

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

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

Nummer 6397 / 274

Betreft zaak: 6397/KPN - Reggefiber

INHOUDSOPGAVE

I.	MELDING.....	2
II.	PARTIJEN.....	2
III.	DE GEMELDE OPERATIE.....	2
IV.	TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIE TOEZICHT.....	3
V.	BEOORDELING.....	7
A.	Relevante markten.....	7
Inleiding.....	7	
Regulering.....	8	
Relevante productmarkten.....	9	
Relevante geografische markten.....	19	
B.	Gevolgen van de concentratie.....	21
Horizontale overlap.....	21	
Verticale relatie.....	25	
Coördinatie van het concurrentiegedrag.....	32	
VI.	HET REMEDIEVOORSTEL VAN PARTIJEN.....	37
VII.	ZIENSWIJZE OPTA.....	49
VIII.	CONCLUSIE.....	51
	Bijlage 1 bij besluit 6397/KPN- Reggefiber: remedievoorstel partijen.....	52
	Bijlage 2 bij besluit 6397/KPN- Reggefiber: ODF-overeenkomst.....	70

I. MELDING

1. Op 10 juli 2008 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit een melding ontvangen van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 van de Mededingingswet. Hierin is medegedeeld KPN B.V. en Reggefiber B.V. voornemens zijn een gemeenschappelijke onderneming op te richten in de zin van artikel 27, tweede lid, van de Mededingingswet. Van de melding is mededeling gedaan in Staatscourant 136 van 17 juli 2008. Naar aanleiding van de melding zijn zienswijzen van derden naar voren gebracht. Deze zienswijzen worden, voor zover er overwegingen aan zijn ontleend die dragend zijn voor dit besluit, in het navolgende nader uiteengezet. In onderhavige zaak is een zienswijze van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) ontvangen. Ambtshalve zijn vragen gesteld aan verschillende marktpartijen.

II. PARTIJEN

2. KPN B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht. KPN B.V. is een 100% dochter van Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN). KPN biedt telecommunicatiediensten aan, waaronder telefonie en datadiensten via het vaste net in Nederland, mobiele telecommunicatiediensten in Nederland, België en Duitsland en datadiensten in West-Europa, aan zowel particulieren als zakelijke klanten.

3. Reggefiber B.V. (hierna: Reggefiber) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht. Reggefiber is een 100% dochter van Reggeborgh Glasvezel Investerings B.V. Reggefiber is actief op het gebied van de aanleg en exploitatie van glasvezelnetwerken.

4. Reggefiber Group B.V. (hierna: Reggefiber Group) is de op te richten gemeenschappelijke onderneming (hierna: G.O.). Reggefiber Group zal actief zijn op het gebied van de aanleg en exploitatie van glasvezelnetwerken ten behoeve van consumenten in Nederland (hierna: *Fiber-to-the-Home* of *FttH*).

III. DE GEMELDE OPERATIE

5. De gemelde operatie betreft het voornemen van KPN B.V. en Reggefiber om gezamenlijke zeggenschap te verwerven in de op te richten G.O. De hierover tussen partijen gemaakte afspraken zijn neergelegd in een "Samenwerkingsovereenkomst" tussen KPN B.V. en Reggefiber inzake Reggefiber Group, d.d. 22 mei 2008 (hierna: de Samenwerkingsovereenkomst).

IV. TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIE TOEZICHT

6. Ter beoordeling van de toepasselijkheid van het concentratietoezicht, wordt in het navolgende onderzocht of de gemelde operatie resulteert in de totstandkoming van een G.O. waarin KPN B.V. en Reggefiber gezamenlijke zeggenschap hebben, en vervolgens of deze G.O. duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

(1) *Gezamenlijke zeggenschap*

7. Er is sprake van gezamenlijke zeggenschap indien zowel KPN B.V. als Reggefiber de mogelijkheid hebben beslissende invloed op de G.O. uit te oefenen. Beslissende invloed betekent in dit verband dat de betrokkenen bij machte zijn maatregelen te blokkeren die het strategische commerciële gedrag van een onderneming bepalen¹.

8. KPN B.V. verwerft bij de oprichting van de G.O. een minderheidsbelang van 41% van de aandelen in de G.O. en Reggefiber een meerderheidsbelang van 59%. Aangezien KPN B.V. en Reggefiber allebei beschikken over vetorechten ten aanzien van beslissingen die van belang zijn voor het strategische commerciële gedrag van de G.O. is er sprake van gezamenlijke zeggenschap².

9. In de Samenwerkingsovereenkomst zijn onder andere de volgende – voor het hebben van gezamenlijke zeggenschap relevante – vetorechten opgenomen die KPN B.V. en Reggefiber kunnen uitoefenen:

- het vaststellen en wijzigen van het *Business Plan*;
- belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de G.O. of de met haar verbonden ondernemingen; en
- belangrijke investeringen.

10. Uit de Samenwerkingsovereenkomst blijkt verder dat zowel KPN B.V. als Reggefiber invloed hebben op de samenstelling van de directie en de Raad van Commissarissen van de G.O.:

- de directie van de G.O. zal bestaan uit drie bestuurders die op bindende voordracht door Reggefiber worden benoemd. KPN B.V. heeft echter een vetorecht ten aanzien van de benoeming van elk van deze personen; en

¹ Zie de Geconsolideerde Mededeling van de Commissie over Bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: Geconsolideerde Mededeling van de Commissie), punt 62.

² Zie de Geconsolideerde Mededeling van de Commissie, reeds aangehaald, punten 62 tot en met 73.

- de raad van commissarissen van de G.O. zal uit drie leden bestaan. KPN B.V. en Reggefiber kunnen beide een lid van de Raad van Commissarissen bindend voordragen. Het derde lid van de raad van commissarissen, tevens de voorzitter, zal een onafhankelijke persoon zijn die op bindende voordracht van KPN B.V. en Reggefiber gezamenlijk zal worden benoemd. De raad van commissarissen geeft goedkeuring aan belangrijke besluiten van de directie, voor zover het businessplan hierin niet voorziet, waarbij geldt dat zowel de door KPN B.V. als de door Reggefiber aangestelde commissaris zijn/haar goedkeuring moet geven.

11. De hiervoor beschreven vetorechten en benoemingsprocedures leiden ertoe dat KPN en Reggefiber gezamenlijk de strategie van de G.O. kunnen bepalen. Er is derhalve sprake van gezamenlijke zeggenschap.

12. KPN B.V. heeft op twee momenten de mogelijkheid haar belang van 41% in de G.O. uit te breiden. Deze momenten vallen samen met het bereiken door de G.O. van twee in de Samenwerkingsovereenkomst gedefinieerde doelen³ en de uitoefening van verschillende *call*- en *put* opties door KPN B.V. respectievelijk Reggefiber.

13. Het realiseren van de gedefinieerde doelen en de uitoefening van de *call*- en *put* opties kan leiden tot een wijziging (in de kwaliteit) van de zeggenschapsverhouding in de G.O., namelijk de verwerving van uitsluitende zeggenschap door KPN over de G.O. Op dit moment is niet met zekerheid vast te stellen of (en wanneer) KPN uitsluitende zeggenschap zal verwerven over de G.O. Zo hangt de realisatie van de hiervoor genoemde doelen onder meer af van de mogelijkheid om voor de uitrol de benodigde financiering te krijgen, de beschikbare graafcapaciteit en het succes van de G.O., aldus partijen. Partijen gaan er vooralsnog van uit dat de eerste doelstelling niet eerder dan na vier jaar wordt gerealiseerd. Gelet op deze onzekerheid⁴ zal de hierboven, onder punt 5, omschreven transactie worden beoordeeld als de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap in de zin van artikel 27, tweede lid, Mededingingswet.

³ Namelijk het realiseren van 1 miljoen respectievelijk 2 miljoen '*homes connected*'. Een '*home connected*' is een huis dat voorzien is van een aansluiting op het glasvezelnetwerk, zonder dat er sprake hoeft te zijn van een werkende verbinding. Indien er ook sprake is van een werkende verbinding, spreekt men van '*home activated*'.

⁴ Een transactie, die aanvankelijk leidt tot gezamenlijke zeggenschap, kan enkel worden beschouwd als de verkrijging van uitsluitende zeggenschap indien op voorhand met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap binnen afzienbare termijn wordt omgezet in een situatie van uitsluitende zeggenschap. Vergelijk de Geconsolideerde Mededeling van de Commissie, reeds aangehaald, punt en 28 tot en met 35, alsmede het besluit van de NMa van 20 april 2005 in zaak 4949/ *Kroymans – Van Heck*, punten 5 en 6.

(2) *Duurzame zelfstandige economische eenheid*

14. Voor de toepassing van artikel 27, tweede lid, Mededingingswet dient voorts te worden vastgesteld dat de G.O. duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult (de zogenaamde volwaardige gemeenschappelijke onderneming). De G.O. kan als 'volwaardige' gemeenschappelijke onderneming worden gekwalificeerd indien zij in operationeel opzicht zelfstandig is.⁵

15. Uit de door partijen overgelegde Samenwerkingsovereenkomst blijkt dat de G.O. voldoende middelen heeft om onafhankelijk werkzaam te zijn op het gebied van de aanleg en exploitatie van glasvezelnetwerken. De G.O. heeft in de eerste plaats een eigen directie die verantwoordelijk is voor de dagelijkse gang van zaken. De G.O. zal daarnaast over eigen personeel en over voldoende financiële middelen beschikken om onafhankelijk van KPN en Reggefiber te kunnen opereren. De G.O. wordt voorts voor onbepaalde duur opgericht. Ten slotte zal de G.O. haar eigen klanten hebben.

16. Daarnaast dient de positie van de moederondernemingen op zich hoger- of lager in de bedrijfskolom bevindende markten bij de beoordeling van het volwaardige karakter van een gemeenschappelijke onderneming meegenomen te worden. Indien deze situatie tot gevolg heeft dat in aanzienlijke omvang verkoop of aankoop tussen de moederondernemingen en de gemeenschappelijke onderneming plaatsvindt, is mogelijk geen sprake van een zelfstandige economische eenheid.⁶

17. Alhoewel KPN een sterke positie heeft op de onderliggende *wholesale* breedbandmarkt en de daar weer onderliggende *retail*markten is de G.O. vanuit commercieel oogpunt niet gebonden aan de moederonderneming KPN voor het leveren van *wholesale* ontbundelde toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk.⁷ KPN zal, net als andere afnemers, onder commerciële voorwaarden ontbundelde toegang afnemen van de G.O.

18. Tenslotte zullen de moederondernemingen, via andere dochterondernemingen, ook actief zijn op de *trunk*markt. Om een glasvezelaansluiting te kunnen benutten is een *trunk*verbinding nodig.⁸ De G.O. zelf is geen afnemer van *trunk*verbindingen. Afnemers van *trunk*verbindingen zijn de afnemers van toegang tot het glasvezelnetwerk. Aangezien de G.O.

⁵ Zie de Geconsolideerde Mededeling van de Commissie, reeds aangehaald, punt 93.

⁶ Zie de Geconsolideerde Mededeling van de Commissie, reeds aangehaald, punt 97.

⁷ De G.O. zal zich richten op de aanleg en exploitatie van glasvezelaansluitingen ten behoeve van consumenten in Nederland. De exploitatie van glasvezelaansluitingen houdt in dat de G.O. *wholesale* toegang tot haar netwerk aanbiedt aan afnemers. De G.O. bevindt zich derhalve ten opzichte van spelers op *retail*markten op een hoger gelegen plaats in de productiekolom. Zie ook punten 31 t/m 33.

⁸ Zie punt 8 voor een definitie van een *trunk*verbinding.

geen afnemer is van *trunk*verbindingen, heeft de aanwezigheid van de moederondernemingen op de *trunk*markt geen gevolgen voor het karakter van volwaardige gemeenschappelijke onderneming.

(3) *Conclusie*

19. Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de gemelde operatie een concentratie is in de zin van artikel 27, tweede lid, van de Mededingingswet. De hierboven onder punt 5 omschreven transactie leidt er toe dat een gemeenschappelijke onderneming tot stand wordt gebracht die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

20. De betrokken ondernemingen zijn KPN B.V. en Reggefiber B.V.⁹

21. 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.

⁹ In geval van verkrijging van gezamenlijke zeggenschap over een nieuw opgerichte onderneming zijn de betrokken ondernemingen alle ondernemingen die zeggenschap uitoefenen over de nieuw opgerichte gemeenschappelijke onderneming. De gemeenschappelijke onderneming is in een dergelijke situatie geen betrokken onderneming. Zie de Geconsolideerde Mededeling van de Commissie, reeds aangehaald, punt 139.

V. BEOORDELING

A. Relevante markten

Inleiding

22. In Nederland zijn er momenteel drie technisch verschillende vaste aansluitnetwerken¹⁰ waarover telecommunicatiediensten (vaste telefonie, omroep en breedband internet) worden aangeboden, te weten glasvezel, koper en coax (hierna ook wel kabel genoemd), waarvan glasvezel nog een infrastructuur in opkomst is.

23. Ingevolge een stijgende behoefte aan bandbreedte bij de eindgebruiker, bereikt het koperen aansluitnetwerk zijn capaciteitsgrenzen. Nieuwe diensten, zoals bijvoorbeeld *streaming high-definition* video, vereisen hoge bandbreedtes waarin het vaste aansluitnetwerk moet kunnen voorzien. Deze diensten vragen bandbreedtes tot 100 Mb/s, terwijl de maximale bandbreedte van het koper aansluitnetwerk momenteel 24 Mb/s is.

24. De capaciteit van kabel ligt momenteel al hoger dan van koper en wordt verder verhoogd.¹¹ Marktpartijen verwachten op basis hiervan dat op termijn de huidige infrastructuurconcurrentie tussen koper en kabel zal migreren naar infrastructuurconcurrentie tussen kabel en glasvezel.

25. Ontbundelde toegang is fysieke toegang tot een netwerkinfrastructuur op *wholesale* niveau op een vaste locatie. Op het koperen- en het glasvezelaansluitnetwerk is ontbundelde toegang (hierna: ULL¹²-toegang, ODF-toegang/ of ODF-toegang) mogelijk. Daarentegen is tot het kabel aansluitnetwerk, omwille van de technische eigenschappen van dat netwerk, vooralsnog geen ontbundelde toegang mogelijk.

26. *Wholesale* breedbandtoegang (hierna: WBT) is een *wholesale* dienst die bestaat uit de levering aan *wholesale* afnemers van een transmissiecapaciteit met een vaste of variabele capaciteit (bandbreedte) met een stroomafwaartse capaciteit van meer dan 128kbit/s van de

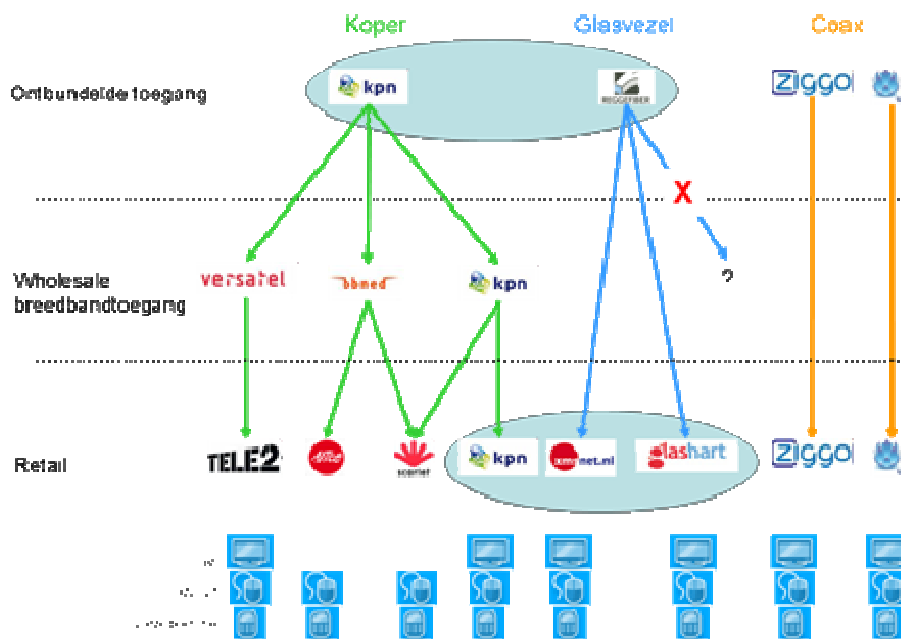
¹⁰ Het vaste aansluitnetwerk is het fysieke netwerk tussen de eindgebruiker en het lokale netwerkniveau. Draadloze netwerken behoren niet tot deze definitie.

¹¹ Over de kabel worden thans, door gebruik van EuroDocsis 2.0, snelheden tot maximaal 30 Mb/sec. bereikt. Kabelondernemingen kunnen echter, met beperkte investeringen, overstappen op de reeds bestaande techniek EuroDocsis 3.0 waarmee snelheden tot 100 Mb/sec haalbaar zijn. Over glasvezel is een bandbreedte van 100 Mb/sec mogelijk. Hogere snelheden dan 100 Mb/sec zijn over glasvezel technisch mogelijk.

¹² ULL staat voor *Unbundled Local Loop*.

locatie van afname naar de eindgebruikerslocatie. De afnemers van WBT zijn daarmee in staat hun eigen elektronische communicatiediensten aan hun eindgebruikers te leveren.

27. Via ontbundelde toegang en WBT worden de *retail*markten voor vaste telefonie, omroep en breedband internet bediend (zie onderstaande figuur 1). De hoge bandbreedte van in het bijzonder kabel- en glasvezelaansluitnetwerken maken deze aansluitnetwerken geschikt voor het aanbieden van *retail*dienstenbundels. Een bundel is het gezamenlijk aanbieden van individuele *retail*diensten als omroep, breedbandinternettoegang en/ of vaste telefonie, tegen een pakketprijs.



Figuur 1: Wholesale- en retailmarkten

28. Zoals hiervoor aangegeven, in punt 4, zal de G.O. actief worden op het gebied van het aanleggen van en het aanbieden van ontbundelde toegang tot *FttH*, oftewel de niet-zakelijke glasvezelaansluitnetwerken in Nederland.

Regulering

29. Heden is *ex ante* regulering van toepassing op de markt voor ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk van KPN en op de markt voor hoge kwaliteit WBT. Op beide markten is KPN door OPTA aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht.

30. Tevens heeft OPTA op 19 december 2008 het Marktanalysebesluit ontbundelde toegang (hierna: ULL-marktanalysebesluit), het Marktanalysebesluit Wholesale Breedbandtoegang

(hierna: WBT-marktanalysebesluit), het Marktanalysebesluit Vaste Telefoonie en het Marktanalysebesluit Huurlijnen gepubliceerd.

Relevante productmarkten

31. De activiteiten van partijen overlappen elkaar op de volgende mogelijke productmarkten:

- de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken; en
- de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken en tot kopernetwerken.

32. Daarnaast is er een verticale relatie tussen bovengenoemde mogelijke markten en de volgende markten:

- de *retail*markt voor omroep;
- de *retail*markt vaste telefonie;
- de *retail*markt breedbandinternet: en
- de *wholesale*markt voor (lage kwaliteit) breedbandtoegang.

33. Om bovenstaande *retail*diensten en *wholesale*dienst aan te kunnen bieden zijn, zoals eerder genoemd in punt 19, *trunk*verbindingen nodig. Om deze reden zal ook worden ingegaan op de *trunk*markt.

34. De analyse van de concurrentiekrachten op de markt voor ontbundelde toegang en een juiste afbakening van deze markt, vereist een *bottom up*-analyse. De vraag naar ontbundelde toegang tot een bepaald netwerk wordt immers niet alleen bepaald door de **directe prijsdruk** van ontbundelde toegang tot een ander netwerk, maar ook door de vraag op de onderliggende *retail*markten. De bereidheid om al dan niet een hogere prijs voor ontbundelde toegang tot een bepaald netwerk te betalen, wordt mede bepaald door het gedrag van eindgebruikers op de *retail*markt bij relatieve prijswijzigingen voor de afgeleide *retail* producten. Dit laatste mechanisme wordt **indirecte prijsdruk** genoemd. Een *bottom up*-analyse begint vanuit (1) de verschillende onderliggende *retail*markten, gaat verder naar (2) de markt voor WBT en tenslotte naar (3) de markt voor ontbundelde toegang tot vaste aansluitnetwerken.

(1) *De retailmarkten*

35. De aansluitnetwerken (bijvoorbeeld glasvezel en koper) worden gebruikt als bouwsteen voor *retail*producten. De relevante *retail*markten die uiteindelijk bediend worden door

ontbundelde toegang tot de aansluitnetwerken, al dan niet via tussengelegen *wholesale* markten, worden hieronder beschreven.

(1a) *De retailmarkt voor omroepdiensten*

36. Televisiesignalen¹³ (hierna: tv-signalen) worden in Nederland uitgezonden via een aantal verschillende omroeptransmissieplatforms te weten: de kabel, satelliet, digitale ether (DVB-T), het vaste koperen aansluitnetwerk (DSL-IPTV) en sinds kort het glasvezelnetwerk.

37. Het programma-aanbod staat consumenten niet in de weg om van transmissieplatform over te stappen.¹⁴ Alle omroeptransmissieplatforms bieden de kanalen die het meest bekeken worden, oftewel de *must-have* zenders.¹⁵ Vervolgens is er nog een aantal vergelijkbare functionele en technische productkenmerken tussen de omroep-transmissieplatforms die ervoor zorgen dat er sprake is van een mate van substitueerbaarheid tussen de platformen.¹⁶

38. Gelet op de toegenomen substitueerbaarheid van tv-signalen die over de verschillende infrastructuren worden uitgezonden, zal in onderhavig besluit geen onderscheid gemaakt worden naar infrastructuur voor de *retailmarkt* voor omroep. Het is immers aannemelijk dat bij een prijsstijging van het televisie-aanbod over glasvezel consumenten zullen overstappen naar een aanbieder die tv-signalen over een andere infrastructuur aanbiedt. OPTA heeft eveneens recentelijk in haar ontwerp marktanalysebesluiten omroep geconcludeerd dat er geen nader onderscheid dient gemaakt te worden naar type infrastructuur voor de *retailmarkt* voor omroepdiensten.¹⁷

39. In onderhavig besluit zal derhalve worden uitgegaan van een *retailmarkt* voor omroep die vanuit glasvezel bezien, de levering van tv-signalen via de infrastructuren kabel, glasvezel, satelliet, digitale ether en koper bevat.

¹³ Hier dient opgemerkt te worden dat volgens vaste beschikkingspraktijk van de NMa en de Commissie er geen nader onderscheid gemaakt dient te worden tussen de doorgifte van digitale en analoge tv-signalen aangezien digitale doorgifte slechts een technologische ontwikkeling is ten opzichte van analoge doorgifte. Zie het besluit van de NMa van 8 december 2006 in zaak 5796/ *Cinven – Warburg Pincus – Essent Kabelcom*, punt 44 en de beschikking van de Europese Commissie van 29 december 2003 in zaak COMP/C. 2-38.287 – *Telenor/ Canal +/ Canal Digital*, punt 29.

¹⁴ Zie onder andere Stratix (Analoge, Radio en TV, juli 2008), “*Het aanbod aan programma’s en de beeldkwaliteit van het geleverd is voor consumenten een belangrijk factore om op digitale RTV over te stappen*”.

¹⁵ Zie het besluit van de NMa van 8 december 2006 in zaak 5796/ *Cinven – Warburg Pincus – Essent Kabelcom*, punt 32.

¹⁶ Via het omroeptransmissieplatform kabel kunnen bijvoorbeeld net zoveel analoge programma’s als via glasvezel, en zonder beperking van het aantal ontvangsttoestellen aan de eindgebruiker worden uitgezonden. Via koper, kabel en glasvezel is het weer mogelijk om geavanceerde tv-pakketten, dan wel *multiplay* pakketten en interactieve diensten aan te bieden.

¹⁷ OPTA Ontwerp Marktanalysebesluit Omroep UPC van 19 augustus 2008, punt 316.

(1b) *De retailmarkten voor vaste telefonie*

40. Evenals in eerdere besluiten van de NMa¹⁸ en in navolging van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie van OPTA¹⁹, zal worden uitgegaan van een aparte residentiële *retail*markt voor vaste telefonie en een aparte zakelijke *retail*markt voor vaste telefonie. Vaste telefonie bevat zowel de aansluitingen²⁰ als de verkeersdiensten die over deze aansluitingen worden aangeboden²¹.

(1c) *De retailmarkt voor breedbandinternet*

41. Evenals in eerdere besluiten van de NMa²², zal worden uitgegaan van een aparte markt voor breedbandinternettoegang.

42. OPTA heeft, naar aanleiding van haar marktanalysebesluit Wholesale Breedbandtoegang²³ (hierna: WBT-marktanalysebesluit), geconstateerd dat breedbandinternettoegang over glasvezelnetwerken prijsdruk uitoefent op breedbandinternettoegang over kopernetwerken en kabelnetwerken en derhalve tot dezelfde relevante markt behoort.²⁴ De NMa heeft deze marktafbakening van OPTA onderschreven.²⁵

43. Zoals vastgesteld door de NMa in het eerste fase besluit in de zaak *KPN – Tiscali*²⁶, dient niet nader ingegaan te worden op een mogelijk onderscheid naar afnemersgroepen van breedbandinternettoegang. In voornoemde zaak verwijst de NMa daartoe onder andere naar het WBT-marktanalysebesluit van 21 december 2005 van OPTA²⁷. In dit marktanalysebesluit van 2005, alsmede het recente WBT-marktanalysebesluit concludeert OPTA dat zakelijke afnemers zowel gebruik maken van consumentenproducten als van zakelijke producten, dat er niet een duidelijk te onderscheiden productkenmerk is op basis waarvan zakelijke afnemers hun keuze voor een

¹⁸ Zie het besluit van de NMa van 22 december 2006 in de zaak 5807/ *KPN – Tiscali*, punten 39 tot en met 43.

¹⁹ OPTA Marktanalysebesluit Vaste Telefonie van 19 december 2008, punt 316.

²⁰ De 'aansluiting' is de toegang tot een openbaar elektronisch communicatienetwerk op een vaste locatie ten behoeve van spraak, faxverkeer en smalbandig internet. Zie OPTA Marktanalysebesluit Vaste Telefonie van 19 december 2008, punt 230.

²¹ OPTA Marktanalysebesluit Vaste telefonie van 19 december 2008, punt 296.

²² Zie het NMa besluit van 6 november 2002 in zaak 3053/ *Liberty media – Casema*, punt 350; het NMa besluit in de zaak 5807/ *KPN – Tiscali*, punten 19 tot en met 22. In deze NMa besluiten is eveneens uitgegaan van een aparte markt voor smalbandinternettoegang. Smallbandinternettoegang wordt verkregen door via de telefoonlijn in te bellen op een telefoonnummer van een ISP. Gezien smalbandinternettoegang slechts door een heel geringe – en steeds kleiner wordende – groep afnemers wordt gebruikt, zal in onderhavig besluit niet op smalbandinternettoegang worden ingegaan.

²³ OPTA Marktanalysebesluit Wholesale Breedbandtoegang van 19 december 2008.

²⁴ OPTA Marktanalysebesluit Wholesale Breedbandtoegang van 19 december 2008, punten 229 tot en met 240.

²⁵ Zie Advies NMa van 14 juli 2008 als Annex 2 bij het OPTA Ontwerp Marktanalysebesluit Ontbundelde Toegang op Wholesale-niveau van 15 juli 2008.

²⁶ Zie het besluit van de NMa van 22 december 2006 in de zaak 5807/ *KPN – Tiscali*, punten 30 tot en met 33.

²⁷ OPTA Marktanalysebesluit Wholesale Breedbandtoegang van 19 december 2008, punt 276.

product of aanbieder maken, en dat aanbieders van breedbandinternettoegang niet discrimineren tussen gebruikersgroepen.

44. Gelet op het voorgaande zal in onderhavig besluit worden uitgegaan van een aparte markt voor breedbandinternettoegang zonder nader onderscheid naar netwerk dan wel afnemersgroep.

(1d) *Bundels*

45. In Nederland worden de bovenstaande *retail* diensten ook gebundeld aangeboden. Het betreft over het algemeen het in combinatie aanbieden van meerdere diensten, zoals omroep, breedbandinternettoegang en vaste telefonie. OPTA definieert een bundel als het gezamenlijk aanbieden van individuele diensten met een pakketprijs voor deze bundel²⁸. De NMa sluit zich aan bij deze definitie. Een bundel wordt ook wel een *multiplay* dienst genoemd.²⁹

46. De NMa heeft in 2006 in de zaak Cinven – Warburg Pincus – Essent Kabelcom³⁰ het bestaan en toenemend belang van *multiplay* diensten onderkend, maar besloten dat er nog geen sprake was van een aparte relevante markt voor *multiplay*. Afname van diensten in een bundel wint echter steeds aan belang.

47. Ook in de recente ontwerpbesluiten omroep van OPTA is de transitie naar een *multiplay* markt onderkend, maar is vastgesteld dat deze op dit moment nog van onvoldoende omvang is om te kunnen spreken van een aparte *multiplay* markt.³¹

48. Ondermeer verschillen in waardering door de eindgebruiker van de verschillende producten in de *multiplay* bundel en de afwezigheid van overstapkosten voor het afnemen van de afzonderlijke producten, zorgen ervoor dat er volgens OPTA op dit moment nog geen sprake is van een aparte bundelmarkt.³²

49. Evenals in het eerdere besluit van de NMa in zaak Cinven – Warburg Pincus – Essent Kabelcom en in navolging van de ontwerp marktanalysebesluiten Omroep van OPTA is er in onderhavig besluit vooralsnog geen sprake van een aparte bundelmarkt.

²⁸ OPTA Ontwerp Marktanalysebesluiten Omroep UPC van 19 augustus 2008, punt 320.

²⁹ Een bundel van twee diensten wordt een *dualplay* dienst genoemd en een bundel van drie diensten wordt een *tripleplay* dienst genoemd.

³⁰ Zie het NMa besluit van 8 december 2006 in de zaak 5796/ *Cinven – Warburg Pincus – Essent Kabelcom*, punt 47.

³¹ OPTA Ontwerp Marktanalysebesluiten Omroep UPC van 19 augustus 2008, punt 339.

³² OPTA Ontwerp Marktanalysebesluiten Omroep UPC van 19 augustus 2008, punt 336 tot en met 339.

(2) *De wholesale markten*

(2a) *Wholesale breedbandtoegang*

50. WBT is de niet-fysieke of virtuele netwerktoegang op een vaste locatie. De afnemers van WBT zijn hiermee in staat hun *retail*diensten aan hun eindgebruikers te leveren. WBT is dus een bouwsteen voor *retail*diensten.

51. De NMa heeft in het eerste fase besluit in de zaak *KPN – Tiscali* een markt voor hoge kwaliteit WBT en een markt voor lage kwaliteit WBT onderscheiden³³. De NMa is, evenals OPTA in haar WBT-marktanalysebesluit van mening dat op basis van substitutieanalyse er vooral nog van uitgegaan dient te worden dat er een aparte markt bestaat voor lage- en hoge kwaliteit WBT.

52. In onderhavig besluit zal daarom worden uitgegaan van een aparte markt voor enerzijds hoge kwaliteit WBT en anderzijds lage kwaliteit WBT. Binnen lage kwaliteit WBT wordt geen nader onderscheid gemaakt naar type netwerk.

(2b) *De markt voor ontbundelde toegang tot vaste aansluitnetwerken*

(2b.1) *Inleiding*

53. Ontbundelde toegang betreft de markt voor (fysieke) toegang tot een netwerkinfrastructuur op *wholesale* niveau op een vaste locatie. De markt voor ontbundelde toegang is een *wholesale* markt voor 'kale' aansluitlijnen. Kaal betekent in deze context dat er nog geen actieve apparatuur is geplaatst op de aansluitlijn. Actieve apparatuur is noodzakelijk om *retail* en WBT-diensten aan te kunnen bieden. Op dit moment bestaan er twee vormen van ontbundelde toegang tot vaste aansluitnetwerken: ontbundelde toegang tot het koperen netwerk en ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk.

54. Technisch gezien is het op dit moment niet mogelijk om een vergelijkbare vorm van ontbundelde toegang af te nemen via kabelnetwerken. In navolging van OPTA³⁴ oordeelt de NMa dat andere aansluitnetwerken zoals *dark fiber*, mobiele netwerken, WiFi-, WLL- en satellietverbindingen niet behoren tot de relevante markt voor ontbundelde toegang tot het (koperen) aansluitnetwerk.

55. Afhankelijk van het aansluitnetwerk zijn er verschillende niveaus in het netwerk waar ontbundelde toegang verleend kan worden aan aanbieders van telecommunicatiediensten. In het geval van ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken wordt er toegang verleend op de ODF-locatie. Dit wordt ook wel de *area pop* genoemd en is het knooppunt in het netwerk dat het

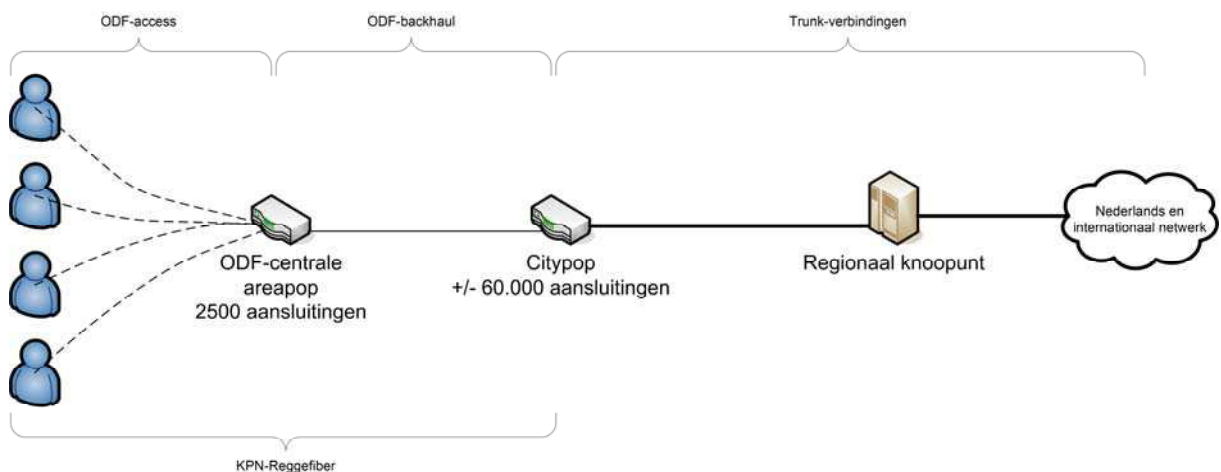
³³ Zie het besluit van de NMa van 22 december 2006 in zaak 5807/ *KPN – Tiscali*, punt 34.

³⁴ OPTA Marktanalysebesluit Ontbundelde toegang op Wholesale-niveau van 19 december 2008, punt 459.

dichtst bij de eindconsument ligt. Gemiddeld zullen er 2.500 huishoudens aangesloten worden op één *area pop*.

56. Daarnaast dient een verbinding gemaakt te worden tussen de *area pop* en een knooppunt hoger in het netwerk, de zogenaamde *city pop*. Deze verbinding wordt *ODF-backhaul* genoemd en is noodzakelijk om *retail*- en WBT diensten via het glasvezelnetwerk aan te kunnen bieden.

57. Tenslotte is nog een *trunk*verbinding nodig om de *city pop* te verbinden met de regionale knooppunten. De markt voor *trunk*verbindingen vormt een aparte relevante productmarkt (zie ook punten 78 t/m 82). Hieronder wordt de hierboven beschreven netwerkstructuur schematisch weergegeven.



Figuur 2: schematische weergave netwerkstructuur glasvezel

58. In het navolgende gedeelte zal nader worden ingegaan op de markt(en) voor ontbundelde toegang tot vaste aansluitnetwerken.

(2b.2) Directe en indirecte prijsdruk

59. Door middel van het uitvoeren van een SSNIP-test³⁵ kan vastgesteld worden welke vormen van ontbundelde toegang tot dezelfde relevante markt behoren. De SSNIP-test is een herhalend proces waarbij – beginnend vanuit de kleinste mogelijke relevante markt, in casu ontbundelde toegang tot glasvezelaansluitnetwerken – wordt gekeken of deze markt door middel van een prijsverhoging van 5 tot 10% winstgevend kan worden gemonopoliseerd of dat er vraag- of aanbodsubstituten zijn die dit verhinderen. De relevante markt is uiteindelijk de kleinste groep van producten die winstgevend kan worden gemonopoliseerd.

³⁵ SSNIP betekent: *Small but Significant and Non-transitory Increase in Price*.

60. Er zijn twee manieren waarop vraagsubstitutie van invloed kan zijn op de vraag of een aanbieder van ontbundelde toegang zijn prijzen winstgevend zou kunnen verhogen met 5% tot 10%³⁶. Dit zijn (i) directe prijsdruk en (ii) indirecte prijsdruk (zie ook punt 34).

61. Directe prijsdruk op een *wholesale*product betekent dat als de prijs van een *wholesale*product met 5 à 10 procent wordt verhoogd, afnemers overstappen naar een alternatief *wholesale*product. Wanneer bijvoorbeeld de prijs van ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk wordt verhoogd, stappen *wholesale*afnemers mogelijk over op ontbundelde toegang via een alternatieve infrastructuur.

62. Daarnaast kan er sprake zijn van indirecte prijsdruk. Stel dat de exploitant van infrastructuur A de prijs van haar *wholesale*product met 5 à 10 procent verhoogt. Als deze prijsverhoging door wordt gevoerd in de prijs van het *retail*product over infrastructuur A, stappen klanten mogelijk over op een vergelijkbaar *retail*product via infrastructuur B. Als deze prijsverhoging niet winstgevend is voor de exploitant van infrastructuur A, is de conclusie dat er sprake is van voldoende indirecte prijsdruk om infrastructuur A en B tot dezelfde markt te rekenen, ook al biedt infrastructuur B mogelijk geen *wholesale*product aan.

(2b.3) *Visie partijen*

63. Partijen zijn van mening dat ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken als een aparte relevante markt moet worden beschouwd, omdat aan de vraagkant noch aan de aanbodkant ontbundelde toegang tot het koperen aansluitnetwerk een substituuut is. De belangrijkste reden hiervoor is de lagere bandbreedte van het koperen aansluitnetwerk.

64. Volgens partijen lijkt er wel sprake te zijn van asymmetrische markten, waarbij de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel wel bij de markt voor ontbundelde toegang tot koper hoort, maar niet andersom.

65. Partijen stellen ondergeschikt dat indien de NMa oordeelt dat ontbundelde toegang tot glasvezel wel tot dezelfde markt als ontbundelde toegang tot koper behoort, dan in elk geval ook rekening dient te worden gehouden met de disciplinerende werking van de kabel op ontbundelde toegang tot glasvezel via de indirecte prijsdruk vanuit de onderliggende *retail*markten.

(2b.4) *Visie marktpartijen*

66. Diverse marktpartijen hebben aangegeven dat overstappen van ontbundelde toegang tot glasvezel naar ontbundelde toegang tot koper, als gevolg van een prijsstijging van ontbundelde

³⁶ OPTA Marktanalysebesluit Ontbundelde toegang op Wholesale-niveau van 19 december 2008, punt 403.

toegang tot glasvezel, niet aannemelijk is omdat via glasvezel veel hogere bandbreedtes aangeboden kunnen worden en vanwege de investeringen die de overstap van koper naar glasvezel met zich mee brengt.

67. Daarnaast geven marktpartijen aan dat de reeds aangekondigde uitfasering van koper door KPN met zich meebrengt dat zij niet meer zullen overstappen van ontbundelde toegang tot glasvezel naar ontbundelde toegang tot koper.

(2b.5) OPTA

68. OPTA heeft in haar ULL-marktanalysebesluit vastgesteld dat, geredeneerd vanuit ontbundelde toegang tot koper, ontbundelde toegang tot glasvezel tot dezelfde relevante productmarkt behoort. De NMa deelt deze conclusie van OPTA.³⁷ Kabelaansluitnetwerken behoren volgens OPTA niet tot de markt voor ontbundelde toegang tot het kopernetwerk, omdat de indirecte prijsdruk van het kabelaansluitnetwerk op ontbundelde toegang tot koper onvoldoende is.

(2b.6) Beoordeling NMa

2b.6.i Prijsdruk koperaansluitnetwerken

69. Diverse marktpartijen hebben aangegeven dat (i) ontbundelde toegang tot koper een inferieur product is vergeleken met ontbundelde toegang tot glasvezel, (ii) zij niet zullen overstappen van glasvezel naar koper in het geval van een 5 à 10 procent prijsstijging van ontbundelde toegang tot glasvezel en (iii) door de reeds door KPN in gang gezette uitfasering van ontbundelde toegang tot het kopernetwerk, zij verwachten op termijn over te stappen van koper naar ontbundelde toegang tot glasvezelaansluitnetwerken.

70. Het feit dat de dekking van glasvezelnetwerken momenteel nog beperkt is, impliceert echter ook dat op dit moment mogelijk nog sprake is van een relevante markt voor ontbundelde toegang waartoe zowel het kopernetwerk als glasvezelnetwerk behoort. Op termijn vormt ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken mogelijk een aparte relevante markt. De snelheid waarmee deze transitie van koper naar glasvezel zal plaatsvinden is nog onbekend.

2b.6.ii Prijsdruk kabelaansluitnetwerken

³⁷ Zie advies van de NMa aan OPTA van 14 juli 2008 als Annex 2 bij het OPTA Ontwerp Marktanalysebesluit Ontbundelde Toegang op Wholesale-niveau van 15 juli 2008.

71. Volgens OPTA is directe prijsdruk van kabelaansluitnetwerken niet aanwezig, omdat het niet mogelijk is een aan ontbundelde toegang tot glasvezel of koper equivalente vorm van *wholesale*-toegang via kabelaansluitnetwerken te realiseren. De Raad deelt deze visie.

72. De beoordeling van de vraag of de indirecte prijsdruk voldoende is om kabelaansluitnetwerken tot de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken te kunnen rekenen, is onder andere afhankelijk van de mate waarin prijsverhogingen in de *upstream* markten doorgegeven worden aan de *downstream* markten en de vraagelasticiteiten³⁸ op de *retail*markten.

73. OPTA concludeert in haar analyse (zie ook punt 68) dat de indirecte prijsdruk van diensten via het kabelaansluitnetwerk onvoldoende prijsdruk op ontbundelde toegang tot het kopernetwerk oplevert, zodat er sprake is van een aparte markt voor ontbundelde toegang tot koper.

74. Qua functionaliteit en snelheid is een *retail*product via het glasvezelnetwerk een hoogwaardiger product dan via het kopernetwerk en een vergelijkbaar of superieur product dan kabel. Het lijkt daarom niet aannemelijk dat als de kabel al onvoldoende indirecte prijsdruk oplevert op ontbundelde toegang tot koper, er wel sprake is van voldoende indirecte prijsdruk van kabel op ontbundelde toegang tot glasvezel.

75. Vooral nog heeft de Raad onvoldoende aanwijzingen om vast te stellen dat indirecte prijsdruk via de *retail*markten van het kabelaansluitnetwerk een voldoende disciplinerende werking heeft om het kabelaansluitnetwerk tot de markt voor ontbundelde toegang te rekenen. OPTA heeft dit ook als zodanig opgenomen bij haar marktafbakening in het ULL-marktanalysebesluit. In een eventuele vergunningsfase dient nader onderzoek te worden verricht naar de (indirecte) prijsdruk van kabelaansluitnetwerken op ontbundelde toegang tot glasvezel en/of koper. Gelet op het remedievoorstel van partijen en de beoordeling daarvan (zie hoofdstuk VI en bijlage 1 bij dit besluit) zal hiernaar in deze zaak geen nader onderzoek worden verricht.

(2b.7) Conclusie

76. In onderhavig besluit zal er van worden uitgegaan dat kabelaansluitnetwerken niet tot de markt voor (fysieke) ontbundelde toegang tot aansluitnetwerken gerekend worden.

77. Daarnaast kan in het midden worden gelaten of er sprake is van een relevante markt voor ontbundelde toegang die enkel het glasvezelnetwerk omvat, of een relevante markt die

³⁸ De prijselasticiteit van de vraag, of nauwkeuriger de prijselasticiteit van de gevraagde hoeveelheid, geeft de relatieve (procentuele) verandering van de gevraagde hoeveelheid aan als gevolg van een relatieve (procentuele) prijsverandering van dat goed.

ontbundelde toegang tot het koper- en het glasvezelnetwerk omvat, aangezien de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed (zie punten 91 tot en met 138).

(2c) *Trunkverbindingen en ODF-backhaul*

78. Zoals in punten 55 en 56 is aangegeven heeft een ODF-afnemer om toegang te kunnen verkrijgen tot een glasvezelaansluitnetwerk zowel een verbinding van de *area pop* naar de *city pop* (ODF-backhaul) en van de *city pop* naar hoger gelegen netwerkdelen (*trunkverbindingen*) nodig.

79. OPTA heeft in haar marktanalysebesluit *Huurlijnen*³⁹ geconcludeerd dat de verbindingen tussen de *city pop* en de hoger gelegen netwerkdelen onderdeel uitmaken van de relevante markt voor *trunkverbindingen*. Net als OPTA onderkent de NMa dat er sprake is van een relevante markt voor *trunkverbindingen*.

80. De verbindingen tussen de *area pop* en de *city pop*, ODF-backhaul, behoren niet tot de *trunkmarkt*.⁴⁰ *Trunkverbindingen* zijn geen alternatief voor ODF-backhaul. Een ODF-backhaulverbinding ligt lager in het netwerk en dichterbij de eindgebruiker dan een *trunkverbinding* (zie figuur 2).

81. In tegenstelling tot ODF-backhaul is een *trunkverbinding* over het algemeen duplicerbaar. Een *trunkverbinding* ontsluit minimaal 5.000 – 6.000 ontbundelde aansluitlijnen. Een *trunkverbinding* kan op basis van deze cijfers vaak rendabel worden aangelegd omdat de aanlegkosten terugverdiend kunnen worden. Een *area pop* ontsluit tussen minder dan honderd tot enkele duizenden klantaansluitingen.⁴¹ ODF-backhaul, de verbindingen van de *area pop* naar de *city pop*, is daarmee qua schaal en duplicatiemogelijkheden nauwelijks te vergelijken met een *trunkverbinding*. De kosten voor het aanleggen van een ODF-backhaul zouden in vergelijking met een *trunkverbinding* verdeeld moeten worden over een geringer aantal eindgebruikers.

82. Onderzoek in het kader van onderhavige zaak heeft uitgewezen dat de vraag naar ODF-backhaul voortkomt uit de vraag naar ODF-toegang. Zowel partijen als marktpartijen hebben aangegeven dat de vraag naar ODF-backhaul sterk samenhangt met de vraag naar ODF-toegang. Gelet op het bovenstaande kan de positie van partijen op de mogelijke markt voor ODF-backhaul worden gezien als een afgeleide van hun positie op de (mogelijke) markten voor ODF-toegang. Derhalve wordt in onderhavig besluit vooral ingegaan op de positie van partijen op het gebied van ODF-toegang.

³⁹ OPTA Marktanalysebesluit *Huurlijnen* van 19 december 2008, punt 566. OPTA spreekt ook wel van ODF-backhaul **boven** lokaal netvlak voor wat betreft de verbindingen tussen de *city pop* en hoger gelegen netwerkdelen.

⁴⁰ OPTA Marktanalysebesluit *Ontbundelde toegang op Wholesale-niveau* van 19 december 2008, punt 29. OPTA spreekt ook wel van ODF-backhaul **beneden** lokaal netvlak voor wat betreft de verbinding tussen de *city pop* en *area pop*.

⁴¹ OPTA Marktanalysebesluit *Ontbundelde toegang op Wholesale-niveau* van 19 december 2008, punt 30.

(2c.1) *Conclusie*

83. In onderhavig besluit zal worden uitgegaan van een aparte markt voor *trunk*verbindingen.

Relevante geografische markten

(1) *De retailmarkten*

(1a) *De retailmarkt voor omroep*

84. In navolging van een eerder besluit van de NMa en in lijn met OPTA⁴² wordt in onderhavige zaak uitgegaan van een *retail*markt voor omroep die geografisch begrensd is door het respectievelijke kabelverzorgingsgebied. OPTA merkt wel op dat de concurrentie mogelijk meer nationaal van karakter wordt, naarmate de concurrentiedruk van alternatieve infrastructuur met een landelijke dekking toeneemt.⁴³ De NMa onderschrijft dit.

(1b) *De retailmarkten voor vaste telefonie*

85. In het advies⁴⁴ van de NMa aangaande het ontwerp marktanalysebesluit Vaste Telefonie van OPTA heeft de NMa aangesloten bij de analyse van OPTA dat sprake is van een nationale *retail*markt voor vaste telefonie.⁴⁵

(1c) *De retailmarkt voor breedband-internettoegang*

86. In het advies⁴⁶ van de NMa aangaande het ontwerp WBT-marktanalysebesluit heeft de NMa aangesloten bij de analyse van OPTA dat sprake is van een nationale *retail*markt voor breedband-internettoegang via koper-, kabel- en glasvezelnetwerken.⁴⁷

⁴² Zie het besluit van de NMa van 8 december 2006 in de zaak 5769/ *Cinven - Warburg Pincus – Essent Kabelcom*, punt 53 en OPTA Ontwerpbesluit Marktanalyse Omroep, UPC, van 19 augustus 2008, punt 356.

⁴³ Zie OPTA Ontwerpbesluit Marktanalyse Omroep UPC, van 19 augustus 2008, punt 356.

⁴⁴ Zie Advies NMa aan OPTA van 14 juli 2008 als Annex 2 bij het Ontwerp Marktanalysebesluit Vaste Telefonie van 15 juli 2008.

⁴⁵ OPTA Marktanalysebesluit Vaste Telefonie van 19 december 2008, punt 364.

⁴⁶ Zie Advies NMa aan OPTA van 14 juli 2008 als Annex 2 bij het Ontwerp Marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang van 15 juli 2008.

⁴⁷ OPTA Marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang van 19 december 2008, punt 298.

(2) *De wholesalemakten*

(2a) *Lage-kwaliteit wholesale breedband-internettoegang*

87. In het advies⁴⁸ van de NMa aangaande het ontwerp WBT-marktanalysebesluit heeft de NMa aangesloten bij de analyse van OPTA dat sprake is van een nationale markt voor lage kwaliteit WBT.⁴⁹

(2b) *Ontbundelde toegang op wholesaleniveau*

(2b.1) *Opvatting partijen*

88. Partijen stellen dat voor de geografische afbakening van de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel op het *wholesaleniveau* de dekkingsgraad van het *FttH*-netwerk bepalend is. Dat betekent dat de geografische markt volgens partijen lokaal is. Partijen stellen verder dat het feit dat er op de *retail*markten partijen, zoals de kabelmaatschappijen en KPN, actief zijn die een uniform landelijk prijsbeleid voorstaan, niets afdoet aan de lokale geografische markt. Deze partijen zijn in staat om, met instandhouding van hun landelijk prijsbeleid, op lokaal niveau gerichte marketing te bedrijven, bijvoorbeeld door specifieke tijdelijke kortingen te geven of het aanbieden van “gratis” apparatuur.

(2b.2) *Visie NMa*

89. Als er een afzonderlijke productmarkt bestaat voor ontbundelde toegang tot glasvezel (zie ook punt 77) dan wordt de geografische markt bepaald door het dekkingsgebied van het glasvezelnetwerk. Als er sprake is van een markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken en het kopernetwerk, dan kan in het midden gelaten worden of er sprake is van een geografische markt die het dekkingsgebied van koper en glasvezel omvat of dat er sprake is van een nationale markt, omdat de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed (zie punten 91 t/m 111).

(2c) *De wholesale markt voor trunkverbindingen*

90. De meeste aanbieders met een eigen transmissienetwerk in Nederland zijn actief in meer dan één regio. Aangezien de concurrentievoorwaarden en het aantal spelers per regio vergelijkbaar zijn, kan men spreken van een landelijke markt. OPTA heeft recentelijk in haar

⁴⁸ Zie Advies NMa aan OPTA van 14 juli 2008 als Annex 2 bij het Ontwerp Marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang van 15 juli 2008.

⁴⁹ OPTA Marktanalysebesluit Wholesale-breedbandtoegang van 19 december 2008, punt 514.

marktanalysebesluit⁵⁰ Huurlijnen eveneens geconcludeerd dat er sprake is van een landelijke markt.

B. Gevolgen van de concentratie

Horizontale overlap

91. Glasvezel is momenteel op beperkte schaal in Nederland uitgerold. KPN is enkel actief in Enschede en, samen met Reggefiber, in Almere. Naast Almere is Reggefiber actief in 16 gemeenten in Nederland⁵¹.

92. Er is er sprake van horizontale overlap op de markt voor WBT, omdat Reggefiber haar huidige WBT-activiteiten in de G.O. onderbrengt. KPN zal dit daarentegen niet doen, maar is echter wel actief op de markt voor WBT. Partijen hebben aangegeven de WBT-activiteiten van de G.O. niet verder te ontplooiën. Gelet op het niet verder ontplooiën van deze activiteiten door de G.O. en het huidige zeer geringe aanbod van WBT door Reggefiber (zie tabel 1) wordt in onderhavig besluit niet verder ingegaan op het mogelijke horizontale effect op de markt voor WBT.

93. Daarnaast is er sprake van horizontale overlap op het gebied van ontbundelde toegang. Bij de analyse van de horizontale effecten van de concentratie worden drie scenario's beschouwd. Achtereenvolgens wordt bij de beoordeling uitgegaan van (i) een lokale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel, (ii) een nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper en (iii) een nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel.

(1) Lokale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel

94. Uitgaande van lokale markten voor ontbundelde toegang tot glasvezel overlappen de activiteiten van partijen alleen in Almere. Als gevolg van de concentratie wordt de mededinging niet significant belemmerd, aangezien voorafgaand aan de oprichting van de G.O. partijen reeds in Almere gezamenlijk actief waren.

⁵⁰ OPTA Marktanalyse besluit Huurlijnen van 19 december 2008, punt 679.

⁵¹ Eindhoven, Hilversum/Bussum/Naarden, Arnhem, Nijmegen, Utrecht, Leiden, Amersfoort, Hillegom, Deventer, Nuenen, Geldrop/Mierlo, Valkenswaard, Best, Helmond, Rijssen en Soest/Soesterberg.

(2) *Nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper*

95. Uitgaande van een nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper bestaat er een zekere overlap van de activiteiten van partijen. Momenteel is KPN in alle gemeenten van Nederland actief als enige aanbieder van ontbundelde toegang tot koper. Op een mogelijke landelijke markt van ontbundelde toegang tot koper en glasvezel is het marktaandeel van Reggefiber zeer beperkt, namelijk minder dan [0-5]⁸²%. Gezien het feit dat ontbundelde toegang tot glasvezel een markt in opkomst is, is dit marktaandeel waarschijnlijk een onderschatting van de potentiële concurrentiekracht van Reggefiber.

96. Op een nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper verdwijnt als gevolg van de concentratie een directe concurrent. Het daadwerkelijke effect van de concentratie op de mededinging is echter mede afhankelijk van twee factoren: (i) de potentie van Reggefiber om duurzaam concurrentie te bieden op de nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper en (ii) de snelheid waarmee ontbundelde toegang tot koper als substituut voor ontbundelde toegang tot glasvezel zal verdwijnen.

97. Partijen stellen dat zowel Reggefiber als KPN alleen niet in staat zijn om een glasvezelnetwerk uit te rollen dat een substantieel deel van het Nederlandse grondgebied dekt. In de melding van onderhavige concentratie hebben partijen aangegeven dat KPN de nodige kennis en ervaring op het gebied van het aanleggen van *FttH*-netwerken mist, en voorts dat Reggefiber deze kennis wel heeft, maar belemmerd wordt in de verdere uitrol doordat zij onvoldoende in staat is een dienstenaanbod te ontwikkelen dat aansluit bij de vraag van consumenten naar *FttH*. Daarnaast hebben partijen ook aangegeven dat Reggefiber een bestaand klantenbestand mist om een glasvezelnetwerk succesvol te kunnen uitrollen.

98. Wanneer wordt aangenomen dat Reggefiber niet in staat is om zelfstandig een glasvezelnetwerk uit te rollen dat duurzaam concurrentie biedt, leidt de concentratie niet tot een duurzame afname van concurrentie op de nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper.

99. Aangenomen dat Reggefiber, bijvoorbeeld in combinatie met externe financiers, wel zelfstandig in staat zou zijn om een glasvezelnetwerk uit te rollen dat duurzaam concurrentie biedt, zou de concentratie tot een afname van de concurrentie op de nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper kunnen leiden. Op de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper verdwijnt de enige commerciële aanbieder die concurreerde met

⁸² In deze openbare versie van dit besluit zijn delen van de tekst vervangen of weggelaten om reden van vertrouwelijkheid. Vervangen of weggelaten delen zijn met vierkante haken aangegeven. In geval van getallen of percentages kan de vervanging hebben plaatsgevonden in de vorm van vermelding van brandbreedtes.

KPN op deze markt. Reggefiber biedt een volledig alternatief voor de ontbundelde toegang tot koper die door KPN wordt aangeboden.

(3) Nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel

100. De hierboven genoemde mogelijk afname van de concurrentie is echter tevens afhankelijk van de mate waarin ontbundelde toegang tot koper in de toekomst een substituuat zal blijven voor ontbundelde toegang tot glasvezel. Zoals reeds opgemerkt in punt 23 zal de vraag naar bandbreedte in de toekomst door met name de vraag naar omroepdiensten toenemen en is de bestaande koperen infrastructuur van KPN hiervoor minder geschikt. Wanneer dit betekent dat ontbundelde toegang tot koper op termijn geen substituuat is voor ontbundelde toegang tot glasvezel, betekent dit dat een nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper slechts een tijdelijk karakter zal hebben en op termijn over zal gaan in een nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel.

101. Uitgaande van een nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel is het gezamenlijke marktaandeel van partijen in 2007 [90-100]%⁵³ (KPN: [0-10%] en Reggefiber [80-90]%). Momenteel is Glasvezelnet Amsterdam (hierna genoemd: GNA) de enige andere onderneming die actief is op deze markt. GNA is alleen actief in Amsterdam en heeft naast vijf woningbouwcorporaties en de gemeente Amsterdam ook Reggefiber als aandeelhouder.

102. KPN is de belangrijkste concurrent van Reggefiber op de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel in de (nabije) toekomst. Zowel OPTA als marktpartijen onderschrijven deze stelling:

“De FttH markt wordt echter meer en meer gedomineerd door KPN en Reggefiber. (...) Hoewel alle partijen het lastig vinden om een voorspelling te doen, ziet een aantal partijen op termijn alleen [KPN en Reggefiber] overleven. Wellicht blijft er maar één over. KPN zou Reggefiber kunnen overnemen of wellicht dat een buitenlandse telecomspeler hiertoe overgaat (bijvoorbeeld France Telecom, Deutsche Telecom). Het wordt als logische stap voor KPN gezien dat dit bedrijf overstapt op FttH.” (TelecomPaper, 2008).

103. In strategische documenten van Reggefiber is terug te vinden dat tot voor kort Reggefiber de ambitie had om “de glasvezelmarktleider in Nederland te worden”⁵⁴ en Reggefiber “de kandidaat is om een nationaal dekkend, onafhankelijk en open glasvezelnetwerk te

⁵³ In dit besluit zijn delen van de tekst vervangen of weggelaten om reden van vertrouwelijkheid. Vervangen of weggelaten delen zijn met vierkante haken aangegeven. In geval van getallen of percentages kan de vervanging hebben plaatsgevonden in de vorm van vermelding van breedtes.

⁵⁴ Zie presentatie Reggefiber Groep “Bouwen aan een glasvezelnetwerk voor de toekomst”.

realiseren”⁵⁵. In 2006 had Reggefiber de volgende ambitie geformuleerd: “wij willen dé glasvezelmarktleider in Nederland zijn. In 2015 willen wij minimaal 1,5 miljoen huishoudens en 100.000 bedrijven aangesloten hebben op onze wereld.”

104. Hoewel er *in* de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken geen geografische overlap is en de onderhavige concentratie daarop dus geen effect heeft, wordt de concurrentie tussen KPN en Reggefiber *om* de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken door de G.O. wel weggenomen. Volgens een marktpartij kan de G.O. resulteren in een vertraging van *FttH*-uitrol. KPN en Reggefiber zijn immers de voornaamste aanbieders van *FttH*-netwerken. De oprichting van de G.O. voorkomt dat er een *race between networks* had plaats kunnen vinden.

105. De Raad heeft onderzocht wat de mogelijke belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou zijn door het voorkomen van een *race between the networks*. Om te beginnen stelt de Raad, in navolging van OPTA, vast dat het onwaarschijnlijk is dat in hetzelfde geografische gebied meerdere glasvezelaansluitnetwerken parallel naast elkaar zullen worden gelegd.⁵⁶ De onderneming die de hiervoor genoemde *race* voor een bepaalde locatie heeft gewonnen zal derhalve de enige aanbieder zijn van *FttH* in deze locatie.

106. Doordat slechts één *FttH*-netwerk per locatie aangelegd zal worden zullen KPN en Reggefiber een prikkel hebben om zo snel mogelijk *FttH* uit te rollen in de meest rendabele gebieden door zoveel mogelijk (potentiële) klanten aan zich te binden. Een mogelijk middel om zo veel mogelijk (potentiële) klanten aan het netwerk te binden is door gunstige voorwaarden te bieden aan eindgebruikers.

107. Echter, deze *race between the networks* zal waarschijnlijk slechts tijdelijk van aard zijn. De winnaar van de *race* voor een bepaalde locatie zal de prikkel en de mogelijkheid hebben om na afloop van de *race*, bijvoorbeeld na afloop van een tijdelijke prijsactie, blijvend de prijzen voor eindgebruikers weer te verhogen om op deze manier de investeringskosten van het *FttH*-netwerk terug te verdienen.

108. Voor zover sprake zou zijn van een positief effect van de *race between the networks*, zullen deze effecten slechts zeer tijdelijk van aard zijn en geen duurzaam karakter hebben.⁵⁷ Daarom is er geen reden om aan te nemen dat als gevolg van de onderhavige concentratie de

⁵⁵ Zie discussiedocument Reggefiber, Rijssen 2006, “De glasvezelmarktleider in 2016”.

⁵⁶ OPTA Marktanalysebesluit Ontbundelde Toegang op Wholesale-niveau van 19 december 2008, punt 489.

⁵⁷ In deze argumentatie wordt geen rekening gehouden met de mogelijke disciplinerende werking van de kabel, zoals tijdelijke prijsacties in de gebieden waar glasvezel wordt aangelegd.

daadwerkelijke mededinging op een mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel op significante wijze belemmerd zou kunnen worden.

(4) *Conclusie horizontaal effect*

109. Uitgaande van lokale markten voor ontbundelde toegang tot glasvezel is het niet aannemelijk dat de mededinging als gevolg van de concentratie significant belemmerd wordt.

110. Op de mogelijke nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper is het aannemelijk dat als gevolg van de concentratie de mededinging beperkt zou kunnen worden, als aangenomen wordt dat Reggefiber zelfstandig in staat is om een glasvezelnetwerk uit te rollen dat duurzaam concurrentie biedt aan het koperen netwerk van KPN. Als gevolg van het door partijen ingediende remedievoorstel en de beoordeling daarvan (zie hoofdstuk VI en bijlage 1 bij dit besluit) heeft de Raad geen reden om aan te nemen dat de mededinging significant beperkt zou kunnen worden als gevolg van onderhavige concentratie.

111. Als op termijn ontbundelde toegang tot koper niet meer tot dezelfde markt behoort als ontbundelde toegang tot glasvezel is er geen reden om aan te nemen dat als gevolg van de onderhavige concentratie de daadwerkelijke mededinging duurzaam op significante wijze belemmerd zou kunnen worden.

Vertical e relatie

112. Naast horizontale overlap is er tevens sprake van een verticale relatie tussen de activiteiten van de G.O. op het gebied van ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken en de activiteiten van KPN op de onderliggende *wholesale* en *retail*markten.

113. In de "Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies"⁵⁸ van de Europese Commissie⁵⁹ (hierna: Richtsnoeren niet-horizontale concentraties) wordt gesteld dat mededingingsbeperkende effecten in het geval van een verticale relatie voornamelijk worden veroorzaakt door een vorm van uitsluiting (*foreclosure*). Als een verticale concentratie leidt tot marktafsluiting op dusdanige wijze dat de mogelijkheid en de prikkel van partijen en hun concurrenten om te concurreren significant verandert, en meer concreet op een wijze die leidt tot een afname van het consumentensurplus, dan stuit de concentratie op mededingingsbezwaren.

⁵⁸ De term "fusies" slaat hier op alle type concentraties zoals genoemd in de Concentratieverordening 139/2004, waaronder fusies, overnames en bepaalde typen gezamenlijke ondernemingen.

⁵⁹ Bekendmaking van de Europese Commissie, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*.

114. De beoordeling van de gevolgen van de concentratie tussen KPN en Reggefiber zal zich richten op de zogenaamde *input foreclosure*. Dit betekent dat voor concurrenten van partijen op *downstream* markten de toegang tot *input* uit *upstream* markten wordt beperkt. Bij succesvolle uitsluiting is KPN in staat een sterkere positie te verwerven op de *downstream* markt, vergeleken met de situatie dat KPN niet zou uitsluiten. In onderhavige zaak zou bijvoorbeeld aan concurrenten van partijen op de *retail*markten (*downstream*) de ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk (*upstream*) geweigerd kunnen worden. Als gevolg hiervan zou de positie van KPN op de *downstream* markten versterkt kunnen worden.

115. In het algemeen is marktmacht⁶⁰ van partijen op ten minste de *upstream* markt (zoals de markt voor ontbundelde toegang) of de *downstream* markt (zoals de *retail*markt voor omroep of breedband-internettoegang) een noodzakelijke voorwaarde voor een mogelijk mededingingsbeperkend effect als gevolg van een niet-horizontale concentratie. In het geval van *input foreclosure* is de marktmacht op de *upstream* markt met name van belang.

116. Daarnaast dient te worden geanalyseerd in hoeverre partijen als gevolg van de concentratie (a) de *mogelijkheid* en (b) de *prikkel* hebben om een vorm van uitsluiting toe te passen. Vervolgens dient te worden beoordeeld (c) welk *effect* de marktafsluiting naar verwachting zal hebben op de mededinging.

117. In de volgende paragrafen zal de positie van partijen op de betrokken markten worden besproken en vervolgens zal worden ingegaan op de mogelijkheid tot uitsluiting, prikkel tot uitsluiting en het effect van uitsluiting.

(1) *Positie partijen op downstream en upstream markten*

118. De positie van KPN op de *downstream wholesale*- en *retail*markten is in onderstaande tabel weergegeven. Uit deze gegevens blijkt dat KPN op de markt voor lage kwaliteit WBT, evenals op de markt voor breedband-internettoegang, een marktaandeel heeft van ongeveer [40-50]% respectievelijk [50-60]%. Naast KPN zijn er op de *retail*markten andere aanbieders via het kopernetwerk actief, zoals Tele2, BBned en Online. Op het gebied van vaste telefonie heeft KPN een sterkere positie met een marktaandeel van [70-80]%. Ook de kabelmaatschappijen zijn vertegenwoordigd op de *retail*markten. Op de markt voor omroepdiensten hebben de kabelmaatschappijen gezamenlijk een marktaandeel van ongeveer [70-80]%.

⁶⁰ In de Richtsnoeren niet-horizontale fusies wordt expliciet opgemerkt dat dit niet betekent dat het noodzakelijk is dat partijen dominant zijn op een van deze markten.

Tabel 1: Marktaandeel KPN op onderliggende retailmarkten

Downstream retailmarkten	Totaal aantal aansluitingen	Koper		Glasvezel		Kabel
		KPN	Derden	Partijen	Derden	
Lage kwaliteit <i>wholesale</i> breedband ⁶¹	5.628.000	[50-60]%	[10-20]%	[0-5]%	[0-5]%	[30-40]%
Residentiële vaste telefonie	7.318.000	[70-80]%	[10-20]%	[0-5]%	[0-5]%	[10-20]%
Breedband-internettoegang	5.703.000	[40-50]%	[10-20]%	[0-5]%	[0-5]%	[30-40]%
Omroepdiensten ⁶²	7.203.000	[0-5]%^63	[0-5]%		[0-5]%	[70-80]%

Bron: OPTA, Structurele marktmonitor, 2008Q2, openbare versie en OPTA, FttH in Nederland, homes activated januari 2008

(uitgaande van de veronderstelling dat elke home activated een triple play bundel afneemt).

119. Op de *retail*markten vindt voornamelijk concurrentie plaats tussen drie categorieën aanbieders: de verticaal geïntegreerde kabelaanbieders, concurrenten van partijen die actief zijn via het kopernetwerk van KPN en tenslotte KPN via haar kopernetwerk. Het glasvezelnetwerk heeft op dit moment nog een beperkt marktaandeel op de *retail*markten.

120. Wanneer uitgegaan wordt van een markt voor ontbundelde toegang waartoe het kopernetwerk, het glasnetwerk of beide behoren, hebben partijen een zeer sterke positie omdat zij momenteel vrijwel de enige aanbieder⁶⁴ zijn van ontbundelde toegang op deze netwerken.

121. In punt 75 is reeds geconcludeerd dat zonder diepgaand onderzoek niet bepaald kan worden hoeveel concurrentiedruk aanbieders via de kabelinfrastructuur uitoefenen op aanbieders via het koper- en glasvezel netwerk. Omdat deze druk mogelijk onvoldoende is, wordt de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel onvoldoende gedisciplineerd door aanbieders via de kabelinfrastructuur.

122. In de navolgende paragrafen zal worden onderzocht in hoeverre de G.O. de mogelijkheid en prikkel heeft om concurrenten van KPN (in de tabel hierboven aangeduid met 'derden') uit te sluiten van ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk, zodat na succesvolle uitsluiting op de *retail*markten voornamelijk nog slechts KPN en de kabelmaatschappijen actief zijn. Zoals hierboven reeds opgemerkt leveren deze kabelmaatschappijen mogelijk onvoldoende concurrentiedruk om KPN en de G.O. te kunnen disciplineren. Als uitsluiting tot het glasvezelnetwerk succesvol is en het kopernetwerk uitgefaseerd wordt, is het aannemelijk dat de mededinging significant beperkt zou kunnen worden (zie de beoordeling van het verticale effect hierna).

⁶¹ Zowel interne als externe leveringen.

⁶² De marktaandeel van aanbieders van omroepdiensten ([10-20]%) via de satelliet zijn niet opgenomen in deze tabel.

⁶³ Via DVB-T heeft KPN een marktaandeel op omroep van [0-10%].

⁶⁴ Op het gebied van ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerk zijn nog een aantal andere (lokale) spelers actief, bijvoorbeeld in Amsterdam (Glasvezelnet Amsterdam). De omvang van deze spelers is echter zeer gering.

(2) *Input foreclosure*

(2a) *Mogelijkheid tot input foreclosure*

123. In de Richtsnoeren niet-horizontale fusies⁶⁵ worden verschillende criteria omschreven om te bepalen of een niet-horizontale concentratie ertoe kan leiden dat een concurrent op de *downstream* markt verticaal uitgesloten wordt. Ten eerste moet de betreffende onderneming de praktische mogelijkheid hebben om uit te sluiten. Daarnaast moet de onderneming voldoende marktmacht hebben op de *upstream* markten om succesvol uit te kunnen sluiten. Daarvoor is tevens de substitueerbaarheid van het product van belang. Als afnemers op de *downstream* markt gemakkelijk over kunnen schakelen op alternatieven zal uitsluiting waarschijnlijk minder succesvol zijn. De in de Richtsnoeren genoemde criteria zullen hieronder besproken worden in het kader van onderhavige concentratie om te beoordelen of de G.O. een mogelijkheid heeft om *input foreclosure* toe te passen.

124. Ten eerste heeft de G.O. de praktische mogelijkheid om uit te sluiten. De G.O. heeft volledige zelfstandigheid in haar beslissing aan welke afnemer wordt geleverd en tegen welke voorwaarden deze levering zal plaatsvinden. Naast volledige uitsluiting zou de G.O. ook de afname van ontbundelde toegang kunnen beperken door bijvoorbeeld tegen een onredelijke prijs te leveren, een lagere kwaliteit te leveren of tegen ongunstige randvoorwaarden (bijvoorbeeld lange wachttijden om een aansluiting te realiseren). Daarnaast hebben partijen een voldoende sterke positie op de *upstream* markten om uit te kunnen sluiten.

125. Ten tweede versterkt het gebrek aan aanbodsubstitutie de mogelijkheid tot *input foreclosure*. Wanneer de G.O. alternatieve ODF-afnemers zou uitsluiten van ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk is het niet mogelijk voor deze afnemers om via glasvezel diensten op de *downstream* markten aan te bieden.

126. Naast de hierboven weergegeven mogelijkheid van de G.O. om zelfstandig te kiezen aan welke afnemer en tegen welke voorwaarden wordt geleverd, is er tevens de mogelijkheid om *downstream* concurrenten van KPN uit te sluiten doordat de G.O. invloed kan hebben op de markt voor *trunk*verbindingen. Evenals ontbundelde toegang is de *trunk*verbinding (tussen de *city pop* en de regionale koppelpunten) essentieel om diensten op de *retail*markten aan te kunnen bieden. De G.O. heeft de mogelijkheid om alleen de *trunk*aanbieders KPN en Eurofiber (Eurofiber is evenals Reggefiber onderdeel van de Reggeborgh groep) toegang te verlenen tot de *city pop* (zie ook punten 139 t/m 161).

⁶⁵ Bekendmaking van de Europese Commissie, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, punt 33 t/m 39, reeds aangehaald.

(2a.1) Conclusie mogelijkheid tot input foreclosure

127. Gelet op het bovenstaande heeft de G.O. de mogelijkheid om concurrenten van KPN op de *downstream retail* markten uit te sluiten van ontbundelde toegang tot glasvezel. Uitsluiting is mogelijk door geen, of beperkte, ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk te leveren, bijvoorbeeld door het verhogen van de prijs voor ontbundelde toegang of door beïnvloeding van de concurrentie op de markt voor *trunk* verbindingen.

(2b) Prikkel tot input foreclosure

128. De prikkel van partijen om *downstream* concurrenten uit te sluiten van de *upstream* markt is afhankelijk van de mate waarin de uitsluiting winstgevend is voor partijen.⁶⁶ De winstgevendheid van uitsluiting is onder andere afhankelijk van de marges die behaald worden op de *upstream* markt en op de *downstream* markten. Als de marges op de *downstream* markten bijvoorbeeld hoger zijn dan op de *upstream* markten kan het voordelig zijn een sterkere positie op de *downstream* markten te verkrijgen. Er moet dan een afweging gemaakt worden tussen de extra winst op de *downstream* markten (rekening houdend met het feit dat de omvang van deze *downstream* markten mogelijk kleiner wordt) en de misgelopen opbrengsten die voorheen op de *upstream* markt werden verdiend door leveringen aan concurrenten.

129. Daarnaast moet er een aantal andere factoren bij de beoordeling van de prikkel tot uitsluiting betrokken worden, zoals de eigendomsstructuur binnen de onderneming, het type strategie dat in het verleden is gehanteerd door de betrokken ondernemingen en overwegingen in interne strategische documenten met betrekking tot de concentratie.⁶⁷

(2b.1) Veronderstellingen

130. Bij de analyse van de prikkel tot uitsluiting wordt uitgegaan van een aantal veronderstellingen.

131. Een van de veronderstellingen is dat er in de analyse van de prikkel tot uitsluiting uitgegaan wordt van een verticaal geïntegreerde onderneming. In onderhavige zaak zal KPN in eerste instantie echter slechts een belang van 41% in de G.O. bezitten. De overige aandelen zullen worden gehouden door Reggefiber. Deze eigendomsstructuur heeft gevolgen voor de winst van KPN en de winst van Reggefiber.

⁶⁶ Bekendmaking van de Europese Commissie, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, punten 40 t/m 46, reeds aangehaald.

⁶⁷ Bekendmaking van de Europese Commissie, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, punt 45, reeds aangehaald.

132. Als de G.O. succesvol een *price squeeze*⁶⁸ toepast, is het mogelijk dat de winst van Reggefiber hierdoor daalt. Dit komt doordat op termijn alternatieve aanbieders de markt verlaten en het totaal aantal verkochte ODF-aansluitingen op de markt voor ontbundelde toegang kan afnemen na uitsluiting. Een gedeelte van de consumenten die via concurrenten van KPN aangesloten waren op het glasvezelnetwerk stapt dan mogelijk over naar alternatieve infrastructuren, zoals koper of kabel. De omvang van deze daling is afhankelijk van de zogenaamde *diversion ratio*⁶⁹ (zie ook punt 134 hieronder). Hoewel de winst van de G.O. daalt (en daarmee de *upstream* winst van KPN en Reggefiber), kan haar totale winst stijgen door de extra winst op de *downstream* markten⁷⁰. Reggefiber kan, bijvoorbeeld door een vorm van verrekening van de winst tussen KPN en Reggefiber gecompenseerd worden voor deze winstdaling en daarmee kan uitsluiting voor beide partijen winstgevend zijn. Daarnaast is het mogelijk dat marktpartijen niet via ODF-toegang zullen toetreden tot de *retail*markten of de markt voor lage kwaliteit WBT omdat zij verwachten dat deze *price squeeze* in de toekomst plaats zal vinden.

133. Een andere veronderstelling is dat de uitfasering van het kopernetwerk gelijktijdig plaatsvindt als de activering van het glasvezelnetwerk. Dat betekent dat consumenten die voorheen producten afnamen op de *retail*markten die gebruikmaakten van het kopernetwerk op dat moment moeten kiezen tussen vergelijkbare producten via het kabelnetwerk of via het glasvezelnetwerk. KPN zal daarbij alle klanten op de *retail*markt migreren van het kopernetwerk naar het glasvezelnetwerk, waarbij wordt verondersteld dat er geen consumenten zijn die overstappen van het kabelnetwerk naar het glasvezelnetwerk. De consumenten die diensten afnemen van concurrenten van partijen via het kopernetwerk zullen dus moeten kiezen tussen *retail*diensten via het glasvezelnetwerk van de G.O. of bijvoorbeeld via het kabelnetwerk of, in het geval van omroep, via satellietverbindingen of digitale ether. Daarnaast kunnen consumenten ervoor kiezen de dienst niet meer af te nemen.

(2b.2) *Beoordeling prikkel tot uitsluiting*

134. De mate van winstgevendheid van *input foreclosure* is sterk afhankelijk van het percentage huidige gebruikers van het koperen aansluitnetwerk dat zal kiezen voor het glasvezelnetwerk⁷¹. KPN verliest na uitsluiting namelijk de marge die zij maakte op de *upstream*

⁶⁸ Een *price squeeze* kan het geval zijn als de G.O. concurrenten van KPN uitsluit of belemmert door onredelijke tarieven voor ontbundelde toegang te stellen.

⁶⁹ Zie ook: CRA International and J. van Reenen (2007), *Sky's "Incentives" to Foreclose Competition in the UK Pay TV Industry*. Prepared for BSkyB by CRA International, London.

⁷⁰ Dit is afhankelijk van kostenstijgingen door schaalnadelen op de *upstream* markten en van kostendalingen door schaalvoordelen op de *downstream* markten.

⁷¹ Dit percentage is onder meer afhankelijk van de voorkeuren van consumenten ten opzichte van de verschillende infrastructuren en de tarieven en producteigenschappen van de verschillende op de *retail*markten verkrijgbare producten.

markten door te leveren aan *downstream* concurrenten, maar wint aan de andere kant zowel de *upstream* als de *downstream* marge van de *retail*klanten van concurrenten die overstappen naar KPN. Als er geen *retail*klanten over zouden stappen naar KPN zou uitsluiting verliesgevend zijn, omdat KPN dan *upstream* marge verliest maar niet wint op de *downstream* markten. Aan de andere kant, als alle *retail*klanten over zouden stappen naar KPN zou uitsluiting altijd winstgevend zijn, omdat de afzet op de *downstream* markten stijgt en de afzet op de *upstream* markten gelijk blijft. Het gedeelte van de klanten dat voorheen producten op de *retail*markten afnam via het kopernetwerk en nu kiest voor glasvezelnetwerk wordt de *diversion ratio* genoemd. OPTA schat deze *diversion ratio* minstens 40%⁷².

135. Aan de hand van gegevens over de kosten en prijzen op de verschillende *down*- en *upstream* markten en het aantal klanten op deze markten kan de *critical diversion ratio* berekend worden.⁷³ Deze ratio geeft het *minimaal* aantal klanten van concurrenten aan dat van het kopernetwerk moet overstappen naar KPN op het glasvezelnetwerk (als ratio van het totaal aantal klanten van concurrenten dat voorheen gebruikmaakte van het kopernetwerk) om uitsluiting winstgevend te maken. Met deze *critical diversion ratio* kan dus bepaald worden of partijen een prikkel tot uitsluiting hebben.

136. De *critical diversion ratio*⁷⁴ is berekend met behulp van de door partijen aangeleverde gegevens over de kosten en marges van de verschillende producten op de *up*- en *downstream* markten en de positie van KPN op de verschillende markten. Uit deze gegevens volgt een

⁷² Zie OPTA Marktanalysebesluit Ontbundelde Toegang op Wholesale-niveau van 19 december 2008, punt 299, voor de *diversion ratio* (70%) tussen ADSL en kabel (in het geval klanten switchen van smalband naar breedband).

⁷³ Zie ook: CRA International and J van Reenen (2007), *Sky's "Incentives" to Foreclose Competition in the UK Pay TV Industry*.

⁷⁴ Voor de berekening van de *critical diversion ratio* δ is de volgende formule gebruikt:

$$\delta = \frac{q_{wbt} \cdot m_{wbt} + q_{ull} \cdot m_{ull}}{\sum_i (q_i^{concurrent} \cdot m_i^{concurrent})}, \text{ waarbij :}$$

$q_i^{concurrent}$ = hoeveelheid verkocht door concurrenten, voor uitsluiting, in retailmarkt i

q_{wbt} = hoeveelheid actieve WBT aansluitingen afgenomen door derden van KPN, voor uitsluiting

q_{ull} = hoeveelheid actieve ULL aansluitingen afgenomen door derden van KPN, voor uitsluiting

m_{wbt} = marge WBT

m_{ull} = marge ULL

$$q_{wbt} + q_{ull} = \sum_i q_i^{concurrent}$$

$$m_i^{concurrent} = m_i^{KPN} = p_i - c_i$$

p_i = gemiddeldemaandelijkseprijs van product in retailmarkt i

c_i = gemiddeldemaandelijksekosten van product in retailmarkt i

Deze vergelijking is afgeleid van de in appendix 1 vermelde formule in CRA International and J van Reenen (2007), *Sky's "Incentives" to Foreclose Competition in the UK Pay TV Industry*.

geschatte *critical diversion ratio* lager dan 10%⁷⁵. Dit betekent dat slechts een zeer beperkt deel van de klanten die nu via het kopernetwerk diensten afnemen van concurrenten over hoeven te stappen naar KPN via glasvezel om uitsluiting winstgevend te maken voor KPN. Hieruit volgt dat het aannemelijk is dat partijen een prikkel zullen hebben andere afnemers dan KPN uit te sluiten van de markt voor ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk.

(2c) *Effect*

137. Het effect van uitsluiting van de G.O. tot ontbundelde toegang tot glasvezel is afhankelijk van het concurrentieproces op de *retail*markten. Het effect wordt in belangrijke mate bepaald door de concurrentiedruk van het kabelnetwerk op de *retail*markten. Vooralsnog zal er van worden uitgegaan dat de concurrentiedruk van kabel onvoldoende is om het effect van uitsluiting op de mededinging weg te nemen. Uit bovenstaande analyse blijkt dat door middel van uitsluiting of belemmering van toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk de positie van KPN op de *retail*markten voor residentiële vaste telefonie en breedband-internettoegang significant versterkt wordt. Het is daarom aannemelijk dat er een mededingingsbeperkend effect uit zou kunnen gaan van uitsluiting op de markt voor ontbundelde toegang.

(2d) *Conclusie*

138. Uit de bovenstaande analyse blijkt dat het aannemelijk is dat partijen de mogelijkheid en de prikkel hebben om derden uit te sluiten van de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel. Daarnaast is het aannemelijk dat er een effect uit zou kunnen gaan van deze uitsluiting. Gezien het voorgaande heeft de Raad reden om aan te nemen dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan significant zou kunnen belemmeren.

Coördinatie van het concurrentiegedrag

139. In punt 14 tot en met punt 18 is vastgesteld dat er sprake is van een G.O. die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult en dat er sprake is van een concentratie als bedoeld in artikel 27, tweede lid, Mw. Er dient vervolgens beoordeeld te worden of de tot standbrengende ondernemingen als gevolg van de concentratie coördinatie beogen of tot stand brengen.

140. Coördinatie van het marktgedrag van de oprichtende ondernemingen, in casu KPN en Reggefiber, moet als gevolg van het aangaan van een G.O. uitgesloten worden geacht, als de moederondernemingen niet op de markt van de gemeenschappelijke onderneming werkzaam zijn of hun werkzaamheden op die markt volledig aan de gemeenschappelijke onderneming

⁷⁵ Deze ratio kan mogelijk hoger uitvallen wanneer rekening gehouden wordt met kostenvoordelen bij een grotere schaal, maar het lijkt niet aannemelijk dat de ratio hierdoor sterk stijgt.

overdragen. Eveneens kan coördinatie uitgesloten worden als alleen één moederonderneming actief is op de markt van de G.O. dan wel op een *upstream*, *downstream* of aanverwante markt.⁷⁶

141. KPN en Reggefiber zullen hun huidige activiteiten op de markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelaansluitnetwerken in de G.O inbrengen.⁷⁷

142. Wat betreft de WBT-activiteiten draagt Reggefiber haar WBT-activiteiten over aan de G.O. KPN zal actief blijven op de markt voor het aanbieden van WBT. Daarbij dient overigens, zoals reeds is aangegeven in punt 92, benadrukt te worden dat de G.O. de activiteiten op het gebied van WBT die het verkrijgt van Reggefiber niet verder zal ontplooiën.

143. Gelet op het feit dat KPN en Reggefiber hun activiteiten op het gebied van ontbundelde toegang aan de G.O overdragen en Reggefiber niet actief blijft op de markt voor WBT heeft de Raad geen reden om aan te nemen dat KPN en Reggefiber, als gevolg van de gemelde concentratie, coördinatie van het concurrentiegedrag op de markt voor het aanleggen en exploiteren van glasvezelaansluitnetwerken of op de markt voor lage kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang beogen of tot stand brengen in de zin van artikel 37, derde lid van de Mededingingswet.

144. KPN en de moederonderneming van Reggefiber blijven eveneens actief op aanverwante markten van de G.O. Enerzijds zullen KPN en de moederonderneming van Reggefiber actief zijn op de *retail*markten vaste telefonie, omroep en breedband. Anderzijds zullen KPN en Eurofiber actief zijn op de markt voor *trunk*verbindingen.

145. Gelet op de activiteiten van KPN en de moederonderneming van Reggefiber op de aanpalende markt voor *trunk*verbindingen en lager gelegen markten ten opzichte van de G.O (de *retail*markten) zal hierna nader bekeken worden of het aannemelijk is dat als gevolg van het aangaan van de G.O. coördinatie van het concurrentiegedrag van de moederondernemingen beogen of tot stand brengen op deze markten.

⁷⁶ Zie punt 18 van de Mededeling van de Commissie inzake het onderscheid tussen gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie of een samenwerkingsverband in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEG 1994, C 385/ 1.

⁷⁷ Voor KPN houdt dit in het project Enschede. Reggefiber Holding B.V. brengt in haar landelijke *FtH* activiteiten in door inbreng van Reggefiber ttH B.V. (inclusief alle onderliggende *FtH* vennootschappen) en Reggefiber Operator B.V. (inclusief Operator B.V.)

(1) *De retailmarkten voor omroep, vaste telefonie en breedbandinternet*

146. Indien beide moederbedrijven actief zijn op een ondergelegen markt van de G.O. dan kan coördinatie ontstaan indien de G.O. de voornaamste leverancier is van de moederondernemingen.⁷⁸

147. Zowel KPN als Reggefiber bieden op dit moment *retail*diensten aan via glasvezel. Partijen hebben aangegeven dat de G.O. geen *retail*diensten zal aanbieden en dat de huidige *retail*diensten van KPN en Reggefiber geen onderdeel zullen zijn van de G.O. De activiteiten van Reggefiber op de *retail*markten breedbandinternet, omroep en vaste telefonie zijn zeer beperkt. Reggefiber heeft een marktaandeel van [0-5]% op de *retail* breedbandmarkt, [0-5]% op de vaste telefonie markt en [0-5]% op de omroepmarkt.⁷⁹

148. Gelet op het zeer geringe marktaandeel van Reggefiber op de bovengenoemde *retail*markten heeft de Raad geen reden om aan te nemen dat de tot standbrengende ondernemingen, KPN en Reggefiber, via de gemelde concentratie coördinatie van het concurrentiegedrag op de *retail*markten voor breedbandinternet, telefonie en omroep beogen of tot stand brengen in de zin van artikel 37, derde lid van de Mededingingswet.

(2) *De markt voor trunkverbindingen*

149. Coördinatie wordt aannemelijk geacht indien de moederbedrijven belangrijke activiteiten hebben op een verwante markt van de markt waarop de G.O. actief is.⁸⁰

150. Om ODF-toegang te kunnen afnemen van de G.O. dient men een *trunk*verbinding te hebben naar de *city pop*.⁸¹ Zowel KPN als Eurofiber bieden *trunk*verbindingen aan en concurreren derhalve met elkaar op deze markt.⁸² Uit het marktonderzoek is gebleken dat *trunk*verbindingen die op dit moment ten behoeve van toegang tot een MDF-centrale worden gebruikt, ook gemakkelijk in de toekomst ten behoeve van toegang tot een *city pop* gebruikt kunnen worden.

⁷⁸Zie punt 18 van de Mededeling van de Commissie inzake het onderscheid tussen gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie of een samenwerkingsverband in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEG 1994, C 385/ 1.

⁷⁹ Deze marktaandelen zijn gebaseerd op het aantal aansluitingen.

⁸⁰ Zie ook de MvT (TK 2004-2005), 30071, NR. 3, P.5: "...de totstandbrenging van de gemeenschappelijke onderneming de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven. Dergelijke coördinatie zal met name kunnen optreden wanneer de moederondernemingen daadwerkelijk of potentieel concurrenten zijn op de markt(en) waarop de joint venture actief is of op (een) daarmee verwante markt(en)".

⁸¹ Tussen de *city pops* en *area pops* kan ook sprake zijn van een *trunk*verbinding. Deze wordt dan ODF-*backhaul* genoemd.

⁸² Andere partijen die *trunk*verbindingen ten behoeve van MDF-toegang aanbieden zijn onder andere Tele2 en BT.

151. Daarnaast dient opgemerkt te worden dat de markt voor *trunk*verbindingen als een concurrerende markt wordt beschouwd.⁸³ Op regionaal niveau zijn er immers reeds 2 alternatieve netwerken naast de netwerken van KPN en Eurofiber aanwezig.⁸⁴ Het dupliceren van een dergelijk netwerk of een gedeelte van dit netwerk is haalbaar. OPTA constateert daartoe in haar marktanalysebesluit Huurlijnen dat er weliswaar significante investeringen gepaard gaan met het aanleggen van een dergelijk netwerk, maar dat die relatief beperkt zijn ten opzichte van de omvang van de markt.⁸⁵

152. Hieronder zal worden besproken of er mogelijk sprake is van coördinatie van het concurrentiegedrag op de markt voor *trunk*verbindingen, als gevolg van de oprichting van de G.O.

(2a) Visie partijen

153. Partijen stellen dat de concentratie niet zal leiden tot het bestaan van coördinatie tussen KPN en Eurofiber op de *trunk*markt als gevolg van de G.O. aangezien partijen hun samenwerking strikt beperken tot ODF-toegang en uitdrukkelijk geen contact binnen de G.O. zullen hebben over *trunk*verbindingen. KPN en Eurofiber houden hun volledige zelfstandigheid en vrijheid van handelen met betrekking tot de *trunk*markt, aldus partijen.

154. Bovendien geven partijen aan dat de G.O. op geen enkele wijze invloed kan uitoefenen op de keuze van ODF-afnemers voor een aanbieder van *trunk*verbindingen. Het is namelijk niet de G.O. die *trunk* inkoopst ten behoeve van ODF-toegang, maar de potentiële ODF-afnemer zelf. Potentiële ODF-toegang afnemers zijn dus vrij in hun keus bij welke partij zij *trunk* afnemen voor ODF-toegang. De G.O. koopt zelf geen *trunk*verbindingen in.

155. Daarnaast geven partijen aan dat met het concreter worden van de samenwerking met KPN op het terrein van *FttH*, Reggefiber een scheiding heeft gebracht in het management van Eurofiber en Reggefiber. Tot april 2008 bestond de directie van Reggefiber en Eurofiber uit dezelfde personen. Deze scheiding zorgt ervoor dat er volgens partijen op geen enkele wijze sprake kan zijn van coördinatie op de markt voor *trunk*verbindingen.

(2b) Visie marktpartijen

156. Een aantal marktpartijen heeft in het marktonderzoek te kennen gegeven dat volgens hen als gevolg van de concentratie, partijen ofwel de G.O. de keus van *trunk*verbindingen kunnen

⁸³ OPTA spreekt zelfs van een markt waar sprake is van forse prijsconcurrentie. Zie OPTA Marktanalysebesluit Huurlijnen van 19 december 2008, punt 758.

⁸⁴ Zie OPTA Marktanalysebesluit Huurlijnen van 19 december 2008, punt 760.

⁸⁵ Zie OPTA Marktanalysebesluit Huurlijnen van 19 december 2008, punt 757.

beïnvloeden ten voordeel van KPN dan wel van Eurofiber. Een marktpartij merkte op dat het aannemelijk is dat, bijvoorbeeld als gevolg van strategisch netwerkontwerp, voor toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk alternatieve aanbieders uiteindelijk uitsluitend *trunk*verbindingen kunnen afnemen van KPN dan wel Eurofiber.

(2c) *Beoordeling NMa*

157. De G.O. zou strategisch kunnen bepalen waar de *city pop* terecht komen ten voordele van de *trunk* activiteiten van de moedermaatschappijen. Zelfs indien het glasvezelaansluitnetwerk alsnog op een locatie terecht zou komen waar naast KPN en Eurofiber ook andere aanbieders hun *trunk*verbindingen hebben liggen dan zou de G.O. andere aanbieders dan de moederondernemingen KPN en Eurofiber toegang tot de *city pop* kunnen weigeren dan wel bemoeilijken.

158. De G.O. is geen afnemer van *trunk*verbindingen. Desalniettemin kan coördinatie tussen de oprichtende ondernemingen op de markt voor *trunk*verbindingen als gevolg van de G.O. aannemelijk zijn. De G.O. kan door toegang te bemoeilijken dan wel te weigeren aan andere aanbieders van *trunk*verbindingen dan KPN en Eurofiber, coördinerend gedrag tussen KPN en Eurofiber bewerkstelligen. KPN en Eurofiber zouden de *trunk*markt onderling kunnen verdelen.

159. Uit strategische documenten is overigens gebleken dat partijen zelf hebben opgemerkt dat er mogelijk sprake kan zijn van belangenverstremming tussen Eurofiber en de *FtH* activiteiten die Reggefiber met KPN heeft en voornemens is te hebben middels de G.O.

160. Op basis van bovenstaande heeft de Raad reden om aan te nemen dat de totstandbrengende ondernemingen hun concurrentiegedrag op de *trunk*markt kunnen coördineren als gevolg van de oprichting van de G.O. Ingevolge artikel 37 lid 3 dient derhalve nader onderzocht te worden of dit aannemelijke coördinerende gedrag van de moederondernemingen op de *trunk*markt ten doel of ten gevolge heeft dat de Mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst en er dus mogelijk sprake is van een overtreding van artikel 6 lid 1 van de Mw.

161. Er is echter geen reden om een mogelijke overtreding van artikel 6 lid 1 van de Mw. nader te onderzoeken, gelet op het door partijen ingediende remedievoorstel en de beoordeling daarvan (zie hoofdstuk VI en bijlage 1 bij dit besluit).

VI. HET REMEDIEVOORSTEL VAN PARTIJEN

162. De Raad heeft op 19 augustus 2008 aan partijen kenbaar gemaakt dat hij mogelijke mededingingsproblemen constateert met betrekking tot de gemelde concentratie. Partijen hebben mondeling te kennen gegeven dat zij kennis hebben genomen van de door de NMa geuite mogelijke mededingingsbezwaren en dat zij hiervoor met voorstellen willen komen. Op 16 september 2008 hebben partijen een schriftelijk voorstel ingediend, waarna dit voorstel vervolgens aan een markttest is onderworpen. Naar aanleiding van deze markttest en op voordracht van de Raad is diverse keren met partijen van gedachten gewisseld over de inhoud van het voorstel. Vervolgens hebben partijen de nodige wijzigingen aangebracht in het voorstel. Op 19 december 2008 hebben partijen het definitieve voorstel ingediend met het doel de gesignaleerde mogelijke mededingingsbezwaren op te lossen (hierna: het remedievoorstel). Dit voorstel is als bijlage 1 opgenomen bij dit besluit en vormt een integraal onderdeel van het besluit en de aan dit besluit verbonden voorwaarden.

(1) *Beoordelingskader gedragsremedie*

163. In de "Richtsnoeren Remedies 2007"⁸⁶ wordt beschreven waaraan een door partijen ingediend voorstel, dat ten doel heeft de door de NMa gesignaleerde mogelijke mededingingsproblemen op voorhand weg te nemen, moet voldoen. Een belangrijke voorwaarde is dat de remedie ondubbelzinnig alle mogelijke mededingingsproblemen wegneemt. Ook dienen remedies de mogelijke mededingingsproblemen structureel, voor onbepaalde tijd, weg te nemen.

164. Over het algemeen verdienen structurele remedies de voorkeur boven gedragsremedies⁸⁷, onder andere omdat gedragsremedies meer ruimte voor interpretatie overlaten dan structurele remedies en vaak meer handavingsinspanningen met zich mee brengen.

165. In onderhavige zaak zijn structurele remedies die de door de Raad geconstateerde mogelijke mededingingsproblemen wegnemen niet mogelijk. In de Richtsnoeren Remedies 2007 wordt echter expliciet gesteld dat gedragsremedies met name geschikt kunnen zijn indien het mogelijke mededingingsprobleem ziet op uitsluitingseffecten die het gevolg zijn van een verticale relatie, wat in onderhavige zaak het geval is. Gedragsremedies zijn de enige passende mogelijkheid om in deze zaak voor onbepaalde tijd de mogelijke mededingingsproblemen weg te nemen.

⁸⁶ Zie de Richtsnoeren Remedies 2007 van de NMa van 21 september 2007.

⁸⁷ Zie de Richtsnoeren Remedies 2007 van de NMa van 21 september 2007, punt 15.

166. Bovendien merkt de Raad op dat in dit geval voor een groot gedeelte van het remedievoorstel aangesloten wordt bij het dictum van het ULL-marktanalysebesluit van OPTA. Daarnaast zal de NMa niet oordelen over een handhavingsverzoek als, en voor zover, OPTA bevoegd is tot handhaving van de in het voorstel opgenomen voorwaarden. OPTA is de specifieke toezichthouder voor de telecomsector.

167. Bovenstaande reduceert in onderhavige zaak de handhavingsinspanningen en de ruimte voor interpretatie die bij gedragsremedies kunnen ontstaan. Bij haar beoordeling van het voorstel van partijen heeft de Raad deze aspecten betrokken.

(2) *Inhoud remedievoorstel*

168. Het remedievoorstel bevat de volgende onderdelen:

- Functionele en operationele scheiding
- Informatieverplichting
- Toegangsverplichting
- Non-discriminatieverplichting
- Transparantieplichting en referentieaanbod
- Handhaving
- Monitoring-trustee
- Definities
- ODF-overeenkomst met bijlagen (o.a. tarieven)

169. Hieronder zal op de voornaamste punten van het remedievoorstel worden ingegaan. Het is de bedoeling dat alle Potentiële ODF-afnemers⁸⁸ met de G.O. een ODF-overeenkomst afsluiten, die nader ingevuld wordt met een gebiedsspecifieke locatieovereenkomst. De ODF-overeenkomst met alle bijlagen maakt deel uit van het remedievoorstel en dit besluit.

170. Het remedievoorstel bevat vooreerst een concreet voorstel voor een functionele en operationele scheiding van de G.O. en KPN. Deze functionele en operationele scheiding biedt extra waarborgen, boven op de operationele scheiding die reeds voortvloeit uit de eisen die worden gesteld aan de G.O. als een onderneming die op duurzame wijze alle functies van een duurzame zelfstandige economische eenheid vervult. Zo garandeert de functionele en operationele scheiding in het remedievoorstel dat de G.O. een eigen bedrijfsvoering krijgt los van KPN. Het moederbedrijf KPN zal door de G.O. op dezelfde wijze behandeld worden als andere potentiële ODF-afnemers. De betrokkenheid van KPN tot de G.O. beperkt zich dan tot haar rol als

⁸⁸ Voor de definitie van Potentiële ODF-afnemer zie de begrippenlijst bij het remedievoorstel van partijen.

aandeelhouder met de bevoegdheden om leden van de Raad van Commissarissen voor te dragen en in bepaalde statutair genoemde situaties vetorechten uit te oefenen.

171. Verder gaat het remedievoorstel uitgebreid in op de manier waarop ODF-afnemers toegang tot het glasvezelnetwerk kunnen verkrijgen. Partijen garanderen dat ze op non-discriminatoire en transparante wijze toegang verlenen aan alle ODF-afnemers. De formulering van de in de remedie opgenomen toegangsverplichting sluit nauw aan op het dictum van het ULL-marktanalysebesluit van OPTA.

172. Ook bevat het remedievoorstel een bepaling over het verstrekken van informatie aan partijen die te kennen geven aan de G.O. dat zij ODF-toegang af willen nemen.⁸⁹ Deze bepaling is een uitwerking van het beginsel dat de G.O. voldoende informatie moet bieden aan ODF-afnemers om deze in staat te stellen te beslissen of zij toegang willen krijgen tot het glasvezelaansluitnetwerk in een bepaald gebied.

173. Partijen leggen in het remedievoorstel eveneens vast dat de G.O. geen excessieve tarieven zal hanteren, dan wel tarieven die leiden tot een *price squeeze*. Partijen verwijzen daarbij naar de ODF-overeenkomst met de tariefbijlage die onderdeel uitmaakt van het remedievoorstel en de Beleidsregels tariefregulering ontbundelde toegang⁹⁰. Naast de toegang tot het netwerk op de ODF-locatie garanderen partijen ook toegang tot de netwerkelementen en de faciliteiten die noodzakelijk zijn voor het afnemen van ontbundelde toegang.⁹¹ De volledige uitwerking van de manier waarop deze toegang wordt verleend wordt vastgelegd in het referentieaanbod, zie punten 219 en 220.⁹²

174. Inzake de handhaving van het remedievoorstel is vastgelegd dat (Potentiële) ODF-afnemers een verzoek om handhaving bij de NMa kunnen indienen. De Raad zal niet oordelen over een dergelijk verzoek als OPTA bevoegd is tot handhaving van de verplichtingen van de G.O. tot het verlenen van ODF-toegang op grond van hoofdstuk 6A Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde besluiten. Als OPTA niet bevoegd is om voornoemde redenen, oordeelt de NMa over de naleving van de voorwaarden.⁹³ Daarnaast kan de NMa de G.O. opdragen een *monitoring trustee* te benoemen.⁹⁴

⁸⁹ Volgens de artikelen 3 en 4 van het remedievoorstel.

⁹⁰ Zie OPTA Beleidsregels tariefregulering ontbundelde toegang, 19 december 2008.

⁹¹ Volgens de artikelen 5 t/m 12 van het remedievoorstel.

⁹² Volgens de artikelen 13 t/m 15 van het referentieaanbod.

⁹³ Volgens de artikelen 16 t/m 20 van het remedievoorstel.

⁹⁴ Volgens de artikelen 21 t/m 26 van het remedievoorstel.

175. Tenslotte bevat het remedievoorstel een begrippenlijst.⁹⁵

(3) *Beoordeling remedievoorstel*

176. Het transparant en non-discriminatoire ODF-toegang verlenen door de G.O. tot haar glasvezelaansluitnetwerk voorkomt de mogelijkheid om andere *wholesale*aanbieders van telecommunicatiediensten uit te sluiten dan wel de dienst tegen ongunstigere voorwaarden dan aan KPN aan te bieden.

177. Bovenstaande neemt echter niet de mogelijkheid voor de G.O. weg om middels haar tarieven voor ODF-toegang een *price squeeze* te realiseren, dan wel excessieve tarieven te hanteren. Partijen hebben hiervoor een tariefvoorstel gedaan dat hieronder zal worden beoordeeld

(3a) *Tarieven*

178. Partijen stellen voor een maximaal starttarief (hierna: T_0) vast te stellen voor alle investeringen die zullen plaatsvinden (hierna: het tariefplafond). Het tariefplafond zal gelden voor alle tarieven na kortingen waarbij de effecten van de door partijen voorgestelde kortingsregeling in T_0 zijn meegenomen.⁹⁶ Dit tariefplafond zal vervolgens jaarlijks met de consumentenprijsindex (CPI) worden verhoogd. De tarieven van de G.O. voor ontbundelde glastoegang mogen zich niet boven dit tariefplafond bevinden.⁹⁷

179. De beoordeling van het door partijen voorgestelde T_0 is bepaald aan de hand van een kostenmodel. Een discounted cashflowmodel is naar oordeel van de Raad een geschikt kostenmodel om tarieven vast te stellen. Om T_0 vast te stellen is de Raad uitgegaan van het business model van de investeerder. Om er voor te zorgen dat de starttarieven T_0 gebaseerd zijn op kosten plus een redelijk rendement is de Raad van oordeel dat de netto contante waarde van de voorafgaand aan de investering verwachte kasstromen (over een redelijke verwachte economische levensduur van de investering) gelijk gesteld dient te worden aan nul.⁹⁸ Hierbij is

⁹⁵ Volgens artikel 27 van het remedievoorstel.

⁹⁶ Op de lijntarieven is een kortingsregeling van toepassing per aansluitgebied, waarbij het kortingspercentage afhankelijk is van het totaal aantal lijnen dat alle afnemende partijen in een aansluitgebied afnemen. Zie OPTA Beleidsregels Tariefregulering ontbundelde glastoegang, punt 44 en 47 voor een nadere omschrijving van de gevallen wanneer kortingsregelingen door de G.O. geoorloofd zijn.

⁹⁷ Dit tariefplafond wordt apart vastgesteld per ontbundeld tariefelement. Voor bijvoorbeeld eenmalige en periodieke tarieven voor ontbundelde lijnen, co-locatie en backhaul wordt apart een wholesaletariefplafond toegepast.

⁹⁸ Dit betekent niet dat de netto contante waarde aan het eind van de economische levensduur ex-post beschouwd ook gelijk aan nul dient te zijn. Ex-post kan de netto contante waarde van de gerealiseerde kasstromen aan het eind van de

uitgangspunt dat ook de overige parameters in dit business model, zoals de *internal rate of return* (hierna: IRR), redelijke, daadwerkelijk verwachte waarden betreffen.

180. Belangrijke kenmerken van een *discounted cashflow*model zijn dat:

- het een meerjarig model betreft dat de gehele terugverdienperiode van de investering beslaat;
- de input wordt gevormd door de geschatte uitgaven en inkomsten;
- een *discount rate* vereist is om de verwachte inkomsten en uitgaven op verschillende momenten in de tijd om te rekenen naar een netto contante waarde; en
- de afschrijvingsmethode niet van belang is.

181. De verwachte opbrengsten per dienst zijn berekend door de tarieven te vermenigvuldigen met de verwachte volumes. De totale opbrengsten zijn vervolgens berekend door de opbrengsten per dienst op te tellen. In het *discounted cashflow*model dat wordt gebruikt voor de bepaling van T_0 zijn de effecten van kortingsregelingen en indexering verwerkt. Dit betekent dat de tarieven die voor de toekomst zijn ingeschat gelijk zijn aan T_0 verhoogd met een vooraf ingeschatte jaarmutatie van de consumentenprijsindex en daarna verlaagd met de vooraf ingeschatte kortingen die zullen worden uitgekeerd.

182. Alle geschatte opbrengsten zijn 'hard' in het *discounted cashflow*model ingevuld. Uitzondering hierop zijn de geschatte opbrengsten die voortkomen uit de levering van glastoegangsdiensten. Deze opbrengsten zijn uiteindelijk aangepast (of anders gesteld: de lijntarieven voor ontbundelde glastoegang worden vastgesteld) om ervoor te zorgen dat de netto contante waarde van de kasstromen over de economische levensduur van het glasvezelaansluitnetwerk in het *discounted cashflow* model gelijk is aan nul. Het lijntarief kan daarmee in dit geval de outputvariabele van het model worden genoemd.

183. Het kostenmodel bevat twee kernparameters die door de Raad afzonderlijk zijn beoordeeld: de IRR en de terugverdientijd.

(3a.1) *Internal Rate of Return*

184. Zoals gesteld in punt 179 is de Raad, om T_0 vast te stellen, uitgegaan van de IRR in het door de investeerder gehanteerde business model. Deze IRR maakt de netto contante waarde van de investering, in het daadwerkelijk door de investeerder gehanteerde business model, gelijk aan nul. De tarieven die in dit business model bij deze IRR horen vormen de basis voor T_0 .

economische levensduur zowel lager als hoger uitvallen dan de netto contante waarde van de ex ante verwachte kasstromen.

185. Om buitensporig hoge tarieven en marge-utholling te voorkomen dient de Raad wel een oordeel te geven over de IRR in het business model. Immers, wanneer in het business model een te hoge IRR wordt gehanteerd dan wordt het risico op buitensporig hoge tarieven en overwinsten en marge-utholling geenszins weggenomen. Om een oordeel te vellen over de IRR in het *business model* heeft de Raad deze IRR op verschillende wijzen getoetst en op basis van uiteenlopende criteria:

- Er is een vergelijking gemaakt met de huidige WACC (weighted average cost of capital) voor het koperen aansluitnetwerk;⁹⁹
- Er is een vergelijking gemaakt met de WACC van Reggefiber zoals deze door KPMG Corporate Finance in september 2008 in opdracht van Reggefiber is berekend;
- Er is een vergelijking gemaakt met de IRR die Glasvezelnet Amsterdam (GNA) hanteert;
- Er is een vergelijking gemaakt met de WACC's die WIK heeft gebruikt in haar onderzoek naar de economie achter nieuwe generatie toegang (NGA) in verschillende Europese landen dat is uitgevoerd voor ECTA;¹⁰⁰
- Er is een verband gelegd met de uitspraken die de Europese Commissie heeft gedaan over het redelijke rendement op glasvezelaansluitnetwerken;¹⁰¹
- Ten slotte heeft de Raad de andere parameters in het business model beoordeeld. Immers ook deze andere waarden beïnvloeden de hoogte van de IRR.

186. Op basis van het samenstel van deze factoren is de Raad tot een oordeel gekomen over de redelijkheid van de waarde van de IRR in het betrokken business model.

187. De reële¹⁰² WACC vóór belasting voor KPN (de totale onderneming) is voor de periode 2006 tot en met 2008 ingeschat op 7,6 procent.¹⁰³ Deze reële WACC vóór belasting is, om vergelijking met de IRR in het business model van Reggefiber mogelijk te maken, omgerekend in

⁹⁹ Onder bepaalde omstandigheden is de IRR in het business model (dat is, het daadwerkelijk gehanteerde kostenmodel) gelijk aan de WACC (het normrendement voor de investering). Meer precies zijn deze omstandigheden dat er in het business model 'neutrale' verwachtingen ten aanzien van opbrengsten en kosten gelden, en dat deze bijvoorbeeld niet pessimistisch zijn ingeschat om investeringsrisico's af te dekken.

¹⁰⁰ WIK-Consult, The economics of next generation access, Study for the European Competitive Telecommunication Association (ECTA), 10 september 2008.

¹⁰¹ Draft commission recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks, 18 september 2008.

¹⁰² Dat wil zeggen, gecorrigeerd voor inflatie.

¹⁰³ The cost of capital for KPN's wholesale activities, a final report for OPTA, NERA Economic Consulting, 16 december 2005.

een nominale WACC ná belasting. Na omrekening blijkt dat de nominale WACC ná belasting van KPN (de totale onderneming) voor de periode 2006 tot en met 2008 gelijk is aan 7,3 procent.¹⁰⁴

188. KPMG Corporate Finance heeft in september 2008 in opdracht van Reggefiber een onderzoek uitgevoerd naar de WACC van Reggefiber. Op basis van een aantal veronderstellingen, onder andere ten aanzien van de additionele risicopremie, schat KPMG Corporate Finance in dat de nominale WACC ná belasting van Reggefiber tussen [...] procent en [...] procent ligt.

189. Glasvezelnet Amsterdam hanteert een IRR van [vertrouwelijk] procent ná belasting. Glasvezelnet Amsterdam (GNA) is een commanditaire vennootschap die is opgericht om in Amsterdam een glasvezelaansluitnetwerk aan te leggen waarop glastoegang wordt aangeboden. Glasvezelnet Amsterdam is eigenaar en exploitant van dit netwerk.

190. In haar onderzoek naar de economie achter nieuwe generatie toegang voor ECTA heeft WIK nominale WACC's vóór belasting gehanteerd variërend van 8,5 procent tot 13,4 procent. Deze nominale WACC's vóór belasting zijn, om vergelijking met de IRR in het business model van Reggefiber mogelijk te maken, omgerekend in een nominale WACC ná belasting. De nominale WACC's na belasting variëren van 7,9 procent tot 11,6 procent.¹⁰⁵

191. In de Europese aanbeveling NGA stelt de Europese Commissie onder punt 7 van Annex I dat het aannemelijk is dat de WACC voor investeringen in glasvezelaansluitnetwerken hoger is dan de typische WACC voor nuts- en telecommunicatiebedrijven. De Europese Commissie onderstreept daarbij dat de WACC vóór belasting voor telecommunicatiebedrijven de laatste jaren een typische waarde heeft aangenomen van 8 tot 12 procent. Dit is (bij benadering) vergelijkbaar met een WACC van 7,6 tot 10,5 procent ná belasting.¹⁰⁶ De Europese Commissie stelt dus dat het aannemelijk is dat de WACC ná belasting voor investeringen in glasvezelaansluitnetwerken hoger is dan 7,6 tot 10,5 procent ná belasting.

192. In het business model heeft Reggefiber een IRR opgenomen van [7-10] procent. De Raad is van oordeel dat dit, ook gegeven de verwachtingen ten aanzien van de waarden van andere parameters een redelijke IRR is. De Raad komt tot dit oordeel omdat zij vaststelt dat deze IRR binnen dezelfde range ligt als de nominale WACC ná belasting van KPN en Glasvezelnet Amsterdam, de WACC's die WIK hanteert in haar rapport voor ECTA en de range die de Europese

¹⁰⁴ De reële WACC ná belasting heeft NERA vastgesteld op 5,3 procent en de inflatie in betreffende periode is 1,9 procent. Samen resulteert dit in een nominale WACC ná belasting van 7,3 procent.

¹⁰⁵ Bij omrekening naar een WACC na belasting is uitgegaan van: een REV (rentabiliteit eigen vermogen) van 12,5 procent; een verhouding tussen eigen en vreemd vermogen van 50 procent - 50 procent; en een belastingvoet van 25,5 procent.

¹⁰⁶ Bij omrekening naar een WACC na belasting is uitgegaan van: een REV (rentabiliteit eigen vermogen) van 12,5 procent; een verhouding tussen eigen en vreemd vermogen van 50 procent - 50 procent; en een belastingvoet van 25,5 procent.

Commissie noemt. Daarnaast stelt de Raad vast dat de IRR die Reggefiber in het business model hanteert lager is dan de WACC die KPMG Corporate Finance voor Reggefiber heeft ingeschat.

(3a.2) Verwachte terugverdiensduur en economische levensduur

193. Het is moeilijk in te schatten wat de economische levensduur zal zijn van een glasvezelaansluitnetwerk. Er kan in het algemeen gesteld worden dat de economische levensduur wordt begrensd door de technische levensduur. Met betrekking tot de technische levensduur stelt de Independent Regulators Group (hierna: IRG) in haar publieke consultatiedocument 'Principles of Implementation and Best Practice regarding the use of current cost accounting methodologies'¹⁰⁷ uit 2006 dat aanzienlijke constructiewerken (zoals *ducts*) mogelijk een erg lange economische levensduur hebben. De IRG noemt een illustratieve afschrijvingsperiode van 40 tot 80 jaar.

194. De technische levensduur van glasvezellijnen is mogelijk aanzienlijk korter dan de technische levensduur van aanzienlijke constructiewerken zoals *ducts*. De kwaliteit van de glasvezels kan op termijn immers minder worden. De IRG noemt bijvoorbeeld een illustratieve afschrijvingsperiode voor glasvezellijnen van 20 tot 40 jaar.

195. De economische levensduur van glasvezelaansluitnetwerken is per definitie echter korter dan de technische levensduur. Door technologische ontwikkelingen is het mogelijk dat de glasvezeltechnologie in de toekomst achterhaald wordt door de opkomst van andere technologieën. De onzekerheid hieromtrent is groot. Glasvezeltechnologie kan over 10 jaar door technologische ontwikkelingen achterhaald zijn, maar ook pas over 100 jaar.

196. In het business model heeft Reggefiber een terugverdiensduur van 25 jaar opgenomen.¹⁰⁸ De Raad is van oordeel dat dit een redelijke terugverdiensduur is. Wanneer alleen de verwachte technische levensduur van *ducts* wordt betrokken, die waarschijnlijk de 50 jaar zal overschrijden, dan kan geconcludeerd worden dat de terugverdiensduur kort is. Wanneer aan de andere kant in ogenschouw wordt genomen dat de kwaliteit van glasvezels over de tijd in kwaliteit kan afnemen en dat er onzekerheid is over de economische toekomstbestendigheid van een glasvezelaansluitnetwerk, dan is een terugverdiensduur van 25 jaar als redelijk te beschouwen.

¹⁰⁷ Principles of Implementation and Best Practice regarding the use of current cost accounting methodologies as applied to electronic communication activities, IRG Public consultation document, January 2006 as adopted by the IRG plenary on 8 February 2006.

¹⁰⁸ Dit betekent dat Reggefiber ervan uitgaat dat over 25 jaar alle aan te leggen glasvezelaansluitnetwerken dienen te zijn terugverdiend.

(3a.3) Tariefplafonds

197. Uitgaande van bovenstaande kernparameters is in het voorstel van partijen een tariefplafond vastgesteld van EUR 14,50 tot EUR 17,50 (zie artikel 6 van het remedievoorstel), afhankelijk van de aanlegkosten in het betreffende gebied. Periodiek zal door OPTA, en indien OPTA niet bevoegd is de NMa, vastgesteld worden of deze tarieven niet “buitensporig hoog” zijn geworden. Of dit het geval is zal worden bepaald door de IRR van de G.O. met de dan geldende normrendementen te vergelijken. Voor dit normrendement zal worden uitgegaan van een *all-risk* WACC. Deze *all-risk* WACC bestaat uit een drietal elementen: (i) de WACC die van toepassing is op het koperen aansluitnet, (ii) een opslag voor specifiek glasrisico en (iii) een opslag voor asymmetrisch reguleringsrisico (zie ook de Beleidsregels Tariefregulering Ontbundelde Glastoegang van OPTA van 19 december 2008, punt 66 en 118). Indien noodzakelijk zal het tariefplafond naar beneden worden bijgesteld om “buitensporig hoge” tarieven te voorkomen.

(3a.4) Conclusie tarieven

198. De Raad is van oordeel dat met bovenstaande kernparameters voor het berekenen van de maximale T_0 de mededinging niet beperkt kan worden. De voorgestelde tarieven van partijen voor ontbundelde toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk, zoals opgenomen in het in bijlage 1 beschreven voorstel van partijen, vloeien voort uit deze berekening.

199. De Raad wenst hierover tenslotte op te merken dat uit de markttest geen bezwaren naar voren zijn gekomen met betrekking tot de voorgestelde tarieven.

(3b) Coördinatie

200. Het remedievoorstel zoals hierboven beschreven neemt de door de Raad geconstateerde horizontale en verticale mogelijke mededingingsproblemen weg. Daarnaast wordt het mogelijke coördinatiegevaar op de *trunk*markt, zoals beschreven in punten 139 t/m 160, eveneens weggenomen door het remedievoorstel.

201. In het remedievoorstel is vastgelegd dat de G.O. op non-discriminatoire wijze toegang tot de *city pop* zal verlenen voor aanbieders van *trunk*verbindingen. Met andere woorden, een ODF-afnemer kan hierdoor *trunk*verbindingen afnemen van concurrenten van KPN en Eurofiber. Deze toegangsverplichting geldt ook voor ODF-*backhaul*. Dit biedt, mits technisch en operationeel haalbaar, de mogelijkheid voor ODF-afnemers om ODF-*backhaul* af te nemen van een andere aanbieder dan de G.O.

(3c) Opvattingen van marktpartijen

202. Het remedievoorstel en de ODF-overeenkomst van partijen is voorgelegd aan betrokken marktpartijen in een zogenaamde markttest. De relevante bezwaren die in dit kader door deze

marktpartijen zijn geuit die betrekking hebben op de door de NMa geïdentificeerde mogelijke mededingingsproblemen en die niet reeds worden ondervangen door het voorstel dat partijen hebben ingediend na de markttest, laten zich samenvatten in vier punten.

(3c.1) Wholesale breedbandtoegang regulering

203. Verschillende marktpartijen merken op dat naast de door de NMa geconstateerde mogelijke mededingingsproblemen er tevens een ander mededingingsprobleem is, namelijk het ontbreken van een WBT-aanbod via glasvezel. Alleen middels WBT via glasvezel is het volgens deze marktpartijen voor andere partijen dan KPN mogelijk om een landelijk *retail*aanbod van telecommunicatiediensten op basis van glasvezel aan te bieden. Volgens deze marktpartijen is namelijk vooraf niet vast te stellen dat ODF-toegang in alle gebieden door deze marktpartijen zal worden afgenomen. Landelijke dekking zou echter wel van belang zijn voor een winstgevende business case, aldus marktpartijen.

204. Als gevolg van de aan de concentratie verbonden voorwaarden worden de mogelijke mededingingsproblemen weggenomen. Door de remedies kunnen concurrenten van KPN ODF-toegang afnemen en een concurrerend WBT-aanbod in de markt zetten. De G.O. zal zelf slechts in zeer beperkte mate actief zijn op de markt voor WBT (zie punt 92).

205. Gezien het bovenstaande ontstaan er *als gevolg* van de concentratie geen mededingingsproblemen op de markt voor WBT en zal er geen rekening gehouden worden met mogelijke mededingingsbezwaren op het gebied van WBT.

(3c.2) Onnodig bundelen

206. Diverse marktpartijen hebben aangegeven dat ODF-backhaul als een bij ODF-toegang bijbehorende faciliteit wordt aangeboden en dat derhalve sprake is van onnodige bundeling.

207. Daarnaast heeft een aantal marktpartijen opgemerkt dat de G.O. in een aantal gevallen ODF-afnemers verplicht een hoeveelheid af te nemen die groter is dan de door deze partijen benodigde hoeveelheid om ODF-toegang te kunnen afnemen. Het gaat hierbij onder andere om (i) het afnemen van zes *footprints* in de collocatieruimte, (ii) het afnemen van een vezelpaar in plaats van een enkele vezel tussen de *area pop* en de eindgebruikerslocatie en (iii) het afnemen van 28 vezelparen voor ODF-*backhaul*. Volgens deze marktpartijen is hier sprake van een vorm van onnodige bundeling omdat zij niet van de volledige capaciteit van de aangeboden diensten gebruikmaken.

208. In het door partijen ingediende voorstel is vastgesteld dat de G.O. geen netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten onnodig mag bundelen (zie artikel 8.i van het

voorstel), om te voorkomen dat de afnemer van ontbundelde toegang tot glasvezel moet betalen voor onderdelen of faciliteiten van het netwerk die voor hen niet nodig zijn om de beoogde toegang af te nemen.

209. Dit betekent dat de G.O. de dienstverlening ontbundeld, in een aantal dienstelementen met een separaat tarief, moet aanbieden. Hiermee wordt de afnemer van ontbundelde toegang in staat gesteld een keuze te maken of hij deze onderdelen van de dienst inkoopt bij de aanbieder van ontbundelde toegang, bij een derde partij of zelf in de dienst voorziet, en hoeft hij daardoor geen onnodige capaciteit af te nemen.

210. In de toelichting bij artikel 8.i van het voorstel is aangegeven dat de afnemer in staat gesteld wordt een keuze te maken om diensten met aparte tarieven af te nemen bij de G.O. of bij derden. Partijen geven expliciet aan dat er een apart tarief gehanteerd wordt voor ODF-*backhaul*. ODF-afnemers zijn dus niet verplicht om deze dienst af te nemen van de G.O. Zij kunnen deze dienst zelf verzorgen of inkopen bij derden. Er is dan ook geen sprake van onnodige bundeling van ODF-toegang en ODF-*backhaul* zoals marktpartijen hebben gesuggereerd.

211. Wat betreft de overige aspecten die marktpartijen hebben opgemerkt (zie punt 207) stelt de Raad dat partijen zich middels het remedievoorstel committeren aan een ODF-toegangsverplichting, waarbij non-discriminatie en het niet hanteren van excessieve tarieven, dan wel tarieven die tot een mogelijke *price squeeze* kunnen leiden, als uitgangspunten gelden.

212. De Raad benadrukt dat de algemene principes van de remedie (non-discriminatie, toegangsverplichting, verbod op onnodig bundelen, verbod op excessieve tarieven) van toepassing zijn op alle aspecten van de ODF-overeenkomst. Als de G.O. in de toekomst desalniettemin bepaalde faciliteiten onnodig zou bundelen, dan wel als er sprake zou zijn van het verlenen van toegang op een discriminatoire wijze dan is de Raad van mening dat de handhavingprocedure waarin het remedievoorstel voorziet (zie artikel 16 t/m 20 van het voorstel) voldoende waarborging biedt om mogelijke overtredingen van de bepalingen van het voorstel, waaronder het niet verlenen van toegang op een non-discriminatoire wijze en het onnodig bundelen, ongedaan te kunnen maken. Gelet op dit handhavingmechanisme, en de rol van OPTA als sectorspecifieke toezichthouder, acht de Raad het niet noodzakelijk om op dit moment nader in te gaan op de beoordeling van bovenstaande specifieke gevallen, maar zal zij deze beoordelen op het moment dat een verzoek om handhaving wordt ontvangen.

(3c.3) Uitsluiting van aanbieders met een grotendeels kabelaansluitnetwerk

213. In het voorstel van partijen dat is onderworpen aan de markttest was opgenomen dat de toegangsverplichting niet van toepassing is op aanbieders die beschikken over een grotendeels kabelaansluitnetwerk (hierna: kabelmaatschappijen). Ook waren groepsmaatschappijen van

aanbieders die beschikken over een grotendeels kabelaanluitnetwerk uitgesloten van de toegangsverplichting.

214. Diverse marktpartijen hebben aangegeven dat zij bezwaren hebben tegen deze uitsluiting van de toegangsverplichting. Volgens deze marktpartijen leidt het bovenstaande per definitie tot discriminatie van (potentiële) ODF-afnemers, waardoor de mededinging significant beperkt zou kunnen worden, en bestaat er geen objectieve rechtvaardiging voor deze uitsluiting.

215. Als gevolg van deze reactie is het remedievoorstel door partijen aangepast. In het aangepaste voorstel worden kabelmaatschappijen niet meer op voorhand uitgesloten van ODF-toegang.

216. Bij de beoordeling van het naleven van de aan dit besluit verbonden voorwaarden op het gebied van de toegangsverplichting zal de Raad beoordelen of sprake is van een 'redelijk verzoek om toegang'. Een verzoek tot ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten tot het aansluitnetwerk van de G.O. door een Infrastructuurconcurrent¹⁰⁹ zal minder snel als redelijk worden beschouwd, indien dit een verzoek om toegang in het eigen verzorgingsgebied van de Infrastructuurconcurrent betreft.

217. Ontbundelde toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk van de G.O. door Infrastructuurconcurrenten, in het eigen verzorgingsgebied van de Infrastructuurconcurrent, kan versturende effecten op het concurrentieproces hebben. Wanneer Infrastructuurconcurrenten mogelijk toegang zouden krijgen tot het glasvezelnetwerk van de G.O. hebben zij mogelijk een verminderde prikkel om te investeren in de eigen infrastructuur. Hierdoor zou op termijn de infrastructuurconcurrentie beperkt kunnen worden

218. Het niet verstrekken van informatie zoals bedoeld in artikel 3 van het remedievoorstel aan een Infrastructuurconcurrent in zijn eigen verzorgingsgebied, vindt zijn rechtvaardiging eveneens in het bevorderen van infrastructuurconcurrentie. Deze informatie zouden deze concurrenten kunnen gebruiken om een informatievoorsprong te verkrijgen in gebieden waar het glasvezelnetwerk van de G.O. uitgerold zal worden en waar deze speler reeds actief is. Dit zou de effectiviteit van de uitrol van het glasvezelnetwerk kunnen verminderen.

(3c.4) Referentieaanbod

219. Een aantal partijen heeft bezwaren naar voren gebracht met betrekking tot een aantal elementen van de ODF-overeenkomst. Het gaat dan bijvoorbeeld om de boeteclausules bij het niet naleven van overeengekomen serviceniveaus.

¹⁰⁹ Zie definitie van infrastructuurconcurrent in het remedievoorstel van partijen.

220. In navolging van het dictum van het Marktanalysebesluit Ontbundelde toegang, d.d. 19 december 2008 van OPTA moet de G.O. binnen 30 dagen na de inwerkingtreding van het ULL-marktanalysebesluit een referentieaanbod doen dat voldoet aan de voorwaarden van artikel 13 van het remedievoorstel. Volgens artikel 13.t van het remedievoorstel zal het referentieaanbod een boetebeding bevatten. In het referentieaanbod zal tevens ingegaan worden op de punten uit artikel 13 van het remedievoorstel die nog niet zijn opgenomen in de als bijlage bij dit besluit opgenomen ODF-overeenkomst. Het gehele referentieaanbod zal getoetst worden aan alle voorwaarden uit het remedievoorstel.

(4) *Conclusie*

221. Onder de voorwaarden zoals beschreven in dit hoofdstuk en opgenomen in bijlage 1 bij dit besluit is de Raad, mede gezien de reacties van marktpartijen en de mondelinge en schriftelijke toelichting van partijen, alsmede hun reactie op de reacties van marktpartijen, van mening dat er geen reden is om aan te nemen dat als gevolg van onderhavige concentratie de daadwerkelijke mededinging zou kunnen worden belemmerd, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie.

VII. ZIENSWIJZE OPTA

222. Op 19 december 2008 heeft OPTA aan de NMa een zienswijze gegeven betreffende de onderhavige zaak.

223. OPTA geeft aan de conclusie van de NMa te delen, dat onder de voorwaarden die de NMa in haar besluit heeft opgenomen en met inachtneming van de door KPN en Reggefiber aangeboden remedies, er geen reden is om aan te nemen dat als gevolg van de onderhavige concentratie de daadwerkelijke mededinging zou kunnen worden belemmerd, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie,

224. OPTA heeft verder in haar zienswijze aangegeven dat zij de door de NMa geconstateerde mogelijke mededingingsproblemen onderschrijft. OPTA acht de door KPN en Reggefiber ingediende remedies passend om deze door de NMa geconstateerde mogelijke mededingingsproblemen weg te nemen. OPTA benadrukt dat deze remedies nauw aansluiten bij het door het college op 19 december 2008 gepubliceerde Marktanalysebesluit Ontbundelde Toegang op *Wholesale*-niveau.

225. OPTA stelt eveneens dat het tariefvoorstel dat onderdeel is van de remedie door de NMa is beoordeeld aan de hand van de Beleidsregels tariefregulering ontbundelde glastoegang, die eveneens op 19 december 2008 door OPTA in definitieve vorm worden gepubliceerd. Evenals de

NMa is OPTA van oordeel dat met deze beleidsregels de tariefprincipes zijn gedefinieerd die relevant zijn voor de onderhavige tariefbeoordeling.

226. Tenslotte merkt OPTA op dat in de situatie waarin OPTA op basis van hoofdstuk 6A Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde besluiten bevoegd is tot handhaving van verplichtingen van de G.O. tot het verlenen van ODF-access, en waarin sprake is van samenloop van bevoegdheden in de zin van het tussen OPTA en de NMa overeengekomen samenwerkingsprotocol¹¹⁰, de NMa eventueel ingediende verzoeken tot handhaving van de remedies doorverwijzen naar OPTA en zal OPTA deze verzoeken beoordelen op grond van haar bevoegdheden. Dit is tevens vastgesteld in het remedievoorstel van partijen.

¹¹⁰ Samenwerkingsprotocol OPTA-NMa, 24 juni 2004

VIII. CONCLUSE

227. Na onderzoek van deze melding stelt de Raad vast dat de gemelde concentratie binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht valt.

228. De Raad heeft geen reden om aan te nemen dat de concentratie, onder de voorwaarden zoals beschreven in hoofdstuk VI en in bijlage 1, de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie.

229. Gelet op het bovenstaande deelt de Raad mede dat voor het tot stand brengen van de concentratie waarop de melding betrekking heeft geen vergunning is vereist, onder de voorwaarden zoals beschreven in hoofdstuk VI van dit besluit en in bijlage 1 bij dit besluit.

Datum: 19 december 2008

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 BIJBESLUIT 6397/ KPN- REGGEFIBER: REMEDIEVOORSTEL PARTIJEN

In het navolgende wordt het remedievoorstel van partijen van 19 december 2008 weergegeven. Deze tekst maakt integraal onderdeel uit van de aan dit besluit verbonden voorwaarden.

* * *

Hieronder wordt een voorstel gedaan voor een remedie die op voorhand tegemoet komt aan de door de NMa gesignaleerde mogelijke mededingingsbezwaren in zaak 6397/ KPN - Reggefiber. De toelichting bij de bepalingen van dit remedievoorstel en de als bijlage aangehechte ODF-overeenkomst en bijbehorende annexen worden geacht integraal onderdeel uit te maken van dit voorstel.

Functionele en operationele scheiding

1. De Gemeenschappelijke Onderneming zal operationeel en functioneel gescheiden blijven van KPN en haar systemen, behalve voor zover KPN optreedt als afnemer van de Gemeenschappelijke Onderneming. Operationele scheiding betekent dat de Gemeenschappelijke Onderneming zal beschikken over haar eigen infrastructuur, automatiseringssystemen en kantoorruimtes en dat zij als zelfstandige onderneming zal deelnemen aan het economische verkeer, zonder betrokkenheid van haar aandeelhouders bij de dagelijkse gang van zaken. Functionele scheiding betekent dat werknemers van de Gemeenschappelijke Onderneming niet tevens werkzaam zullen zijn bij KPN.
2. KPN heeft geen betrokkenheid bij de dagelijkse gang van zaken binnen de Gemeenschappelijke Onderneming. In het bijzonder worden de onderhandelingen met (Potentiële) ODF-afnemers over ODF-toegang gevoerd door of namens de directie van de Gemeenschappelijke Onderneming, zonder enige betrokkenheid van KPN. KPN krijgt als aandeelhouder van de Gemeenschappelijke Onderneming ook geen inzicht in de identiteit van de partijen waarmee de Gemeenschappelijke Onderneming een Overeenkomst inzake ODF-toegang of een Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst wil sluiten. KPN krijgt op dezelfde wijze als andere (Potentiële) ODF-afnemers inzicht in de reeds door de Gemeenschappelijke Onderneming gesloten Gebiedsspecifieke locatieovereenkomsten.

Toelichting

De hierboven genoemde maatregelen zijn erop gericht om te verzekeren dat de Gemeenschappelijke Onderneming voldoende op afstand staat van KPN.

De operationele scheiding tussen KPN en de Gemeenschappelijke Onderneming vloeit bovendien voort uit de opzet van de joint venture als Gemeenschappelijke Onderneming die op duurzame wijze alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, hetgeen met zich brengt dat zij een eigen bedrijfsvoering heeft, over

eigen bedrijfsmiddelen (materiële en immateriële activa, financiële middelen, etc.) beschikt en niet duurzaam afhankelijk is van haar moedermaatschappijen. De eis van zelfstandigheid brengt ook met zich mee dat de Gemeenschappelijke Onderneming over een gescheiden boekhouding en een eigen kantoor beschikt.

De betrokkenheid van KPN bij de Gemeenschappelijke Onderneming is beperkt tot haar rol als aandeelhouder met de bevoegdheid om leden van de raad van commissarissen voor te dragen en vetorechten uit te oefenen inzake bepaalde in de statuten en Overeenkomst inzake ODF-toegang nauwkeurig omschreven bestuursbesluiten. Het is niet mogelijk om op voorhand een limitatieve opsomming te geven van de onderwerpen die in deze organen van de Gemeenschappelijke Onderneming aan de orde zullen komen. Uit de regels van het vennootschapsrecht vloeit echter voort dat commissarissen en aandeelhouders een eigen rol hebben en zich niet rechtstreeks zullen mengen in het dagelijks bestuur van een onderneming. Dit gegeven, in combinatie met de specifieke voorschriften inzake operationele en functionele afscheiding, geeft (Potentiële) ODF-Afnemers de garantie dat de positie van KPN als aandeelhouder van de Gemeenschappelijke Onderneming geen schade zal toebrengen aan hun concurrentiepositie.

(Potentiële) ODF-afnemers moeten kunnen controleren of de voorwaarden van een Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst materieel gelijk zijn aan de voorwaarden waaronder zijzelf in dat gebied een overeenkomst hebben gesloten. Dit geldt voor KPN evenzeer als voor andere afnemers van ODF-toegang. Dit is aan het slot van dit artikel bepaald. Deze Gebiedsspecifieke locatieovereenkomsten worden op de manier beschreven onder 3 gepubliceerd.

ODF-toegang

Informatieverstrekking

3. De Gemeenschappelijke Onderneming zal via een speciaal daartoe ontwikkelde website, dan wel op vergelijkbare wijze, ten minste de volgende informatie verstrekken:
 - a. het aantal FTTH-aansluitingen dat de Gemeenschappelijke Onderneming conform haar jaarplan van plan is gedurende de relevante periode van één jaar te realiseren, inclusief indien beschikbaar een prognose van de gebieden waarin zij deze aansluitingen verwacht te realiseren, en indien beschikbaar een prognose van deze informatie met betrekking tot de twee daarop volgende jaren voor zover en zodra het bestuur van de Gemeenschappelijke Onderneming hierover een besluit heeft genomen.
 - b. iedere Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst die de Gemeenschappelijke Onderneming heeft afgesloten, voor zover een dergelijke overeenkomst afwijkt van de reeds eerder afgesloten Gebiedsspecifieke locatieovereenkomsten. Alle vertrouwelijke informatie over de contractspartijen inclusief de identiteit van de ODF-afnemer zal de Gemeenschappelijke Onderneming verwijderen vóór publicatie in overleg met de betreffende ODF-afnemer.
 - c. een uitnodiging aan ODF-afnemers om een Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst te sluiten betreffende het gebied waar FTTH-aansluitingen zullen worden uitgerold,

tezamen met een concept van een dergelijke overeenkomst, waarin ten minste de volgende details worden vermeld: (1) een aanduiding van het gebied waar FTTH-aansluitingen zullen worden uitgerold, (2) het maximaal aantal te realiseren huisaansluitingen in dat gebied, (3) het te hanteren aanlegmodel (Voorraadvorming of Vraagbundeling), (4) het aantal aan te leggen koppelpunten (area-pops), (5) de locatie van de city-pop, (6) de globale uitrolplanning, en (7) een indicatie van het capexgebied/ de tarieven voor ODF-toegang die bij aanvang van toepassing zullen zijn.

Indien binnen een aansluitgebied is gekozen voor Voorraadvorming en de Gemeenschappelijke Onderneming een Aanneemovereenkomst heeft gesloten met de aannemer die de uitrol van FTTH-aansluitingen zal realiseren, zal zij de onder (1) tot en met (7) genoemde informatie onverwijld maar uiterlijk binnen een week na het sluiten van de Aanneemovereenkomst aan alle ODF-afnemers verstrekken.

Indien de Gemeenschappelijke Onderneming met een ODF-afnemer is overeengekomen dat deze Vraagbundeling binnen een aansluitgebied zal starten, zal zij alle andere ODF-afnemers uitnodigen om binnen dat aansluitgebied een vraagbundelingstraject te starten en hen samen met die uitnodiging de onder (1) tot en met (7) genoemde informatie verstrekken, een en ander onverwijld maar uiterlijk binnen een week nadat schriftelijk met deze ODF-afnemer is overeengekomen dat deze Vraagbundeling zal starten.

Toelichting

Deze bepaling is een uitwerking van het beginsel dat de Gemeenschappelijke Onderneming voldoende informatie moet bieden aan ODF-afnemers om deze in staat te stellen te beslissen of zij toegang willen krijgen tot het glasvezelaansluitnetwerk in een bepaald gebied. In het kader van Voorraadvorming geldt dat deze vraag zich pas voordoet als zeker is dat de Gemeenschappelijke Onderneming in een bepaald aansluitgebied een glasvezelaansluitnetwerk zal uitrollen. Daarom is voor dit geval bepaald dat een uitnodiging aan ODF-afnemers wordt gestuurd om binnen dit aansluitgebied toegang af te nemen, nadat een Aanneemovereenkomst is gesloten (want vanaf dat moment bestaat voldoende zekerheid over de uitrol van het glasvezelaansluitnetwerk in dat gebied). In het kader van Vraagbundeling geldt dat een uitnodiging wordt gestuurd aan ODF-afnemers om een vraagbundelingstraject op te starten nadat schriftelijk is overeengekomen tussen de Gemeenschappelijke Onderneming en een ODF-afnemer dat deze binnen een bepaald aansluitgebied Vraagbundeling zal starten. De bedoeling van de onder 3.c genoemde informatie is om ODF-afnemers de informatie te geven die redelijkerwijs noodzakelijk is om een Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst te sluiten.

Voordat een aanneemovereenkomst kan worden gesloten, worden al diverse stappen gezet. Zo zal de Gemeenschappelijke Onderneming pas een dergelijke overeenkomst kunnen sluiten, indien zij voldoende zekerheid heeft dat het aan te leggen net economisch rendabel is. In het geval van Vraagbundeling zal zij mogelijk met KPN en/ of andere ODF-afnemers afspraken maken over een volume van door hen af te nemen aantal verbindingen. Opgemerkt moet worden dat KPN niet per definitie in

elke plaats in Nederland voldoende zekerheid over afname zal geven. Het verkrijgen van zekerheid door de actieve operator vindt overigens buiten de Gemeenschappelijke Onderneming plaats.

De uiterlijke termijn van een week is opgenomen om een duidelijke deadline te stellen waarbinnen ODF-afnemers moeten worden geïnformeerd. Gelet op het feit dat het doorgaans ten minste negen maanden duurt voordat het glasvezelaansluitnetwerk is uitgerold, hebben de ODF-afnemers na deze week overigens nog voldoende tijd om toegang tot het netwerk te verkrijgen. Daarmee is derhalve uitgesloten dat zij ten opzichte van KPN op achterstand worden geplaatst.

4. De onder 3 bedoelde informatie zal toegankelijk zijn voor alle ODF-afnemers. Voor een Infrastructuurconcurrent zal de Gemeenschappelijke Onderneming slechts die informatie uit punt 3 verstrekken die niet het aansluitgebied betreft waarin de Infrastructuurconcurrent met haar eigen aansluitnetwerk actief is. ODF-afnemers zijn Potentiële ODF-afnemers die een Overeenkomst inzake ODF-toegang met de Gemeenschappelijke Onderneming overeen zijn gekomen.

Toelichting

Het doel van deze bepaling in combinatie met artikel 3 is om te verzekeren dat alle ODF-afnemers die overwegen om toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming af te nemen, over voldoende informatie beschikken om hierover een goede beslissing te kunnen nemen. De tweede volzin is bedoeld om met Potentiële ODF-afnemers die overwegen toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk af te nemen, alvast het raamwerk waaronder die toegang zal worden verleend af te spreken. Het ondertekenen van de Overeenkomst inzake ODF-toegang zal in de praktijk nog geen verplichtingen in het leven roepen voor de ondertekenaars: de Overeenkomst inzake ODF-toegang zal in de praktijk ingevuld worden door de hieronder te bespreken Gebiedsspecifieke locatieovereenkomsten. Deze eis werpt dus geen drempel op voor partijen die toegang overwegen af te nemen van het glasvezelaansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming.

Het niet verstrekken van informatie zoals bedoeld in 3 aan een Infrastructuurconcurrent in haar eigen verzorgingsgebied vindt zijn rechtvaardiging in het bevorderen van infrastructuurconcurrentie. Deze informatie zouden Infrastructuurconcurrenten kunnen gebruiken om een informatievoorsprong te verkrijgen in gebieden waar het glasvezelnetwerk van de G.O. uitgerold zal worden en waar de Infrastructuurconcurrent reeds actief is. Dit zou de effectiviteit van de uitrol van het glasvezelnetwerk kunnen verminderen.

Toegangsverplichting

5. De Gemeenschappelijke Onderneming dient te voldoen aan redelijke verzoeken tot ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten tot het aansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming. Ontbundelde toegang (gedeeld of volledig ontbundeld) ziet op toegang tot glasvezelaansluitnetwerken op het niveau van de optische verdeler (ODF-access).

Toelichting

Een verzoek tot ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten tot het aansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming door een Infrastructuurconcurrent zal minder snel als redelijk worden beschouwd, indien dit een verzoek om toegang in het eigen verzorgingsgebied betreft.

Ontbundelde toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming door Infrastructuurconcurrenten, in het eigen verzorgingsgebied van de Infrastructuurconcurrent, kan versturende effecten op het concurrentieproces hebben. Wanneer Infrastructuurconcurrenten mogelijk toegang zouden krijgen tot het glasvezelnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming hebben zij mogelijk een verminderde prikkel om te investeren in de eigen infrastructuur. Hierdoor zou op termijn de infrastructuurconcurrentie die van de alternatieve infrastructuren uitgaat beperkt kunnen worden.

6. De Gemeenschappelijke Onderneming zal geen excessieve tarieven hanteren voor ODF-toegang en evenmin tarieven die leiden tot een price squeeze. Bij beslissingen in geschillen over vermeende, door de Gemeenschappelijke Onderneming gehanteerde, excessieve tarieven dan wel tarieven die leiden tot een price squeeze, zijn voor de NMa bij haar handhaving als omschreven in artikel 16, de Beleidsregels Tariefregulering ontbundelde glastoegang van OPTA in het kader van het Marktanalysebesluit ontbundelde toegang op Wholesale niveau (OPTA/ AM/ 2008/ 201535) bepalend. Deze Beleidsregels blijven ook bepalend voor de Gemeenschappelijke Onderneming als voornoemd Marktanalysebesluit zou worden vernietigd of anderszids haar gelding verliest.

Toelichting

Op basis van artikel 11.1 van de Overeenkomst inzake ODF-toegang, zoals aangehecht, is een ODF-afnemer op grond van de gesloten Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst vergoedingen verschuldigd volgens de tarieven die zijn omschreven in de annex Tariefbijlagen.

In artikel 4 van de Annex Tariefbijlagen bij de Overeenkomst inzake ODF-toegang staat dat de Gemeenschappelijke Onderneming tarieven hanteert tussen EUR 12,00 en EUR 15,00, afhankelijk van het gebiedstype (in artikel 4 worden vijf gebiedstypen onderscheid op basis van de gemiddelde capex van een Home Connected: de zogenoemde vijf capexgebieden). Voor aanpassingen geldt op basis van artikel 4 van de Annex Tariefbijlagen voor deze vijf capexgebieden een tariefplafond, dat ligt tussen EUR 14,50 en EUR 17,50, jaarlijks aan te passen met maximaal de verandering in de CPI index.

Voorts moet de vermeende excessiviteit dan wel price squeeze van de tarieven worden vastgesteld aan de hand van de Beleidsregels Tariefregulering ontbundelde glastoegang van OPTA in het kader van het Marktanalysebesluit ontbundelde toegang op Wholesale niveau (OPTA/ AM/ 2008/ 201535). Deze Beleidsregels zijn tot stand gekomen in onderlinge samenspraak van OPTA en NMa.

Deze Beleidsregels blijven ook bepalend als voornoemd Marktanalysebesluit zou worden vernietigd of anderszids haar gelding verliest. Hierbij kan worden gedacht aan een succesvol beroep tegen het marktanalysebesluit bij het College van Beroep voor

het Bedrijfsleven, maar ook aan een veto van de Europese Commissie in het kader van de notificatie van het Marktanalysebesluit of een gehele of gedeeltelijke aanpassing van het marktanalysebesluit door OPTA als gevolg van deze notificatie.

7. De Gemeenschappelijke Onderneming dient in verband met de onder artikel 5 genoemde toegangsverplichting:
 - a. ODF-afnemers toegang te verlenen tot die netwerkelementen of faciliteiten die noodzakelijk zijn voor het afnemen van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk teneinde elektronische communicatiediensten aan te kunnen bieden.
 - b. ODF-afnemers die bijbehorende diensten en faciliteiten te bieden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de levering van elektronische communicatiediensten op basis van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming. Het gaat hierbij in elk geval om de volgende diensten en faciliteiten.
 - i. Collocatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten (inclusief gedeeld gebruik van kabelgoten of gebouwen);
 - ii. Open toegang tot technische interfaces, protocollen of andere kerntechnologieën die onmisbaar zijn voor de interoperabiliteit;
 - iii. Toegang tot operationele ondersteuningssystemen of vergelijkbare softwaresystemen die nodig zijn om eerlijke concurrentie bij het aanbieden van elektronische communicatiediensten te waarborgen.
 - iv. Toegang tot de bijbehorende faciliteiten van de netwerkelementen (waaronder ODF-backhaul).
 - v. Toegang tot near-net aansluitingen ten behoeve van ODF-access.
 - c. Reeds verleende toegang tot faciliteiten niet in te trekken, tenzij voortgezette verlening van toegang redelijkerwijs niet van de Gemeenschappelijke Onderneming mag worden verlangd
 - d. Te goeder trouw te onderhandelen met (Potentiële) ODF-afnemers die verzoeken om toegang.
8. De Gemeenschappelijke Onderneming verbindt de volgende voorschriften betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit aan de in artikel 5 bedoelde toegangsverplichting:
 - a. De Gemeenschappelijke Onderneming dient informatie die een (Potentiële) ODF-afnemer nodig heeft om een voldoende gespecificeerd verzoek om ontbundelde toegang of toegang tot bijbehorende faciliteiten te kunnen doen, desgevraagd tijdig en volledig te verstrekken.
 - b. De Gemeenschappelijke Onderneming dient verzoeken om ontbundelde toegang en toegang tot bijbehorende diensten en faciliteiten tijdig en adequaat in behandeling te nemen en zo nodig met de (Potentiële) ODF-afnemer te bespreken. Een reactie op het verzoek om toegang dient binnen een redelijke termijn aan de om toegang verzoekende partij verstrekt te worden. Een termijn van twee weken wordt in beginsel als redelijke termijn beschouwd voor een reactie.

- c. Levering van ontbundelde toegang en toegang tot bijbehorende faciliteiten door de Gemeenschappelijke Onderneming dient zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is te geschieden. Voor de levering van collocatiefaciliteiten dient een redelijke termijn te worden gehanteerd. Uitgangspunt voor de door de Gemeenschappelijke Onderneming in acht te nemen serviceniveaus is de gelijke behandeling van interne en externe leveringen in het kader van de non-discriminatieverplichting.
- d. De Gemeenschappelijke Onderneming mag geen onredelijke voorwaarden verbinden aan het verlenen van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.
- e. De Gemeenschappelijke Onderneming dient een procedure op te stellen voor het behandelen van verzoeken om nieuwe vormen van ontbundelde toegang of bijbehorende faciliteiten en deze in haar referentieaanbod op te nemen. In deze procedure moet onder meer opgenomen zijn:
 - i. dat binnen een redelijke termijn gereageerd wordt op een verzoek om toegang;
 - ii. dat de Gemeenschappelijke Onderneming, indien een verzoek onvoldoende gespecificeerd is, aangeeft op welke punten een verzoek aangevuld dient te worden;
 - iii. dat de Gemeenschappelijke Onderneming ook dient te voldoen aan redelijke verzoeken om vormen van ontbundelde toegang die KPN niet voor haar eigen (retail) dienstverlening gebruikt;
 - iv. dat de Gemeenschappelijke Onderneming een naar haar oordeel niet-redelijk verzoek, gemotiveerd afwijst waarbij zij aangeeft op welke wijze sprake is van technische onhaalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven; en
 - v. op welke wijze de Gemeenschappelijke Onderneming in onderhandeling treedt met een partij indien er nadere afspraken gemaakt dienen te worden over de gevraagde vorm van toegang.
- f. De Gemeenschappelijke Onderneming mag geen gebruiksbeperkingen opleggen indien daarvoor geen objectiveerbare redenen zijn.
- g. De Gemeenschappelijke Onderneming dient kenbare technische standaarden te hanteren ten aanzien van het netwerk en/of de toegangsdienst en bijbehorende faciliteiten.
- h. De Gemeenschappelijke Onderneming dient een redelijke kwaliteit van dienstverlening te leveren, inclusief redelijke leveringstermijnen. De Gemeenschappelijke Onderneming dient in elk geval een minimum kwaliteit te garanderen aan de hand van serviceniveaus voor bestelling, levering, exploitatie en onderhoud van diensten. Dit houdt in het hanteren van expliciete kwaliteitsparameters inzake de te verstrekken diensten, een resultaatverplichting voor de minimum serviceniveaus en een hieraan gekoppeld boetebeding in geval van niet-nakoming van de gestelde kwaliteitsniveaus.
- i. De Gemeenschappelijke Onderneming mag geen netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten onnodig bundelen teneinde te voorkomen dat afnemers

moeten betalen voor onderdelen of faciliteiten van het netwerk die niet nodig zijn om de beoogde toegang af te nemen.

- j. De Gemeenschappelijke Onderneming dient ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten zodanig te ontwerpen dat de gezamenlijke kosten voor het verlenen van de toegang en bijbehorende faciliteiten en het gebruik van deze diensten zo laag mogelijk zijn. Toegang en bijbehorende faciliteiten mogen niet zodanig ontworpen zijn dat feitelijke beschikbaarheid en effectief gebruik ervan wordt belemmerd.
- k. De Gemeenschappelijke Onderneming mag informatie die zij ten behoeve van het verlenen van toegang verkrijgt slechts gebruiken voor dat doel en niet voor andere doeleinden.

Toelichting bij paragraaf 8(i)

De Gemeenschappelijke Onderneming zal de dienstverlening ontbundeld in een aantal dienstelementen, met een separaat tarief, aanbieden. Zo zal er onderscheid gemaakt worden in een tarief per lijn, een tarief voor collocatie (toegang tot de zogenaamde area-pop of city-pop) en een tarief voor ODF-backhaul. Voordeel hiervan is dat er een betere kostencausaliteit in de tarieven wordt gebracht. Hiermee wordt de ODF-afnemer in staat gesteld een keuze te maken of hij deze onderdelen van de dienst inkoopt bij de Gemeenschappelijke Onderneming, bij een derde partij of zelf in de dienst voorziet; de ODF-afnemer wordt hierdoor in staat gesteld een make-or-buy beslissing te maken.

Bij het ontbundelen van diensten dient echter wel naar de kostenstructuur van de verschillende onderdelen van de dienst te worden gekeken. Met name voor faciliteiten zoals collocatie en backhaul geldt dat de uitgaven voor de aanleg voor één partij niet wezenlijk hoeven af te wijken van de uitgaven wanneer meerdere partijen dezelfde faciliteit afnemen. Wanneer zich slechts één partij meldt die op een bepaalde locatie bijvoorbeeld collocatiefaciliteiten wil afnemen is het niet redelijk wanneer deze partij uitsluitend naar rato van het aantal afgenomen footprints betaalt. Immers, de uitgaven voor het creëren van footprints zijn verre van recht evenredig met het aantal gerealiseerde footprints. Het bouwen van collocatieruimte voor één footprint is niet wezenlijk goedkoper dan het bouwen van collocatieruimte voor twee footprints. Wanneer er bijvoorbeeld ruimte voor vier footprints wordt gecreëerd, en een afnemer wil slechts één footprint afnemen terwijl de kans groot is dat de overige drie footprints niet zullen worden afgenomen, geldt dat de aanbieder van de faciliteiten blijft zitten met ongedekte kosten (namelijk voor de drie niet-afgenomen footprints). Een vergelijkbare redenering geldt bijvoorbeeld voor backhaulcapaciteit. De NMa zal derhalve bij het beoordelen van de vereiste mate van ontbundeling rekening houden met de noodzaak voor de aanbieder van dergelijke faciliteiten om zijn eenmalige en terugkerende uitgaven te kunnen dekken.

9. De Gemeenschappelijke Onderneming verleent, op redelijk verzoek van ODF-afnemers die een Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst hebben gesloten, toegang tot city-pops en/ of area-pops van het glasvezelaansluitnetwerk in het aansluitgebied waar deze Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst op ziet, aan aanbieders van Backhaulverbindingen die door deze ODF-afnemers zijn geselecteerd. Daarbij zal zij die aanbieders van Backhaulverbindingen op dezelfde non-discriminatoire voorwaarden toegang verlenen als zij

toegang heeft verleend aan ondernemingen binnen de groep van een van de moeders van de Gemeenschappelijke Onderneming.

Toelichting

Deze bepaling is erop gericht om niet alleen toegang aan de “voorkant” voor ODF-afnemers te verzekeren, maar ook zeker te stellen dat zij (ODF-afnemers) aan de “achterkant” van city-pops en/of area-pops kunnen interconnecteren met de zogenaamde Backhaulverbindingen van concurrenten van KPN en Eurofiber. Het probleem dat hiermee wordt ondervangen is dat ODF-afnemers in de praktijk hun verkeer niet zouden kunnen routeren over Backhaulverbindingen.

Bij de beoordeling van de redelijkheid van een verzoek in de zin van bovengenoemd artikel zal rekening worden gehouden met de technische haalbaarheid, de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven (cf. art. 8.e.iv remedievoorstel) en de operationele mogelijkheid om aan dat verzoek te voldoen. De Gemeenschappelijke onderneming kan aan alternatieve aanbieders van ODF-backhaul slechts toegang bieden tot de area-pop als er voldoende ruimte beschikbaar is in de betreffende area-pop en er geen overige omstandigheden bestaan waardoor het voldoen aan het verzoek niet redelijkerwijs mogelijk is. De nu reeds bestaande en geplande area-pops zijn vanwege aspecten die samenhangen met ruimtelijke ordening (vergunningvoorschriften, voorkomen van hinder, ruimtegebrek) zo klein mogelijk gepland en bieden daardoor ten tijde van het opstellen van dit remedievoorstel slechts plaats voor ODF-backhaul verbindingen van de Gemeenschappelijke Onderneming. Daarnaast bestaan er operationele redenen waarom de verbinding tussen de area-pop en city-pop door de Gemeenschappelijke Onderneming wordt aangeboden. Bij de tarifiering zal rekening worden gehouden met de lokale omstandigheden van het geval.

Non-discriminatieverplichting

10. De Gemeenschappelijke Onderneming dient ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat de Gemeenschappelijke Onderneming gelijke voorwaarden toepast bij levering aan externen als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar moedermaatschappijen, dochtermaatschappijen of haar partnerondernemingen. De verplichting heeft betrekking op alle voorwaarden, derhalve ook op tariefvoorwaarden.
11. De non-discriminatieverplichting heeft in ieder geval betrekking op:
 - a. De beschikbaarheid van de diensten en netwerken;
 - b. De onderhoudsperioden;
 - c. De hersteltijden in geval van storingen;
 - d. Het proces van ordering en levering;
 - e. Het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten;
 - f. Het proces van informatieverstrekking;
 - g. De kwaliteit van dienstverlening.

12. De non-discriminatieverplichting staat in beginsel niet in de weg aan enige vorm van tariefdifferentiatie zolang de concurrentievoorwaarden daardoor niet negatief beïnvloed worden en de marges van de wholesale afnemers op de downstreammarkten niet worden uitgehoud. Tariefdifferentiatie is slechts toegestaan voor zover de kortingen een door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel weerspiegelen. De Gemeenschappelijke Onderneming dient ten aanzien van de tariefdifferentiatie de volgende gedragsregels na te leven.
- a. selectieve prijszonderbieding is verboden: producten of diensten mogen niet tegen gedifferentieerde voorwaarden aan wholesale-afnemers met eenzelfde of vergelijkbaar vraagprofiel worden geleverd;
 - b. getrouwheidskortingen zijn verboden. Dit betekent bijvoorbeeld dat tariefdifferentiatie waarbij in de tariefstructuur een mechanisme is ingebouwd op grond waarvan een afnemer minder snel geneigd is om voor één of meerdere wholesalediensten (tezamen) over te stappen naar een andere aanbieder, niet is toegestaan;
 - c. tariefdifferentiatie op basis van het vraagprofiel is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers. Differentiatie op basis van aantoonbare onderliggende kostenvoordelen is ook geoorloofd;
 - d. tariefdifferentiatie op basis van geografische omstandigheden is slechts toegestaan mits voldaan wordt aan de volgende voorwaarden: 1) de differentiatie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria, 2) logisch en consistent zijn opgebouwd en 3) niet gericht zijn op het bevoordelen van specifieke wholesale-afnemers, maar op een voldoende grote groep wholesale-afnemers;
 - e. tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat de Gemeenschappelijke Onderneming haar eigen downstream-bedrijf of het downstream-bedrijf van een van haar moeders (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesaletarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-utholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.

Transparantieplichting en het referentieaanbod

13. De Overeenkomst inzake ODF-toegang dient tenminste de hieronder opgesomde punten te bevatten.

Voorwaarden voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk

- a. Netwerkelementen waartoe toegang wordt geboden, in het bijzonder de volgende elementen:

- i. Toegang tot aansluitnetwerken (zie art. 3.9 ODF-overeenkomst)
 - ii. Toegang tot near-net aansluitingen ten behoeve van ODF-access.
- b. Informatie over de plaatsen van de fysieke aansluitpunten (zie art. 2.5 ODF-overeenkomst; art. 4 en bijlage 3 locatie-overeenkomst), beschikbaarheid, van aansluitnetwerken op bepaalde delen van het toegangsnet (zie art. 3.1 ODF-overeenkomst; Annex dienstbeschrijvingen).
- c. Technische voorwaarden die verband houden met toegang tot en gebruik van aansluitnetwerken, met inbegrip van de technische kenmerken van het aansluitnet (zie art. 3.2 ODF-overeenkomst; Annex technische beschrijvingen).
- d. Procedures voor het bestellen en verstrekken (zie artt. 2.3, 2.4 en 4.7 ODF-overeenkomst; Annex operations en onderhoudsbeschrijvingen), gebruiksbeperkingen (zie art. 6 ODF-overeenkomst).

Collocatiediensten en bijbehorende faciliteiten

- e. Informatie over de desbetreffende plaatsen van de Gemeenschappelijke Onderneming (art. 2.5 ODF-overeenkomst; art. 4 en bijlage 3 locatie-overeenkomst).
- f. Collocatieopties op de in punt e genoemde plaatsen (met inbegrip van fysieke collocatie en in voorkomend geval collocatie op afstand en virtuele collocatie).
- g. Apparatuurkenmerken: eventuele beperkingen voor apparatuur die in collocatie kan worden geplaatst (zie art. 6.3 ODF-overeenkomst; art. 2 Annex technische beschrijvingen).
- h. Veiligheidsaspecten: door de Gemeenschappelijke Onderneming getroffen maatregelen om de veiligheid van hun locaties te waarborgen (zie art. 4.9 en 9.2 ODF-overeenkomst; Annex operations en onderhoudsbeschrijvingen).
- i. Voorwaarden voor de toegang van het personeel van ODF-afnemers (art. 9.2 ODF-overeenkomst; Annex operations en onderhoudsbeschrijvingen).
- j. Veiligheidsnormen (art. 4.9 ODF-overeenkomst; Annex operations en onderhoudsbeschrijvingen).
- k. Regels voor toewijzing van ruimte wanneer de collocatieruimte beperkt is (art. 4.8 ODF-overeenkomst; Annex dienstbeschrijvingen).
- l. Regels voor ontvangers voor de inspectie van locaties waarop fysieke collocatie mogelijk is of plaatsen waar collocatie is geweigerd in verband met ruimtegebrek.
- m. Bijbehorende faciliteiten, zoals onder andere ODF-backhaul (zie artikel 3.4 Annex dienstbeschrijvingen).

Informatiesystemen

- n. Voorwaarden voor toegang tot de operationele ondersteunende systemen, informatiesystemen of databases voor reservering, levering, bestelling, onderhouds- en herstelverzoeken en facturering van de Gemeenschappelijke Onderneming.

Leveringsvoorwaarden

- o. Termijn waarbinnen wordt gereageerd op verzoeken om diensten en faciliteiten (zie Annex operations en onderhoudsbeschrijvingen), overeenkomsten in zake het niveau van de dienst (zie art. 5.1 Annex dienstbeschrijvingen; SLA ordering en levering; SLA service en instandhouding), procedures om gebreken te verhelpen en

om terug te keren naar het gangbare niveau van dienstverlening (zie Annex operations en onderhoudsbeschrijvingen) en parameters voor de kwaliteit van de dienstverlening (zie art. 5.1 annex dienstbeschrijvingen; SLA ordering en levering; SLA service en instandhouding).

- p. Standaardcontract, indien van toepassing met inbegrip van vergoeding voor te late levering.
- q. Tarieven of tarifieringformules voor elk van bovengenoemde aspecten, functies en faciliteiten (zie art. 11.1 ODF-overeenkomst; Annex tariefbijlagen; Annex dienstbeschrijvingen).
- r. Wholesale-afnemers (zowel intern als extern) dienen tijdig en op non-discriminatoire wijze geïnformeerd te worden ten aanzien van tarieven en voorwaarden (zie art. 3.9 ODF-overeenkomst).
- s. Wholesale-afnemers moeten op basis van de inkoop van ontbundelde toegang dezelfde kwaliteitsniveaus aan eindgebruikers kunnen afgeven als KPN. Dit betekent dat de non-discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op (zie art. 3.9 ODF-overeenkomst):
 - i. de beschikbaarheid van de diensten en netwerken;
 - ii. de onderhoudsperioden;
 - iii. de hersteltijden in geval van storingen;
 - iv. het proces van ordering en levering;
 - v. het proces van aankondiging van nieuwe of gewijzigde diensten;
 - vi. het proces van informatieverstrekking.
- t. Voorstel voor boetebeding ingeval van niet voldoen aan minimum kwaliteits- en serviceniveaus.

Toelichting

Partijen hebben voor zover mogelijk aangegeven welke bepalingen in de ODF-overeenkomst en annexes de hierboven genoemde verplichtingen reflecteren. Als verwezen wordt naar een Annex is dit een Annex bij de ODF-overeenkomst, tenzij anders vermeld.

- 14. Partijen verbinden zich tot de volgende voorschriften ten aanzien van de wijze van bekendmaking van de Overeenkomst inzake ODF-toegang:
 - a. De Gemeenschappelijke Onderneming dient de Overeenkomst inzake ODF-toegang op elektronische wijze bekend te maken op haar website;
 - b. De Gemeenschappelijke Onderneming dient wijzigingen in haar wholesale-aanbod tijdig op te nemen en haar afnemers hiervan op de hoogte te stellen. Het gaat hierbij zowel om wijzigingen in de bestaande dienstverlening als introductie van nieuwe dienstverlening;
 - c. De Gemeenschappelijke Onderneming dient een afschrift van Overeenkomst inzake ODF-toegang en elke wijziging hiervan aan de NMa te verstrekken.

- d. De Gemeenschappelijke Onderneming dient nieuwe of gewijzigde diensten binnen een redelijke termijn van in beginsel minimaal 2 maanden van te voren aan afnemers bekend te maken.
15. Indien de NMa naar aanleiding van de naleving van artikel 14 lid c van het remedievoorstel van oordeel is dat het referentieaanbod niet in overeenstemming is met de in het kader van de remedievoorstel opgelegde verplichtingen, geeft het de Gemeenschappelijke Onderneming bindende aanwijzingen met betrekking tot de aan te brengen wijzigingen. Deze bevoegdheid van de NMa geldt gedurende de periode dat dit remedievoorstel van kracht is en OPTA niet bevoegd is tot handhaving van verplichtingen van de Gemeenschappelijke Onderneming tot het verlenen van ODF-toegang op grond van hoofdstuk 6A Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde besluiten.

Handhaving ingeval van klachten

16. Indien één of meer (Potentiële) ODF-afnemers menen dat de Gemeenschappelijke Onderneming handelt in strijd met paragrafen 1 tot en met 15 kunnen zij zich met deze klacht wenden tot de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa).
17. De NMa zal, voordat zij beslist over een klacht van een (Potentiële) ODF-afnemer, OPTA consulteren. Conform het Samenwerkingsprotocol tussen het college van de OPTA en de directeur-generaal van de NMa van 24 juni 2004 (hierna: Protocol) kan de OPTA een zienswijze geven aan de NMa over de klacht van een (Potentiële) ODF-afnemer.
18. De NMa zal op de klacht beslissen met inachtneming van het advies van OPTA. Indien de NMa vaststelt dat de Gemeenschappelijke Onderneming in strijd heeft gehandeld met de genoemde paragrafen, legt zij een last onder dwangsom dan wel een boete op aan de Gemeenschappelijke Onderneming teneinde die overtreding ongedaan te maken.
19. De NMa oordeelt over de naleving van de voorwaarden van deze remedies. De NMa oordeelt niet over verzoeken tot handhaving indien OPTA bevoegd is tot handhaving van verplichtingen van de Gemeenschappelijke Onderneming tot het verlenen van ODF-toegang op grond van hoofdstuk 6A Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde besluiten. De naleving van de voorwaarden in de remedies wordt dan, met het oog op efficiëntie en effectiviteit van de wetsuitvoering en handhaving door de NMa,¹¹¹ aangebracht bij en gehandhaafd door OPTA volgens de Telecommunicatiewet, ter zake waarvan zij de NMa rapporteert. Tevens rapporteert OPTA de NMa over de naleving door de Gemeenschappelijke Onderneming van de door OPTA, op grond van haar hiervóór genoemde bevoegdheden, opgelegde verplichtingen.

¹¹¹ Cf. Samenwerkingsprotocol tussen OPTA en Raad van Bestuur van NMa d.d 24 juni 2004, punt 6 van de considerans.

Toelichting

De handhavingprocedure die middels deze paragraaf in het leven wordt geroepen is gebaseerd op de bevoegdheid van de NMa in artikel 75 Mw.

Uit artikel 75 Mw volgt dat indien op grond van artikel 37, vierde lid, Mw opgelegde voorwaarden niet worden nageleefd of op grond van artikel 41 Mw aan een vergunning verbonden voorschriften niet worden nageleefd, de Raad een boete kan opleggen en/of een last onder dwangsom kan opleggen die ertoe strekt alsnog de desbetreffende voorschriften te doen naleven.

Uit artikel 37, lid 4 Mw volgt dat de mededeling dat voor het totstandbrengen van een concentratie geen vergunning is vereist, onder voorwaarden kan worden gedaan door de Raad. Uit artikel 41, lid 4 Mw volgt dat een vergunning voor het uitvoeren van een concentratie door de Raad onder beperkingen kan worden verleend en tevens dat aan deze vergunning voorschriften kunnen worden verbonden. Deze voorwaarden in de meldingsfase en/of voorschriften in de vergunningsfase worden hierna aangeduid als 'remedies'.

In het door het college van OPTA en de directeur-generaal van de NMa gesloten Protocol zijn afspraken neergelegd over de wijze van samenwerking tussen de NMa en de OPTA in aangelegenheden van wederzijds belang. Volgens punt 6 van de considerans van dit Protocol hebben de afspraken onder meer ten doel een consistente uitleg te geven aan begrippen uit het mededingingsrecht. Verder blijkt uit artikel 3, lid 3 van het Protocol dat het bij uitoefening van samenlopende bevoegdheden door de OPTA en de NMa niet wenselijk is dat deze samenloop leidt tot tegenstrijdige besluiten of resultaten en dat de OPTA en de NMa daarom in overleg treden over de wijze van behandeling van zaken waarbij samenloop mogelijk aan de orde is.

De handhavingremedie die middels deze paragraaf wordt aangeboden heeft ten doel aan ODF-afnemers de mogelijkheid te bieden om op korte termijn mogelijke niet-naleving van de remedies onder de aandacht van de NMa te brengen. Anders dan bij een remedie die arbitrage voorschrijft, is de NMa via de procedure in deze paragraaf direct betrokken indien sprake is van mogelijke niet-naleving door de Gemeenschappelijke Onderneming van de remedies. Deze handhavingprocedure heeft daarmee een preventief karakter: het biedt de mogelijkheid voor ODF-afnemers om zich op korte termijn met een klacht tot de NMa te wenden en voorkomt daarmee mogelijke verdere overtredingen van de remedies. Omdat het niet gewenst is dat bij conflicten over ODF-toegang onmiddellijk boetes kunnen worden opgelegd en partijen de mogelijkheid te geven het oordeel van de NMa door de rechter te laten toetsen zonder boetedreiging, is erin voorzien dat in beginsel de NMa pas een boete oplegt als de Gemeenschappelijke Onderneming ook na oplegging van een voorlopige last onder dwangsom weigert na te komen.

20. Om een snelle handhavingprocedure en effectief toezicht op de naleving van het remedievoorstel mogelijk te maken zal de Gemeenschappelijke Onderneming de volgende informatie gedurende de tijd dat dit remedievoorstel van kracht is op verzoek ter beschikking stellen aan de NMa:

- a. De informatie zoals bedoeld onder 3.c, inclusief de data waarop deze informatie is gepubliceerd of gewijzigd, en de samenhangende correspondentie tussen ODF-afnemers en de Gemeenschappelijke Onderneming over Vraagbundeling en/ of Voorraadvorming in een specifiek gebied.
- b. De data waarop Aanneemovereenkomsten in specifieke gebieden zijn gesloten.
- c. De data waarop Overeenkomsten inzake ODF-toegang en Gebiedsspecifieke locatieovereenkomsten met de verschillende ODF-afnemers zijn gesloten.
- d. De KPI's ten aanzien van (i) de service level agreement "Service niveau's voor ordering en levering" zoals aangehecht aan de Overeenkomst inzake ODF-toegang, (ii) de service level agreement "Service niveau's voor service en instandhouding" zoals aangehecht aan de Overeenkomst inzake ODF-toegang en (iii) de hersteltijden van storingen (basis en premium).
- e. De data waarop gepland onderhoud aan het systeem is gecommuniceerd aan ODF-afnemers.

Andere interne rapportages over de naleving van de Overeenkomst inzake ODF-toegang die de Gemeenschappelijke Onderneming opstelt zullen op verzoek van de NMa ter beschikking worden gesteld.

Monitoring trustee

21. De NMa kan te allen tijde verlangen dat de Gemeenschappelijke Onderneming een onafhankelijke gevolmachtigde (hierna: trustee) aanstelt die toeziet op de naleving van de verplichtingen van de Gemeenschappelijke Onderneming zoals omschreven in dit remedievoorstel. De NMa kan binnen het kader van dat toezicht op de naleving bepalen dat de trustee met specifieke taken wordt belast.
22. De taken van de trustee dienen te worden uitgewerkt en vastgelegd in de opdracht aan de trustee. De opdracht aan de trustee behoeft de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de NMa.
23. De Gemeenschappelijke Onderneming dient ervoor zorg te dragen dat de trustee binnen drie weken wordt benoemd nadat de NMa aan de Gemeenschappelijke Onderneming kenbaar heeft gemaakt dat een trustee dient te worden benoemd. De keuze van de trustee behoeft de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de NMa. De Gemeenschappelijke Onderneming dient de trustee te benoemen binnen een week na goedkeuring van de trustee en de opdracht door de NMa.
24. De kosten van alle diensten die de trustee in het kader van de uitoefening van zijn taken heeft verricht, zijn voor rekening van de Gemeenschappelijke Onderneming. De

vergoedingsregeling moet zodanig zijn dat zij geen afbreuk doet aan de onafhankelijkheid of de effectiviteit van de trustee bij het vervullen van zijn opdracht.

25. De NMa betreft de “Richtsnoeren Remedies 2007” bij haar beoordeling van de keuze van en de opdracht aan de trustee.
26. In overeenstemming met paragraaf 19 van dit remedievoorstel kan de NMa de Gemeenschappelijke Onderneming niet verplichten een trustee te benoemen of een reeds benoemde trustee zijn opdracht te laten voortzetten, ten aanzien van onderwerpen waar OPTA bevoegd is tot handhaving van verplichtingen van de Gemeenschappelijke Onderneming tot het verlenen van ODF-toegang op grond van hoofdstuk 6A Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde besluiten.
27. In dit remedievoorstel hebben de volgende met een beginhoofdletter geschreven begrippen de volgende betekenis:

“**Aanneemovereenkomst**” is de overeenkomst tussen de Gemeenschappelijke Onderneming en een aannemer, waarbij de Gemeenschappelijke Onderneming opdracht geeft aan de aannemer om binnen een bepaald gebied het glasvezelaansluitnetwerk aan te leggen.

“**Backhaulverbindingen**” zijn trunkverbindingen en ODF-backhaul verbindingen, zoals gedefinieerd in het besluit van de NMa van 19 december in zaak 6397/ KPN – Reggefiber.

“**Collocatie**” is het gedeeld gebruik maken van ODF-centrales.

“**FTTH-aansluitingen**” zijn glasvezelaansluitingen in voornamelijk door natuurlijke personen bewoonde gebieden.

“**Gemeenschappelijke onderneming**” is de door KPN en Reggefiber op te richten Gemeenschappelijke Onderneming als bedoeld in het besluit van de NMa van 19 december in zaak 6397/ KPN – Reggefiber.

“**Gebiedsspecifieke locatieovereenkomst**” is de locatieovereenkomst zoals deze voor een bepaald aansluitgebied is afgesproken tussen een ODF-afnemer en de Gemeenschappelijke Onderneming en eventuele in dit kader gemaakte aanvullende afspraken. Deze locatieovereenkomst is gebaseerd op de locatieovereenkomst die is aangehecht als bijlage aan de Overeenkomst inzake ODF-toegang.

“**Home Connected**” is een locatie die voorzien is van aansluiting op het glasvezelnetwerk, zonder dat er sprake is van een werkende verbinding.

“**Infrastructuurconcurrent**” is een aanbieder van elektronische communicatiediensten die zeggenschap heeft over, danwel deel uitmaakt van een groep in de zin van artikel 2:24b BW waarbinnen een onderneming zeggenschap heeft over, een alternatieve infrastructuur of alternatieve infrastructuren waarmee deze, zonder gebruik te maken van de diensten van de Gemeenschappelijke Onderneming, met het ODF-aanbod van de Gemeenschappelijke Onderneming vergelijkbare elektronische communicatiediensten kan aanbieden.

“**KPN**” is Koninklijke KPN N.V. en/of haar dochtermaatschappijen zoals bedoeld in artikel 2:24a BW.

“**NMa**” is de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

“**ODF-toegang**” is toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming op het niveau van de optische verdeler (de ODF-centrale), inclusief bijbehorende diensten en faciliteiten die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor het aanbieden van elektronische communicatiediensten via dit glasvezelaansluitnetwerk.

“**ODF-afnemer**” is een Potentiële ODF-afnemer die een Overeenkomst inzake ODF-toegang met de Gemeenschappelijke Onderneming heeft gesloten.

“**ODF-backhaul**” is de verbinding tussen de area-pop en de city-pop.

“**OPTA**” is het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.

“**Overeenkomst inzake ODF-toegang**” is de overeenkomst inzake ODF-toegang, aangehecht aan dit remedievoorstel, of een vergelijkbare overeenkomst die door de Gemeenschappelijke Onderneming wordt gehanteerd.

“**Potentiële ODF-afnemer**” is een onderneming (1) die ODF-toegang tot het glasvezelaansluitnetwerk van de Gemeenschappelijke Onderneming wenst af te nemen en (2) die bereid is de Gemeenschappelijke Onderneming regulier op de hoogte te houden van zijn plannen inzake het aangaan van gebiedsspecifieke locatieovereenkomsten met de Gemeenschappelijke Onderneming, zodat die daar in haar prognoses rekening mee kan houden.

“Vraagbundeling” is een aanlegmodel waarbij eerst in de markt wordt nagegaan of er voldoende kritische massa is onder potentiële klanten in een gebied om na de aanleg van het glasvezelaansluitnetwerk in dat gebied diensten af te nemen; pas als hierover voldoende zekerheid is zal tot aanleg worden overgegaan.

“Voorraadvorming” is een aanlegmodel waarbij na het definiëren van het aansluitgebied en het bereiken van overeenstemming met de betreffende gemeente in beginsel alle woningen binnen het aansluitgebied van een glasvezelaansluiting tot in de meterkast worden voorzien.

* * *

BIJLAGE 2 BIJBESLUIT 6397/ KPN- REGGEFIBER: ODF-OVEREENKOMST

[Geheel vertrouwelijk]