over replicatie. Hiermee wordt bedoeld het aanleggen van netwerkelementen kabels of bijbehorende faciliteiten, naast de netwerkelementen, kabels en of bijbehorende faciliteiten waarop het toegangsverzoek betrekking heeft. Dit komt overeen met het criterium van verdubbeling dat bij de gedoogplicht voor gebruik van fysieke binnenhuisinfrastructuur van toepassing is op grond van artikel 5.2, vijfde lid, van de wet. Ook die bepaling heeft betrekking op nieuwe aanleg, ongeacht het aantal bestaande structuren."[104]

"In het geval van een redelijk verzoek zal de ACM beoordelen of replicatie van de betreffende netwerkelementen fysiek onmogelijk is dan wel in economisch opzicht inefficiënt is. Of replicatie fysiek onmogelijk is, is een vraag die afhangt van de situatie ter plaatse. Te denken valt aan situaties waarin er in kabelgoten geen plaats meer is voor extra kabels of kabelgoten of deze goten fysiek ontoegankelijk zijn. Of replicatie economisch inefficiënt is, hangt er van af of de baten opwegen tegen de kosten. Daarbij is relevant in hoeverre deze kosten door de verzoeker binnen een bedrijfseconomische aanvaardbare termijn terug kunnen worden verdiend. Er zal naar verwachting niet snel sprake zijn van een efficiënte investering voor een startende aanbieder die met een beperkt aantal eindgebruikers een ongunstige verhouding tussen kosten en baten zal hebben.

De ACM dient mee te wegen dat er onder omstandigheden op basis van artikel 5.2, vijfde lid, van de wet een verplichting voor de rechthebbende bestaat om toegang te verlenen tot de fysieke (binnenhuis)infrastructuur zodat de verzoeker daar zijn eigen kabels in kan aanleggen.

[101] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 7.
[102] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 40.
[103] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 4.
[104] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 40.

Deze bepaling ziet derhalve niet op de kabels zelf. Ook dient de ACM mee te wegen dat er op grond van hoofdstuk 5a een verplichting bestaat tot medegebruik van fysieke infrastructuur. Dit alles kan van invloed zijn op de economische efficiëntie van en de fysieke drempels voor replicatie door de aanvrager."[105]

Verplichtingen

Over de verplichtingen die kunnen worden opgelegd, is in de MvT het volgende opgenomen:

"Op grond van de nieuwe mogelijkheid tot regulering kunnen toegangsverplichtingen worden opgelegd in geval van replicatiebelemmeringen, ongeacht of een eindgebruiker in de bestaande situatie kan beschikken over één of meer netwerken. Indien er verscheidene netwerken zijn, kunnen in beginsel dezelfde verplichtingen (tegelijkertijd) aan alle aanbieders van die netwerken en aan andere rechthebbenden op de relevante kabels worden opgelegd. Om deze reden wordt vaak internationaal gesproken over «symmetrische» regulering."[106]

"Het eerste lid van artikel 6.3 heeft betrekking op de situatie dat replicatie van netwerkelementen economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar is. Indien dat het geval is kan de ACM op grond van de voorgestelde bepaling op aanvraag (redelijk verzoek) aan de aanbieders van die elektronische communicatienetwerken en rechthebbenden op de betreffende kabels, verplichtingen opleggen om toegang te verlenen tot de relevante delen van het elektronisch communicatienetwerk respectievelijk tot de kabels binnen gebouwen. Anders zijn de betreffende eindgebruikers voor aanbieders van elektronische communicatiediensten feitelijk niet bereikbaar, bij gebrek aan een eigen netwerk.

Deze toegangsverplichtingen kunnen zien op kabels maar ook op bijbehorende faciliteiten (zoals een ruimte waar apparatuur kan worden geplaatst). Een verplichting kan worden opgelegd aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken en van de bijbehorende faciliteiten, en aan rechthebbenden op kabels en bijbehorende faciliteiten die zelf geen aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk zijn. Een voorbeeld van zo'n rechthebbende is de situatie waarin de kabels en bijbehorende faciliteiten binnen of in sommige gevallen buiten gebouwen eigendom zijn van de eigenaar van het gebouw. Buiten gebouwen zullen de kabels en bijbehorende faciliteiten in de regel in handen zijn van een aanbieder van elektronische communicatienetwerken. De verplichtingen die op grond van artikel 6.3, eerste en tweede lid, kunnen worden opgelegd, betreffen kabels en bijbehorende faciliteiten die het dichtstbij eindgebruikers zijn gelegen, namelijk vanaf het netwerkaansluitpunt tot aan het eerste punt van samenkomst."[107]

"Vervolgens dient de ACM te bepalen of daadwerkelijk toegangsverplichtingen worden opgelegd en, zo ja, welke verplichtingen. De doelstellingen van de Telecomcode, genoemd in artikel 3, vormen hierbij het kader. Verplichtingen moeten bijgevolg daaraan bijdragen en moeten bovendien proportioneel zijn, zoals vereist op grond van artikel 6.4 van de wet. Dit vergt een beoordeling van geval tot geval. Dit is vergelijkbaar met de toepassing van artikel 6.2. Indien de ACM heeft geconcludeerd dat sprake is van economische inefficiëntie dient zij met het oog op de proportionaliteit te beoordelen hoe de verhouding is tussen de kosten van de aanbieder om toegang te verlenen en de kosten van de aanvrager om zelf het betreffende netwerkelement te repliceren. Daarbij zal de ACM onder andere rekening moeten houden met het bestaan van reeds vrijwillig aangeboden toegang en de daarbij gestelde voorwaarden. Een belangrijk aspect is voorts de afweging tussen enerzijds dienstenconcurrentie en anderzijds het stimuleren van investeringen in het netwerk. Het opleggen van verplichtingen kan immers nadelig zijn voor lange termijn investeringen, ook al is de concurrentie er voor de korte termijn bij gebaat.

[105] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 7.
[106] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 6.
[107] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 6 en 7.

De door de ACM opgelegde verplichtingen kunnen blijkens het tweede lid van het voorgestelde artikel 6.3 verschillende vormen van toegang betreffen en ook zien op bijbehorende faciliteiten of bijbehorende diensten. Hierbij kan gedacht worden aan het bieden van bepaalde faciliteiten zoals een ruimte voor het plaatsen van apparatuur, maar ook aan faciliteiten zoals het leveren van stroom voor en koeling van de apparatuur die op dergelijke locaties moet worden geplaatst voor het feitelijk benutten van toegang. Ook kan gedacht worden aan het doorverkopen van bepaalde diensten, zoals het gebruik van ongecodeerde zenders of een tv-platform of onderhoudswerkzaamheden. De verplichtingen kunnen daarnaast zien op de toerekening van kosten en de wijze waarop de tarieven worden bepaald, op de bekendmaking van informatie over de te verlenen toegang en op de toepassing van non-discriminatoire voorwaarden. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn vergelijkbaar met de verplichtingen die via het AMM-instrumentarium kunnen worden opgelegd aan aanbieders met AMM."[108]

"Dit wetsvoorstel heeft betrekking op replicatieproblemen. Het begint met een analyse op het lokale niveau (replicatieproblemen dichtbij het aansluitpunt van de eindgebruiker), maar uiteindelijk kan er ook reden zijn voor de oplegging van verplichtingen die op regionale of zelfs nationale replicatieproblemen zien."[109]

"De op grond van het eerste lid op te leggen verplichtingen betreffen toegang tot kabels of bijbehorende faciliteiten in zijn algemeenheid. Om te komen tot een effectieve verplichting tot toegangverlening is een zekere specificering gewenst. Dit is vergelijkbaar met het regime voor toegangsregulering voor ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. In het tweede lid van artikel 6a.6 is de generieke verplichting om toegang te verlenen uitgewerkt in een niet-limitatieve opsomming van specifieke (deel)verplichtingen, waaraan de ACM ingevolge het derde lid voorschriften kan verbinden. Op grond van hoofdstuk 6a kunnen aan AMM-ondernemingen ook andere verplichtingen worden opgelegd. In lijn hiermee worden in het voorgestelde tweede lid van artikel 6.3 verplichtingen genoemd die daarmee vergelijkbaar zijn, te weten de verplichtingen betreffende de bekendmaking van informatie, de toepassing van non-discriminatoire voorwaarden en de toerekening van toegangskosten (vergelijkbaar met de verplichtingen, bedoeld in respectievelijk in de artikelen 6a.9, 6a.8 en 6a.7). Voor de in het tweede lid bedoelde verplichting van toerekening van toegangskosten geldt, in lijn met de benadering door de ACM van kostentoerekening op grond van artikel 6a.7, dat ook de vermogenskosten hierbij worden betrokken. Ten behoeve van de verdiscontering van risicofactoren, bedoeld in de Telecomcode, houdt de ACM bij het vaststellen van de vermogenskosten rekening met de systematische risico's. De gangbare praktijk is dat de WACC hiervoor wordt gehanteerd. Gelet op de tekst van de Telecomcode gaat het niet om een limitatieve opsomming. De genoemde thema's zijn ook onderwerp van toegangsregulering voor AMM-partijen en de ACM zal bij toepassing van dit artikel gebruik kunnen maken van de ervaring die is opgedaan bij de toepassing van hoofdstuk 6a van de wet – overigens zonder dat de ACM gehouden is dit artikel overeenkomstig het AMM-regime toe te passen."[110]

"Binnen vijf jaar na oplegging van een verplichting op grond van artikel 6.3 moet de ACM beoordelen of er gelet op de resultaten daarvan reden is de opgelegde verplichting in stand te houden, in te trekken of te wijzigen. Dit impliceert niet dat een besluit tot oplegging van verplichtingen op grond van artikel 6.3 een geldigheidsduur heeft van slechts vijf jaar. Een dergelijk besluit wordt genomen voor onbeperkte duur – tenzij de ACM redenen heeft om verplichtingen juist wel voor een beperkte periode op te leggen. Dit is vergelijkbaar met het regime voor de herbeoordeling van verplichtingen die zijn opgelegd aan AMM-ondernemingen, vastgelegd in artikel 6a.4 van de wet."[111]

[108] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 7 en 8.
[109] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 9.
[110] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 40.
[111] MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 368, nr. 3, p. 44.

Telecomcode

Met de wetswijziging waarmee het nieuwe artikel 6.3 in de Tw is opgenomen, heeft de wetgever het betreffende deel van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) (Telecomcode) geïmplementeerd.

Met die wetswijziging wordt onder andere artikel 61, derde lid, van de Telecomcode geïmplementeerd. Dat artikellid luidt als volgt:

> *De nationale regelgevende instanties kunnen met name, en onverminderd de leden 1 en 2, op redelijk verzoek verplichtingen opleggen om toegang te verlenen tot bedrading en kabels en bijbehorende faciliteiten binnen gebouwen of tot aan het eerste punt van samenkomst of distributie als bepaald door de nationale regelgevende instantie, ingeval dat punt zich buiten het gebouw bevindt. Indien zulks gerechtvaardigd is omdat de replicatie van die netwerkelementen in economisch opzicht inefficiënt zou zijn of fysiek onuitvoerbaar zou zijn, kunnen dergelijke verplichtingen worden opgelegd aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken of aan de eigenaars van die bedrading en kabels en bijbehorende faciliteiten indien die eigenaars geen aanbieders van elektronische communicatienetwerken zijn. De voorwaarden inzake toegang die worden opgelegd, kunnen specifieke voorschriften omvatten betreffende toegang tot die netwerkelementen en tot bijbehorende faciliteiten en aanverwante diensten, betreffende transparantie en niet-discriminatie, en betreffende een omslagregeling voor de toegangskosten die, indien passend, worden aangepast naargelang van risicofactoren.*
>
> *Indien een nationale regelgevende instantie, in voorkomend geval met inachtneming van de verplichtingen die voortvloeien uit een relevante marktanalyse, concludeert dat de overeenkomstig de eerste alinea opgelegde verplichtingen onvoldoende de hoge en niet-tijdelijke economische of fysieke drempels voor replicatie aanpakken die ten grondslag liggen aan een bestaande of opkomende marktsituatie die de concurrentie-uitkomsten voor eindgebruikers in aanzienlijke mate beperkt, kan zij, onder billijke en redelijke voorwaarden de toegangsverplichtingen uitbreiden voorbij het eerste punt van samenkomst of distributie, zodat een punt wordt bereikt dat volgens haar het dichtst bij eindgebruikers ligt, dat in staat is een toereikend aantal eindgebruikersverbindingen te bereiken om commercieel haalbaar te zijn voor efficiënte toegangsverzoekers. Bij het bepalen hoe ver voorbij het eerste punt van samenkomst of distributie die uitbreiding moet gaan, houdt de nationale regelgevende instantie zoveel mogelijk rekening met de betrokken Berec-richtsnoeren. Indien gerechtvaardigd in technisch of economisch opzicht kunnen de nationale regelgevende instanties actieve- of virtuele toegangsverplichtingen opleggen.*
>
> *De nationale regelgevende instanties leggen geen verplichtingen overeenkomstig de tweede alinea op aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken indien zij constateren dat:*
> *a) de aanbieder bezit de in artikel 80, lid 1, genoemde kenmerken en voorziet in een haalbare en vergelijkbare alternatieve manier om eindgebruikers te bereiken door aan ondernemingen onder billijke, niet-discriminerende en redelijke voorwaarden toegang tot een netwerk met zeer hoge capaciteit aan te bieden; de nationale regelgevende instanties kunnen die vrijstelling uitbreiden tot andere ondernemingen die onder billijke, niet-discriminerende en redelijke voorwaarden toegang tot een netwerk met zeer hoge capaciteit aanbieden; of*
> *b) het opleggen van verplichtingen de economische of financiële levensvatbaarheid van de uitrol van een nieuw netwerk, met name door kleine lokale projecten, in het gedrang zou brengen.*

In afwijking van punt a) van de derde alinea kunnen de nationale regelgevende instanties verplichtingen opleggen aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken die voldoen aan de criteria in dat punt indien het betrokken netwerk uit openbare middelen wordt gefinancierd.

Uiterlijk op 21 december 2020, maakt Berec richtsnoeren ter bevordering van een consistente toepassing van dit lid bekend door de relevante criteria te beschrijven voor het bepalen van:
a) het eerste punt van samenkomst of distributie;
b) het punt voorbij het eerste punt van samenkomst of distributie dat in staat is een voldoende aantal eindgebruikersverbindingen te bereiken zodat een efficiënte onderneming de aanzienlijke obstakels voor repliceerbaarheid kan overwinnen;
c) de uitgerolde netwerken die als nieuw kunnen worden beschouwd;
d) de projecten die als klein kunnen worden beschouwd; en
e) de economische of fysieke belemmeringen voor replicatie die hoog en niet-tijdelijk zijn.

In artikel 6.3, eerste lid, van de Tw wordt verwezen naar de doelstellingen van artikel 3, tweede en vierde lid, van de Telecomcode. Deze luiden als volgt:

2. De nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties, alsmede Berec, de Commissie en de lidstaten streven in het kader van deze richtlijn de volgende — in willekeurige volgorde weergegeven — algemene doelstellingen na:
a) bevorderen van de connectiviteit met en de toegang tot, alsmede de benutting van netwerken met een zeer hoge capaciteit, met inbegrip van vaste, mobiele en draadloze netwerken, voor alle burgers en bedrijven van de Unie;
b) bevorderen van de mededinging bij het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, met inbegrip van efficiënte concurrentie op basis van infrastructuur, en bij het aanbieden van elektronische communicatiediensten en bijbehorende diensten;
c) bijdragen tot de ontwikkeling van de interne markt door het opheffen van resterende belemmeringen voor en het bevorderen van convergerende voorwaarden voor investeringen in en het aanbieden van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, bijbehorende faciliteiten en bijbehorende diensten, in de gehele Unie, door het ontwikkelen van gemeenschappelijke regels en voorspelbare regelgeving, en door het bevorderen van doeltreffend, efficiënt en gecoördineerd gebruik van het radiospectrum, open innovatie, het opzetten en ontwikkelen van trans-Europese netwerken, de verstrekking, de beschikbaarheid en de interoperabiliteit van pan-Europese diensten, en eind-tot-eind connectiviteit;
d) bevorderen van de belangen van de burgers van de Unie, door te zorgen voor connectiviteit met, en ruime beschikbaarheid en benutting van netwerken met een zeer hoge capaciteit, waaronder vaste, mobiele en draadloze netwerken, en van elektronische communicatiediensten, door erop toe te zien dat op basis van daadwerkelijke mededinging optimaal kan worden geprofiteerd wat betreft keuze, prijs en kwaliteit, door de beveiliging van netwerken en diensten te handhaven, door een hoog gemeenschappelijk beschermingsniveau voor eindgebruikers te waarborgen via de nodige sectorspecifieke regels, en door aandacht te schenken aan de behoeften, zoals betaalbare prijzen, van specifieke maatschappelijke groeperingen, met name eindgebruikers met een handicap, oudere eindgebruikers en eindgebruikers met speciale sociale behoeften, evenals keuzevrijheid en gelijkwaardige toegang voor eindgebruikers met een handicap.

[…]

4. Bij het nastreven van de in lid 2 bedoelde en in dit lid gespecificeerde beleidsdoelstellingen doen de nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties onder meer het volgende:
a) zij bevorderen de voorspelbaarheid van de regelgeving door middel van een consistente aanpak van de regelgeving tijdens geschikte herzieningsperioden en door samen te werken met elkaar, met Berec, met de Beleidsgroep Radiospectrum en met de Commissie;
b) zij waarborgen dat er bij gelijke omstandigheden geen discriminatie plaatsvindt bij de behandeling van aanbieders van elektronische communicatienetwerken en -diensten;

> *c) zij passen het Unierecht toe op technologisch neutrale wijze, voor zover dat in overeenstemming is met de verwezenlijking van de doelstellingen van lid 2;*
> *d) zij bevorderen efficiënte investeringen en innovatie in nieuwe en betere infrastructuur, onder meer door ervoor te zorgen dat er in de toegangsverplichtingen voldoende rekening wordt gehouden met de risico's die de investerende ondernemingen lopen, en door samenwerkingsafspraken toe te staan tussen investeerders en partijen die toegang willen hebben teneinde het investeringsrisico te spreiden, waarbij ervoor wordt gezorgd dat de mededinging op de markt en het non-discriminatiebeginsel niet in het gedrang komen;*
> *e) zij houden naar behoren rekening met de uiteenlopende omstandigheden betreffende infrastructuur, mededinging, de omstandigheden van eindgebruikers en met name van consumenten die in de verschillende geografische gebieden binnen een lidstaat bestaan, inclusief lokale infrastructuur die door natuurlijke personen zonder winstoogmerk wordt beheerd;*
> *f) zij leggen voorafgaande regelgevende verplichtingen uitsluitend op voor zover dit noodzakelijk is om, in het belang van de eindgebruiker, effectieve en duurzame mededinging te waarborgen, en zij verlichten die verplichtingen of heffen ze op zodra er aan die voorwaarde is voldaan.*

BEREC heeft richtsnoeren opgesteld over de consistente toepassingen van dit artikel uit de Telecomcode.[112] De ACM is verplicht om bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden zoveel mogelijk rekening te houden met deze richtsnoeren. Dit blijkt uit artikel 1.3, tweede lid, van de Tw waarin het volgende is bepaald:

> *De Autoriteit Consument en Markt houdt bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden zoveel mogelijk rekening met aanbevelingen van de Europese Commissie als bedoeld in artikel 19, eerste lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG, en met door BEREC gegeven adviezen en gemeenschappelijke standpunten, voor zover die aanbevelingen, adviezen en standpunten betrekking hebben op de bij of krachtens deze wet aan de Autoriteit Consument en Markt opgedragen taken of verleende bevoegdheden.*

[112] BEREC Guidelines on the Criteria for a Consistent Application of Article 61 (3) EECC, te raadplegen op deze website: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/9723-berec-guidelines-on-the-criteria-for-a-consistent-application-of-article-61-3-eecc.

Annex B. Replicatietoets

In het model worden enerzijds de kosten van het aanleggen van een glasvezelnetwerk naar de eindgebruiker (*self build*) bepaald en anderzijds de potentiële opbrengsten voor de partij in kwestie. Door de kosten en opbrengsten met elkaar te vergelijken wordt bepaald of uitrol rendabel is, binnen een redelijke termijn. De redelijke termijn, ook wel terugverdientijd, komt in het model tot uiting in de uitkomst.[113] Het model maakt inzichtelijk bij welke terugverdientijd de business case positief is. Naast deze terugverdientijd zijn de overige belangrijkste parameters uit het model:

a. In hoeverre de toegangsverzoeker reeds over een netwerk en dienstenplatforms beschikt;
b. Het percentage marktaandeel dat de toegangsvrager, op redelijke termijn, kan behalen;
c. De tarieven die de toegangsvrager kan rekenen om dat marktaandeel te bereiken; en
d. Het benodigde rendement.

In deze paragraaf geeft de ACM invulling aan het model om te toetsen of YouCa in staat is het netwerk van VodafoneZiggo in Amsterdam te repliceren. De ACM zal de hierboven genoemde parameters zoveel mogelijk afzonderlijk toetsen om inzicht te krijgen in het individuele effect van deze parameters. Omdat penetratiegraad (b) en gehanteerde tarieven (c) sterk met elkaar samenhangen zal de ACM deze twee parameters gezamenlijk toetsen.

ad a
YouCa beschikt niet over een core netwerk, een bestaand colocatiepunt met VodafoneZiggo, een retailplatform en spraak- en tv-platform. Dit betekent dat de ACM in het model de kosten van deze elementen moet opnemen in de berekening. Dit wordt bewerkstelligd door de cellen F99 t/m F103 in het tabblad Parameters op 'niet waar' te zetten. Door de cellen deze waarde te geven worden de kosten van deze elementen opgenomen in de berekening. Het gevolg voor de netto contante waarde berekening is aanzienlijk. De uitrol van glas voor een partij die zelf nog niet beschikt over deze elementen is dan zelfs na **[vertrouwelijk]** jaar nog niet terugverdiend.

ad b en c
Het percentage marktaandeel in het gebied, ook wel penetratiegraad genoemd, bepaalt in combinatie met de tarieven (ARPU) de verdiencapaciteit van het aanbieden van telecomdiensten over het netwerk. Deze twee factoren zijn (omgekeerd) gecorreleerd. Bij lagere tarieven (lagere ARPU) kan een aanbieder meer klanten (hogere penetratiegraad) verwerven. Bij hogere tarieven (hogere ARPU) zullen minder klanten (lagere penetratiegraad) overstappen. Aan de bovenkant worden de tarieven gedisciplineerd door de tarieven van de concurrentie. Aan de onderkant worden tarieven gedisciplineerd door de kosten (de opbrengst moet hoger zijn dan de kosten).

De cel die de penetratiegraad bepaalt is C35 in het tabblad Demand Calculation. De ARPU wordt bepaald in het Tabblad Demand and ARPU. De korting die een uitdager zou moeten geven op de tarieven van de incumbent kan worden ingevuld in cel F87 op het tabblad Parameters. YouCa heeft aangegeven dat hij **[vertrouwelijk]** penetratiegraad wil bereiken. Als deze waarde wordt ingevuld in het model moet YouCa een **[vertrouwelijk]** hogere ARPU halen dan VodafoneZiggo om na 10 jaar rendabel te kunnen zijn. Zelfs als YouCa dezelfde ARPU zou halen als VodafoneZiggo is uitrol na **[vertrouwelijk]** jaar niet rendabel. Als YouCa bijvoorbeeld een ARPU-korting van 10% hanteert dan zou YouCa een **[vertrouwelijk]** keer zo hoge penetratiegraad (**[vertrouwelijk]**) moeten halen om na 10 jaar rendabel te zijn.

ad d WACC

[113] De uitkomst is te vinden in het tabblad NPV. In dit tabblad worden de uitkomsten van een netto contante waarde bepaling (NCW, in het model in het Engels NPV) van de toekomstige kosten en opbrengsten gepresenteerd.

De WACC in het model van Plum staat standaard op 5%. Deze WACC wijkt niet veel af van de WACC die The Brattle Group op 27 februari 2020 voor de ACM heeft bepaald voor VodafoneZiggo.[114] Deze bedroeg 4,73%. Hierbij moet worden aangemerkt dat de WACC voor YouCa waarschijnlijk hoger ligt. Uitgaande van de standaardinvulling van het model heeft een toegangsvrager bij een WACC van 5% na 6 jaar een positieve business case (het gaat hier om de standaardinvulling van het model die niet gelijk is aan de invulling voor de YouCa case). Het model is betrekkelijk ongevoelig voor de WACC. Ook bij een WACC van 10% is de deze business case na 7 jaar positief. De reden voor deze ongevoeligheid is dat in het model de investeringen worden uitgesmeerd over de levensduur.

Conclusie replicatie

Op grond van bovenstaande analyse komt de ACM tot de conclusie dat replicatie, dat wil zeggen uitrol van een glasnetwerk, tussen het eerste punt van samenkomst en de eindgebruiker economisch inefficiënt is.

[114] https://www.acm.nl/nl/publicaties/onderzoek-naar-de-vermogenskostenvoet-wacc-van-kpn-en-vodafoneziggo.