

OPINIE REGGEFIBER OVER DRAFT COMMISSION RECOMMENDATION, IN HET BIJZONDER MET HET OOG OP SITUATIE IN NEDERLAND

1. Doel Opinie

Door middel van deze opinie wil Reggefiber haar visie geven op de Draft Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA) van de Europese Commissie (hierna: Aanbeveling). Deze Aanbeveling is van groot belang voor de uitrol van glas in Nederland. De nationale regelgevende instantie (hierna: NRI) in Nederland, OPTA, is momenteel bezig te onderzoeken of en hoe de uitrol van glas in Nederland dient te worden gereguleerd. OPTA moet hierbij zoveel mogelijk rekening te houden met de Aanbeveling, zoals volgt uit artikel 19 van Kaderrichtlijn 2002/21/EG. Reggefiber maakt van de consultatieronde¹ die is georganiseerd door de Commissie daarom graag gebruik om haar opvattingen te geven over de Aanbeveling in relatie tot de ontwikkeling van een landelijk dekkend glasvezelnetwerk in Nederland.

2. Situatie in Nederland is uniek

De Aanbeveling van de Europese Commissie ziet op de harmonisatie van de uitvoering van de bepalingen van het Europese regelgevingkader voor elektronische communicatiediensten.² Deze Aanbeveling is per definitie een abstractie van de situatie in de zevenentwintig lidstaten van de EU.

Daar komt bij dat de Nederlandse markt voor breedbanddiensten zich aanmerkelijk onderscheidt van markten in andere lidstaten. Hierdoor, en vanwege het algemene karakter van de Aanbeveling, sluit de Aanbeveling op sommige onderdelen niet aan op de Nederlandse situatie. Hieronder zal Reggefiber deze punten uiteenzetten.

De hoge penetratie van het kabelnetwerk naast een landelijk dekkend kopernetwerk

*Het belangrijkste verschil tussen de Nederlandse situatie en de situatie in andere lidstaten is dat in Nederland vaste aansluitnetten voor telecommunicatiediensten beschikbaar zijn (kabel en DSL) met ieder een vrijwel volledige penetratie. Dit heeft geleid tot een zeer hoge breedbandpenetratie in Nederland.³ Over de dekkingsgraad van kabel in Nederland concludeert de OESO in een rapport van juni 2008 dat “*broadband coverage by cable networks is very high in countries such as the United States, Canada, Korea, Belgium and the Netherlands*”⁴.*

¹ http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/nga/index_en.htm

² Artikel 19, lid 1 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn)

³ OPTA, Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang op wholesale niveau, OP-TA/AM/2008/202476, paragraaf 277. Dit Ontwerp marktanalysebesluit is op 6 november 2008 bij de Europese Commissie genotificeerd.

⁴ OECD, *Broadband Growth and Policies in OECD Countries*, OECD 2008, p. 33.

Met het uitfaseren van het koperen DSL-netwerk door glas (ADSL substitutie) ontstaat infrastructuurconcurrentie tussen glas en kabel

De dominante partij op het koperen DSL-netwerk in Nederland is KPN. Deze partij is momenteel bezig met het uitfaseren van MDF-access (koper). De bedoeling is dat een deel van haar koperen aansluitnetwerk vervangen zal worden door glas.⁵ Indien het DSL-netwerk overbodig gemaakt zal worden door private en publieke glasinitiatieven is het aannemelijk dat sprake zal zijn van infrastructuurconcurrentie tussen glas en kabel op de Nederlandse markt.

In haar Explanatory Note bij de Aanbeveling (hierna: Toelichting) erkent de Commissie de concurrentiedruk die glasvezelnetwerken kunnen ondervinden van de kabel. In deze Toelichting wordt gewezen op het feit dat kabels aan het beginnen zijn met het gebruik van EuroDocsis 2.0 en 3.0 standaarden, die vergelijkbare snelheden mogelijk maken over de kabel als over glasvezel (pagina 7).

De mate van concurrentiedruk die glasvezel in Nederland ondervindt van de kabel is hoger dan in de meeste Europese landen. Daarbij speelt de bovengenoemde zeer hoge dekkinggraad van het kabelnetwerk in Nederland een rol. Ook de snelle introductie van EuroDocsis 3.0 in Nederland draagt bij aan deze hoge mate van concurrentiedruk van de kabel. Uit recente berichten blijkt dat UPC en Ziggo bezig zijn snellere internetabonnementen te introduceren op basis van deze standaard.⁶

Geen gebruik van bestaande 'ducts'

Ten slotte geldt dat in de Nederlandse situatie, anders dan in andere Europese landen, geen gebruik kan worden gemaakt van bestaande 'ducts' om glas uit te rollen. Dit betekent dat alle partijen gebonden zijn aan dezelfde investeringen voor glasvezel. Hierdoor is de uitgangspositie vanuit een technisch oogpunt voor alle partijen gelijk.

3. Europese Commissie onderkent belang van langjarige zekerheid

De Europese Commissie lijkt doordrongen van het feit dat de aanleg van NGA, zoals glasvezel, afhankelijk is van langjarige zekerheid met betrekking tot regulering.

De globale doelstelling van de aanbeveling is, zo blijkt uit randnummer 4 van de considerans, het stimuleren van een **consistente aanpak** door de nationale regelgevende instanties ten aanzien van de regulering van NGA. Volgens de Commissie is een consistente aanpak *'required in order to provide regulatory certainty to investors and*

⁵ OPTA, Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang op wholesale niveau, OP-TA/AM/2008/202476, paragraaf 5. Dit Ontwerp marktanalysebesluit is op 6 november 2008 bij de Europese Commissie genotificeerd.

⁶ Het is daarbij relevant dat UPC dit nieuwe product 'Fiber Power' noemt en in haar persbericht stelt: "UPC Fiber Power Internet biedt downloadsnelheden die zelfs hoger liggen dan de snelheden die momenteel in Nederland door aanbieders van glasvezelnetwerken worden aangeboden", alsmede 'UPC biedt internet dat 5x sneller is dan adsl', persbericht van 15 september 2008, te vinden op: <http://www.upclive.nl/Computer/Computernieuws/2077/20779295.html?entryId=776620>

foster investment and innovation'. De Commissie erkent de invloed die regulering kan hebben op investeringsbeslissingen, aangezien deze van invloed is op de business-case van marktpartijen die willen investeren in NGA.

In de toelichting bij de aanbeveling wordt uitgelegd dat de aanbeveling een leidraad is voor nationale regelgevende instanties die de voorspelbaarheid van regulering moet doen toenemen en marktpartijen rechtszekerheid moet bieden. Volgens deze toelichting is er behoefte aan toenemende 'predictability, clarity and consistency' in de manier waarop nationale regelgevende instanties reageren op de introductie van NGA.

Dit komt overeen met de bevindingen van SEO⁷, die in hun rapport het effect van regulering van het glasvezelnet op de **investeringsbereidheid** hebben onderzocht. SEO heeft onder andere onderzocht wat het effect is van onzekerheid over regulering. Op dat punt merkt het rapport op:

"Deze situatie houdt voor een investeerder een extra risico in, omdat er nu nog de additionele onzekerheid is welk reguleringsregime zal gelden. We tonen aan dat zo'n onzekerheid de investeringsbereidheid substantieel kan reduceren."

Het is daarbij niet alleen van belang dat op korte termijn zekerheid komt over de vraag óf er regulering komt en in welke vorm, maar vooral ook of de regulering **langjarig** zal zijn. Dit is van groot belang voor ondernemingen die glasvezel aanleggen, aangezien de terugverdientijd op investeringen in de aanleg van een glasvezelnetwerk tussen de tien en twintig jaar kan liggen. De Europese Commissie onderkent dit punt en stelt in randnummer 8 van haar Aanbeveling dat *'a consistent regulatory approach should apply over successive review periods'*.

4. Tarieven

In Annex I bij de Aanbeveling legt de Commissie uit welke uitgangspunten NRI's als OPTA moeten hanteren indien zij overgaan tot het reguleren van het toegangstarief voor passieve delen van een (glasvezel)netwerk. Bij de tariefregulering is het belang dat de Commissie hecht aan langjarige zekerheid, zoals volgt uit het bovengenoemde randnummer 8 van de Aanbeveling, van toepassing. Voor investeerders is het van groot belang dat de hoogte van het tarief niet plotseling wordt verlaagd gedurende de terugverdienperiode.

Het uitgangspunt voor het tarief bij nieuw aan te leggen netwerken is, volgens punt 3 van bovengenoemde Annex, dat deze is gebaseerd op de kosten van de eigenaar van het netwerk plus een project-specifieke risicopremie. In punt 7 van de Annex wordt uitgelegd hoe deze risicopremie moet worden berekend.

De Commissie legt uit dat een balans moet worden bereikt tussen het belang voor ondernemingen die glasvezel aanleggen bij een voldoende hoge opbrengst (zodat een

⁷ SEO, 'Regulering en investeringen in nieuwe netwerken', september 2008

risicovolle investering aantrekkelijk wordt) en het belang van het stimuleren van efficiëntie en afdoende concurrentie. In dat kader, zo stelt de Commissie, moet de 'rate of return' van bedrijven die glasvezel aanleggen **niet excessief** zijn.

In het algemene mededingingsrecht is het een onderneming met een economische machtspositie niet toegestaan een tarief toe te passen dat '*niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie*' (Hof van Justitie EG, zaak 27/76, United Brands, par.250) en kan de excessiviteit van het tarief worden nagegaan door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs (United Brands, par.251). De toepassing van het begrip 'excessiviteit' in de Aanbeveling komt Reggefiber in beginsel dan ook niet onredelijk voor.

Bij de invulling van de 'rate of return' en daarmee de uitleg van de vraag wanneer een tarief excessief is, erkent de Commissie terecht dat "*the required rate of return should be set bearing in mind the risks involved in making the particular investment*". Reggefiber deelt deze gedachte en is van mening dat bij het bepalen van de risicopremie rekening moet worden gehouden met de omvang van de investeringen en het risicoprofiel bij de aanleg van FTTH, dat aanzienlijk hoger is dan het risicoprofiel voor het huidige kopernetwerk (mede vanwege de aanzienlijke concurrentiedruk van de kabel op de onderliggende retailmarkt). Dit wordt eveneens erkend door de Nederlandse NRI, OPTA.⁸

Vanwege het hoge risico dat gemoeid is met de aanleg van een nieuw glasvezelnetwerk oordeelt de Commissie dat "*the required rate of return (and hence weighted average cost of capital or WACC) related to undertaking NGA investments will exceed that of typical utility and telecom companies*". De Commissie stelt vast dat de WACC (voor belastingen) van vaste en mobiele telecomondernemingen ongeveer tussen 8 en 12% procent lag in de afgelopen jaren. Dit betekent dat de WACC van een onderneming die glasvezel aanlegt hoger kan zijn dan 12%.

5. Beleidsregels over tariefregulering door Nederlandse NRI mogelijk

Naar Nederlands recht kan de Nederlandse NRI, OPTA, beleidsregels opstellen, onder meer met betrekking tot een hem toekomende bevoegdheid. Dit volgt uit Titel 4.3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Een beleidsregel is een algemene regel (anders dan een algemeen verbindend voorschrift) omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.

In een dergelijke beleidsregel zou de Nederlandse NRI haar beleid kunnen vastleggen ten aanzien van tariefregulering van NGA, zoals glasvezelnetwerken. Daarbij kan de NRI een afweging maken tussen een aantal potentieel strijdige doelen, zoals het

⁸ OPTA, Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang op wholesale niveau, OP-TA/AM/2008/202476, paragraaf 365. Dit Ontwerp marktanalysebesluit is op 6 november 2008 bij de Europese Commissie genotificeerd.

waarborgen van investeringsprikkels, het beperken van excessieve winsten, het mogelijk maken van toetreding, het bieden van voldoende efficiency prikkels en het wegnemen van het risico van een price squeeze.

Via zulke beleidsregels kan aan marktpartijen **langjarige zekerheid** worden geboden over de tariefregulering door de NRI van NGA, zoals glasvezelnetwerken. Het is mogelijk dat een dergelijke beleidsregel zich uitstrekt over meerdere reguleringsperiodes. Deze mogelijkheid wordt, zoals hierboven beschreven, aanvaard in de Aanbeveling van de Europese Commissie, waarin wordt gesteld dat *'a consistent regulatory approach should apply over successive review periods'* (randnummer 8 van de Aanbeveling).

Niettemin kan het zo zijn dat een NRI door een nieuwe aanbeveling van de Commissie op basis van Kaderrichtlijn 2002/21, genoodzaakt is haar tariefreguleringsbeleid in de beleidsregel aan te passen. Op grond van de Awb bestaat de mogelijkheid om de beleidsregel te wijzigen, bekend te maken via de procedure in artikel 3:42 Awb.

6. Europese Commissie onderkent lokale verschillen in infrastructuurconcurrentie

De uitrol van glasvezelnetwerken is niet op elke plek in Nederland even succesvol.⁹ Als voorbeeld kan worden genoemd de uitrol in de plaatsen Lisse en Arnhem-Zuid, waar de aanleg van een FTTH-netwerk niet is doorgestaan, omdat de minimumdrempel van 40% penetratie niet werd gehaald. In andere plaatsen in Nederland daarentegen, is de uitrol al wel succesvol geweest. Hierdoor bestaan lokaal grote verschillen in de mate waarin het bestaande kabel of kopernetwerk concurreert met een nieuw glasvezelnetwerk.

De Europese Commissie onderkent de mogelijkheid van lokale verschillen. In randnummer 3 van de considerans van de Aanbeveling stelt de Commissie dat er verschillende scenario's denkbaar zijn voor de uitrol van NGA, en dat de mate van concurrentie per lidstaat zal verschillen. Er wordt gesteld dat glasvezelnetwerken in de voorziene toekomst slechts een beperkte geografische dekking zullen hebben en dat glasvezelnetwerken vaak parallel aan bestaande kopernetwerken zullen worden uitgerold. Deze omstandigheden leiden bij de Commissie tot de conclusie dat er hierdoor sprake kan zijn sterkere lokale verschillen in de mate van infrastructuurconcurrentie. Terughoudendheid bij een uniforme nationale (tarief) regulering is daarom aangewezen.

⁹ OPTA, **Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang op wholesale niveau, OP-TA/AM/2008/202476, paragraaf 179**. Dit Ontwerp marktanalysebesluit is op 6 november 2008 bij de Europese Commissie genotificeerd.

6. Conclusie

De Aanbeveling van de Commissie is niet één op één toepasbaar op de Nederlandse situatie. Dit komt doordat in Nederland sprake is van een koper- en kabelnetwerk met nagenoeg landelijke dekking naast het glasvezelnetwerk, de kabel grote concurrentiedruk zal uitoefenen op glas en in Nederland geen gebruik kan worden gemaakt van bestaande 'ducts' om glas uit te rollen. Op deze punten is de Aanbeveling niet in overeenstemming met de feitelijke omstandigheden in Nederland.

Verder is van belang dat de Europese Commissie het belang onderkent van langjarige zekerheid met betrekking tot de regulering van glasvezelnetwerken. Daarnaast komt het Reggefiber in beginsel niet onredelijk voor dat de Aanbeveling als uitgangspunt voor tariefregulering neemt dat tarieven niet excessief mogen zijn. Reggefiber concludeert uit de Aanbeveling dat een rendement van meer dan 12% niet per definitie excessief.

Tot slot gaat de Commissie er terecht van uit dat er grote lokale verschillen kunnen bestaan in de mate van infrastructuurconcurrentie en dat daarom terughoudendheid is geboden bij uniforme nationale (tarief)regulering.