

**Besluit
Openbaar**

**Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 41 van de
Mededingingswet**

Ons Kenmerk: ACM/DM/2014/206230_OV

Zaaknummer: 14.0672.24

Betreft zaak: KPN – Reggefiber

**Pagina
1/29**

I. DE PROCEDURE.....	2
II. PARTIJEN	3
III. DE VOorgenomen concentratie ten aanzien waarvan de aanvraag om vergunning is ingediend	3
IV. TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIE TOEZICHT	3
V. BEOORDELING	4
A. INLEIDING	4
B. RELEVANTE MARKTEN	6
(1) De retailmarkten	8
(1a) De retailmarkt voor televisiedistributie	8
(1b) De retailmarkten voor vaste telefonie.....	8
(1c) De retailmarkt voor vaste internettoegang	10
(1d) De retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten.....	10
(2) De wholesalemarkten	11
(2a) De wholesalemarkt voor breedbandtoegang en huurlijnen.....	11
(2b) De wholesalemarkt voor ontbundelde toegang.....	11
C. GEVOLGEN VAN DE CONCENTRATIE	14
(1) Inleiding en beoordelingskader.....	14
(2) Horizontale overlap.....	17
(3) Verticale relatie	20
(3a) Visie Partijen	20
(3b) Marktaandelen partijen.....	21
(3c) Input foreclosure.....	22
(3d) Conclusie verticale relatie	28
VI. CONCLUSIE	29

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

Besluit Openbaar

I. DE PROCEDURE

1. Op 7 februari 2014 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)¹ een melding ontvangen van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 van de Mededingingswet. Hierin is medegedeeld dat KPN B.V., een onderdeel van de Koninklijke KPN N.V., voornemens is zeggenschap te verkrijgen, in de zin van artikel 27, eerste lid, onder b, van de Mededingingswet, over Reggefiber Group B.V., een gezamenlijke onderneming van KPN B.V. en Reggefiber Holding B.V., een onderdeel van Reggeborgh Glasvezel Investerings B.V.
2. Op 6 mei 2014 is door ACM besloten² (hierna: het besluit van 6 mei 2014) dat voor deze concentratie een vergunning is vereist. Van dit besluit is mededeling gedaan in Staatscourant nummer 14056 van 16 mei 2014.
3. Op 10 juni 2014 is van KPN B.V. en Reggefiber Group B.V., hierna samen ook aan te duiden als partijen, de aanvraag om vergunning ontvangen. Van de aanvraag om vergunning is mededeling gedaan in Staatscourant 17378 van 19 juni 2014.
4. Na ontvangst van de aanvraag om vergunning is door ACM nader onderzoek verricht (hierna: ACM-onderzoek) naar de relevante marktafbakeringen en naar de te verwachten gevolgen van de concentratie voor de mededinging op die markten (zie verder ook punt 22 tot en met 26).
5. Op 11 juni 2014, 24 juni 2014 en 8 augustus 2014 zijn door ACM vragen ter aanvulling van de aanvraag om vergunning naar partijen uitgestuurd. Op 26 juni 2014, 28 juli 2014, 29 augustus 2014 en 15 september 2014 zijn antwoorden op deze vragen ontvangen.³ Als gevolg hiervan is de in artikel 44, eerste lid, van de Mededingingswet genoemde termijn van 13 weken, ingevolge artikel 4:15 van de Algemene wet bestuursrecht, in totaal 66 dagen opgeschort geweest.
6. In de loop van de procedure is van één marktpartij een zienswijze ontvangen. De van deze marktpartij ontvangen zienswijze wordt, voor zover er overwegingen aan zijn ontleend die dragend zijn voor dit besluit, in het navolgende nader uiteengezet.

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) en de Consumentenautoriteit (hierna: CA).

² Zie het besluit van 6 mei 2014 in zaak 14.0217.22/KPN – Reggefiber.

³ Naast antwoorden heeft KPN een rapport van TNO (in opdracht van KPN) aangeleverd dat de mogelijkheden van toegang tot kabelnetwerken beschrijft getiteld: “*Third-Party Service Providers’ Options for Reselling Cable Services and Cable Access*” (online beschikbaar via TNO.nl).

Besluit Openbaar

7. Partijen zijn tijdens de procedure in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze naar voren te brengen over feiten en belangen die partijen betreffen en waarop dit besluit steunt en die door derden zijn verstrekt.

II. PARTIJEN

8. KPN B.V. (hierna: KPN) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht. Zij is een dochtermaatschappij van KPN N.V.

9. KPN is actief op het gebied van telefonie, internettoegang-, televisie- en zakelijke netwerkdiensten via het koper- en glasvezelaansluitnetwerk in Nederland en mobiele telecommunicatiediensten in Nederland, Duitsland en België, en datadiensten in West-Europa.

10. Reggefiber Group B.V. (hierna: Reggefiber) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht. Zij is een gezamenlijke onderneming van KPN en Reggefiber Holding B.V. (hierna: Reggefiber Holding). Reggefiber Holding is een onderdeel van Reggeborgh Glasvezel Investerings B.V. (hierna: Reggeborgh).

11. Reggefiber is actief op het gebied van de aanleg en exploitatie als passieve operator van glasvezelaansluitnetwerken ten behoeve van voornamelijk consumenten in met name door natuurlijke personen bewoonde gebieden in Nederland.

III. DE VOORGENOMEN CONCENTRATIE TEN AANZIEN WAARVAN DE AANVRAAG OM VERGUNNING IS INGEDIEND

12. Blijkens de aanvraag om vergunning zijn partijen voornemens de volgende transactie aan te gaan. Op 2 januari 2014 heeft Reggefiber Holding aan KPN medegedeeld over te gaan tot uitoefening van de *put* optie uit de samenwerkingsovereenkomst tussen KPN en Reggefiber⁴ waarmee KPN 60% van de aandelen in Reggefiber zal verkrijgen. Door de transactie vervallen de belangrijkste vetorechten van Reggefiber Holding, alsmede haar recht van bindende voordracht van een deel van de Raad van Commissarissen en de non-concurrentieafspraken.

IV. TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIE TOEZICHT

13. Zoals reeds in het besluit van 6 mei 2014 is vastgesteld, is het beoogde resultaat van de voorgenomen operatie dat KPN uitsluitende zeggenschap verkrijgt in Reggefiber. De gemelde

⁴ Zie de samenwerkingsovereenkomst van 22 mei 2008, die gewijzigd is bij vaststellingsovereenkomst van 8 november 2011.

Besluit Openbaar

operatie ten aanzien waarvan een vergunning is ingediend, is derhalve een concentratie in de zin van artikel 27, eerste lid, onder b, van de Mededingingswet.

14. De betrokken ondernemingen zijn KPN en Reggefiber.

15. Uit de bij de melding ter beschikking gestelde omzetgegevens blijkt dat de gemelde concentratie binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht valt.

V. BEOORDELING

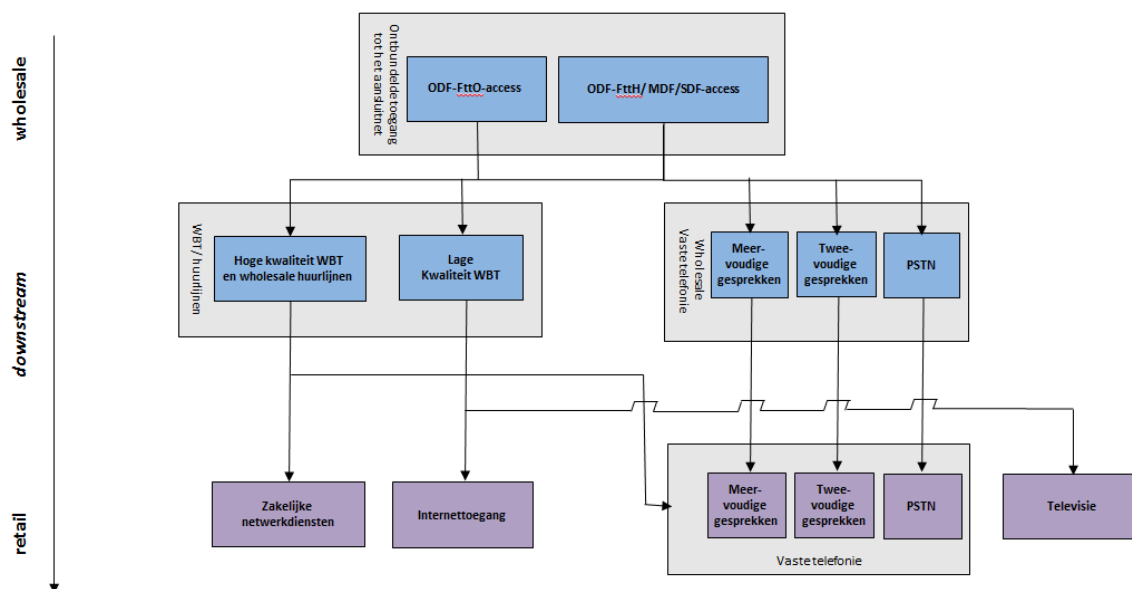
A. INLEIDING

16. In Nederland zijn momenteel vier verschillende vaste aansluitnetwerken waarover elektronische communicatiediensten (vaste telefonie, televisie, zakelijke netwerkdiensten en vaste internettoegang) kunnen worden aangeboden, te weten het zakelijke en residentiële glasvezelaansluitnetwerk, het koperaansluitnetwerk en het *hybrid fiber coaxial* (HFC)-aansluitnetwerk (hierna: kabelnetwerk). KPN is eigenaar van het koperaansluitnetwerk en het zakelijke glasvezelaansluitnetwerk. Reggefiber is (gezamenlijk met KPN) eigenaar van het residentiële glasvezelaansluitnetwerk. UPC/Ziggo is eigenaar van het grootste kabelaansluitnetwerk in Nederland.

17. KPN en Reggefiber bieden beide ontbundelde toegang aan aanbieders zonder eigen aansluitnetwerk (hierna: alternatieve aanbieders), zodat ook zij elektronische communicatiediensten kunnen aanbieden. Ontbundelde toegang is fysieke toegang tot een netwerkinfrastructuur op wholesale niveau op een vaste locatie. Bij ontbundelde toegang gaat het om een passieve vorm van toegang op de hoogst (meest upstream) gelegen markt. Dat wil zeggen dat alternatieve aanbieders relatief veel eigen investeringen moeten doen om actief te worden op de verschillende netwerklocaties waar deze vormen van toegang worden aangeboden. Ontbundelde toegang sluit daarmee het dichtst mogelijk aan bij de infrastructuurconcurrentie die ACM en de Europese Commissie beogen te bevorderen.

18. Op basis van ontbundelde toegang kunnen partijen wholesale breedbandtoegang (hierna: WBT) leveren. WBT is een niet fysieke of virtuele netwerktoegang waarbij de afnemer toegang krijgt tot een bepaalde capaciteit (bandbreedte) over de fysieke aansluiting. Met zowel ontbundelde toegang als WBT kunnen alternatieve aanbieders hun eigen (bundels van) elektronische communicatiediensten aan eindgebruikers leveren, zoals vaste internettoegang, vaste telefonie, zakelijke netwerkdiensten en televisie (zie Figuur 1).

Besluit Openbaar



5/29

Figuur 1: Samenhang tussen de wholesale- en retailmarkten

19. Een belangrijke overweging voor alternatieve aanbieders om ontbundelde toegang af te nemen is dat ontbundelde toegang hen in staat stelt om de eigen dienstverlening in te richten en daarbij innovaties mogelijk te maken zonder hierbij gebonden te zijn aan de beperkingen die kunnen voortvloeien uit de afhankelijkheid van een meer downstream gelegen wholesaleproduct (zoals WBT). Hierdoor zijn concurrenten met ontbundelde toegang beter in staat om zichzelf te onderscheiden waardoor zij beter kunnen concurreren met KPN en kabel op de onderliggende retailmarkten.

20. OPTA heeft in het kader van de marktanalyses⁵ eerder verschillende reguleringsbesluiten genomen waarin aan KPN (en Reggefiber) sectorspecifieke regulering is opgelegd die bijdraagt aan effectieve concurrentie op de retailmarkten voor vaste telefonie, televisie, zakelijke netwerkdiensten en vaste internettoegang.

21. In het besluit marktanalyse ontbundelde toegang van 29 december 2011 (hierna: besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011) van OPTA is vastgesteld dat KPN op de markt voor ontbundelde toegang beschikt over aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM). OPTA heeft vervolgens diverse verplichtingen opgelegd aan KPN, alsmede aan Reggefiber waarin KPN

⁵ Op grond van artikel 6a en 6b van de Telecommunicatiewet.

Besluit Openbaar

6/29

gezamenlijke zeggenschap heeft.⁶ Tevens heeft OPTA het marktanalysebesluit lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang (hierna: besluit LKWBT 2012)⁷, het marktanalysebesluit hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en huurlijnen (hierna: besluit HKWBT/HL 2012)⁸, het marktanalysebesluit vaste telefonie (2012)⁹ en het oordeel analyse televisie (2011)¹⁰ genomen. In de marktanalysebesluiten HKWBT/HL 2012 en vaste telefonie 2012 zijn eveneens verplichtingen aan KPN opgelegd.

B. RELEVANTE MARKTEN

22. ACM heeft in het kader van de marktanalyses vanaf eind 2013 de markt voor ontbundelde toegang en verschillende onderliggende retailmarkten opnieuw onderzocht met het oog op de nieuwe reguleringsperiode. De eerste stap in dit onderzoek is het bepalen van de relevante wholesale- en retailmarkten. Deze worden afgebakend in overeenstemming met de beginselen van het algemene (Europese) mededingingsrecht.¹¹ In de marktanalyse ontbundelde toegang zijn dezelfde markten onderzocht als in onderhavige zaak, namelijk de markt voor ontbundelde toegang en verschillende onderliggende retailmarkten. In beide zaken zijn de diensten over het koperaansluitnetwerk van KPN en het glasvezelaansluitnetwerk (FttH) van Reggefiber als uitgangspunt van de beoordeling genomen. In onderhavige zaak omdat KPN en Reggefiber de betrokken ondernemingen zijn en in de marktanalyse ontbundelde toegang omdat momenteel KPN (inclusief Reggefiber) aangemerkt is als partij met AMM.

23. De onderzoeksvragen bij de bepaling van de relevante markten in onderhavige zaak zijn dezelfde als in de marktanalyse ontbundelde toegang. ACM heeft voor de bepaling van de relevante markten in onderhavige zaak daarom gebruik gemaakt van de ten behoeve van de marktanalyse ontbundelde toegang reeds uitgevoerde onderzoeken, die voorafgaande aan de melding van onderhavige zaak op 7 februari 2014 zijn uitgevoerd. Daarnaast zijn na 7 februari 2014 een aantal onderzoeken gezamenlijk uitgevoerd ten behoeve van de afbakening van de markten in beide zaken.

24. ACM heeft schriftelijke vragen gesteld aan marktpartijen en er zijn marktpartijen geïnterviewd. Daarnaast heeft ACM een aantal bijeenkomsten georganiseerd waarin belanghebbenden zijn geïnformeerd over het lopende onderzoek, en konden zij op het onderzoek

⁶ Zie OPTA – *Marktanalysebesluit ontbundelde toegang*, 29 december 2011.

⁷ Zie OPTA – *Marktanalysebesluit lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang (LKWBT)*, 27 april 2012.

⁸ Zie OPTA – *Marktanalysebesluit hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en wholesale huurlijnen (HKWBT/HL)*, 28 december 2012.

⁹ Zie OPTA – *Marktanalysebesluit vaste telefonie*, 1 mei 2012.

¹⁰ Zie OPTA – *Oordeel analyse televisie*, 20 december 2011.

¹¹ Op grond van artikel 6a.1, eerste lid en artikel 6a.1, tweede lid van de Telecommunicatiewet.

Besluit Openbaar

reageren.¹² Tot slot is door enkele marktpartijen op eigen initiatief informatie toegestuurd. ACM heeft de aldus van marktpartijen verkregen informatie in haar besluitvorming betrokken.

25. Ook heeft ACM extern onderzoek laten uitvoeren. Blauw Research heeft onderzoek onder consumenten uitgevoerd.¹³ Een prospectief onderzoek naar ontwikkelingen op de retailmarkten en een inschatting van marktaandelen is uitgevoerd door Dialogic.¹⁴ Daarnaast heeft Dialogic ten behoeve van de retailanalyse van de markt voor zakelijke netwerkdiensten onderzoek onder zakelijke eindgebruikers uitgevoerd.¹⁵ NERA heeft in opdracht van ACM een onderzoeksrapport geschreven over mogelijke business cases voor alternatieve aanbieders op ODF-access FttH.¹⁶ WIK Consult heeft voor ACM een analyse uitgevoerd naar de mogelijkheden van toegang tot kabelnetwerken en daarover een workshop verzorgd.¹⁷ Ten slotte is voor ACM een nader onderzoek naar overstapgedrag van consumenten op de markt voor vaste internettoegang door Blauw Research uitgevoerd.¹⁸

26. Op basis van dit onderzoek heeft ACM voor de beoordeling van onderhavige zaak de volgende markten afgebakend:

- de retailmarkt voor televisiedistributie;
- de retailmarkten voor vaste telefonie;
- de retailmarkt voor vaste internettoegang;
- de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten;
- de wholesalemarkt voor LKWBT¹⁹;
- de wholesalemarkt voor HKWBT/HL²⁰; en
- de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang

Hierna licht ACM de afbakening van ieder van deze relevante markten toe.²¹

¹² Industry Group bijeenkomsten op 4 november 2013 en 19 mei 2014 en een CEO-bijeenkomst op 20 juni 2014.

¹³ Blauw Research (2014), *Consumentenonderzoek: aanschaf- en overstapgedrag vast internet*, B16511-3, 12 maart 2014 en *Consumentenonderzoek: aanschaf- en overstapgedrag vaste telefonie*, B16511-3, 12 maart 2014.

¹⁴ Dialogic (2014a), *Prospectief onderzoek naar de marktaandeel-ontwikkeling op de telecomcommunicatiemarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten*, 12 maart 2014.

¹⁵ Dialogic (2014b), *Het gedrag en de behoeften van zakelijke afnemers van zakelijke netwerkdiensten en vaste telefonie*, 23 april 2014.

¹⁶ NERA (2014), *Unbundled Access to the Fibre-to-the- Home Networks of Reggefiber*, May 2014.

¹⁷ WIK Consult (2014), *Options of wholesale access to Cable-TV networks with focus on VULA*, 9 juli 2014.

¹⁸ Blauw Research (2014), *Overstapgedrag klanten vaste dienstenTele2, Vodafone, Online (incl. Solcon, Canal Digitaal)*, B17207, 1 augustus 2014.

¹⁹ LKWBT staat voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang.

²⁰ HKWBT/HL staat voor hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en huurlijnen.

Besluit Openbaar

(1) De retailmarkten

(1a) De retailmarkt voor televisiedistributie

27. Uit de recente beschikking van de Commissie in *Liberty Global/Ziggo*²² blijkt dat televisiedistributie via de verschillende infrastructuren tot dezelfde markt behoren en dat in het midden gelaten kan worden of er een nader onderscheid gemaakt dient te worden naar analoge en digitale televisie (lineaire televisie) enerzijds en plus- , themapakketten en internettelevisiediensten anderzijds (non-lineaire televisiediensten).

28. Deze recente beschikking van de Commissie is in lijn met eerdere zaken van ACM²³ waarin geconcludeerd is dat op het gebied van televisiedistributie²⁴ geen onderscheid hoeft te worden gemaakt naar infrastructuur. Televisiedistributie via de infrastructuren kabel, koper, satelliet, digitale ether en glasvezel behoren alle tot dezelfde relevante productmarkt voor televisie. ACM heeft daarin vastgesteld dat er geen nader onderscheid gehanteerd dient te worden naar analoge en digitale televisiediensten in standaardpakketten, al dan niet met plus- en themapakketten, televisiediensten op aanvraag en in bundels met andere elektronische communicatiediensten. Mobiele televisiediensten en ('over-the-top') internettelevisiediensten behoren niet tot deze markt.

29. Gelet op het voorgaande gaat ACM in de beoordeling van onderhavige zaak uit van een markt voor televisiedistributie via de verschillende infrastructuren al dan niet geleverd in een bundel.

30. De geografische markt voor televisiedistributie is, in lijn met de recente beschikking van de Commissie, nationaal.²⁵

(1b) De retailmarkten voor vaste telefonie

31. ACM heeft in het gezamenlijke onderzoek van de marktanalyse ontbundelde toegang en onderhavige zaak onderzocht of er aparte markten zijn voor de verschillende vormen van vaste telefonie. Er bestaan grofweg twee categorieën telefoniediensten: klassieke telefoniediensten

²¹ Voor een uitgebreidere toelichting zie ACM – *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014*, 31 oktober 2014.

²² Zie de beschikking van de Commissie van 10 oktober 2014 in zaak COMP/M.7000 – *Liberty Global/Ziggo*.

²³ Zie het besluit van NMa van 19 december 2008 in zaak 6397/KPN – *Reggefiber* en OPTA – *Oordeel analyse televisie* van 20 december 2011, met kenmerk: OPTA/AM/2011/202885.

²⁴ Analooq en digitaal in standaardpakketten, al dan niet met plus- en themapakketten, op aanvraag en in bundels met andere elektronische communicatiediensten.

²⁵ Zie de beschikking van de Commissie van 10 oktober 2014 in zaak COMP/M.7000 – *Liberty Global/Ziggo*.

Besluit Openbaar

(PSTN²⁶- en ISDN diensten²⁷) en IP-telefoniediensten (zoals VoB²⁸ en *Hosted Voice*²⁹). Binnen beide categorieën telefoniediensten kan mogelijk onderscheid gemaakt worden naar diensten die voorzien in een specifieke gebruikersbehoefte van bedrijven, omdat deze een grotere capaciteit vragen en een specifieke behoefte hebben aan een bepaald aantal gelijktijdige gesprekken.

32. ACM heeft in het bijzonder onderzocht of er een groep gebonden afnemers is van PSTN die niet kan overstappen naar andere telefoniediensten. Verder is onderzocht of IP-telefoniediensten (waaronder VoB en *Hosted voice*) een alternatief vormen voor ISDN-diensten. Ook is onderzocht of telefoniediensten voor tweevoudige en meervoudige gesprekken tot dezelfde markt behoren.

33. ACM heeft een analyse gemaakt van de vraagsubstitutie door beoordeling van (a) de objectieve kenmerken en functionaliteiten, (b) de prijsstelling en prijsbewegingen, en (c) het feitelijk en verwacht overstapgedrag. Hierbij is gebruik gemaakt van een tweetal onderzoeken die in opdracht van ACM door Dialogic³⁰ zijn uitgevoerd en van een onderzoek door Ecorys³¹ dat door marktpartijen is aangeleverd. Daarnaast heeft ACM een analyse gemaakt van de mogelijkheden voor aanbodssubstitutie.

34. Op basis van bovenstaande analyse komt ACM tot de volgende drie retailmarkten: (i) de markt voor analoge telefonie (PSTN), (ii) de markt voor tweevoudige gesprekken³² en (iii) de markt

²⁶ De meest traditionele vorm van vaste telefonie vindt plaats via een analoge verbinding op het 'Public Switched Telephone Network' (hierna: PSTN), het circuitgeschakelde openbare koperen telefonienetwerk. Een PSTN-aansluiting levert één spraakkanaal.

²⁷ ISDN staat voor 'Integrated Services Digital Network' (hierna: ISDN) en is een digitale transmissietechniek waarmee meerdere communicatiekanalen over de aansluitlijn worden geleverd.

²⁸ VoB (*Voice over Broadband*) is een telefoniedienst aangeboden over een vast breedbandig netwerk op een vaste locatie, waarbij de aansluiting op het netwerk plaatsvindt via een modem.

²⁹ *Hosted Voice* (of *Hosted PBX*) is een (zakelijke) IP-telefoniedienst waarbij de lokale bedrijfstelefooncentrale (IP-PBX) niet op de klantlocatie staat, maar is vervangen door een (virtuele) centrale in het netwerk van de HV aanbieder.

³⁰ Zie Dialogic (2014a), *Prospectief onderzoek naar de marktaandeel-ontwikkeling op de telecomcommunicatiemarkten voor internettoegang, vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten*, 18 maart 2014 en Dialogic (2014b), *Het gedrag en de behoeften van zakelijke afnemers van zakelijke netwerkdiensten en vaste telefonie*, 23 april 2014.

³¹ Zie Ecorys (2014), *Marktanalyse vierde reguleringsperiode - Vaste telefonie*, 2 juni 2014, uitgevoerd in opdracht van Pretium, Tele2 en Ziggo.

³² De markt bestaat uit ISDN1- en ISDN2-aansluitingen (inclusief gestapelde aansluitingen) en IP-telefonie met een gegarandeerde verbinding voor 2 tot en met 12 gelijktijdige gesprekken, waaronder VoB-diensten voor 2 tot en met 12 gelijktijdige gesprekken en *Hosted Voice* tot en met 100 seats. Inclusief verkeer hierover.

Besluit Openbaar

voor meervoudige gesprekken³³. Deze markten zijn alle drie nationaal van omvang.³⁴

(1c) De retailmarkt voor vaste internettoegang

35. Evenals in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 komt ACM op basis van vraag- en aanbodsubstitutie tot de conclusie dat de markt voor vaste internettoegang afgebakend dient te worden als de markt voor alle vaste internettoegangsdiensten via koper, kabel en glasvezel, al dan niet geleverd in een bundel. Ook komt ACM evenals in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 tot de conclusie dat mobiele internettoegang geen onderdeel uitmaakt van de markt en dat geen onderscheid hoeft te worden gemaakt naar zakelijke afnemers en consumenten. ACM concludeert dat de markt voor vaste internettoegang nationaal van omvang is.³⁵

(1d) De retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten

36. Een zakelijke netwerkdienst is een dienst die een zakelijke afnemer gebruikt voor elektronische communicatie binnen het bedrijf. Zakelijke afnemers gebruiken deze diensten om op veilige, betrouwbare en vaak snelle wijze hun verschillende zakelijke locaties te koppelen voor interne communicatie, zoals het uitwisselen van data, telefoonverkeer, PIN- en alarmverkeer en het voeren van videoconferenties tussen verschillende bedrijfslocaties. Onder zakelijke netwerkdiensten kunnen de volgende diensten worden onderscheiden: klassieke huurlijnen, Ethernet-VPN's en IP-VPN's (hierna gezamenlijk gesloten VPN's), dark fiber en lichtpaden, en open VPN's.

37. Evenals in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 komt ACM op basis van vraag- en aanbodsubstitutie tot de conclusie dat klassieke huurlijnen en gesloten VPN's tot dezelfde markt behoren. Vervolgens heeft ACM onderzocht of (i) dark fiber en lichtpaden tot dezelfde markt behoren als klassieke huurlijnen en gesloten VPN's, of (ii) open VPN's tot dezelfde markt behoren als klassieke huurlijnen en gesloten VPN's, en of (iii) er geen nader onderscheid dient te worden gemaakt tussen producten op basis van productkenmerken (capaciteit van de verbinding, capaciteitsgaranties, beschikbaarheidsgaranties, SLA's). ACM concludeert dat dit het geval is.

³³ Deze markt bestaat uit ISDN15/20/30-aansluitingen en IP-telefonie met een gegarandeerde verbinding voor meer dan 12 gelijktijdige gesprekken, waaronder VoB-diensten voor meer dan 12 gelijktijdige gesprekken en *Hosted Voice* met meer dan 100 seats. Inclusief verkeer hierover.

³⁴ Zie ACM - *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014*, 31 oktober 2014, Annex B, Hoofdstuk B.4, B.6, en B.8.

³⁵ Zie ACM – *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014*, 31 oktober 2014, Annex B, Hoofdstuk B.2.

Besluit Openbaar

38. Op basis van deze analyse bakent ACM de markt voor zakelijke netwerkdiensten af als de markt voor klassieke huurlijnen, gesloten VPN's, *dark fiber* en lichtpaden, en open VPN's. Deze markt is nationaal van omvang.³⁶

(2) De wholesalemarkten

(2a) De wholesalemarkt voor breedbandtoegang en huurlijnen

39. In eerdere besluiten in 2012 heeft OPTA geconcludeerd dat er een aparte markt is voor HKWBT/HL enerzijds en LKWBT anderzijds.³⁷ Beide markten zijn nationaal van omvang. De onderscheidende factor is de mate waarin de capaciteit op de verbinding gegarandeerd is (de overboekingsfactor). WBT-aansluitingen met een overboeking hoger dan of gelijk aan 1:20 behoren tot de markt voor HKWBT/HL en WBT-aansluitingen met een overboekingsfactor lager dan 1:20 behoren tot de markt voor LKWBT. Over het glasvezelnetwerk van Reggefiber worden voornamelijk LKWBT-diensten geleverd.

40. ACM gaat bij de onderhavige beoordeling uit van een aparte markt voor HKWBT/HL enerzijds en LKWBT anderzijds. Beide markten zijn nationaal van omvang. Een nader onderzoek naar deze marktafbakening is voor de beoordeling van de voorgenomen concentratie niet noodzakelijk omdat een andere marktafbakening van de WBT-markten de materiële beoordeling van de concentratie niet zal beïnvloeden.

(2b) De wholesalemarkt voor ontbundelde toegang

41. OPTA heeft in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 en in het besluit van 6 mei 2014 de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang afgebakend als de markt voor ontbundelde toegang tot het koperaansluitnetwerk (MDF-access en SDF-access) en het glasvezelaansluitnetwerk (ODF-access FttH).

42. ACM heeft op basis van vraag- en aanbodsubstitutie onderzocht of ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelaansluitnetwerken (ODF-access FttO), toegang tot kabelnetwerken en toegang tot mobiele netwerken tot de markt voor ontbundelde toegang tot het koperaansluitnetwerk (MDF- en SDF-access) en het glasvezelaansluitnetwerk (ODF-access FttH) behoren.³⁸ Daarnaast is onderzocht of virtuele ontbundelde toegang (*virtual unbundled local access*, hierna ook: VULA)³⁹ een substituut is voor fysieke ontbundelde toegang als deze vergelijkbare eigenschappen heeft. ACM

³⁶ Zie ACM – *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014*, 31 oktober 2014, Annex B, Hoofdstuk B.10.

³⁷ Zie OPTA - *Marktanalysebesluit LKWBT* van 27 april 2012, randnummer 272-317 en OPTA – *Marktanalysebesluit HKWBT/HL* van 28 december 2012, randnummer 266 - 316.

³⁸ MDF-access staat voor toegang tot het *Main Distribution Frame*; SDF-access voor toegang tot het *Sub Distribution Frame*; en ODF-access voor toegang tot de *Optical Distribution Frame*.

³⁹ Zie punt 47.

Besluit Openbaar

heeft hierbij onderzocht of er sprake is van aanbodssubstitutie door technische vergelijkbaarheid en economische vergelijkbaarheid.

43. Voor mobiele netwerken geldt dat het niet mogelijk is om op een mobiel netwerk aan meerdere partijen fysiek toegang te verlenen op een vergelijkbare manier als met ontbundelde toegang. ODF-access FttO is geen substituut voor MDF-, SDF- en ODF-access FttH, omdat deze toegangsvorm veel duurder is en omdat de concurrentieomstandigheden anders zijn dan bij MDF-, SDF- en ODF-access FttH. Ten aanzien van toegang tot kabelnetwerken blijkt uit het gezamenlijke onderzoek dat door verschillen in de netwerkarchitectuur een vorm van toegang via kabelnetwerken die technisch vergelijkbaar is met MDF-, SDF- of ODF-access FttH economisch gezien niet realiseerbaar is. Hiervoor zou een uitrol tot circa 500.000 zogenaamde multitaps⁴⁰ noodzakelijk zijn en dat is economisch niet haalbaar. Op basis van het bovenstaande concludeert ACM dat mobiele netwerken, kabelnetwerken en ODF-access FttO geen alternatieven zijn voor afnemers van MDF-, SDF- en ODF-access FttH.

44. Op retailniveau vormen diensten die geleverd worden via kabelnetwerken een substituut voor diensten die geleverd worden via koper- en glasvezelnetwerken (FttH) en. Het is aannemelijk dat een verhoging van het ontbundelde toegangstarief (volledig) doorwerkt in de retailprijzen. Een dergelijke prijsverhoging op retailniveau kan overstap van op koper- of glasvezelnetwerken (FttH) gebaseerde diensten naar op kabelnetwerken gebaseerde diensten uitlokken. Als deze overstap op retailniveau er voor zorgt dat aanbieders van ontbundelde toegangsdiensten via koper- of glasvezelnetwerken (FttH) niet winstgevend hun tarief kunnen verhogen, dan is er sprake van indirecte concurrentiedruk vanuit het kabelnetwerk. In een dergelijk geval dienen kabelnetwerken ook tot de markt voor ontbundelde toegang gerekend te worden.

45. Op basis van de resultaten uit de onderzoeken van Blauw Research⁴¹ en de marges van KPN is berekend of er mogelijk sprake is van voldoende indirecte prijsdruk van op kabelnetwerken gebaseerde diensten naar op koper- en glasvezelnetwerken (FttH) gebaseerde diensten om een prijsstijging (met 10 procent) van ontbundelde koper- en glastoegang niet winstgevend te laten zijn. Uit deze analyse blijkt dat een dergelijke prijsstijging voor KPN wel winstgevend is vanwege het te geringe aantal klanten dat als gevolg van die prijsstijging op retailniveau naar kabelnetwerken

⁴⁰ Een multitap is een soort splitter. Doorgaans zijn in kabelnetwerken na de eindversterker (de versterker die het laagst in het netwerk is geplaatst, dus het dichtst bij de eindgebruiker) een aantal multitaps geplaatst die het aangeleverde signaal splitsen naar de huisaansluitingen. De multitap is het laatste gemeenschappelijke onderdeel van het kabelnet, wat betekent dat vanaf de multitap coaxkabels direct naar de eindgebruiker gaan. Een multitap kan een beperkt aantal aansluitingen aan (maximaal 16).

⁴¹ Zie voetnoot 13.

Besluit Openbaar

overstapt.⁴² Er is daarom onvoldoende indirecte prijsdruk van op kabelnetwerken gebaseerde diensten naar op koper- en glasvezelnetwerken (FttH) gebaseerde diensten en daarmee geen indirecte substitutie.

46. Ook is onderzocht of er sprake is van indirecte substitutie via mobiele netwerken. Dit is afhankelijk van de mate waarin retailproducten die op de onderliggende markten geleverd worden, substituten zijn van elkaar. Uit de analyses van de retailmarkten blijkt dat verschillende retailediensten die tot stand kunnen komen via mobiele netwerken geen substituuft vormen voor retailediensten die tot stand kunnen komen via koper- en glasvezelnetwerken (FttH). Dit sluit het bestaan van indirecte substitutie uit. ACM concludeert dat er hierdoor geen sprake is van indirecte concurrentiedruk van op mobiele netwerken gebaseerde diensten naar op koper- en glasvezelnetwerken (FttH) gebaseerde diensten.

47. ACM heeft onderzocht of er vormen van virtuele toegang tot kabelnetwerken zijn die vergelijkbaar zijn met ontbundelde toegang en heeft hierbij gebruik gemaakt van criteria van de Europese Commissie voor VULA. Virtuele toegang dient hiervoor te voldoen aan drie criteria: De toegang is op lokaal niveau beschikbaar, kent een gegarandeerde bandbreedte en controle over het transmissienetwerk en biedt de mogelijkheid tot productdifferentiatie en innovatie.⁴³ Op basis van het gezamenlijke onderzoek⁴⁴ komt ACM tot de conclusie dat de mogelijke virtuele toegangsvormen via kabelnetwerken niet voldoen aan de drie criteria en daarom geen substituuft voor ontbundelde toegang zijn. Virtuele toegangsvormen via het koperaansluitnetwerk (MDF-access en SDF-access) en het glasvezelaansluitnetwerk (ODF-access FttH) vallen wel onder de definitie VULA en vormen daarom een substituuft voor fysieke ontbundelde toegang.

48. Op basis van de punten 42 tot en met 47 zal ACM in onderhavige zaak daarom uitgaan van een markt voor ontbundelde toegang afgebakend als de markt voor (virtuele) ontbundelde toegang tot het koperaansluitnetwerk (MDF-access en SDF-access) en het glasvezelaansluitnetwerk (ODF-access FttH).

49. Het startpunt voor de geografische marktafbakening is het dekkingsgebied van deze netwerken. Dit betreft heel Nederland. KPN is door middel van haar koper- en

⁴² De *actual loss* als gevolg van een 10% prijsstijging is 6,34% terwijl de *critical loss* 9,43% is. De *actual loss* is dus kleiner dan de *critical loss*.

⁴³ European Commission, Staff working document, 9 oktober 2014, *EXPLANATORY NOTE, accompanying the document Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services*.

⁴⁴ Antwoorden van marktpartijen op vragen van ACM en WIK Consult (2014), *Options of wholesale access to Cable-TV networks with focus on VULA*, 9 juli 2014.

Besluit Openbaar

glasvezelaansluitnetwerken (FttH) in geheel Nederland actief met het aanbieden van ontbundelde toegang en deze toegangsvormen zijn volwaardige alternatieven voor elkaar. ACM constateert dat er binnen Nederland geen gebieden te onderscheiden zijn waar de concurrentiesituatie (significant) afwijkt van de nationale concurrentiesituatie. De omvang van de geografische markt voor ontbundelde toegang, afgebakend als de markt voor (virtuele) ontbundelde toegang tot het koperaansluitnetwerk (MDF-access en SDF-access) en het glasvezelaansluitnetwerk (ODF-access FttH), is daarom nationaal.

C. GEVOLGEN VAN DE CONCENTRATIE

(1) Inleiding en beoordelingskader

50. In deze paragraaf zal ACM onderzoeken of de voorgenomen concentratie zal leiden tot een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging.

51. Bij besluit van 19 december 2008 (hierna: Besluit 2008) heeft NMa besloten dat onder voorwaarden geen vergunning was vereist voor de concentratie die betrekking had op de totstandbrenging van de gemeenschappelijke onderneming Reggefiber.⁴⁵ Bij besluit van 28 juli 2009 zijn de voorwaarden van het Besluit 2008 gewijzigd⁴⁶ (hierna tezamen: de Remedie 2008).

52. De voorgenomen concentratie heeft betrekking op een overgang van gezamenlijke naar uitsluitende zeggenschap. Dit leidt over het algemeen tot een minder vergaande wijziging in de markstructuur dan wanneer zeggenschap wordt verkregen door een onderneming die nog geen zeggenschap heeft waardoor een beoordeling eenvoudiger uit valt.^{47,48} ACM heeft in het besluit van 6 mei 2014 geconcludeerd dat in onderhavige zaak de overgang van gezamenlijke naar uitsluitende zeggenschap nader onderzoek vergt, omdat zich mogelijke mededingingsbezwaren kunnen voordoen. Er is binnen Reggefiber in de huidige situatie namelijk sprake van een disciplinerende beperking op KPN, namelijk de Remedie 2008, welke geen doel meer treft als gevolg van de voorgenomen concentratie.⁴⁹ Hierdoor zou de positie van KPN kunnen worden versterkt.

53. ACM is met partijen van oordeel dat bij de beoordeling van de mogelijke mededingingsproblemen als gevolg van de voorgenomen concentratie rekening gehouden kan

⁴⁵ Zie besluit van NMa van 19 december 2008 in zaak 6397/KPN – Reggefiber.

⁴⁶ Zie besluit van NMa van 28 juli 2009 in zaak 6397/KPN – Reggefiber.

⁴⁷ Zie besluit 6 mei 2014, punt 47.

⁴⁸ Zie de Mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties krachtens Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad, Pb 2013/C 366/04, randnummer 5.

⁴⁹ De Remedie 2008 treft geen doel meer aangezien de *gemeenschappelijke onderneming*, zoals tot stand gebracht na het Besluit 2008, als gevolg van onderhavige transactie zal ophouden te bestaan. Zie besluit 6 mei 2014, punt 46.

Besluit Openbaar

worden met sectorspecifieke regulering, indien sectorspecifieke regulering onderdeel is van het relevante feitenkader waarbinnen de prospectieve analyse wordt uitgevoerd. De in het kader van het concentratietoezicht verrichte prospectieve analyse dient te zijn gebaseerd op zich voor het voltrekken van een concentratie in werkelijkheid voordoende feiten en omstandigheden die aannemelijk moeten zijn.⁵⁰ Deze benadering sluit aan bij de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie, die in haar beoordeling eveneens rekening houdt met van toepassing zijnde sectorspecifieke regulering,⁵¹ naar analogie met Europese jurisprudentie.⁵² Deze benadering is ook door de rechtbank Rotterdam in het kader van de beroepsprocedure tegen het Besluit 2008 als uitgangspunt gehanteerd.⁵³ NMa heeft in een eerder besluit ook rekening gehouden met sectorspecifieke regulering.⁵⁴

54. Op dit moment geldt er sectorspecifieke regulering aangezien er verplichtingen zijn opgelegd aan KPN op basis van de potentiële mededingingsproblemen die zijn vastgesteld in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011.

55. ACM heeft sinds eind 2013 onderzocht of deze sectorspecifieke regulering moet worden herzien. Op het moment van het besluit van 6 mei 2014 was dit onderzoek nog niet afgerond. Behoudens consultatie⁵⁵ is dit onderzoek nu afgerond en dit heeft geresulteerd in het ontwerpbesluit

⁵⁰ Zie College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 28 november 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ3274, overweging. 8.3.4.

⁵¹ Zie beschikkingen van de Commissie van 25 mei 2005 in zaak M.3776 – Vodafone/Oskar Mobile, van 7 oktober 2005 in zaak M.3752 – Verizon/MCI, de beschikking van 20 augustus 2007 in zaak M.4748 – T-mobile/Orange Netherlands, de beschikking van 2 oktober 2008 in zaak M.5148 – Deutsche Telecom/OTE, de beschikking van 3 juli 2012 in zaak M.6584 – Vodafone/Cable&Wireless en de beschikking van 10 oktober 2014 in zaak M.7000 – Liberty Global/Ziggo.

⁵² Zie de uitspraak in zaak 210/01 General Electric Company v Commission of the European Communities [2005] ECR-II 05557 (GE/Honeywell), punt 73-74.

⁵³ Zie Rechtbank Rotterdam, 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5478.

⁵⁴ Zie het besluit van NMa van 28 juni 2005 in zaak 4490/UPC – Canal +.

⁵⁵ Op grond van artikel 6b.1, eerste lid, van de Tw is op de voorbereiding van een besluit bedoeld in onder meer de artikelen 6a.2 en 6a.3 van de Tw, afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing. Dit betekent dat ACM in de genoemde gevallen een conceptbesluit moet consulteren onder toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Naast de nationale consultatie dient ACM een besluit, als dat van invloed is op de handel tussen de lidstaten, op grond van artikel 6b.2, eerste lid, van de Tw voor te leggen aan de Commissie, de nationale regelgevende instanties als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PbEG 2002, L 108, zoals laatstelijk gewijzigd op 25 november 2009, PbEU 2009, L 337 en BEREC. BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) is een samenwerkingsverband tussen 27 NRI's en de Commissie, opgericht om samenwerking en coördinatie tussen de NRI's en de Commissie vorm te geven om zo de ontwikkeling van een interne markt voor elektronische communicatie te bevorderen. BEREC en het daarbij behorende Bureau zijn

Besluit Openbaar

marktanalyse ontbundelde toegang 2014 (hierna: het ontwerpbesluit), dat op 31 oktober 2014 gepubliceerd is. ACM heeft in dit ontwerpbesluit vooralsnog opnieuw geconcludeerd dat KPN over AMM beschikt op de markt voor ontbundelde toegang en daarbij potentiële mededingingsproblemen geconstateerd (zie punt 67 en 99). Ook heeft ACM geformuleerd welke passende verplichtingen ze voornemens is op te leggen om deze potentiële mededingingsproblemen weg te nemen. Na consultatie van het ontwerpbesluit zal waarschijnlijk in het voorjaar 2015 het definitieve besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2015 genomen worden.⁵⁶

56. ACM dient op grond van de telecommunicatiewet passende verplichtingen op te leggen die de geconstateerde mogelijke mededingingsproblemen wegnemen.⁵⁷ Hoewel de resultaten van de consultatie van het ontwerpbesluit nog niet bekend zijn, acht ACM het gelet op het, behoudens consultatie, afgeronde gezamenlijke onderzoek ten behoeve van het ontwerpbesluit en onderhavige zaak, waarin (markt)partijen reeds uitvoerig zijn betrokken en konden reageren⁵⁸, voldoende aannemelijk dat er in de komende periode⁵⁹ verplichtingen op basis van sectorspecifieke regulering zullen zijn voor KPN op de markt voor ontbundelde toegang die de potentiële mededingingsproblemen zullen wegnemen.

57. Gelet op het feit dat er momenteel verplichtingen aan KPN zijn opgelegd op grond van sectorspecifieke regulering op grond van het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 en het feit dat voldoende aannemelijk is dat voor de komende reguleringsperiode verplichting op basis van het ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014 verplichtingen aan KPN zullen worden opgelegd, die de potentiële mededingingsproblemen zullen wegnemen, zijn deze verplichtingen op basis van sectorspecifieke regulering onderdeel van het relevante feitenkader waarbinnen de prospectieve analyse wordt uitgevoerd en zal ACM hiermee rekening houden in de prospectieve beoordeling van de voorgenomen concentratie.

ingesteld bij Verordening (EG) nr. 1211/2009, *PbEU* 2009, L 337/1. ACM houdt in haar besluitvorming zo veel mogelijk rekening met de zienswijzen van deze organen.

⁵⁶ Tot dat moment gelden de verplichtingen voor KPN en Reggefiber die zijn opgelegd in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011.

⁵⁷ ACM dient - indien uit een onderzoek als bedoeld in artikel 6a.1, derde of vierde lid van de Tw, blijkt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is - aan een partij die over AMM beschikt op deze markt op grond van artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw, voor zover passend, verplichtingen op te leggen. Verplichtingen zijn passend als deze op de markt geconstateerde problemen voorkomen of oplossen en in het licht van de doelstellingen van de Tw proportioneel en gerechtvaardigd zijn.

⁵⁸ Zo heeft ACM op 19 mei 2014 in een hypothesesessie de voorlopige conclusies van de marktanalyse ontbundelde toegang gedeeld met de markt en (markt)partijen de gelegenheid gegeven daarop te reageren.

⁵⁹ Dit is in ieder geval aannemelijk voor een periode van drie jaar na de inwerkingtreding van een nieuw besluit marktanalyse ontbundelde toegang in (naar verwachting) in het voorjaar van 2015. In artikel 6a.4 van de Telecommunicatiewet is namelijk bepaald dat ACM binnen drie jaar na een marktanalysebesluit de opgelegde verplichtingen moet heroverwegen.

Besluit Openbaar

58. Partijen wijzen er op dat de Europese Commissie afziet van het opleggen van remedies indien de geldende sectorspecifieke regulering afdoende is om mededingingsbeperkende effecten van de concentratie te voorkomen.⁶⁰

59. Uit de Richtsnoeren Remedies van ACM volgt dat in het concentratietoezicht structuurremedies over het algemeen de voorkeur verdienen boven gedragsremedies (zoals sectorregulering). Dit neemt niet weg dat gedragsremedies met name geschikt zijn om mededingingsproblemen weg te nemen die zien op uitsluitingseffecten, die het gevolg zijn van een verticale relatie.⁶¹ De mogelijke mededingingsproblemen als gevolg van deze voorgenomen concentratie zijn met name dergelijke uitsluitingseffecten.⁶²

60. Gelet op het voorgaande zal hierna beoordeeld worden in hoeverre de mogelijke mededingingsproblemen die volgen uit het onderzoek naar de gevolgen van de voorgenomen concentratie gelijk zijn aan de analyse van de potentiële mededingingsproblemen die volgen uit het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 en de analyse van de potentiële mededingingsproblemen die volgen uit het onderzoek in het kader van de marktanalyse ontbundelde toegang 2014. Indien deze hetzelfde zijn, is het aannemelijk dat sectorspecifieke regulering de mogelijke mededingingsproblemen als gevolg van de voorgenomen concentratie volledig zal wegnemen, waardoor deze mededingingsproblemen in onderhavige zaak niet kunnen ontstaan.

(2) Horizontale overlap

61. Partijen zijn van mening dat er geen horizontaal effect van de voorgenomen concentratie is omdat zij worden gedisciplineerd door kabelaanbieders.

62. ACM heeft in het besluit van 6 mei 2014 geoordeeld dat de daadwerkelijke mededinging op een nationale markt voor ontbundelde toegang tot koper- en glasvezelnetwerken als gevolg van de voorgenomen concentratie significant zou kunnen worden belemmerd. Immers, mogelijk zal als gevolg van de concentratie concurrentiedruk wegvallen tussen het glasvezelnetwerk (FttH) en het kopernetwerk in gebieden waar Reggefiber al glasvezel heeft uitgerold en het glasvezelnetwerk

⁶⁰ Zie voetnoot 51.

⁶¹ Zie Richtsnoeren Remedies 2007 van ACM, 21 september 2007, punt 15.

⁶² ACM heeft in het Besluit 2008 reeds geconstateerd dat structurele remedies, die de door ACM geconstateerde mededingingsproblemen wegnemen, in onderhavige zaak niet mogelijk zijn, zie punt 165. Ook in het besluit van 6 mei 2014 heeft ACM geconcludeerd dat de mogelijke mededingingsproblemen met name zien op uitsluitingseffecten. ACM heeft in het besluit van 6 mei 2014 ook een mogelijk horizontaal probleem geïdentificeerd. Ook hier heeft ACM nader onderzoek naar gedaan (zie punt 61 en verder in dit besluit).

Besluit Openbaar

(FttH) en kopernetwerk aldus reeds naast elkaar bestaan. Voor de gebieden waar nog geen glasvezel is uitgerold heeft ACM in het besluit van 6 mei 2014 geconcludeerd dat partijen zowel voor als na de voorgenomen concentratie, enkel een kostendekkende uitrol van nieuwe glasvezelgebieden zullen kunnen realiseren met instemming van KPN waardoor in deze gebieden als gevolg van de concentratie geen concurrentiedruk zal wegvallen tussen Reggefiber en KPN.

63. Als gevolg van de voorgenomen concentratie treft de Remedie 2008 geen doel meer. KPN verkrijgt door de voorgenomen concentratie volledige zeggenschap over Reggefiber zonder tariefmaatregelen zoals die op grond van de Remedie 2008 gelden. KPN zal als gevolg van de concentratie op de markt voor ontbundelde toegang vrijwel geen directe concurrentie ondervinden en nagenoeg 100% marktaandeel hebben. Per 1 juli 2014 is het aantal *homes passed*⁶³ via glasvezel 1,8 miljoen. Dat betekent dat ongeveer 20-25% van de Nederlandse huishoudens op glasvezel is aangesloten.

64. ACM heeft in het besluit van 6 mei 2014 geconcludeerd dat deze situatie mogelijk zal leiden tot significant hogere prijzen op de markt voor ontbundelde toegang. ACM heeft in punt 44 tot en met 46 van dit besluit geconcludeerd dat van kabel- en mobiele netwerken onvoldoende (in)directe concurrentiedruk uitgaat om een aanbieder met een marktaandeel van nagenoeg 100% op de markt voor (virtuele) ontbundelde toegang tot het koperaansluitnetwerk (MDF-access en SDF-access) en het glasvezelaansluitnetwerk (ODF-access FttH) te disciplineren. Op grond hiervan is ACM van oordeel dat het aannemelijk is dat KPN een prikkel heeft om significant hogere prijzen te hanteren voor ontbundelde toegang in gebieden met bestaande koper- en glasvezelnetwerken (FttH).

65. KPN hanteert sinds 2011 een hybride uitrolstrategie.⁶⁴ Dat betekent dat in die gebieden waar glasvezel is uitgerold, KPN geen verdere investeringen doet om zijn kopernetwerk te upgraden naar de snelste vorm van internettoegang die via het kopernetwerk afgenomen kan worden. Het betreft hier VDSL die vanuit zogenaamde “Buitenringen” worden aangesloten.⁶⁵ Deze hybride strategie wordt bevestigd door de gegevens die partijen in de vergunningsfase hebben aangeleverd ten aanzien van de hoeveelheden en type aansluitingen waarover partijen momenteel beschikken. In de

⁶³ De term *homes passed* wordt gebruikt voor huizen die met een glasvezelaansluiting zijn aangesloten zonder dat deze glasvezelaansluitingen noodzakelijkerwijs gebruikt hoeven te worden.

⁶⁴ Zie onder andere de presentatie KPN, *Investor Day: Overall Strategy*, 10 mei 2011, pagina 16 en 17, verkrijgbaar via <http://corporate.kpn.com/investor-relaties/publicaties.htm>. Zie verder ook het besluit van 6 mei 2014, punt 37.

⁶⁵ Partijen maken een onderscheid tussen VDSL die via de Central Office wordt aangesloten en VDSL die via Buitenringen wordt aangesloten. Met VDSL via Buitenringen kunnen hogere snelheden gehaald worden dan via de Central Office.

Besluit Openbaar

gebieden waar glasvezel is gerealiseerd, biedt KPN bij een beperkt aantal [...] huishoudens de mogelijkheid om deze snelste vorm van internettoegang via het kopernetwerk af te nemen. Dit terwijl KPN in gebieden waar nog geen glasvezel is uitgerold bij [...] huishoudens de mogelijkheid biedt om deze snelste vorm van internettoegang via het kopernetwerk af te nemen. De voorgenomen concentratie zal dan ook naar het oordeel van ACM niet leiden tot een andere investeringsprikkel voor KPN bij de upgrade van haar kopernetwerken.

66. KPN heeft weliswaar een prikkel, maar geen mogelijkheid om significant hogere prijzen te hanteren voor ontbundelde toegang in gebieden met bestaande koper- en glasvezelnetwerken (FttH), omdat in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 prijsplafonds aan KPN zijn opgelegd⁶⁶ die voorkomen dat KPN significant hogere prijzen kan hanteren voor ontbundelde toegang tot zowel haar koper- als glasvezelaansluitnetwerk doordat deze tarieven kosten georiënteerd dienen te zijn. Daarnaast is in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 aan KPN een non-discriminatieverplichting opgelegd en meer specifiek het verbod op tariefdifferentiatie. Hierdoor heeft KPN geen mogelijkheid om haar tarieven voor ontbundelde toegang te differentiëren naar geografische gebieden of naar wholesale afnemers.⁶⁷

67. Ook in het onderzoek in het kader van marktanalyse ontbundelde toegang 2014 is ACM tot de conclusie gekomen dat KPN een prikkel heeft om significant hogere prijzen te hanteren voor ontbundelde toegang aangezien KPN beschikt over AMM op de markt voor ontbundelde toegang.⁶⁸ Vervolgens heeft ACM een passende set aan verplichtingen geformuleerd (prijsplafonds en een non-discriminatieverplichting) die deze mogelijkheid zal wegnemen.⁶⁹ Gelet op punt 56 acht ACM het aannemelijk dat in de komende periode de mogelijkheid tot het hanteren van significant hogere tarieven in bepaalde gebieden zal worden weggenomen door de verplichtingen op basis van sectorspecifieke regulering.

* In deze openbare versie van het besluit zijn delen van de tekst vervangen of weggelaten om reden van vertrouwelijkheid. Vervangen of weggelaten delen zijn met vierkante haken aangegeven. In het geval van getallen of percentages kan de vervanging hebben plaatsgevonden in de vorm van vermelding van bandbreedtes.

⁶⁶ Zie OPTA – *Besluit marktanalyse ontbundelde toegang, 29 december 2011*, paragraaf 7.5 non-discriminatieverplichting en paragraaf 7.7 tariefregulering.

⁶⁷ KPN heeft deze mogelijkheid alleen indien ze kan aantonen dat dit niet tot doel en/of effect heeft de mededinging te belemmeren.

⁶⁸ Zie ACM - *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014, 31 oktober 2014*, punt 64. Hierin stelt ACM vast dat KPN op de markt voor ontbundelde toegang beschikt over een marktaandeel van nagenoeg 100 procent. Een dergelijk zeer hoog marktaandeel op zichzelf is reeds een zeer sterke aanwijzing dat KPN zich onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten. Daarnaast is er volgens ACM geen sprake van kopersmacht of concurrentiedruk van buiten de markt die KPN kan disciplineren op de markt voor ontbundelde toegang.

⁶⁹ Zie ACM – *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014, 31 oktober 2014*, paragraaf 6.3 non-discriminatieverplichting en paragraaf 6.5 tariefregulering

Besluit Openbaar

68. Op basis van het bovenstaande komt ACM tot de conclusie dat KPN een prikkel heeft om significant hogere prijzen te hanteren voor ontbundelde toegang in gebieden waar glasvezel is uitgerold maar dat KPN hier door de verplichtingen op basis van sectorspecifieke regulering niet de mogelijkheid toe heeft.

Conclusie horizontale effect

69. ACM heeft gegeven de geldende sectorspecifieke regulering geen reden om aan te nemen dat als gevolg van de horizontale overlap de voorgenomen concentratie tot een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt voor ontbundelde toegang zal leiden.

(3) Verticale relatie

70. Naast horizontale overlap is er tevens sprake van een verticale relatie tussen de activiteiten van partijen.

(3a) Visie Partijen

71. Partijen wijzen er op dat NMa – met de acceptatie van de door partijen aangeboden Remedie 2008 – in het Besluit van 2008 reeds heeft beoordeeld hoe eventuele verticale effecten van de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap door KPN dienen te worden opgelost. Partijen geven daarbij aan dat NMa in haar beoordeling van 2008 al rekening heeft gehouden met het feit dat KPN in meerdere stappen uitsluitende zeggenschap zou verkrijgen. Partijen geven verder aan dat de Remedie 2008 destijds voor de hand lag om eventuele verticale effecten op te lossen, omdat er toen nog geen marktregulering was waaraan het glasvezelnetwerk was onderworpen. Partijen wijzen er op dat nu, door middel van de verplichtingen op grond van het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011, toegang tot glasvezelnetwerken geborgd is, de Remedie 2008 overbodig geworden is.

72. Partijen wijzen er bovendien op dat de mogelijke toegangsproblematiek niet wordt veroorzaakt door de voorgenomen concentratie, omdat (i) het causale verband tussen de mogelijke toegangsproblematiek en de concentratie ontbreekt omdat Reggefiber zelfstandig geen glasvezelnetwerk had kunnen uitrollen, (ii) er sprake is van marktregulering die de mogelijke toetredingsproblematiek, die voortvloeit uit de karakteristieken van een netwerkmarkt, remedieert, en (iii) het in stand laten van de Remedie 2008 marktversturende effecten kan hebben en de asymmetrie met de kabelaanbieders zou kunnen vergroten.

Besluit Openbaar

(3b) Marktaandelen partijen

73. De positie van KPN op de downstream wholesale- en retailmarkten in aanwezigheid van sectorspecifieke regulering en de Remedie 2008 is in onderstaande tabel weergegeven. Uit deze gegevens blijkt dat KPN op de markten voor vaste telefonie, vaste internettoegang, zakelijke netwerkdiensten, LKWBT en HKWBT/HL een relatief hoog marktaandeel heeft. Belangrijkste concurrenten op deze markten zijn de verticaal geïntegreerde kabelaanbieders (UPC/Ziggo, Delta en CaiW) en alternatieve aanbieders op basis van toegang tot het koper- en glasvezelnetwerk, zoals Tele2 en Vodafone.⁷⁰ Op de retailmarkt voor televisie heeft KPN een lager marktaandeel. Uit het bovenstaande blijkt dat KPN een sterke positie heeft op verschillende van de onderliggende retailmarkten en de wholesale markten voor LKWBT en HKWBT/HL.

Tabel 1: Marktaandelen KPN op onderliggende markten Q1 2014

<i>Downstream</i> markten	Marktomvang 71	KPN	Alternatieve aanbieders ⁷²	Kabel aanbieders
LKWBT ⁷³	6.837.000	[45-50%]	[5-10%]	[45-50%]
HKWBT/HL	144.940	[45-50%]	[45-50%]	[0-5%]
Vaste telefonie analoog (PSTN)	1.407.000	[80-85%]	[15-20%]	[0-5%]
Vaste telefonie tweevoudige gesprekken	1.620.000	[80-85%]	[5-10%]	[10-15%]
Vaste telefonie meervoudige gesprekken	855.000	[45-50%]	[35-40%]	[10-15%]
Vaste internettoegang (incl. bundels met VoB en TV)	6.824.000	[40-45%]	[10-15%]	[45-50%]
Televisiedistributie	7.417.000	[25-30%]	[5-10%]	[60-65%]
Zakelijke netwerkdiensten ⁷⁴	162.000	[45-50%]	[45-50%]	[5-10%]

Bron: ACM, Telecommonitor, 2014Q1

⁷⁰ Op de markt voor HKWBT/HL zijn daarnaast ook partijen, zoals Eurofiber actief op basis van hun eigen glasvezelnetwerk. Deze partijen zijn tabel 1 meegeteld onder 'alternatieve aanbieders'.

⁷¹ De markt voor LKWBT, HKWBT, PSTN, vaste internettoegang en televisiedistributie wordt weergegeven in totaal aantal aansluitingen (inclusief eventuele interne leveringen). De markt voor twee- en meervoudige gesprekken wordt weergegeven in totaal aantal licenties. De marktaandelen voor zakelijke netwerkdiensten zijn bepaald door de verschillende aansluitingen aan zakelijke netwerkdiensten te wegen op basis van hun tariefverhoudingen waarbij hoogcapacitaire diensten en *dark fiber* in deze berekening drie keer zo zwaar wegen als laagcapacitaire diensten. Open VPN's hebben een derde van het gewicht gekregen van een laagcapacitaire dienst (Zie verder ACM – *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014*, 31 oktober 2014, Annex B, B11.1.1).

⁷² Het marktaandeel dat in deze kolom wordt weergegeven voor alternatieve aanbieders in inclusief het marktaandeel van overige partijen, niet zijnde KPN, Delta, UPC/Ziggo, die beschikken over een eigen infrastructuur (zoals Eurofiber).

⁷³ Zowel interne als externe leveringen.

⁷⁴ Bron: ACM, Telecommonitor, 2013Q4.

Besluit Openbaar

74. In punt 63 is reeds geconcludeerd dat KPN na de concentratie op de markt voor ontbundelde toegang een marktaandeel zal hebben van nagenoeg 100% en derhalve over een zeer sterke positie zal beschikken.

(3c) Input foreclosure

75. Bij de beoordeling van de verticale effecten heeft ACM in het besluit van 6 mei 2014 onderzoek gedaan naar mogelijke *input foreclosure*. Dit betekent dat voor concurrenten van KPN op *downstream* markten de toegang tot input uit *upstream* markten wordt beperkt.

76. In het besluit van 6 mei 2014 heeft ACM geconcludeerd dat KPN na de totstandkoming van de voorgenomen concentratie, de praktische mogelijkheid heeft om uit te sluiten. ACM heeft verder geconcludeerd dat KPN hier ook een prikkel toe heeft omdat een strategie van uitsluiting of belemmering van toegang tot het koper-en het glasvezelnetwerk (FttH) en (*input foreclosure*) voor haar winstgevend is. ACM is verder tot de conclusie gekomen dat door deze strategie de positie van KPN significant zou kunnen worden versterkt waardoor het aannemelijk is dat er een mededingingsbeperkend effect uit zou kunnen gaan van uitsluiting op de markt voor ontbundelde toegang.

77. Verschillende marktpartijen wijzen op de mogelijkheid en prikkel van KPN om haar sterke positie op de markt voor ontbundelde toegang te gebruiken om haar positie op de *downstream* markten te versterken ten opzichte van concurrenten.

78. ACM is volgens partijen in het besluit van 6 mei 2014 ten onrechte tot de conclusie gekomen dat KPN een prikkel heeft om concurrenten op de retailmarkten uit te sluiten. Partijen geven aan dat ACM bij een onderzoek naar de winstgevendheid van *input foreclosure* een onderscheid zou moeten maken tussen passieve toegang (ontbundelde toegang) en actieve toegang (WBT). Partijen wijzen er op dat KPN een open wholesale model hanteert en – ook zonder regulering – WBT aanbiedt. Volgens partijen zou ACM dit moeten meewegen in haar beoordeling ten aanzien van het risico op uitsluiting. ACM zou de prikkel tot uitsluiting apart moeten onderzoeken voor WBT en ontbundelde toegang. Uit dat onderzoek zal volgens partijen blijken dat KPN zonder meer een prikkel heeft om WBT te leveren.

79. De markt die door de voorgenomen concentratie beïnvloed wordt, is de markt voor ontbundelde toegang. ACM zal in deze paragraaf onderzoeken of KPN de prikkel en de mogelijkheid heeft om alternatieve aanbieders uit te sluiten van i) alleen ontbundelde toegang en ii) ontbundelde toegang en WBT.⁷⁵

⁷⁵ Gelet op punt 96 komt ACM in dit besluit niet toe aan een beoordeling van de mogelijke effecten van uitsluiting op de markt voor ontbundelde toegang en daarmee ook niet toe aan de vraag van KPN of er een afzonderlijke prikkel zou zijn om wel WBT te leveren maar geen ontbundelde toegang.

Besluit Openbaar

80. ACM merkt hierbij op dat het bij de prikkel tot uitsluiting op de markt voor ontbundelde toegang niet noodzakelijk hoeft te gaan om de meest vergaande vorm van uitsluiting, namelijk toegangsweigering/leveringsweigering. Het kan ook gaan om gedrag, anders dan toegangsweigering, dat kan worden aangewend om de facto alsnog die toegang ineffectief te maken. Op die manier ontstaat een situatie waarin weliswaar formeel toegang wordt geleverd, maar waarin die toegang zo is vormgegeven dat alternatieve aanbieders middels het gebruik van die toegang niet effectief kunnen concurreren met KPN op de *downstream*markten.⁷⁶

(a) Prikkel tot input foreclosure

81. De prikkel van KPN om concurrenten op de wholesale- en retailmarkten (*downstream*) uit te sluiten van toegang tot het koper- en glasvezelnetwerk (*upstream*) is afhankelijk van de mate waarin de uitsluiting winstgevend is voor KPN. De winstgevendheid van uitsluiting is onder andere afhankelijk van de verschillende marges op de *downstream*- en de *upstream*markten. De door uitsluiting misgelopen opbrengsten op de *upstream*markten kunnen door KPN goedgeemaakt worden door extra opbrengsten op de *downstream*markten als retailklanten van concurrenten na uitsluiting naar KPN overstappen.

(i) Ontbundelde toegang

82. Er is sprake van een prikkel tot uitsluiting indien de *actual diversion ratio* (het aantal alternatieve aanbieders dat daadwerkelijk overstapt naar WBT van KPN in het geval van uitsluiting van ontbundelde toegang) groter is dan de *critical diversion ratio* (het minimum aantal klanten van alternatieve aanbieders dat moet overstappen naar WBT van KPN om uitsluiting van ontbundelde toegang voor KPN winstgevend te maken).

83. Zoals uiteengezet in punt 19 kunnen alternatieve aanbieders zich door middel van ontbundelde toegang beter onderscheiden van KPN en kabelaanbieders en zijn ze daarmee dus beter in staat om concurrentiedruk uit te oefenen op KPN en kabelaanbieders op de *downstream*markten. Door ontbundelde toegang te weigeren zou KPN dus de concurrentie op deze markten significant kunnen beperken. Immers, als gevolg van uitsluiting van ontbundelde toegang (*upstream*) zijn alternatieve aanbieders aangewezen op een vorm van WBT (*downstream*) die duurder is en die hen minder differentiatiemogelijkheden biedt. De prijs- en keuzevrijheid van consumenten op de onderliggende retailmarkten zou daardoor kunnen verslechteren.

84. Indien KPN alternatieve aanbieders zou uitsluiten van ontbundelde toegang zullen deze alternatieve aanbieders aangewezen zijn op KPN's *downstream* wholesale producten (in het bijzonder WBT) om hun klanten te kunnen bedienen. Een overstap naar (ontbundelde) kabeltoegang is immers niet mogelijk, omdat op het kabelnetwerk geen alternatief voor ontbundelde toegang

⁷⁶ Zie ook ACM – *Ontwerpbesluit ontbundelde toegang 2014*, 31 oktober 2014, hoofdstuk mededingingsproblemen.

Besluit Openbaar

beschikbaar is (zie punt 41). Ook op lager gelegen toegangsmarkten (bijvoorbeeld WBT) bieden kabelaanbieders geen alternatief.⁷⁷ ACM acht het daarom aannemelijk dat alternatieve aanbieders de klanten die zij momenteel bedienen op basis van ontbundelde toegang in een situatie van uitsluiting in zijn geheel migreren naar WBT van KPN (of naar nog lager gelegen toegangsvormen).⁷⁸ Hoewel de marge en de differentiatiemogelijkheden van alternatieve aanbieders op WBT lager zijn, kunnen ze via de afname van WBT in de markt blijven en hun retailklanten bedienen. ACM acht het derhalve aannemelijk dat de klanten van alternatieve aanbieders in het geval van uitsluiting van ontbundelde toegang op het netwerk van KPN blijven en derhalve de *actual diversion ratio* (nagenoeg) 100% is.

85. Voor de berekening van de *critical diversion ratio* heeft KPN nadere informatie aangeleverd over volumes, kosten, prijzen en marges van WBT.⁷⁹ ACM komt op basis van een nadere analyse van deze informatie tot een geschatte *critical diversion ratio* van [40 – 50]%.⁸⁰ Met andere woorden, indien tenminste [40 – 50]% van de klanten van alternatieve aanbieders die gebruik maken van ontbundelde toegang daadwerkelijk overstapt (*actual loss*) naar alternatieve aanbieders die gebruik maken van WBT is dat voor KPN winstgevend. Omdat de *actual diversion ratio* (100%) hoger is dan de *critical diversion ratio* ([40 – 50]%) concludeert ACM derhalve dat het voor KPN winstgevend is om alternatieve aanbieders van ontbundelde toegang uit te sluiten.

86. KPN geeft daarbij zelf enkel aan dat ze een prikkel heeft om WBT te leveren⁸¹ en ook het vrijwillige wholesale aanbod van KPN ziet voornamelijk op WBT en niet zo zeer op ontbundelde toegang. Hieruit kan worden afgeleid dat KPN geen prikkel lijkt te ervaren om ontbundelde toegang te leveren.

87. Op basis van het bovenstaande komt ACM tot de conclusie dat KPN een prikkel heeft om alternatieve aanbieders (effectief) uit te sluiten van de markt voor ontbundelde toegang.

⁷⁷ UPC/Ziggo biedt geen wholesaletoeegang. Een aantal kleinere kabelaanbieders biedt wel een vorm van wholesaletoeegang, maar de geografische dekking hiervan is zeer beperkt.

⁷⁸ Een alternatief scenario is nog dat alternatieve aanbieders geen voldoende aantrekkelijk wholesale aanbod kunnen vinden en besluiten hun dienstverlening op basis van wholesale toegang te staken. Dit scenario is vergelijkbaar met het scenario waarin KPN zowel ontbundelde toegang als WBT weigert (zie punt 88 en verder).

⁷⁹ Antwoorden van KPN van 28 juli, 29 augustus en 15 september op vragen van ACM.

⁸⁰ Voor de berekening van *critical diversion ratio* is in dit besluit de volgende formule gebruikt: “totale initiële marge externe wholesale leveringen KPN” gedeeld door “totale initiële marge retail leveringen KPN”. De initiële marge is berekend als: $((\text{prijs} - \text{marginale kosten}) / \text{prijs})$.

⁸¹ Zie punt 78.

Besluit Openbaar

(ii) Ontbundelde toegang en WBT

88. Door zowel ontbundelde toegang als WBT te weigeren, zou KPN de concurrentie op de downstreammarkten kunnen belemmeren. Alternatieve aanbieders die afhankelijk zijn van toegang tot het netwerk van KPN zijn dan niet meer in staat om hun retailklanten te bedienen.

89. Er is een prikkel tot uitsluiting indien de *actual diversion ratio* (het aantal klanten van alternatieve aanbieders dat daadwerkelijk overstapt naar KPN in het geval van uitsluiting van ontbundelde toegang en WBT) groter is dan de *critical diversion ratio* (het minimum aantal klanten van alternatieve aanbieders dat moet overstappen naar KPN om uitsluiting van ontbundelde toegang en WBT voor KPN winstgevend te maken).

90. Om te achterhalen of het winstgevend is voor KPN om alternatieve aanbieders van zowel ontbundelde toegang als WBT uit te sluiten heeft ACM aan Blauw Research opdracht gegeven om onderzoek te doen naar het overstappedrag van klanten van alternatieve aanbieders die afhankelijk zijn van toegang tot KPN's netwerk (bijvoorbeeld Tele2, Vodafone en Online) in de situatie waarbij deze aanbieders niet langer gebruik kunnen maken van KPN's netwerk.⁸² Uit dit onderzoek blijkt dat 52% van de huidige klanten van alternatieve aanbieders bij een gedwongen keuze voor een nieuwe aanbieder, zou kiezen voor KPN (KPN, Telfort, XS4all), 25% geeft aan te zullen kiezen voor hun lokale kabelaanbieder en 13% geeft aan zijn vaste aansluiting te zullen opzeggen. Uit het onderzoek van Blauw Research volgt dus een *actual diversion ratio* van 52%.

91. KPN is van mening dat de beste indicatie voor de *actual diversion ratio* wordt gevormd door de actuele mutaties in de klantenbase van de wholesaleafnemers van KPN. Volgens KPN blijkt uit een *churnanalyse* in 2013 dat ongeveer [...] van de retailklanten die vertrekken bij wholesaleklanten van KPN niet terugkeren op het KPN-netwerk. Volgens KPN mag aangenomen worden dat deze klant worden bij aanbieders op de kabelnetwerken. Dit zou leiden tot een *actual diversion ratio* van [...].

92. ACM is van mening dat de daadwerkelijke *churn* van klanten van alternatieve aanbieders mogelijk leidt tot een onderschatting van de *actual diversion ratio* van de gehele populatie (alle klanten van alternatieve aanbieders) omdat niet kan worden uitgesloten dat de karakteristieken van de *churners* afwijken van de karakteristieken van de gehele populatie. Zo is het aannemelijk dat (vrijwillige) *churners* niet tevreden zijn met hun huidige dienst (merk, snelheid, prijs, infrastructuur) en dat ze daarom overstappen naar een andere aanbieder. Terwijl hier voor de groep die als gevolg van

25/29

⁸² Blauw Research, *Overstappedrag klanten vaste diensten Tele2, Vodafone, Solcon, Online (incl. Canal Digitaal)*, 3 augustus 2014

Besluit Openbaar

uitsluiting moet overstappen geen sprake van hoeft te zijn. ACM acht het derhalve aannemelijk dat de *actual diversion ratio* hoger ligt dan op basis van de *churn*cijfers verwacht zou worden.

93. Aangezien de vraag die in het onderzoek door Blauw Research aan respondenten is voorgelegd overeenkomt met de hypothetische situatie die er voor klanten van alternatieve aanbieders zou ontstaan indien KPN alternatieve aanbieders van haar netwerk zou weren, acht ACM de resultaten uit dit onderzoek aannemelijker voor de onderhavige beoordeling dan de cijfers van KPN op basis van de actuele mutaties (zie punt 91). ACM kan echter niet uitsluiten dat de *actual diversion ratio* in werkelijkheid lager is dan [...] %.

94. Voor de berekening van de *critical diversion ratio* heeft KPN nadere informatie aangeleverd over volumes, kosten, prijzen en marges. ACM komt op basis van deze nadere informatie tot een hogere geschatte *critical diversion ratio* dan in het besluit van 6 mei 2014, namelijk van [...] % in plaats van [20 – 30] %. Dit betekent dat meer dan [...] % van de retailklanten van alternatieve aanbieders die nu gebruik maken van toegang tot het koper- en glasvezelnetwerk zou moeten overstappen naar KPN om uitsluiting voor KPN winstgevend te maken.⁸³

95. Bovenstaande analyse is een aanwijzing dat, alhoewel de *actual diversion ratio* en de *critical diversion ratio* dicht bij elkaar liggen, het voor KPN winstgevend zou kunnen zijn om alternatieve aanbieders van haar netwerk te weren. De *actual loss* als gevolg van uitsluiting lijkt immers hoger dan de *critical loss* (52% > [...] %).

96. Op basis van bovenstaande analyse kan géén duidelijke conclusie getrokken worden over de prikkel van KPN om al dan niet alternatieve aanbieders van haar netwerk te weren door zowel ontbundelde toegang als WBT (effectief) te weigeren. Om in staat te zijn hier wél een duidelijke conclusie te trekken is de situatie op de onderliggende retailmarkten relevant die kan ontstaan indien KPN geen toegang verleent aan alternatieve aanbieders via ontbundelde toegang en WBT. Op basis van het onderzoek in de marktanalyse ontbundelde toegang 2014 is ACM tot de conclusie gekomen dat er in afwezigheid van sectorspecifieke regulering een risico is op AMM van KPN op de onderliggende retailmarkten.⁸⁴ ACM acht het gelet op dit risico aannemelijk dat KPN een prikkel heeft om de concurrentie van alternatieve aanbieders via ontbundelde toegang en WBT significant te belemmeren. Immers, door middel van het weigeren van (effectieve) toegang maximaliseert KPN

⁸³ In deze berekening heeft ACM alle platformkosten als variabel beschouwd. ACM kan echter niet uitsluiten dat een deel van deze kosten vast zijn en dat de *critical diversion ratio* in werkelijkheid lager zou kunnen zijn dan [...] %.

⁸⁴ Zie ACM - ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014, 31 oktober 2014, Annex B. In dit ontwerpbesluit wordt geconcludeerd dat er een risico is op gecoördineerde effecten door gezamenlijke AMM van KPN en UPC/Ziggo op de retailmarkt voor vaste internettoegang en een risico op enkelvoudige AMM van KPN op de retailmarkten voor vaste telefonie en de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten.

Besluit Openbaar

haar winsten. Indien KPN wel (effectieve) toegang zou verlenen dan zou een deel van zijn winst op de retailmarkten verloren gaan aan alternatieve aanbieders.⁸⁵

97. Gelet op het bovenstaande komt ACM tot de conclusie dat KPN een prikkel heeft tot (effectieve) uitsluiting van alternatieve aanbieders op alleen de markt voor ontbundelde toegang én op de markten voor ontbundelde toegang en WBT gezamenlijk.

(b) Mogelijkheid tot input foreclosure

98. KPN heeft na de totstandkoming van de concentratie volledige zelfstandigheid in haar beslissing aan welke afnemers zij levert en tegen welke voorwaarden deze levering plaatsvindt. Aan KPN worden hieraan geen beperkingen opgelegd door de Remedie 2008, aangezien die na de voorgenomen concentratie geen doel meer treft (zie punt 52).

99. Op basis van het gezamenlijk onderzoek komt ACM tot de conclusie dat de volgende mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen door KPN als gevolg van de prikkel tot uitsluiting aannemelijk zijn: toegangsweigering, discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie, oneigenlijk gebruik van informatie over concurrenten, vertragingstactieken, onbillijke voorwaarden, kwaliteitsdiscriminatie, strategisch productontwerp, koppelverkoop, prijsdiscriminatie, buitensporig hoge prijzen, en marge-utholling.⁸⁶

100. KPN heeft echter geen mogelijkheid om alternatieve aanbieders (effectief) uit te sluiten van ontbundelde toegang tot het koperaansluitnetwerk en het glasvezelaansluitnetwerk (FttH), omdat op basis van het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 verplichtingen aan KPN zijn opgelegd die dit voorkomen.⁸⁷ Het gaat om de volgende verplichtingen: een toegangsverplichting, een non-discriminatieverplichting, een transparantieplichting en de verplichting tot publicatie van een referentieaanbod. Daarnaast is KPN gehouden aan door OPTA vastgestelde tariefplafonds.

101. Ook in het onderzoek in het kader van marktanalyse ontbundelde toegang 2014 is ACM tot de conclusie gekomen dat KPN de mogelijkheid heeft om concurrentie van alternatieve aanbieders via haar netwerk significant te belemmeren aangezien KPN beschikt over AMM op de markt voor ontbundelde toegang. Vervolgens heeft ACM een passende set aan verplichtingen geformuleerd die

⁸⁵ Specifiek voor de retailmarkt voor vaste internettoegang is er een risico dat de gecoördineerde uitkomst verstoord wordt. Zie ook voetnoot 84.

⁸⁶ ACM volstaat hier met een opsomming, Voor een uitwerking van de deze mogelijke mededingingsproblemen zie OPTA – *Besluit Ontbundelde toegang*, 21 december 2011, hoofdstuk 6, potentiële mededingingsproblemen en ACM - *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014*, 31 oktober 2014, hoofdstuk 5, potentiële mededingingsproblemen.

⁸⁷ Zie OPTA – *Besluit Ontbundelde toegang*, 21 december 2011, hoofdstuk 7 en 8, (nadere invulling van) verplichtingen

Besluit Openbaar

deze mogelijkheid zal wegnemen.⁸⁸ Gelet op punt 56 acht ACM het aannemelijk dat in de komende periode de mogelijke mededingingsproblemen als het gevolg van de prikkel tot uitsluiting door verplichtingen op basis van sectorspecifieke regulering, zullen worden weggelaten.

102. Een marktpartij heeft aangegeven dat KPN een mogelijkheid verkrijgt om de mededinging te beperken door het verdwijnen van de functionele scheiding als onderdeel van de Remedie 2008. In de huidige situatie blijft informatie over wholesaleklanten van ontbundelde toegang bij Reggefiber. Door de concentratie kan deze informatie over wholesaleklanten van ontbundelde toegang mogelijk ook bij andere (KPN) afdelingen terecht komen en oneigenlijk door KPN worden gebruikt.

103. ACM concludeert dat ook deze mogelijkheid wordt weggelaten door de geldende sectorspecifieke regulering. Onderdeel van de toegangsverplichting in het besluit marktanalyse ontbundelde toegang 2011 en het ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014 is namelijk het verbod op het oneigenlijk gebruik van informatie die KPN bij de toegangsverlening krijgt. Dit verbod bereikt hetzelfde doel als de functionele scheiding die onderdeel was van de Remedie 2008; KPN mag informatie die hij door het verlenen van ontbundelde toegang krijgt, en waarvan KPN had kunnen aannemen dat deze vertrouwelijk is, niet delen met derden⁸⁹ of gebruiken voor andere doelen dan de levering van ontbundelde toegang.⁹⁰

^{104.} Gelet op het bovenstaande acht ACM het aannemelijk dat ook in de komende periode dit mogelijke mededingingsprobleem door verplichtingen op basis van sectorspecifieke regulering, zal worden weggelaten.

(c) Conclusie input foreclosure

105. Op basis van het bovenstaande komt ACM tot de conclusie dat KPN een prikkel heeft om alternatieve aanbieders uit te sluiten of te belemmeren van ontbundelde toegang of van ontbundelde toegang en WBT, maar dat KPN hier geen mogelijkheid toe heeft door de geldende sectorspecifieke regulering.

3(d) Conclusie verticale relatie

106. ACM heeft gegeven de geldende sectorspecifieke regulering geen reden om aan te nemen dat als gevolg van de verticale relatie de voorgenomen concentratie tot een daadwerkelijke belemmering van de mededinging op de onderliggende Nederlandse retailmarkten voor televisie, vaste telefonie, vaste internettoegang en zakelijke netwerkdiensten zal leiden.

⁸⁸ Zie ACM – *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang 2014*, 31 oktober 2014, hoofdstuk 6, verplichtingen.

⁸⁹ Hieronder valt ook de downstreamorganisatie van KPN (WBT en retail).

⁹⁰ Zie OPTA - *Besluit marktanalyse ontbundelde toegang*, 21 december 2011, paragraaf 8.2.2, punt I en ACM – *Ontwerpbesluit marktanalyse ontbundelde toegang*, 31 oktober 2014, paragraaf 6.3.7, punt c.

**Besluit
Openbaar**

VI. CONCLUSIE

107. Op grond van het voorgaande is ACM tot de conclusie gekomen dat de operatie waarop de aanvraag om vergunning betrekking heeft binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht valt. ACM is van oordeel dat als de voorgenomen concentratie wordt voltrokken de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan niet op significante wijze zal worden belemmerd.

108. Gelet op het bovenstaande deelt ACM mede dat voor de concentratie waarop de aanvraag om vergunning betrekking heeft, een vergunning wordt verleend.

Datum: w.g. 31 oktober 2014

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

mr. C.A. Fonteijn
bestuursvoorzitter

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroep schriftelijk indienen bij de Rechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM, Rotterdam.

29/29