

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 37, eerste lid, van de Mededingingswet.

Nummer 5807/ 110

Betreft zaak: 5807/KPN Telecom - Tiscali

| | | |
|------------------|---|----|
| I. | MELDING | 2 |
| II. | PARTIJEN | 2 |
| III. | DE GEMELDE OPERATIE | 2 |
| IV. | TOEPASSELJKHEID VAN HET CONCENTRATIE TOEZICHT | 3 |
| V. | BEOORDELING | 3 |
| A. | RELEVANTE MARKTEN | 3 |
| | Relevante productmarkten | 3 |
| | Inleiding | 3 |
| | (i) De retailmarkt voor smalbandinternettoegang | 6 |
| | <i>Onderscheid smalband en breedband</i> | 6 |
| | (ii) De retailmarkt(en) voor breedbandinternettoegang | 7 |
| | <i>Onderscheid naar netwerk</i> | 7 |
| | <i>Onderscheid naar type gebruiker</i> | 9 |
| | (iii) De wholesalemarkt voor breedbandtoegang | 9 |
| | <i>Onderscheid naar overboekingsfactor</i> | 9 |
| | <i>Onderscheid naar netwerk</i> | 10 |
| | (iv) De retailmarkt(en) voor vaste telefonie | 11 |
| | <i>Aansluitingen</i> | 11 |
| | <i>Verkeersmarkten</i> | 12 |
| | (v) De markten voor huurlijnen | 12 |
| | Relevante geografische markten | 13 |
| B. | GEVOLGEN VAN DE CONCENTRATIE | 13 |
| | Inleiding | 13 |
| | (i) De retailmarkt voor smalbandinternettoegang | 14 |
| | (ii) De retailmarkt en de wholesalemarkt voor breedband(internet)toegang | 16 |
| | <i>Algemeen</i> | 16 |
| | <i>Positie partijen</i> | 16 |
| | <i>Actuele concurrentie</i> | 19 |
| | <i>Potentiële concurrentie</i> | 22 |
| | <i>Effect van bundeling</i> | 23 |
| | <i>All-IP</i> | 24 |
| | <i>Zienswijze OPTA</i> | 25 |
| | <i>Conclusie</i> | 26 |
| | (iii) De retailmarkten voor vaste telefonie | 27 |
| | (iv) De wholesalemarkt voor terminating verbindingen > 2Mbit/s | 27 |
| VI. | CONCLUSIE | 29 |
| Bijlage 1 | Schematische weergave marktstructuur | 30 |

I. MELDING

1. Op 6 oktober 2006 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) een melding ontvangen van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 van de Mededingingswet. Hierin is medegedeeld dat KPN Telecom B.V., een onderdeel van Koninklijke KPN N.V., voornemens is zeggenschap te verkrijgen, in de zin van artikel 27, onder b, van de Mededingingswet, over Tiscali B.V., met uitsluiting van haar dochtermaatschappijen. Van de melding is mededeling gedaan in Staatscourant 198 van 11 oktober 2006. Naar aanleiding van de mededeling in de Staatscourant zijn zienswijzen van derden naar voren gebracht. Deze zienswijzen worden, voorzover er overwegingen aan zijn ontleend die dragend zijn voor dit besluit, in het navolgende nader uiteengezet. Ambtshalve zijn vragen gesteld aan verschillende marktpartijen.

II. PARTIJEN

2. KPN Telecom B.V. (hierna: KPN) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht. KPN is een 100% dochteronderneming van Koninklijke KPN N.V. (hierna: Koninklijke KPN).

3. KPN biedt elektronische telecommunicatiediensten en digitale televisie aan zowel particuliere als zakelijke klanten. Zij is eigenaar van de zogenaamde *local loop*, het deel van het telefonienet dat de huizen aan het net aansluit.

4. Tiscali B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht. Tiscali B.V. is een 100% dochteronderneming van Tiscali International B.V. die op haar beurt een 100% dochtermaatschappij is van World Online International N.V. World Online International N.V. is een 99,5% dochtermaatschappij van Tiscali S.p.a.

5. Tiscali B.V. levert elektronische communicatiediensten aan zowel particuliere als zakelijke eindgebruikers. De kernactiviteiten van Tiscali B.V. bestaan uit het leveren van smal- en breedbandinternettoegang en internetgerelateerde diensten waaronder telefonie via het DSL-netwerk.¹ Als Internet Service Provider (hierna: ISP) levert Tiscali B.V. onder haar eigen merk(en) internet(toegangs)diensten. Voor wat betreft de levering van breedbanddiensten beschikt Tiscali B.V. over een eigen DSL-netwerk waarop zij wholesale breedbandtoegang aan andere ISP's aanbiedt die vervolgens onder hun eigen merk(en) breedbanddiensten aan eindgebruikers leveren via het DSL-netwerk van Tiscali B.V.

III. DE GEMELDE OPERATIE

6. De gemelde operatie betreft het voornemen van KPN om zeggenschap te verkrijgen over Tiscali B.V. door middel van de verwerving van 100% van de aandelen in een nieuw opgerichte

¹ DSL: Digital Subscriber Line.

vennootschap (hierna: Vennootschap). Tiscali B.V. zal al haar activa en passiva door middel van een afsplitsing overdragen aan de Vennootschap waarvan Tiscali B.V. enig aandeelhouder zal zijn. De belangen die Tiscali B.V. als aandeelhouder heeft in haar dochtermaatschappijen Tiscali Media & Services B.V., XOIP B.V., MyTvision B.V. en 12MOVE v.o.f.,² alsmede een aantal procedures en aanspraken van derden, zullen niet worden overgedragen. Vervolgens zal Tiscali B.V. alle geplaatste en uitstaande aandelen in het kapitaal van de Vennootschap aan KPN verkopen. Na deze transactie zal KPN 100% van het aandelenkapitaal in de Vennootschap houden. De hierover tussen partijen gemaakte afspraken zijn neergelegd in een *Share Purchase Agreement* d.d. 15 september 2006 die bij de melding is overgelegd.

IV. TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIE TOEZICHT

7. De gemelde operatie is een concentratie in de zin van artikel 27, onder b, van de Mededingingswet.
8. Betrokken ondernemingen zijn KPN en Tiscali B.V. met uitsluiting van haar dochtermaatschappijen (hierna: Tiscali).
9. 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. RELEVANTE MARKTEN

Relevante productmarkten

Inleiding

10. KPN en Tiscali zijn beide actief op het gebied van internet- en telefoniediensten. Ten aanzien van internet is de afgelopen jaren een verschuiving opgetreden van smalbandinternettoegang (inbellen) naar breedbandinternettoegang. Tevens vindt er een verschuiving plaats van traditionele telefonie naar telefonie over de breedbandinternetaansluiting (*Voice over Broadband*, hierna: VoB).
11. Breedbandinternettoegang en VoB worden aangeboden door verschillende partijen en worden voor het overgrote deel over het koperen telefoonnetwerk van KPN (DSL) en het coax kabelnetwerk van de kabelmaatschappijen geleverd. Een aantal van deze partijen beschikt (deels) zelf over een eigen netwerk (hierna: netwerkeigenaren) en een deel van deze partijen (ISP's

² Geen van deze dochtermaatschappijen verricht nog activiteiten.

zonder netwerk) koopt op wholesaleniveau breedbandinternettoegang in bij netwerkeigenaren om daarmee breedbandinternettoegang en VoB aan eindgebruikers te kunnen aanbieden. In de meeste gevallen zijn netwerkeigenaren eveneens ISP-bedrijven.

12. KPN en de kabelmaatschappijen beschikken over een volledig eigen netwerk. Het netwerk van KPN heeft een vrijwel volledige landelijke dekking. De gezamenlijke netwerken van de kabelmaatschappijen hebben eveneens een vrijwel volledige landelijke dekking, hoewel de netwerken van individuele kabelmaatschappijen zich beperken tot hun respectieve regionale verzorgingsgebieden. Andere netwerkeigenaren moeten, teneinde elektronische telecommunicatiediensten aan eindgebruikers te kunnen aanbieden, bij gebrek aan een volledig eigen netwerk gebruikmaken van de netwerken van KPN en de kabelmaatschappijen. In de praktijk huren netwerkeigenaren zonder volledig eigen netwerk het ontbrekende deel van het netwerk van KPN. Dit ontbrekende deel is het deel van het netwerk tussen de KPN-wijktelefooncentrales (MDF-centrales)³ en de locaties (woningen, bedrijfsgebouwen, etc.) van de eindgebruikers. Dit deel van het netwerk wordt de 'local loop' (of lokale aansluitlijn) genoemd. Netwerkeigenaren huren deze lokale aansluitlijn volledig of gedeeltelijk van KPN door hier eigen apparatuur in de MDF-centrale aan te koppelen (hierna: ontbundelde toegang). Zie ook bijlage 1 waarin de relatie tussen diverse activiteiten schematisch is weergegeven.

13. Netwerkeigenaren, zoals Tiscali, Tele2/ Versatel, Orange en bbned, hebben op dit moment apparatuur geplaatst in maximaal [30-40]% van de MDF-centrales en kunnen hiermee aan maximaal [60-70]% van de Nederlandse eindgebruikers hun diensten aanbieden. Andere partijen die geen netwerk hebben (ISP's zonder netwerk), kopen alle netwerkdiensten (de zogenaamde wholesale breedbandtoegangsdiensten) in bij één of meer netwerkeigenaren om zo retail breedbandinternettoegang mogelijk te maken. Netwerkeigenaren die netwerkdiensten aanbieden aan ISP's zonder netwerk zijn KPN, Tiscali, bbned en Tele2/ Versatel. Netwerkeigenaren die geen netwerkdiensten aanbieden aan derden zijn Orange en in ieder geval alle grote kabelmaatschappijen.

Horizontale overlap

14. De activiteiten van KPN en Tiscali overlappen op het gebied van internettoegang en vaste telefonie. Beide partijen zijn actief op retail- en wholesaleniveau op het gebied van breedbandinternettoegang alsmede op retailniveau op het gebied van smalbandinternettoegang. Zowel KPN als Tiscali bieden eindgebruikers daarnaast de mogelijkheid om bij de door hun geleverde breedbandverbindingen de telefoniedienst VoB af te nemen.

³ MDF staat voor 'Main Distribution Frame'.

Verticale relatie

15. Naast horizontale overlap bestaat er een aantal verticale relaties tussen KPN en Tiscali, te weten (i) op het gebied van ontbundelde toegang en (ii) op het gebied van huurlijnen.

16. KPN levert aan Tiscali ontbundelde toegang tot haar lokale koperen aansluitlijn die loopt van de eindgebruiker naar de MDF-centrale. Met behulp van eigen apparatuur levert Tiscali over deze gehuurde aansluitlijn aan zichzelf en aan externe ISP's wholesale breedbandtoegang. Hier is weliswaar sprake van een verticale relatie tussen KPN en Tiscali, maar aangezien KPN de enige aanbieder is van ontbundelde toegang⁴ wordt deze activiteit door de concentratie niet beïnvloed en zal hierop niet nader worden ingegaan.

17. Tiscali heeft apparatuur geplaatst in een groot aantal MDF-centrales, maar Tiscali heeft geen volledig eigen netwerk uitgerold naar al deze centrales. Dat betekent dat Tiscali gebruik maakt van glasvezelverbindingen van andere aanbieders, waaronder KPN, om haar apparatuur op de MDF-centrale te verbinden met haar hoofdnetwerk (de zogenaamde *points of presence*). Deze verbindingen worden MDF-backhaul genoemd en behoren tot de markten voor huurlijnen. Op dit gebied is sprake van een verticale relatie tussen KPN en Tiscali.

18. Hieronder zal nader worden ingegaan op de markten waarop de activiteiten van KPN en Tiscali overlappen dan wel waarop een verticale relatie bestaat. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op:

- (i) de retailmarkt voor smalbandinternettoegang;⁵
- (ii) de retailmarkt voor breedbandinternettoegang,⁶ waarbij ingegaan wordt op een (mogelijk) nader onderscheid naar type netwerk en type gebruiker;
- (iii) de wholesalem Markt voor breedbandtoegang,⁷ waarbij ingegaan wordt op een nader onderscheid naar zgn. lage kwaliteit en hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang;
- (iv) de retailmarkten voor vaste telefonie, waarbij ingegaan wordt op VoB;⁸

⁴ Zie het besluit van OPTA d.d. 21 december 2005, 'Analyse van de markt voor ontbundelde toegang op wholesaleniveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten' (hierna Besluit ontbundelde toegang OPTA).

⁵ De NMa heeft in zaak 3052/ Liberty Media - Casema d.d. 6 november 2002 in punt 350 geconcludeerd dat de markt voor netwerktoegangsdiensten (= *wholesale*) net als die voor internettoegangsdiensten (= *retail*) nader moet worden onderscheiden in smalbandinternettoegangsdiensten en breedbandinternettoegangsdiensten.

⁶ Ibidem.

⁷ Zie voetnoot 5.

⁸ Zie ook zaak 5678/ KPN - Enertel d.d. 21 juli 2006.

(v) de markt voor huurlijnen, waarbij ingegaan wordt op de MDF-backhaulverbindingen.⁹

(i) De retailmarkt voor smalbandinternettoegang

Onderscheid smalband en breedband

19. Toegang tot internet kan op verschillende manieren verkregen worden. Een gebruikelijk onderscheid is breedband- en smalband(internet)toegang. Breedbandinternettoegang heeft betrekking op toegang via met name DSL en kabel. Daarnaast kunnen eindgebruikers smalbandige toegang krijgen tot internet door via de telefoonlijn in te bellen op een telefoonnummer van een ISP. Dit inbellen gebeurt met behulp van een 067(60)-nummer dat op grond van het Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten is bestemd voor toegang tot op het Internet Protocol gebaseerde netwerken en diensten.¹⁰

20. OPTA¹¹ rekent smalbandinternettoegang tot de retailmarkt voor smalbandig dataverkeer en niet tot de markt voor breedbandinternettoegang via DSL en kabel omdat smalbandinternettoegang qua productkenmerken verschilt van breedbandinternettoegang. Breedband is sneller in het gebruik dan smalband, voorziet in een onafgebroken verbinding (zgn. *always on*) en doorgaans wordt er afgerekend via een vast bedrag per tijdperiode ongeacht de feitelijke gebruiksduur (*flat fee*).¹²

21. Ook de Europese Commissie gaat uit van aparte productmarkten voor smalbandinternettoegang en breedbandinternettoegang.¹³ De Commissie stelt dat sprake kan zijn van asymmetrische substitueerbaarheid en dat de analyse tot verschillende resultaten zou kunnen leiden wanneer wordt uitgegaan van diensten die over smalbandverbindingen worden aangeboden. Volgens de Commissie kan een breedbandverbinding een werkzaam substituut zijn voor een smalbandverbinding. Aangezien dit in de omgekeerde richting niet opgaat, wordt breedband door de Commissie als een aparte markt beschouwd.

22. Op grond van het bovenstaande wordt uitgegaan van een aparte relevante markt voor breedbandinternettoegang. Er wordt bij de beoordeling in onderhavige zaak uitgegaan van een

⁹ Ibidem.

¹⁰ Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten, bijlage 1 (tekst geldend op 1 januari 2006), www.minez.nl.

¹¹ Zie het besluit van OPTA d.d. 21 december 2005, 'De retailmarkten voor vaste telefonie' (hierna: Retailbesluit OPTA), randnummers 435-443.

¹² Zie Besluit ontbondelde toegang OPTA, eerder aangehaald, bijlage 1.

¹³ Toelichting op de "Aanbeveling van de Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector" van 11 februari 2003, p. 26 (PbEG 2003, L114/45).

aparte relevante markt voor smalbandinternettoegang omdat zelfs bij dit minst gunstige scenario voor partijen de materiële beoordeling niet wordt beïnvloed.

(ii) De retailmarkt(en) voor breedbandinternettoegang

Onderscheid naar netwerk

- Kabel

23. Breedbandinternettoegang bevat zowel breedbandinternettoegang via DSL als via de kabel.¹⁴ Ook OPTA is deze mening toegedaan.¹⁵ Uit gesprekken met vrijwel alle marktpartijen is gebleken dat er geen reden is om onderscheid te maken tussen markten voor internettoegangsdiensten die via DSL-netwerken of kabelnetwerken worden aangeboden, met name gezien het feit dat beide de voornaamste productkenmerken van breedbandinternettoegang delen en zij qua prijsstelling en aanbiedingen met elkaar concurreren. Daarnaast beschouwen DSL- en kabelaanbieders elkaar als concurrenten. De Raad concludeert derhalve dat retail breedbandinternettoegang via DSL en kabel tot dezelfde relevante markt behoren.

- Glasvezel

24. Marktpartijen zijn eensluidend dat glasvezel nog een beperkte schaal heeft in Nederland. Ongeveer 140.000 huishoudens worden op dit moment bereikt met glasvezelnetwerken. Het betreft hier veelal glasvezelnetwerken die zijn aangelegd in het kader van lokale private of (semi-publiek) gemeentelijke initiatieven. Eén andere partij geeft daarbij aan dat het aanbod zich nog niet sterk richt op de consumentenmarkt. Een aanbieder van glasvezel geeft aan dat glasvezel een alternatieve infrastructuur kan zijn, maar dat de operationele (aannemings)capaciteit hiervoor echter max. 150 duizend aansluitingen per jaar is. Een aantal onafhankelijke experts geeft aan de concurrentiedruk van glasvezel in de nabije toekomst beperkt in te schatten.

25. Een aantal partijen geeft wel aan dat het aanbod via glasvezel dat op dit moment lokaal in de markt wordt gezet qua producttype, prijs en kwaliteit vergelijkbaar is met DSL en kabel. KPN geeft aan op lokaal niveau klanten te verliezen aan aanbieders van breedbandinternettoegang via glasvezel. Overigens voorziet KPN zelf ook in een aantal nieuwbouwwijken het laatste stukje van de straatkast naar de huizen van glas. Een aantal kabelmaatschappijen geeft eveneens aan

¹⁴ Zie advies NMa aan OPTA d.d. 8 juni 2005 (zaaknummer 4764): ontwerpbesluiten ontbundelde toegang op wholesaleniveau en wholesale breedbandtoegang.

¹⁵ Zie Besluit ontbundelde toegang OPTA, eerder aangehaald, en het besluit van OPTA d.d. 21 december 2005, 'Analyse van de markt voor wholesale breedbandtoegang' (hierna: Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA). Een aantal marktpartijen, verenigd in de Associatie van Competitieve Telecomoperators (ACT), heeft bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven beroep aangetekend tegen dit besluit.

klanten te verliezen als gevolg van glasvezelinitiatieven. KPN en kabelmaatschappijen geven ook aan hierdoor (regionaal/lokaal) te worden gedisciplineerd.

26. De Raad overweegt dat glasvezel weliswaar de potentie heeft om uit te groeien tot een volwaardig alternatief, maar dat de concurrentiedruk van glasvezel op dit moment en de nabije toekomst nog te beperkt is om tot dezelfde relevante markt voor retail breedbandinternettoegang te kunnen worden gerekend. Slechts een zeer beperkt aantal huishoudens kan overstappen op een dergelijk alternatief waardoor het onwaarschijnlijk is dat DSL- en kabelaanbieders hierdoor in hun landelijke prijszetting worden gedisciplineerd. Deze conclusie wordt door OPTA onderschreven.¹⁶ Glasvezel zal bij de beoordeling van de gevolgen van de concentratie (zie punten 91 tot en met 94) beschreven worden als potentiële concurrentiefactor.

- Draadloos en mobiel

27. Vrijwel alle partijen geven aan dat de concurrentiedruk die van draadloze en mobiele netwerken uitgaat, beperkter is dan de concurrentiedruk vanuit glasvezel. Een partij geeft aan dat de bandbreedte, kwaliteitgaranties en de dekingsgraad van draadloze en mobiele breedbandige netwerken achterblijft bij die van vaste netwerken. Een andere partij geeft aan dat met haar mobiele netwerk geen snelheden kunnen worden gehaald die tegenwoordig met vaste netwerken worden behaald. Een andere mobiele aanbieder verwacht wel dat nieuwe mobiele technieken voor de meest gangbare diensten via de breedbandaansluiting een alternatief kunnen vormen voor vaste verbindingen. Voor meer aanvullende diensten, zoals streaming Video, zal de capaciteit echter te beperkt zijn. De dekking van deze breedbandige netwerken zal zich volgens deze partij ook beperken tot de Randstad.

28. Een aantal partijen zien draadloze en mobiele infrastructures meer als een aanvulling op de vaste aansluiting of een alternatief in gebieden waar geen vaste aansluiting aanwezig is (dit geldt voor minder dan 1% van de Nederlandse huishoudens). Dit wordt ook onderschreven in een recent onderzoek door Arthur D. Little: *"Wireless is een inherente aanvulling op vaste breedbandnetwerken en kan het nodige mobiele element toevoegen aan gebieden waar een grote behoefte aan bandbreedte bestaat. Wireless netwerken kanabalisieren waarschijnlijk alleen vaste netwerken in bepaalde regio's en breiden zich slechts uit naar overigens niet rendabele gebieden"*.¹⁷

29. De Raad concludeert dat draadloze en mobiele infrastructures niet behoren tot de retailmarkt voor breedbandinternettoegang via DSL en kabel. Draadloze en mobiele infrastructures zullen bij de beoordeling van de gevolgen van de concentratie (zie punten 91 tot en met 94) worden meegewogen als potentiële concurrentiefactoren.

¹⁶ Besluit ontbundelde toegang OPTA, eerder aangehaald.

¹⁷ Arthur D. Little, Nieuwe Generatie Netwerken in Europa: breedband in 2011 en daarna, 2006.

Onderscheid naar type gebruiker

30. Een ander onderscheid dat gemaakt kan worden, is het onderscheid naar type gebruiker. De Europese Commissie maakt onderscheid tussen de grootzakelijke markt enerzijds en de consumenten- en kleinzakelijke markt anderzijds.¹⁸

31. Uit onderzoek van de NMa in voorbereiding op het besluit in de zaak 3052/ *Liberty Media - Casema* d.d. 6 november 2002 is naar voren gekomen dat het niet aannemelijk is dat onderscheid tussen zakelijke en niet-zakelijke klanten leidt tot wezenlijk andere marktposities van partijen in die zaak.¹⁹

32. OPTA concludeert in haar marktanalysebesluiten²⁰ dat er geen reden is om de retailmarkt voor breedbandinternettoegang nader naar afnemersgroep af te bakenen. OPTA concludeert dat zakelijke afnemers zowel gebruik maken van consumentenproducten als van zakelijke producten. Tevens concludeert OPTA dat er niet een duidelijk te onderscheiden productkenmerk is op basis waarvan zakelijke afnemers hun keuze voor een product of aanbieder maken. Ten slotte concludeert OPTA dat aanbieders van breedbandinternettoegang niet discrimineren tussen gebruikersgroepen.

33. Gelet op het bovenstaande zal bij de beoordeling niet nader worden ingegaan op mogelijk afzonderlijke retailmarkten voor breedbandinternettoegang onderscheiden naar afnemersgroepen.

(iii) De wholesalemarkt voor breedbandtoegang

Onderscheid naar overboekingsfactor

34. Net als OPTA²¹ gaat de NMa ervan uit dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen lage en hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang.²² “Lage kwaliteit” wordt in dit kader gedefinieerd als verbindingen met een overboekingsfactor van lager dan 1:20, terwijl verbindingen

¹⁸ Zie de beschikking van de Europese Commissie van 24 april 2001 in zaak COMP/M.2222 - UGC/ Liberty Media.

¹⁹ Enerzijds is dit te wijten aan het feit dat grootzakelijke klanten met name actief zijn op de xDSL-markt en daar wel apart worden geregistreerd. Anderzijds zullen in de abonneeaantallen van breedbandinternetaanbieders kleine percentages MKB en met name SOHO (Small Office - Home Office) klanten zitten, maar die zullen zeer waarschijnlijk een met consumenten vergelijkbaar gedrag vertonen voor wat betreft de keuze van breedbandaanbieder.

²⁰ Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA, eerder aangehaald, en Besluit ontbundelde toegang OPTA, eerder aangehaald.

²¹ Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA, eerder aangehaald.

²² Advies NMa aan OPTA d.d. 8 juni 2005 (zaaknummer 4764): ontwerpbesluiten ontbundelde toegang op wholesaleniveau en wholesale breedbandtoegang.

met een overboekingsfactor van 1:1 tot en met 1:20 als “hoge kwaliteit” worden beschouwd.²³ Breedbandtoegang wordt vrijwel alleen geleverd door middel van lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang. Hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang wordt met name gebruikt voor het leveren van retail datacommunicatieverbindingen aan zakelijke afnemers.²⁴ De activiteiten van partijen overlappen alleen op lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang.

35. Er hebben zich sinds medio vorig jaar geen omstandigheden voorgedaan die de Raad tot een andere opvatting hebben gebracht.

Onderscheid naar netwerk

36. Zowel kabel- als DSL-aanbieders bieden een vorm van wholesale breedbandtoegang. Wholesale breedbandtoegang over kabel biedt thans alleen een kwalitatief lage overboekingsfactor. Wholesale breedbandtoegang met een overboekingsfactor van 1:20 en hoger wordt alleen via het DSL-netwerk geleverd.²⁵ Vanwege deze technische beperking concludeert OPTA dat wholesale breedbandtoegang via de kabel een vraagsubstituut vormt voor retail breedbandinternettoegang waarbij een kwalitatief lage overboekingsfactor niet als belemmerend wordt ervaren.²⁶

37. Lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang wordt voor een belangrijk deel intern geleverd. Minder dan 10% bestaat uit externe leveringen, waarbij dat percentage vrijwel volledig is toe te schrijven aan DSL-aanbieders (KPN, Tele2/ Versatel, bbned en Tiscali). Door de hoge mate

²³ In paragraaf 114 van het Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA is toegelicht dat de overboeking van een verbinding betrekking heeft op de vraag of, en in welke mate, een eindgebruiker altijd de volledige bandbreedte van de breedbandverbinding ook daadwerkelijk kan gebruiken. De overboeking is gedefinieerd als de gegarandeerde bandbreedte gedeeld door de maximale bandbreedte.

²⁴ In het advies als bedoeld in voetnoot 22 heeft de NMa aangegeven dat zij het op grond van de op 19 mei 2005 door OPTA aan NMa toegestuurde ontwerpbesluit huurlijnen naar voren gebrachte argumenten aannemelijk acht dat de datacommunicatiediensten die via het koperen aansluitnetwerk van KPN worden aangeboden als een aparte relevante markt kunnen worden aangemerkt. Dit maakt het mede aannemelijk dat de voor toegang tot deze markten noodzakelijke hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegangsdiensten via het netwerk van KPN als een aparte relevante markt kunnen worden aangemerkt. Daar komt bij dat OPTA in haar Besluit wholesale breedbandtoegang aangeeft dat de investeringen voor een aanbieder die lage kwaliteit aanbiedt aanzienlijk zijn als deze ook hoge kwaliteit aan wil bieden (Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA, eerder aangehaald, randnummer 163). Hij moet hiervoor onder andere apparatuur vervangen. Dit betekent dat er geen sprake is van aanbodsubstitutie.

²⁵ Volgens OPTA zijn er twee kleine kabelmaatschappijen die het netwerk wel geschikt hebben gemaakt voor hoge overboekingsfactoren, maar deze aanbieders zijn een uitzondering en hebben een verwaarloosbaar volume.

²⁶ Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA, eerder aangehaald, randnummer 145.

van interne levering zijn aanbieders van lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang via DSL en kabel veelal ook zelf actief op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang.

38. Ten aanzien van lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang heeft de NMa zich in het advies van 8 juni 2005 naar aanleiding van het concept voor het Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA bij OPTA's analyse aangesloten dat lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang via het aansluitnetwerk van KPN concurrentiedruk ondervindt van lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang via de kabel.²⁷ Breedbandinternettoegang via de kabel en breedbandinternettoegang via DSL-technologie zijn substituten. Deze concurrentiedruk op retailniveau vertaalt zich in concurrentiedruk op wholesaleniveau aangezien de kosten van lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang een aanzienlijk deel van het eindgebruikerstarief voor breedbandinternettoegang op basis van zowel kabel als DSL-technologie uitmaken.²⁸ Een aanbieder van lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang via het netwerk van KPN kan derhalve haar prijzen niet winstgevend met 5 à 10% verhogen. Er hebben zich sinds medio vorig jaar tot nu toe geen omstandigheden voorgedaan die de Raad tot een andere opvatting hebben gebracht.

(iv) De retailmarkt(en) voor vaste telefonie

39. OPTA heeft de retailmarkten voor vaste telefonie afgebakend. OPTA maakt daarbij een onderscheid tussen enerzijds 'de toegang tot een elektronisch communicatienetwerk op een vaste lokatie ten behoeve van spraak en toegang tot het internet' (de telefoonaansluiting) en anderzijds 'verkeersdiensten' die door middel van deze netwerken worden aangeboden.²⁹

Aansluitingen

40. Zowel KPN als Tiscali bieden vaste telefoniediensten aan eindgebruikers; Tiscali biedt eindgebruikers de mogelijkheid om bij de door haar geleverde breedbandverbindingen de telefoniedienst VoB af te nemen. Volgens OPTA behoort VoB tot de retailmarkten voor vaste telefonie.³⁰

41. Binnen de retailmarkten voor vaste telefonie heeft OPTA twee relevante productmarkten voor aansluitingen onderscheiden: een markt voor laagcapacitaire aansluitingen (tot en met twee spraakkanalen) en een markt voor hoogcapacitaire aansluitingen (meer dan twee

²⁷ Zoals reeds eerder aangegeven, heeft een aantal marktpartijen, verenigd in ACT, bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven beroep aangetekend tegen het Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA.

²⁸ In het Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA, eerder aangehaald, randnummer 144, stelt OPTA dat dit aandeel 70% is.

²⁹ Retailbesluit OPTA, eerder aangehaald, randnummer 109.

³⁰ Retailbesluit OPTA, eerder aangehaald. Voice over IP wordt door OPTA vooralsnog niet als substituuut gezien voor de vaste traditionele telefoniediensten.

spraakkanalen).³¹ De activiteiten van KPN en Tiscali overlappen op de door OPTA afgebakende markt voor laagcapacitaire aansluitingen. Op de door OPTA afgebakende markt voor hoogcapacitaire aansluitingen zal derhalve niet verder worden ingegaan.

Verkeersmarkten

42. Behalve de retailmarkten voor aansluitingen onderscheidt OPTA een aantal retailmarkten voor verkeer.³² Volgens partijen kan bij VoB geen onderscheid meer worden gemaakt tussen de aansluitingen en het verkeer. Volgens partijen kan er ingeval van VoB beter gesproken worden van 'verbindingen'. Uit informatie ingewonnen bij OPTA komt naar voren dat voor VoB-verkeer wel degelijk onderscheid gemaakt kan worden tussen de verschillende bestemmingen van verkeer.

Conclusie

43. In de onderhavige zaak kan echter in het midden worden gelaten of er, met uitzondering van de retailmarkt voor smalbandinternettoegang, een eventuele nadere onderverdeling van de retailmarkt voor vaste telefonie dient te worden gemaakt omdat de uiteindelijke beoordeling van de zaak hierdoor niet wordt beïnvloed (zie de punten 111 tot en met 114).

(v) De markten voor huurlijnen

44. Tiscali maakt gebruik van glasvezelverbindingen van andere aanbieders, waaronder KPN, om haar apparatuur in de MDF-centrale te verbinden met haar apparatuur op haar hoofdnetwerk (*points of presence*). Deze glasvezelverbindingen worden MDF-backhaulverbindingen genoemd en behoren tot de markten voor huurlijnen. OPTA heeft de markten voor huurlijnen afgebakend en geconcludeerd dat MDF-backhaulverbindingen behoren tot de wholesalemarkt voor terminating verbindingen > 2Mbit/s.³³

45. In de onderhavige zaak wordt er van uit gegaan dat MDF-backhaulverbindingen behoren tot de wholesalemarkt voor terminating verbindingen > 2Mbit/s omdat de uiteindelijke beoordeling van de zaak hierdoor niet wordt beïnvloed (zie de punten 115 tot en met 118).³⁴

³¹ Retailbesluit OPTA, eerder aangehaald, randnummer 370.

³² Het betreft de retailmarkt voor lokaal en nationaal verkeer, de retailmarkt voor internationaal verkeer, de retailmarkt voor vast naar mobiel verkeer, de retailmarkt voor verkeer naar persoonlijke assistentdiensten (084/087-nummers), de retailmarkt voor smalbandig dataverkeer (06760/067-nummers) en de retailmarkt voor verkeer naar informatienummers (0800/090x-nummers). Zie Retailbesluit OPTA, eerder aangehaald, randnummers 388-462.

³³ Zie het besluit van OPTA d.d. 21 december 2005, '*Huurlijnen*' (hierna: Besluit huurlijnen OPTA).

³⁴ Zie ook zaak 5678/KPN - Enertel d.d. 21 juli 2006.

Relevante geografische markten

46. In eerdere besluiten van de NMa³⁵ is aangegeven dat breedbandinternettoegangsdiensten enerzijds worden aangeboden door nationaal opererende ISP's die gebruik maken van xDSL-netwerken die onderdeel uitmaken van het landelijke telefoonnet en anderzijds door ISP's die gebruik maken van regionale kabelnetwerken. Uit onderzoek in het kader van het besluit in zaak 3052/ Liberty Media - Casema d.d. 6 november 2002 zijn geen gevallen bekend waarin één van de ondervraagde marktpartijen bij de vaststelling van de abonnementsstarieven onderscheid maakt naar de plaats waar de gebruiker is gevestigd.³⁶ Gegeven het feit dat er thans nog steeds - voor zover bekend - geen regionale tariefdifferentiatie bij xDSL plaatsvindt, noch dat er aanwijzingen zijn dat dit in de nabije toekomst zal gaan plaatsvinden, en ook de kabel-ISP's geen regionale tariefdifferentiatie hanteren, noch dat er aanwijzingen zijn dat zij dit in de nabije toekomst zullen gaan doen, is sprake van een nationale retailmarkt voor breedbandinternettoegangsdiensten.

47. Aangezien de vraag naar lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang een afgeleide is van de retailvraag naar breedbandinternettoegang en de retailmarkt voor breedbandinternettoegang een nationale markt is, is er ook sprake van een nationale wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang. Dit sluit aan bij de marktanalyse van OPTA.³⁷

48. OPTA bakent de markten voor vaste telefonie, waaronder de retailmarkt voor smalbandinternettoegang, en huurlijnen nationaal af. In haar adviezen aangaande de marktanalyses van OPTA ten aanzien van deze markten heeft de NMa zich hierbij aangesloten.³⁸ Er is geen reden om hiervan af te wijken.

B. GEVOLGEN VAN DE CONCENTRATIE

Inleiding

49. In het navolgende zal het effect van de overname van Tiscali door KPN worden beoordeeld op de (i) retailmarkt voor smalbandinternettoegang, (ii) de retailmarkt voor breedbandinternettoegang en de wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang, (iii) de markt(en) voor vaste telefonie en (iv) de wholesalemarkt voor terminating verbindingen > 2Mbit/s.

³⁵ O.a. zaak 3052/ Liberty Media - Casema d.d. 6 november 2002 en Rapportage Internettoegang d.d. 14 december 2001.

³⁶ Wel is in de Rapportage Internettoegang een geval bekend waarin door een aanbieder regionale differentiatie ten aanzien van de installatiekosten wordt toegepast.

³⁷ Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA, eerder aangehaald.

³⁸ Adviezen van de NMa aan OPTA (zaaknr. 4762): Advies ontwerpbesluiten vaste telefonie d.d. 30 juni 2005 en (zaaknr. 4765): Advies ontwerpbesluit huurlijnen d.d. 15 juni 2005.

(i) De retailmarkt voor smalbandinternettoegang

50. Uitgaande van een - door partijen geschat - totaal aantal internetinbelminuten van circa 204 miljoen in de maand juli 2006³⁹ verkrijgen KPN en Tiscali op de retailmarkt voor smalbandinternettoegang een gezamenlijk marktaandeel van circa [50-60]% (KPN circa [30-40]% en Tiscali circa [10-20]%).

51. Als gevolg van de overname neemt het aandeel van KPN op de retailmarkt voor smalbandinternettoegang toe. Er zijn echter verschillende factoren die dit marktaandeel van KPN relativeren.

52. Marktpartijen die in het kader van onderhavige zaak zijn bevraagd, hebben aangegeven dat de retailmarkt voor smalbandinternettoegang sterk krimpende is. In 2004 bedroeg het aantal inbelminuten nog ruim 13 miljard per jaar. In 2005 was dit aantal gehalveerd tot bijna 6,5 miljard minuten per jaar. In het eerste half jaar van 2006 is tot nu toe amper 2 miljard minuten naar internet ingebeld. Veel eindgebruikers stappen over naar breedbandinternettoegang via de kabel en DSL. Maakte eind 2004 nog circa 33% van de huishoudens met internet gebruik van inbellen, aan het einde van het tweede kwartaal van 2006 was dat nog maar 12%.⁴⁰ Dat betekent dat op dit moment 88% van alle internetaansluitingen via breedband loopt. In een eerder besluit⁴¹ is wel aangegeven dat marktpartijen verwachten dat de markt voor smalbandinternettoegang niet geheel zal verdwijnen omdat internet inbellen bepaalde kenmerken heeft waardoor ook op termijn bij eindgebruikers nog enige vraag zal blijven bestaan.⁴²

53. Dat de migratie van smalband naar breedband onomkeerbaar is, blijkt ook uit consumentenonderzoek. Nog slechts 6% van de nieuw gevormde huishoudens kiest voor een smalbandaansluiting.⁴³ Eind 2005 is door onderzoeksbureau Heliview aan huishoudens gevraagd of ze van plan zijn om de komende 12 maanden over te stappen naar een andere provider.⁴⁴ Bij

³⁹ Partijen hebben het totaal aantal actieve gebruikers per 30 juni 2006 aanvankelijk op 600.000 geschat waarvan KPN er [...*vertrouwelijke gegevens, gewist voor publicatie.*...] had. [...*vertrouwelijke gegevens, gewist voor publicatie.*...] Desalniettemin acht KPN het aannemelijk dat haar marktaandeel naar aantal gebruikers meer in lijn zal liggen met haar marktaandeel op basis van het aantal verkeersminuten. KPN heeft namelijk geen aanleiding te veronderstellen dat het inbelprofiel van haar eindgebruikers afwijkt van het inbelprofiel van de eindgebruikers van andere aanbieders.

⁴⁰ Heliview, ICT en Consumer Monitor q2 2006, markttrends internet en PC gebruik, juli 2006.

⁴¹ Zie zaak 5687/KPN - Enertel d.d. 21 juli 2006.

⁴² Voordelen voor de eindgebruiker zijn o.a. dat op elke pc met een telefoonverbinding kan worden ingebeld en dat de vergoeding gebruiksfafhankelijk is in plaats van een maandelijks vast bedrag (zoals bij breedband).

⁴³ TNS NIPO 2005.

⁴⁴ Heliview, 'onderzoek overstapdrempels en notaspecificatie van elektronische communicatiediensten t.b.v. het Ministerie van Economische Zaken' en OPTA, 23 december 2005.

huishoudens met een inbelverbinding ligt dit percentage rond de 20%, terwijl dit voor huishoudens met een breedbandverbinding rond de 5% ligt. Aan huishoudens met een smalbandinternet aansluiting die niet van plan zijn om over te stappen, is verder gevraagd onder welke voorwaarden ze de stap naar breedbandinternettoegang zouden maken. De prijs voor breedband blijkt het belangrijkste criterium. De Raad maakt hieruit op dat aanbieders van smalbandinternettoegang voldoende gedisciplineerd worden door (de dreiging van) het overstappen naar breedband.

54. De migratie van internetinbellen naar breedbandinternettoegang lijkt ook de commerciële strategie van KPN zelf te zijn. Zo probeert KPN door de dienst 'Slibellen' (prepaid bellen op vaste lijn inclusief gratis laagcapacitaire breedbandinternetverbinding) klanten die gebruik maken van internet-inbellen te migreren naar een breedbandaansluiting.⁴⁵

55. Alle marktpartijen die in het kader van onderhavige zaak zijn bevestigd, onderschrijven het afnemend belang van de markt voor smalbandinternettoegang.

56. Marktpartijen zien geen probleem in de positie van KPN die op deze markt ontstaat als gevolg van de overname van Tiscali. Wel signaleren marktpartijen als gevolg van bovenbeschreven migratie van smal- naar breedband een mogelijk versterkend effect van deze overname op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang (zie ook punt 69).

Conclusie

57. Als gevolg van de concentratie ontstaat een sterke positie van KPN op de Nederlandse retailmarkt voor smalbandinternettoegang: het gezamenlijke marktaandeel van KPN en Tiscali bedraagt circa [50-60]%. Hierbij is van belang dat deze markt een sterk krimpend karakter heeft. Verder wordt KPN gedisciplineerd door (de dreiging van) het overstappen van inbeldiensten naar breedbandige diensten.

58. Op basis van het bovenstaande komt de Raad tot de conclusie dat er geen reden is om aan te nemen dat als gevolg van deze concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt op de Nederlandse retailmarkt voor smalbandinternettoegang. De positie van Tiscali op deze markt vormt echter als gevolg van de gesignaleerde migratie van smal- naar breedband wel een beperkte versterkende factor voor de gezamenlijke positie van KPN en Tiscali op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang (zie punt 69).

⁴⁵ Zie reeds het besluit in de zaak 5687/KPN - Enertel d.d. 21 juli 2006, punt 81.

(ii) De retailmarkt en de wholesalemarkt voor breedband(internet)toegang

Algemeen

59. De markten voor breedband(internet)toegang worden gekenmerkt door een sterke mate van verticale integratie. Netwerkeigenaren leveren veelal interne lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang aan hun eigen ISP's. Slechts een beperkt aantal netwerkeigenaren (KPN, Tiscali, Tele2/ Versatel, bbned)⁴⁶ biedt wholesaletoeegang aan externe ISP's. Hierdoor zijn de posities op de wholesalemarkt en de retailmarkt zeer sterk met elkaar verbonden. In de onderhavige analyse zullen de effecten van de concentratie voor de wholesale- en retailmarkt daarom tezamen beoordeeld worden.

60. Bij de beoordeling van deze markten zullen achtereenvolgens de volgende onderwerpen besproken worden: de positie van partijen, de actuele concurrentie, de potentiële concurrentie, en de overige factoren, zijnde het effect van bundeling (*dual play/ multiplay*), de invoering van een nieuw netwerk door KPN (zgn. All-IP) en de zienswijze van OPTA.

61. Het aantal breedbandaansluitingen is de afgelopen jaren sterk gegroeid; inmiddels is de groei enigszins afgezwakt. In 2004 kwamen er nog ongeveer 100.000 aansluitingen per maand bij, in 2005 en in de eerste helft van 2006 waren dit er nog 75.000 per maand. Eind tweede kwartaal 2006 bedroeg het aantal breedbandaansluitingen ongeveer 4,56 miljoen. Dat betekent dat ongeveer 64% van de huishoudens over een breedbandinternetaansluiting beschikte.

Positie partijen

62. KPN heeft in 2006 een aantal onafhankelijke ISP's overgenomen waaronder Speedlinq en Demon na in 2005 al een aantal andere ISP's overgenomen te hebben. Hiermee is het marktaandeel van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang gestegen naar circa [40-50]%. Tevens heeft KPN met deze overnames een aantal belangrijke wholesale afnemers van DSL-concurrenten met een eigen netwerk (Tiscali, bbned en Tele2/ Versatel) overgenomen.

63. KPN heeft op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang circa 1,8 miljoen klanten (exclusief agentuur) en Tiscali [150.000-200.000] klanten per eind 2^e kwartaal 2006. Daarnaast levert KPN via een zogeheten agentuurmodel ook nog ca. [...] breedbandverbindingen via niet aan KPN gelieerde ISP's per eind 2^e kwartaal 2006. In het Besluit wholesale breedbandtoegang

⁴⁶ Ook een aantal kleine kabelmaatschappijen biedt externe wholesale breedbandtoegang, maar het aantal aansluitingen is zeer beperkt. Een voorbeeld is dat de ISP van Essent Kabelcom (@Home) wholesale breedbandtoegang afneemt bij Cogas en Kabelnoord.

* Vertrouwelijke gegevens, gewist voor publicatie.

OPTA⁴⁷ is geoordeeld dat ADSL-verbindingen van KPN die tot stand worden gebracht door middel van het agentuurmodel moeten worden toegerekend aan het marktaandeel van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang. Wanneer dit uitgangspunt wordt gehanteerd, bedraagt het marktaandeel van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang circa [40-50]%. Tiscali heeft geen klanten middels het agentuurmodel - zij heeft een marktaandeel van circa [0-10]%).

64. KPN acht voornoemd uitgangspunt van OPTA onjuist aangezien de keuze van de eindgebruiker voor een bepaalde aanbieder niet afhankelijk is van de aanbieder die de ADSL-verbinding levert, maar van de aanbieder die zorgdraagt voor de internetconnectiviteit.

65. Een belangrijk kenmerk van het agentuurmodel is dat de ISP aan eindgebruikers de mogelijkheid biedt om ADSL van KPN af te nemen. De ISP zorgt er voor dat er een overeenkomst tot stand komt tussen KPN en de eindgebruiker en de ISP ontvangt hiervoor van KPN een vergoeding. Het is de ISP niet toegestaan de gezamenlijke klanten⁴⁸ te benaderen teneinde hen te bewegen het ADSL-gedeelte niet langer bij KPN, maar bij de ISP onder te brengen en aldus de klanten van KPN, waarvoor KPN de ISP heeft betaald, uit te spannen.⁴⁹ Voor zover het het ADSL-gedeelte betreft, heeft KPN zich in de zaak KPN vs. Wanadoo⁵⁰ op het standpunt gesteld dat het haar klanten betreft, wat door de rechter is bevestigd. Bovendien blijft, ingeval een ISP zijn activiteiten staakt, de contractuele relatie tussen KPN en de eindgebruiker voor de ADSL-verbinding in stand totdat de overeenkomst afloopt⁵¹ of de eindgebruiker de overeenkomst opzegt.

66. Gelet op het bovenstaande is de Raad van mening dat eindgebruikers die door middel van het agentuurmodel een ADSL-verbinding hebben met het netwerk van KPN volledig aan het marktaandeel van KPN dienen te worden toegerekend.

67. Als gevolg van de concentratie ontstaat derhalve een gezamenlijk marktaandeel van partijen van circa [40-50]% (KPN circa [40-50]% en Tiscali circa [0-10]%).

⁴⁷ Bijlage 3, p. 167, voetnoot 222.

⁴⁸ Immers voor het 'ADSL-gedeelte' klant van KPN en voor het 'ISP-gedeelte' klant van de ISP.

⁴⁹ Uitspraak Rechtbank Amsterdam van 31 augustus 2005 in de zaak met nummers 322429/KG 05-1563 OdC van KPN Telecom B.V. tegen Wanadoo Nederland B.V.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ In de praktijk zal de eindgebruiker maximaal twaalf maanden gebonden zijn aan deze overeenkomst.

68. Op de wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang bedraagt het marktaandeel van KPN circa [40-50]% en van Tiscali circa [0-10]%. Het gezamenlijk marktaandeel van partijen na de transactie bedraagt daarmee circa [50-60]%.⁵²

69. Daarnaast is er een beperkt versterkend effect vanuit smalband internettoegang. Uit gegevens van KPN blijkt dat eindgebruikers die overstappen op breedband in ongeveer [...] van de gevallen blijven bij dezelfde aanbieder. Tiscali heeft op dit moment een relatief groot marktaandeel op de markt voor smalbandinternettoegang ([10-20] procent). Indien driekwart van deze eindgebruikers de komende jaren overstapt naar breedband is het derhalve aannemelijk dat [...] hiervan naar verwachting overstapt naar een breedbandaansluiting van KPN. Dit leidt tot een versterking van het marktaandeel van KPN van iets minder dan [0-10]%.⁵³

70. Uit bijvoorbeeld de internetsite www.internetten.nl komt naar voren dat Tiscali op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang een stevige prijsconcurrent is.⁵³ Uit de stukken van Tiscali blijkt dat zij zichzelf als een speler met *value for money, price leader 2-4Mb/s* ziet. Een aantal onafhankelijke wholesale afnemers van Tiscali (Compuservice, 12move) komt eveneens als relatief goedkoop op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang naar voren (zie bijvoorbeeld de vergelijkingssite www.internetten.nl). Hieruit blijkt dat Tiscali en de ISP's op haar netwerk belangrijke DSL-concurrenten zijn van KPN.

71. Marktpartijen die in het kader van onderhavige zaak zijn bevraagd, hebben aangegeven dat Tiscali relatief gunstige tarieven voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang hanteert. Zo geeft één afnemer van Tiscali aan dat ze een grotere marge behaalt op de aansluitingen die lopen via Tiscali dan die via andere aanbieders. Een andere afnemer van Tiscali geeft aan dat Tiscali een vergaand aanbod heeft gedaan in vergelijking met andere wholesale aanbieders.

72. De Raad constateert dat als gevolg van de overname KPN haar positie op de retail- en wholesalemarkten voor breedband(internet)toegang zal versterken. Een positie van rond de 50% marktaandeel kan een vermoeden van een economische machtspositie inhouden.⁵⁴ Hieronder zal nader worden bekeken welke druk er uit gaat van actuele en/of potentiële concurrenten of andere

⁵² Het wholesale marktaandeel van partijen wijkt enigszins af van het retail marktaandeel, omdat ze beide ook aan externe ISP's wholesale breedbandtoegang bieden.

* Vertrouwelijke gegevens, gewist voor publicatie.

* Vertrouwelijke gegevens, gewist voor publicatie.

⁵³ Dit blijkt bijvoorbeeld uit het Tiscali ADSL T6 aanbod van EUR 14,95 per maand, inclusief de eerste zes maanden gratis telefonie dat qua prijs/snelheid-verhouding als voordelig naar voren komt.

⁵⁴ HvJEG 3 juli 1991 (AKZO), zaak C-62/86, Jur. 1991, 6. I-3359.

factoren op bedoelde positie van KPN om te kunnen vaststellen of het aannemelijk is dat als gevolg van onderhavige concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

Actuele concurrentie

73. De kabelmaatschappijen waren in 2000 de eerste die breedbandinternettoegangsdiensten introduceerden. Daarna volgden KPN en andere DSL-aanbieders. Na de introductie van DSL is het aantal aansluitingen via DSL ieder jaar meer gegroeid dan het aantal aansluitingen via kabel. Eind 2003 was dit aantal ongeveer aan elkaar gelijk. Sinds eind 2004 is de verhouding tussen DSL en kabel vrij stabiel, namelijk 60% DSL en 40% kabel waarbij KPN na de overname een marktaandeel van ca. [40-50]% zou hebben en de overige DSL-aanbieders circa [10-20]%.

74. Aangezien de kabelexploitanten op deze markt ieder afzonderlijk beleid voeren waarmee zij KPN kunnen disciplineren en zij ieder hun eigen niet overlappend werkgebied hebben, is de Raad van mening dat er vooralsnog niet uitgegaan dient te worden van een gezamenlijk marktaandeel van deze kabelexploitanten. De marktaandelen van de verschillende kabelexploitanten zijn respectievelijk circa 11% (UPC), circa 25% (Essent/ Casema/ Multikabel), 1-2% (Zeelandnet) en 1-2% (CAI Westland). De kabelmaatschappijen zijn niet landelijk, maar regionaal actief. Dat betekent dat in nagenoeg elke regio steeds één aan een kabelexploitant gelieerde ISP aanwezig is.

75. [...] Dit gegeven betekent echter niet dat er van onderhavige transactie geen effect uitgaat op de mededinging. Het feit dat Tiscali individueel over onvoldoende schaal beschikt om haar activiteiten voldoende rendabel te maken, betekent nog niet dat actuele en potentiële concurrenten dergelijke schaalvoordelen niet samen met Tiscali hadden kunnen bereiken. Partijen geven aan dat in het verleden nooit gebleken zou zijn dat alternatieve DSL-aanbieders hieraan behoefte hadden. Dit neemt niet weg dat de dreiging van vraagbundeling of samenwerking door alternatieve DSL-aanbieders KPN (impliciet) heeft gedisciplineerd of dat dit KPN in de (voorzienbare) toekomst had kunnen disciplineren. Uit gesprekken met (potentiële) concurrenten is gebleken dat er belangstelling voor dergelijke samenwerkingsvormen is geweest.

76. Partijen geven voorts aan dat KPN onder druk van concurrentie meerdere malen nieuwe, aantrekkelijke abonnementvarianten heeft moeten introduceren. Daarnaast is volgens partijen de prijs/kwaliteit-verhouding van de bestaande diensten wegens forse concurrentie in belangrijke

* Vertrouwelijke gegevens, gewist voor publicatie.

mate verbeterd door opeenvolgende verhogingen van de up- en downloadsnelheden. Tenslotte levert KPN nu een aantal additionele diensten die in voorgaande jaren nog in rekening gebracht werden aan eindgebruikers, zoals email, virusscan, spamfilter en een PC-firewall.

77. De Raad overweegt hierover het volgende. In haar advies d.d. 8 juni 2005 inzake marktanalyse van OPTA over wholesale breedbandtoegang heeft de NMa evenals de OPTA geconcludeerd dat de retailmarkt voor breedbandinternettoegang concurrerend was. Via de indirecte prijsdruk die hiervan uitgaat, is geconcludeerd dat daarmee ook de wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang concurrerend is. Dit neemt echter niet weg dat onderhavige transactie tot een verandering van de concurrentiesituatie kan leiden, mede gelet op de eerdere overnames door KPN van Freeler, Cistron Telecom en HCCnet in 2005 en Demon en Speedling in 2006. Deze partijen waren afnemers van wholesale breedbandtoegang van concurrenten van KPN en hebben enkele procentpunten toegevoegd aan het aandeel van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang. Beoordeeld moet dan ook worden of het aannemelijk is dat KPN voldoende wordt gedisciplineerd door overgebleven concurrenten.

- *Kabel*

78. Na de overname van Tiscali zullen op de retailmarkt nog een aantal internetaanbieders actief zijn, waarbij de grootst overgebleven spelers de kabelbedrijven zijn (Casema/ Essent/ Multikabel en UPC).

79. Partijen geven aan dat de kabelmaatschappijen een stevig verankerde positie hebben op de breedbandmarkt en dat na de transactie nog aanbieders actief blijven die beschikken over een eigen DSL-netwerk. Dit betekent volgens partijen dat KPN zich niet onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten, haar afnemers en uiteindelijk haar eindgebruikers, omdat eindgebruikers dan over zullen stappen naar de kabelmaatschappijen.

80. Het marktaandeel van kabelmaatschappijen is sinds 2003 sterk gedaald ten gunste van DSL-partijen. DSL-aanbieders weten de afgelopen jaren gemiddeld 60% van de nieuwe breedbandaansluitingen naar zich toe te trekken ten opzichte van 40% door de kabelmaatschappijen.

81. Kabelmaatschappijen hebben weliswaar gezamenlijk een (bijna) landelijke dekking, maar worden individueel beperkt tot hun afzetgebied. Deze beperktere dekkingsgraad betekent dat de kabelmaatschappijen schaalvoordelen missen die KPN wel bezit (bijvoorbeeld op het gebied van landelijke marketing). Verder biedt kabel een beperktere portfolio aan dan KPN, die deels door technische beperkingen is ingegeven. Zo bieden kabelmaatschappijen vrijwel geen *premium* breedbandinternetproducten met een duurdere prijsstelling aan waardoor afnemers in de hogere (zakelijke) breedbandsegmenten alleen kunnen kiezen voor DSL.

82. Kabelmaatschappijen hebben zich tot nu op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang relatief volgend opgesteld. Een onafhankelijke deskundige geeft aan dat kabel reactief is op KPN en 'weinig spectaculaire dingen doet'. Op dit moment is het zo dat met name DSL ISP's met een eigen netwerk voorop hebben gelopen in termen van het introduceren van betere prijs/snelheid-verhoudingen en de introductie van innovatieve diensten.

83. De kabelmaatschappijen bieden geen externe wholesale toegang en marktpartijen die in het kader van onderhavige zaak zijn bevestigd hebben aangegeven dat dit ook niet op korte termijn te verwachten is. Een aantal marktpartijen geeft ook aan dat de kabel überhaupt geen alternatief is vanwege hoge investeringsdrempels en de beperkte geografische dekking.

84. De Raad is derhalve vooralsnog van mening dat vanuit de kabelmaatschappijen alleen onvoldoende concurrentiedruk lijkt uit te gaan op KPN (tezamen met Tiscali). In een mogelijke vergunningsfase zal dit nader worden onderzocht.

- ISP's zonder netwerk

85. Onafhankelijke ISP's zonder eigen netwerk zijn afhankelijk van ongereguleerde commerciële toegangsvormen, zoals lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang en het door KPN aangeboden agentuurschap.

86. Op de wholesalemarkt zou als gevolg van de transactie het aantal aanbieders van externe lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang na de overname afnemen van vier naar drie. KPN, Tele2/Versatel en bbned blijven nog over. Een aantal afnemers van Tiscali geeft echter aan om verschillende redenen beide laatste partijen niet als een volwaardig alternatief te zien. Tele2/Versatel richt zich meer op de zakelijke markt. Orange beschikt over een eigen netwerk maar stelt dit niet open voor derden. Eén partij geeft aan dat haar continuïteit in het geding zou komen bij een geringe verhoging van de wholesaletarieven van Tiscali omdat zij geen reële uitwijkmogelijkheden heeft.

87. De toetredingsdrempels tot de wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang zijn hoog. Om tot de wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang te kunnen toetreden moet een aanbieder de beschikking hebben over een eigen aansluitnetwerk of gebruik kunnen maken van gereguleerde ontbundelde toegang tot het netwerk van KPN. Om dit laatste mogelijk te maken zijn significante investeringen in MDF-collocatie nodig.

88. Op grond van bovenstaande constateert de Raad dat (potentiële) afnemers van Tiscali vinden dat zij geen reële uitwijkmogelijkheden overhouden als gevolg van de overname van Tiscali door KPN. In een mogelijke vergunningsfase zal dit nader worden onderzocht.

- ISP's met netwerk

89. Overgebleven DSL-aanbieders hebben een maximum dekking van ca. [60-70]% van de huishoudens. Om dekking buiten dit gebied te kunnen realiseren zijn deze aanbieders veelal afhankelijk van KPN omdat het voor hen niet mogelijk is om een verdere uitrol van hun netwerk economisch rendabel te maken. Sinds eind 2005 is mede door de aankondiging door KPN van haar All-IP plannen (zie punten 101 tot en met 104) de verdere uitrol van deze partijen tot stilstand gekomen.

90. Door de overname van het netwerk van Tiscali vervalt een mogelijkheid van (potentiële) concurrenten om de schaal van hun activiteiten te vergroten door gezamenlijk te opereren. Uit het door de NMa gedane onderzoek komt naar voren dat een aantal partijen hier belangstelling voor had. Het belang van schaalvoordelen in deze markten wordt nog eens onderstreept door het feit dat gebrek aan schaal voor het ontwikkelen van bepaalde nieuwe diensten een belangrijke overweging was voor de Tiscali-groep om Tiscali te verkopen. Ook (potentiële) concurrenten, afnemers en deskundigen hebben aangegeven dat voldoende schaal cruciaal is om voldoende concurrerend te zijn.

Potentiële concurrentie

91. KPN is van mening dat draadloze en mobiele netwerken, evenals glasvezelnetwerken potentiële concurrenten zijn op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang.

92. De Raad overweegt hierover het volgende. De investeringen die gedaan moeten worden om voornoemde netwerken uit te rollen, zijn hoog. Voor draadloze en mobiele alternatieven is het vooralsnog onvoldoende zeker dat deze binnen een termijn van enkele jaren als een alternatief voor kabel en DSL kunnen gaan gelden, mede gelet op hun mindere functionaliteit en snelheidsbeperkingen. Ook voor partijen met dergelijke netwerken zullen de hoge vaste kosten van het investeren in een netwerk moeten worden goed gemaakt door het hebben van voldoende schaal. Door de overname van Tiscali vervalt een mogelijkheid tot vraagbundeling waarmee schaal gecreëerd kan worden waardoor de toetredingsdrempel voor potentiële concurrenten verhoogd wordt.

93. Hoewel glasvezel (mogelijk) een concurrentiefactor van betekenis kan worden, is het vooralsnog niet aannemelijk dat deze binnen een termijn van enkele jaren als alternatief voor breedbandtoegang via DSL en kabel kunnen gaan gelden. Tot nu toe zijn de initiatieven vrij beperkt in omvang. Voor verdere uitrol zijn aanzienlijke investeringen nodig, waardoor het hebben van voldoende schaal een belangrijke factor is voor het economisch rendabel maken van deze netwerken. Door overname van Tiscali vervalt een mogelijkheid hiertoe waardoor de toetredingsdrempel voor potentiële concurrenten wordt verhoogd.

94. De Raad overweegt eveneens dat KPN zelf participeert in mobiele, draadloze en glasvezelnetwerken, waardoor het effect, zou dit al uitgaan van deze potentiële concurrenten,

aanzienlijk wordt beperkt. De Raad concludeert op grond van bovenstaande overwegingen dat er voorsnog onvoldoende aanwijzingen zijn dat er potentiële concurrentiedruk aan draadloze, mobiele en glasvezelnetwerken kan worden toegerekend.

Effect van bundeling

95. Partijen verwachten dat eindgebruikers de komende jaren producten en diensten geleidelijk meer gebundeld zullen afnemen. De trend is thans al ingezet hetgeen blijkt uit de omstandigheid dat een groot deel van de nieuwe DSL-klienten van KPN tegelijkertijd ook VoB (bij KPN aangeboden onder de naam InternetPlusBellen) afnemen. Dit is reeds een vorm van dual play.⁵⁵ Ook Tiscali biedt een dualplay-pakket van VoB plus breedbandinternettoegang. Partijen verwachten dat de komende jaren een verdere verschuiving zal plaatsvinden naar multiplay.⁵⁶

96. De concurrentie in de elektronische communicatiesector verbreedt zich. Er vindt niet alleen concurrentie plaats op individuele diensten, zoals internet, telefonie en televisie, maar ook op pakketten van diensten (over één aansluiting). Zowel KPN als Tiscali bieden pakketten breedbandinternet en vaste telefonie aan.

97. Uit consumentenonderzoek uitgevoerd door Heliview⁵⁷ blijkt dat huishoudens ten aanzien van multiplay geen duidelijke voorkeur hebben voor een bepaalde infrastructuur. 45% van de huishoudens heeft een voorkeur voor DSL en 37% prefereert kabel (19% heeft geen voorkeur). Uit ditzelfde onderzoek komt naar voren dat het totale potentieel voor de pakketten waarbij vaste telefonie is opgenomen het hoogste is. Het meest succesvol is op dit moment een multiplay pakket van vaste telefonie en internet. 18% van de huishoudens heeft op dit moment een dergelijke bundel. Heliview schat het potentieel van deze bundel op 40%. Bundels met vaste telefonie worden op dit moment door zowel DSL- als kabelaanbieders aangeboden. Eind derde kwartaal 2006 had gemiddeld 30% van de huishoudens met een breedbandinternet aansluiting bij een alternatieve DSL-aanbieder bij deze aanbieder ook een VoB abonnement.⁵⁸ Dit gold ook voor Tiscali. Voor KPN lag dit percentage lager, namelijk op [10-20]%, wat aangeeft dat KPN nog een relatief groot aantal van haar klienten op haar traditionele telefoniediensten heeft aangesloten. 30% van de huishoudens met een breedbandaansluiting via de kabel nam in deze periode VoB af bij de kabel.

⁵⁵ Internet en VoB.

⁵⁶ De zogeheten MultiPlay-strategie houdt in dat - met als vertrekpunt de traditionele telefonie- of omroepdiensten - eindgebruikers ook (digitale) omroep- en/ of breedband en/ of telefoniediensten van aanbieders van traditionele telefonie- of omroepdiensten gaan afnemen.

⁵⁷ Heliview, ICT consumer monitor q3 2006, markttrends multiplay, oktober 2006.

⁵⁸ Telecompaper Research brief, VOIP market adds 282.000 subscribers in third quarter, 24-11, 2006.

98. Op basis van het bovenstaande overweegt de Raad het volgende. De concurrentie vindt op dit moment met name plaats op dualplay met vaste telefonie en breedbandinternet. Op dit segment laten zowel DSL- als kabelmaatschappijen sterke groei zien waardoor het vooralsnog niet duidelijk is of deze ontwikkeling een versterkende of verzwakkende factor bij een mogelijke economische machtspositie van KPN op de wholesalemakrt voor lage kwaliteit breedbandtoegang en retailmarkten voor breedbandinternettoegang vormt.

99. Marktpartijen die in het kader van onderhavige zaak zijn bevraagd hebben aangegeven dat de markt uiteindelijk beweegt naar multiplay. Consumentenonderzoek laat ook zien dat de combinatie van breedbandinternettoegang, vaste telefonie en digitale televisie (triple play) potentie heeft. Op dit moment neemt ongeveer 6% van de huishoudens deze bundel af.⁵⁹ Heliview schat het potentieel van deze bundel op 24%. KPN geeft aan dat de kabelmaatschappijen een duidelijke voorsprong hebben op het gebied van triple play, omdat zij als enige in staat zijn het analoge televisie pakket aan te bieden. Volgens KPN is er geen alternatief aanbod in de markt dat het gemak van analoge televisie (en radio) kan evenaren. Op ieder ontvangsttoestel in een huishouden kunnen ruim dertig zenders worden ontvangen zonder dat gebruik hoeft te worden gemaakt van aparte afstandbedieningen en set-topboxen. Voor digitenne en IPTV (Mine) van KPN en IPTV van Tele2/ Versatel is dit volgens KPN wel nodig.

100. Op basis van het bovenstaande overweegt de Raad het volgende. Op dit moment lijkt televisie, in tegenstelling tot vaste telefonie, voor huishoudens nog geen zwaarwegende factor bij de keuze voor een breedbandabonnement. Daar komt bij dat kabelmaatschappijen weliswaar een voorsprong hebben op televisie, maar dat de markt voor digitale televisie nog grotendeels open ligt; 19% van de huishoudens maakt op dit moment gebruik van digitale TV.⁶⁰ Zowel KPN als de kabelmaatschappijen zullen waarschijnlijk in de nabije toekomst in staat zijn om landelijk digitale televisie te leveren. KPN heeft daarbij in tegenstelling tot de kabelmaatschappijen de beschikking over meerdere infrastructures (digitale ether en DSL en mogelijk mobiel). De Raad concludeert dat er vooralsnog geen versterkend of verzwakkend effect van triple play uitgaat op de mogelijke economische machtspositie van KPN op de wholesalemakrt voor lage kwaliteit breedbandtoegang en de retailmarkt voor breedbandinternettoegang.

All-IP

101. KPN heeft eind 2005 bekend gemaakt dat zij haar netwerk de komende jaren wil gaan migreren naar een zogenaamd 'Next Generation Network' (NGN). KPN noemt deze operatie 'All-IP'. Onder All-IP gaat KPN er van uit dat de MDF-centrales worden ontmanteld. Van de bestaande

⁵⁹ Zie voetnoot 58.

⁶⁰ Ibidem.

centrales zal weliswaar een aantal (ongeveer 200) als knooppunt⁶¹ in het nieuwe netwerk blijven bestaan, maar het zal voor netwerkeigenaren niet meer mogelijk zijn om hun apparatuur hier te koppelen aan een van KPN te huren lijn.

102. Vanuit deze circa 200 knooppunten wil KPN glasvezel tot de ongeveer 28.000 straatkasten gaan aanleggen. Van daaruit zullen wholesale- en retailbreedbanddiensten worden aangeboden. In een aantal nieuwbouwwijken zal KPN ook het laatste stukje van de straatkast naar de huizen van glasvezel voorzien.

103. Op 3 oktober jl. heeft OPTA naar aanleiding van de plannen van KPN haar *position paper* All-IP gepresenteerd en ter consultatie aan de markt voorgelegd. OPTA geeft in hoofdstuk 5 van dit paper aan onder welke voorwaarden zij voortgezette verlening van MDF-access redelijkerwijs niet langer van KPN zal verlangen en uitfasering zal toestaan. OPTA zal naar verwachting begin 2007 mede op basis van de reacties op het *position paper* beleidsregels opstellen met daarin een nadere uitwerking van de voorwaarden. Met het oog op KPN's plannen en de door OPTA geconsulteerde beleidlijn zal de uitfasering van de MDF-locaties naar verwachting niet voor 2009 plaatsvinden.

104. Mogelijkerwijs zijn de onder punten 59 tot en met 103 beschreven effecten van de overname van Tiscali door KPN ook (deels) relevant in een omgeving met een All-IP netwerk. De Raad overweegt echter dat het voorsnog onvoldoende duidelijk is of en op welke wijze de All-IP operatie vorm zal krijgen waardoor het voorsnog onvoldoende duidelijk is of, wanneer en op welke wijze de All-IP operatie van invloed is op de beoordeling van de gevolgen van de voorgenomen overname van Tiscali door KPN. In een mogelijke vergunningsfase zal, indien relevant, All-IP worden meegenomen bij de beoordeling van onderhavige zaak.

Zienswijze OPTA

105. Op 20 december jl. heeft OPTA aan de NMa een zienswijze gegeven betreffende onderhavige zaak. OPTA wijst er hierin op dat het marktaandeel van KPN op de markt voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang door de voorgenomen overname van Tiscali de 50% zal passeren. In het kader van All-IP heeft KPN het voornemen om haar netwerk op een dusdanige wijze te reorganiseren dat MDF-access als ontbundelde toegangsvorm wordt uitgefaseerd. Deze markt is in het Besluit wholesale breedbandtoegang OPTA juist concurrerend bevonden gegeven de concurrentie die afkomstig is van DSL-aanbieders die gebruik maken van MDF-access van KPN. Ook wijst OPTA er op dat alternatieve DSL-aanbieders in het eerste half jaar van 2006 hun DSL-netwerken niet verder hebben uitgerold, terwijl ten tijde van het marktanalysebesluit wholesale breedbandtoegang deze verwachte verdere uitrol een belangrijke overweging was om minder belang toe te kennen aan toetredingsdrempels. Door de voorgenomen overname zal een

⁶¹ In KPN's plannen heten deze knooppunten Metro Core Locations (MCL's).

belangrijke speler van de markt voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang verdwijnen wat ook van invloed kan zijn op de schaal- en breedtevoordelen van KPN.

106. Voor wat betreft de retailmarkt voor breedbandinternettoegang wijst OPTA er op dat als gevolg van de voorgenomen overname van Tiscali door KPN het marktaandeel van KPN op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang de grens van 50% zal naderen. Voorts wijst OPTA er op dat het in zijn *position paper* All-IP nieuwe marktanalyses heeft aangekondigd, mede naar aanleiding van de voorgenomen overname van Tiscali door KPN en vanwege de totale consolidatietendens die het afgelopen jaar is waargenomen in deze markt.

107. OPTA adviseert de NMa dan ook een tweede fase onderzoek te starten waarin nader wordt onderzocht of KPN door de voorgenomen overname van Tiscali zal beschikken over een economische machtspositie op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang en de markt voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang.

Conclusie

108. Het aandeel van KPN stijgt als gevolg van de concentratie naar [40-50]% op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang met een beperkt versterkend effect als gevolg van de positie van Tiscali op de retailmarkt voor smalbandinternettoegang. Op de wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang stijgt het aandeel van KPN als gevolg van de concentratie naar [50-60]%.

109. Uit het tot nu toe gedane onderzoek blijkt dat (potentiële) afnemers van Tiscali vinden dat zij geen reële uitwijkmogelijkheden overhouden, toetredingsbarrières tot de wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang hoog zijn en een mogelijkheid voor vraagbundeling van netwerkeigenaren (ISP's met netwerk) en potentiële concurrenten wegvalt. Het is aannemelijk dat hierdoor de concurrentiekracht van de ISP's met en zonder netwerk en van potentiële concurrenten wordt verminderd wat tevens als effect zal hebben dat de concurrentie wordt verminderd op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang. Het lijkt vooralsnog niet aannemelijk dat de verschillende kabelbedrijven en ADSL-partijen die overblijven, voldoende concurrentiekracht op KPN kunnen uitoefenen.

110. Op basis van bovenstaande heeft de Raad reden om aan te nemen dat als gevolg van de overname van Tiscali door KPN een economische machtspositie op de retailmarkt voor breedbandinternettoegang en op de wholesalemarkt voor lage kwaliteit breedbandtoegang kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

(iii) De retailmarkten voor vaste telefonie

111. Sinds de liberalisering van de elektronische communicatiediensten en -netwerken in de jaren '90 heeft zich een aantal belangrijke technologische ontwikkelingen voorgedaan, zoals mobiele telefonie en telefonie via internet en meer in het bijzonder ook VoB. De opkomst van VoB heeft ertoe geleid dat de positie van KPN op traditionele vaste telefonie steeds meer onder druk komt te staan. Zo hebben in het eerste halfjaar van 2006 492.000 eindgebruikers hun traditionele vaste telefonie-aansluiting opgezegd. Eindgebruikers stappen over op VoB via andere DSL-aanbieders en kabel. Niet alleen VoB, maar ook het feit dat meer en meer mensen louter nog mobiel bellen, zorgt ervoor dat KPN terrein verliest op traditionele vaste telefonie. KPN heeft op de door OPTA afgebakende markt voor laagcapacitaire aansluitingen nog een marktaandeel van [80-90]% per het derde kwartaal van 2006. Als gevolg van bovenstaande ontwikkelingen is de verwachting dat dit verder zal dalen.

112. KPN profileert zich momenteel sterk op VoB. De kabelmaatschappijen hebben op dit moment gezamenlijk de meeste VoB-aansluitingen. Uit een door partijen overgelegd recent onderzoek⁶² blijkt wel dat KPN in het derde kwartaal van 2006 de sterkste groei (procentueel) op het gebied van VoB realiseerde. Bovendien wordt daarin de verwachting uitgesproken dat KPN in het vierde kwartaal van 2006 meer VoB-klanten zal hebben dan de overige DSL-aanbieders tezamen.

113. Ook Tiscali is actief op het zogenaamde VoB-segment binnen de retailmarkt(en) voor vaste telefonie. Wanneer Tiscali's VoB-klanten worden opgeteld bij KPN's marktaandeel op de retailmarkt(en) voor vaste telefonie, dan is de toevoeging (circa 42.000 klanten) in alle gevallen gering.⁶³ Het marktaandeel van KPN stijgt als gevolg van de overname met minder dan [0-10]%.

114. Gelet op bovenstaande, en met name gelet op de geringe toevoeging van Tiscali aan de bestaande positie van KPN op de retailmarkt(en) voor vaste telefonie en de dalende marktaandelen van KPN op bedoelde markt(en), komt de Raad tot de conclusie dat er geen reden is om aan te nemen dat als gevolg van deze concentratie een economische machtspositie kan worden versterkt op de Nederlandse retailmarkt(en) voor vaste telefonie.

(iv) De wholesalem Markt voor terminating verbindingen > 2Mbit/s

115. Er bestaat een verticale relatie tussen partijen op de markten voor huurlijnen. Het gaat hierbij om het MDF-backhaul segment. Dit zijn transmissieverbindingen tussen de apparatuur op de MDF-centrale van DSL-aanbieders, zoals Tiscali, bbned, Tele2/ Versatel en Orange en hun

⁶² Telecompaper Research brief, VOIP market adds 282.000 subscribers in third quarter, 24-11-2006.

⁶³ Voor de positie van KPN en Tiscali op de retailmarkt voor verkeer naar 06760-nummers wordt verwezen naar de hiervoor apart behandelde retailmarkt voor smalbandinternettoegang.

hoofdnetwerk (*point of presence*). Er is een aantal partijen dat MDF-backhaul levert, waaronder KPN, BT, Eurofiber, UPC/Priority en Tele2/Versatel. Tiscali koopt MDF-backhaulverbindingen extern in bij KPN ([..] % van Tiscali haar uitgaven) en nog drie andere leveranciers. Eén partij geeft aan dat na de overname alle MDF-backhaul verbindingen van Tiscali bij KPN zullen worden ondergebracht waardoor het marktaandeel van KPN op dit segment toeneemt.

116. OPTA rekent het marktsegment voor MDF-backhaul tot de wholesalemarkt voor terminating verbindingen > 2Mbit/s.⁶⁴ MDF-backhaul verbindingen maken ongeveer 40% van deze markt uit.⁶⁵ Partijen geven aan dat KPN op de markt voor wholesale terminating verbindingen > 2Mbit/s een marktaandeel heeft van ongeveer [50-60]%. OPTA concludeert dat de toetredingsdrempels op deze markt relatief laag zijn en het netwerk van KPN relatief gemakkelijk te dupliceren is, maar dat KPN op het MDF-backhaul segment een sterke positie heeft. In haar marktanalyse besluit huurlijnen heeft OPTA geconcludeerd dat KPN als gevolg van deze sterke positie beschikt over aanmerkelijke marktmacht op de markt voor wholesale terminating verbindingen > 2Mbit/s.⁶⁶

117. De Raad overweegt het volgende. Op het marktsegment MDF-backhaul overlappen de activiteiten van partijen niet. Tiscali neemt het overgrote deel van deze verbindingen af bij KPN. Deze relatie wordt door de overname niet beïnvloed. Het mogelijke effect van de overname is dat KPN op termijn bestaande contracten van Tiscali met leveranciers zal opzeggen. Het marktafsluitingseffect hiervan is beperkt. Tiscali is slechts één van de (potentiële) afnemers op deze markt. Indien KPN na de transacties alle bestaande contracten van Tiscali met externe leveranciers opzegt, zal KPN een zeer beperkt extra (minder dan [0-10]%) marktaandeel op de markt voor wholesale terminating verbindingen > 2Mbit/s naar zich toe trekken.

118. De Raad concludeert dat er op basis van het bovenstaande geen reden is om aan te nemen dat als gevolg van de overname op de markt voor wholesale terminating verbindingen > 2 Mbit/s een economische machtspositie wordt versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

* Vertrouwelijke gegevens, gewist voor publicatie.

⁶⁴ Besluit huurlijnen, eerder aangehaald.

⁶⁵ Het overige deel bestaat uit transmissieverbindingen tussen klantlocaties en het hoofdnetwerk van telecomaandieners (*point of presence*).

⁶⁶ OPTA heeft KPN een specifieke verplichting opgelegd. KPN is ten aanzien van MDF-backhaulverbindingen verplicht om bij het opzeggen van reeds verleende toegang een opzegtermijn van minimaal negen maanden in acht te nemen en gedurende die opzegtermijn de bestaande leveringen voort te zetten onder de voorwaarden en tarieven zoals die golden op basis van het oude wettelijke kader van de telecommunicatiewet.

VI. CONCLUSIE

119. Na onderzoek van deze melding is de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot de conclusie gekomen dat de gemelde operatie binnen de werkingssfeer valt van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht. Hij heeft reden om aan te nemen dat als gevolg van die concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

120. Gelet op het bovenstaande deelt de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit mede dat voor het tot stand brengen van de concentratie waarop de melding betrekking heeft een vergunning is vereist.

121. Voor zover dit besluit meebrengt dat een oordeel wordt gegeven over feiten of omstandigheden die van belang zijn voor de beslissing op een aanvraag om een vergunning als bedoeld in artikel 41 van de Mededingingswet, heeft dit oordeel naar zijn aard een voorlopig karakter en bindt dit de Raad van Bestuur niet bij zijn beslissing op die aanvraag.

Datum: 22 december 2006

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

w.g. R.J.P. Jansen
Lid van de Raad van Bestuur

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

Bijlage 1 Schematische weergave marktstructuur

