

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

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

Nummer 7204 / 52

Betreft zaak: KPN - CAIW

INHOUDSOPGAVE

I.	Melding	2
II.	Partijen	2
III.	De gemelde operatie	3
IV.	Toepasselijkheid van het concentratietoezicht	3
V.	Beoordeling	5
A.	Inleiding	5
B.	Relevante markten	14
	Relevante productmarkten	14
	Relevante geografische markten	21
C.	Gevolgen van de concentratie	27
	Inleiding	27
	Horizontale gevolgen van de concentratie	28
	Verticale gevolgen van de concentratie	41
VI.	Nevenrestricties	43
VII.	Zienswijze OPTA	44
VIII.	Conclusie	46

I. MELDING

1. Op 27 mei 2011 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 dat KPN B.V., onderdeel van Koninklijke KPN N.V., voornemens is zeggenschap te verkrijgen, in de zin van artikel 27, eerste lid, onder b, van de Mededingingswet, over CAIW Holding B.V.

2. Van de melding is mededeling gedaan in Staatscourant 9846 van 1 juni 2011. Naar aanleiding van de mededeling in de Staatscourant 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 bovendien een zienswijze van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) ontvangen. Ambtshalve zijn vragen gesteld aan verschillende marktpartijen.

II. PARTIJEN

3. 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 is in Nederland actief in de levering, distributie en verkoop van telefonie-, internettoegang-, televisie-, datacommunicatie- en IT-diensten aan particuliere en zakelijke afnemers via haar mobiele communicatienetwerken en haar vaste koper- en glasvezelnetwerken. KPN heeft tevens gezamenlijke zeggenschap met Reggeborgh B.V. in Reggefiber Group B.V. (hierna: Reggefiber), de onderneming die de aanleg en exploitatie van glasvezelnetwerken realiseert voor de levering van bovenvermelde diensten door voornamelijk KPN. Daarnaast biedt KPN in België, Duitsland, Spanje en Frankrijk mobiele elektronische communicatiediensten aan.

4. CAIW Holding B.V. (hierna: CAIW) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht. De aandelen in CAIW worden gehouden door CIF Holding B.V. (hierna: CIF), Langerlust B.V., Sas Management B.V., Comkast B.V. en Signum B.V., waarbij CIF 90% van de aandelen bezit en uitsluitende zeggenschap heeft. CAIW is actief in de levering, distributie en verkoop van vaste telefonie-, internettoegang- en televisiediensten aan particuliere en kleinzakelijke afnemers via kabel¹- en glasvezelinfrastructuren in verschillende gemeenten in Nederland.²

¹ De termen 'kabel' en 'coax' worden in het hierna volgende beide gebruikt om hetzelfde type netwerk aan te duiden.

² CAIW is actief in (delen van) de gemeenten Westland, Midden-Delfland, Maassluis, Schiedam, Aalsmeer, Uithoorn, Haldenberge, Lopik, Doorn, Abcoude, Capelle a/d IJssel en Krimpen a/d IJssel. In dit gebied maakt CAIW gebruik van de infrastructuur van CIF. CAIW is ook actief als dienstenleverancier in (delen van) de gemeenten Hendrik Ido Ambacht, Albrandswaard, Harderwijk, Hilvarenbeek, Pijnacker-Nootdorp, de regio Gouda en de regio rond Berghem en Heumen

5. CAIW is geen eigenaar van de infrastructuren waarover zij haar diensten levert, maar huurt deze van CIF en levert vervolgens *wholesalediensten* en *retaildiensten* aan afnemers over deze infrastructuren. Ook is CAIW in de gebieden waar CIF niet over een netwerk³ beschikt actief op het gebied van *retaildiensten* door gebruik te maken van de netwerken van een aantal lokale kabelmaatschappijen.⁴ CIF is een Nederlands investeringsfonds waarin enkele pensioenfondsen geïnvesteed hebben en dat beheerd wordt door Rabobank en Bouwfonds. Het fonds koopt openbare elektronische communicatie-infrastructuren zoals zendmasten en kabelmaatschappijen en investeert in glasvezelinfrastructuren.

III. DE GEMELDE OPERATIE

6. De gemelde operatie betreft de verkrijging door KPN B.V. van alle aandelen in CAIW van de huidige aandeelhouders. Met deze transactie zal KPN de activiteiten van CAIW overnemen alsmede de bestaande huurovereenkomsten tussen CAIW en de eigenaren van coax- en glasvezelinfrastructuren met betrekking tot het gebruik van deze infrastructuren. De huurovereenkomsten die KPN voornemens is over te nemen van CAIW zullen een looptijd hebben van [...] jaar.⁵ De tussen partijen gemaakte afspraken over de transactie zijn vastgelegd in een concept "*share purchase agreement*" d.d. 1 mei 2011.

IV. TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIETOEZICHT

7. De gemelde operatie is een concentratie in de zin van artikel 27, eerste lid, onder b, van de Mededingingswet. De hierboven onder punt 6 omschreven transactie leidt er toe dat KPN B.V. uitsluitende zeggenschap verkrijgt in CAIW.

8. Betrokken ondernemingen zijn KPN B.V. en CAIW.

(KBG-gebied). CAIW maakt hier gebruik van de kabelinfrastructuur van de lokale kabelmaatschappijen, te weten Rekam, CAI Hendrik-Ido Ambacht, CAI Albrandswaard, CAI Harderwijk, CAI Hilvarenbeek, Stichting Kabeltelevisie Pijnacker en KabelMedia Brabant Gelderland.

³ De termen 'infrastructuur', 'netwerk' en 'aansluitnet' worden in het hierna volgende door elkaar gebruikt.

⁴ Met de term 'kabelmaatschappijen' wordt hierna zowel een onderneming bedoeld die een eigenaar is van een eigen infrastructuur als een onderneming die diensten aanbiedt via een coaxnetwerk van een andere aanbieder, of beide. Waar relevant zal expliciet onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende verschijningsvormen van kabelmaatschappijen.

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

⁵ "*Share purchase agreement*" d.d. 1 mei 2011, schedule 16: *addendum to the lease agreements*.

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

V. BEOORDELING

A. INLEIDING

10. In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de afbakening van de relevante markten en de gevolgen van de concentratie op deze markten. Alvorens dit te bespreken, volgt eerst een introductie van de verschillende infrastructuren, van de verwachte ontwikkeling van deze infrastructuren in Nederland en in het gebied waar partijen gezamenlijk actief zijn, over *ex ante* regulering van OPTA en over het belang van concurrentie tussen infrastructuren.

(i) *Locatiegebonden infrastructuren*

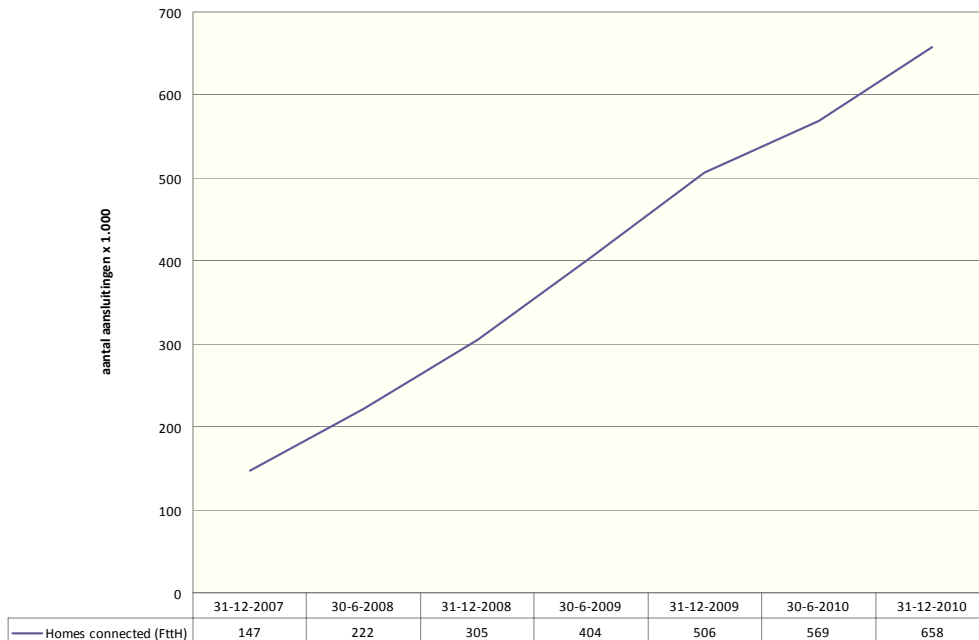
11. Er zijn momenteel drie, technisch van elkaar verschillende, locatiegebonden aansluitnetwerken waarover elektronische communicatiediensten zoals vaste telefonie, internettoegang en televisie worden aangeboden aan particuliere en kleinzakelijke afnemers. Deze netwerken zijn gebaseerd op koper, coax of glasvezel. Daarnaast bestaan er ook netwerken gebaseerd op ether, waarover op lokatie televisie wordt aangeboden. De drie infrastructuren verschillen voornamelijk in de beschikbare bandbreedte – doorgaans gemeten in aantallen megabit per seconde⁶ (hierna: Mbits/s) – en de verwachte toekomstvastheid van de netwerken.

12. De koper- en kabelinfrastructuren hebben een vrijwel landelijk dekkend bereik in Nederland: vrijwel alle huishoudens hebben een koper- en kabelaansluiting. In Nederland waren er eind 2010 ruim 8 miljoen aansluitingen voor koper (waarvan enkele honderdduizenden voor zakelijke locaties) en ruim 7 miljoen aansluitingen voor kabel.⁷ Eind 2010 waren er ongeveer 700.000 glasvezelaansluitingen⁸, ofwel ongeveer 10% van het aantal huishoudens in Nederland. Het merendeel van de glasvezelaansluitingen is in de laatste drie jaar gerealiseerd. Figuur 1 laat deze ontwikkeling in het aantal gerealiseerde glasvezelaansluitingen zien voor de grootste glasvezelaanbieder Reggefiber.

⁶ Een megabit staat gelijk aan één miljoen bits (het gegeven 1 of 0). De term megabit per seconde geeft dus aan hoeveel gegevens er per seconde verstuurd of ontvangen kunnen worden.

⁷ OPTA, Rapportage Structurele Marktmonitor (hierna: SMM) Q4 2010.

⁸ Reggefiber Group, www.reggefiber.nl, en Telecompaper, *FttH in The Netherlands 2010*, april 2010.

Figuur 1: Ontwikkeling van de uitrol van glasvezel door Reggefiber (aantallen in duizenden)

13. In het verzorgingsgebied van CAIW⁹ (hierna: het CAIW-verzorgingsgebied) zijn het koperen aansluitnetwerk van KPN, het coax aansluitnetwerk van CIF en de kabelnetwerken van lokale kabelexploitanten de belangrijkste locatiegebonden infrastructures. CIF rolt momenteel in het verzorgingsgebied van CAIW glasvezel uit. De infrastructures via de ether (Digitenne van KPN, Canaldigitaal) zijn in dit gebied voor televisie relevant. Het gebied waar CIF eigenaar is van de coax- en/of glasvezelinfrastuctuur wordt hierna het CIF-netwerkgebied genoemd. De gebieden waar de lokale kabelexploitanten actief zijn en waar CAIW diensten levert worden hierna gezamenlijk de CAIW-partnergebieden genoemd.

14. In het CIF-netwerkgebied geldt een dekingsgraad van de huishoudens van [90-100%] voor koper, [90-100%] voor coax en [0-10%] voor glasvezel. CIF is in dit gebied eigenaar van het coaxnetwerk en het (toekomstige) glasvezelnetwerk. KPN is eigenaar van het kopernetwerk.

15. De continue opkomst van nieuwe digitale en interactieve elektronische communicatiediensten zorgt voor een toenemende behoefte aan bandbreedte. De

⁹ Het verzorgingsgebied van CAIW, zoals in het vervolg wordt gebruikt, is het gebied dat alle gemeenten omvat waarin CAIW ten minste op dienstenniveau actief is. Dit gebied is dus ruimer dan het CIF-netwerkgebied. Zie voetnoot 2 voor een overzicht van deze gemeentes.

locatiegebonden infrastructures verschillen onderling met betrekking tot de mogelijke technisch beschikbare bandbreedte, die wordt beïnvloed door de afstand tot een wijkcentrale waarover de diensten getransporteerd worden en door gelijktijdig gebruik door eindgebruikers. Tabel 1 geeft de belangrijkste verschillen tussen de drie infrastructures weer.

Tabel 1: Verschillen in karakteristieken van de infrastructures koper, kabel en glasvezel

Karakteristieken	Koper ¹⁰	Kabel	Glasvezel (<i>FttH</i>)
Maximale bandbreedte (commercieel aangeboden downloadsnelheid)	20 Mbits/s (ADSL) 50 Mbits/s (VDSL) 100 Mbits/s (<i>pair bonding</i>) ¹¹	120 Mbits/s (CAIW: 50Mbit/s)	500 Mbits/s ¹²
Uploadsnelheid	Asymmetrisch: de uploadsnelheid is aanzienlijk lager dan de downloadsnelheid.	Asymmetrisch: de uploadsnelheid is aanzienlijk lager dan de downloadsnelheid.	Meestal symmetrisch: upload- en downloadsnelheid zijn gelijk en daardoor is de uploadsnelheid aanzienlijk hoger dan via koper- en kabelnetwerken.
Nadelen	Snelheid neemt relatief snel af naarmate de afstand tussen het huishouden en de wijkcentrale groter wordt.	Snelheid neemt af bij meerdere gebruikers, indien het door meerdere huishoudens gedeelde deel van het netwerk relatief groot is.	-

16. Via de koperinfrastructuur zijn KPN en aanbieders zoals Tele2 en Online, die door middel van *wholesale* diensten gebruik maken van deze infrastructuur van KPN, hun netwerken

¹⁰ Presentatie KPN, *Investors day: Selective topics all*, pagina 17, <http://www.kpn.com/corporate/overkpn/investor-relations/KPN-strategie-2015.htm>, 10 mei 2011.

¹¹ Internettoegang, gebruikmakend van *pair bonding*, wordt op dit moment nog niet commercieel aangeboden; dit zal op zijn vroegst eind 2011 het geval zijn.

¹² Deze snelheid wordt op dit moment nog niet commercieel aangeboden. Dit zal KPN op zijn vroegst eind 2011 introduceren. KPN, *Financial report Q2 2011*, 26 juli 2011, pagina 5, paragraaf '*Consumer wireline*'. Verkrijgbaar via <http://www.kpn.com/web/file?uuiid=08ee5c94-8879-461c-88ec-daec5b6a85d6&owner=edb34455-bf36-430d->

aan het opwaarderen¹³ en bieden nu internettoegang met een snelheid tot 50 Mbits/s aan. Momenteel vinden aanpassingen plaats om de bandbreedte van het koperen netwerk verder te vergroten waardoor snelheden tot 100 Mbits/s mogelijk zijn.¹⁴

17. De kabelexploitanten hebben in de afgelopen jaren de bandbreedte van hun coaxnetwerken grotendeels opgewaardeerd met behulp van de Docsis 3.0 technologie, wat hen in staat stelt hogere snelheden tot 120 Mbit/s aan te bieden. Momenteel hebben vrijwel alle huishoudens en kleinzakelijke afnemers in Nederland toegang tot deze hogere snelheden omdat de uitrol van Docsis 3.0 grotendeels landelijk is voltooid. Zie ook Tabel 2 hieronder voor de beschikbaarheid van de verschillende bandbreedten in Nederland.

Tabel 2: Downloadsnelheid en dekking van de verschillende infrastructuren in de periode 2011 tot 2013¹⁵

	Koper (KPN) en Glasvezel (KPN)	Coax (Kabelmaatschappijen)
2011	40 Mbit/s en hoger 20 –40 Mbit/s tot 20 Mbit/s <i>40% dekking</i> <i>25% dekking</i> <i>95% dekking</i>	50 – 120 Mbit/s 24 – 50 Mbit/s <i>90-95% dekking</i> <i>97% dekking</i>
2014	40 Mbit/s en hoger 20 – 40 Mbit/s tot 20 Mbit/s <i>76-80% dekking</i> <i>7-11% dekking</i> <i>95% dekking</i>	50 – 120 Mbit/s 24 – 50 Mbit/s <i>90-97% dekking¹⁶</i> <i>97% dekking</i>

18. Via glasvezelnetwerken worden momenteel snelheden tot ongeveer 100 Mbit/s aangeboden. KPN heeft recentelijk aangekondigd op korte termijn snelheden tot 500 Mbit/s aan te gaan bieden.¹⁷ Op basis van de bandbreedte en de omstandigheden waarin deze bandbreedte fysiek wordt beperkt beschikt de glasvezelinfrastructuur over de beste eigenschappen.

¹³ Dit betreft bijvoorbeeld het implementeren van VDSL-technologie. VDSL staat voor *Very-high-bitrate Digital Subscriber Line*. Dit is een opvolger van het huidige ADSL, waarmee hogere snelheden mogelijk zijn.

¹⁴ Dit is mogelijk door middel van het toepassen van het zogenaamde *pair bonding*.

¹⁵ Zie het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011, pagina 257.

¹⁶ De hoogste waarde van de verwachte dekking in 2014 stijgt dus ten opzichte van 2011 met 2%, naar een bandbreedte van 90% tot 97%.

¹⁷ KPN, *Financial report Q2 2011*, 26 juli 2011, pagina 5, paragraaf '*Consumer wireline*'. Verkrijgbaar via <http://www.kpn.com/web/file?uud=08ee5c94-8879-461c-88ec-daec5b6a85d6&owner=edb34455-bf36-430d-b11c-53a1e9e4d77b>.

(ii) *Inschatting ontwikkeling infrastructuur*

19. Uit onderzoek¹⁸ blijkt dat slechts 20% van de consumenten denkt een internetverbinding van meer dan 50 Mbit/s nodig te hebben, waarbij 49% van de ondervraagden aangeeft niet geïnteresseerd te zijn in capaciteiten van deze omvang.¹⁹ Alle drie de infrastructuur zijn in principe in staat om consumenten diensten met deze bandbreedte te leveren waardoor het voor consumenten op dit moment van beperkt belang is over welke infrastructuur de diensten geleverd worden (zolang de diensten die zij willen afnemen maar geleverd kunnen worden).

20. De verwachting is dat (ondanks de technische mogelijkheden om de bandbreedte van koper op te waarden) door de technisch beperkte capaciteit van het koperen aansluitnetwerk, de relevantie van het kopernetwerk in de toekomst zal afnemen. De toekomstige diensten zullen namelijk meer bandbreedte vereisen dan het kopernetwerk kan bieden. Op welke termijn dat zal zijn is op dit moment onbekend.²⁰

21. Ook wordt verwacht dat de huidige netwerken met een bijna nationale dekking, het kopernetwerk en het coax netwerk, op termijn zullen worden vervangen door glasvezel.²¹ Marktpartijen geven aan dat het vervangen van het coax netwerk door een glasvezelnetwerk op een later tijdstip zal plaatsvinden dan de "verglazing" van het kopernetwerk, omdat het coax netwerk technisch gezien voor een langere tijd voldoende capaciteit kan bieden om aan de vraag van consumenten te voldoen.

22. De ontwikkeling waarbij de huidige netwerken worden vervangen door glasvezel wordt momenteel ingezet, maar zal voor geheel Nederland nog jaren duren. Telecompaper verwacht dat eind 2015 het aantal beschikbare glasvezelaansluitingen ongeveer 2,5 miljoen zal bedragen, ofwel een landelijke dekkingsgraad van ongeveer 30%. Daarbij verwachten zij een benutting van deze glasvezelaansluitingen van ongeveer 40% in 2015, ofwel 984.000 gebruikers.²² Deze cijfers zijn echter sterk afhankelijk van de plannen van de belangrijkste ondernemingen die glasvezel uitrollen, te weten Reggefiber en in mindere mate CIF.

23. Samenvattend kan gesteld worden dat de huidige vraag naar elektronische communicatiediensten ruimschoots kan worden bediend door de bestaande koper-, glasvezel- en kabelaansluitnetten, maar dat naar verwachting op termijn de huidige koper- en

¹⁸ Telecompaper, *Dutch consumer connected 2010*, oktober 2010, pagina 13.

¹⁹ Zie ook het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011, pagina 211.

²⁰ Idem, punt 836.

²¹ TNO Informatie- en Communicatietechnologie en Dialogic, *Vraag en aanbod Next-Generation Infrastructures 2010-2020*, februari 2010.

²² Telecompaper, 2011, *Fiber to the Home in the Netherlands*.

kabelinfrastructuren niet meer aan de vraag van huishoudens en kleinzakelijke afnemers zullen kunnen voldoen. De mate waarin investeringen in een infrastructuur zullen worden gedaan is hierbij afhankelijk van de ontwikkeling van de andere aanwezige infrastructuren in een bepaald gebied.

(iii) Toegang tot de locatiegebonden infrastructuur

24. Via hun eigen koper- en kabelnetwerken bieden KPN en de regionale kabelmaatschappijen elektronische communicatiediensten aan eindgebruikers aan, waaronder vaste telefonie, internettoegang en televisie. KPN biedt tevens aan ondernemingen, die naast KPN op het *retail*niveau actief zijn, zogenaamde *wholesale*diensten aan, waarbij deze ondernemingen tegen betaling ontbundelde toegang²³ tot de aansluitlijn of *wholesale* breedbandtoegang tot de koperinfrastructuur van KPN kunnen afnemen.²⁴ Reggefiber levert daarnaast ook ontbundelde toegang en *wholesale* breedbandtoegang tot haar glasvezelinfrastructuur. Afnemers van deze ontbundelde toegang kunnen vervolgens diensten aanbieden aan *retail*- en *wholesale*klanten die aangesloten zijn via dit netwerk.

25. Sommige vormen van deze toegang tot koper en glasvezel dienen onder specifieke voorwaarden geleverd te worden als gevolg van regulering van OPTA (zie ook de paragraaf "Ex ante regulering van OPTA" hierna).

26. Op de kabelmaatschappijen is op dit moment geen *ex ante* regulering van OPTA van toepassing. *Wholesale* toegang wordt door de kabelmaatschappijen slechts beperkt aangeboden.

27. Een aantal aanbieders van elektronische communicatiediensten aan eindgebruikers, zoals Tele2 en Online, neemt ontbundelde toegang en *wholesale* breedbandtoegang van KPN af. Zij hebben apparatuur geplaatst in centrales van KPN en hun eigen netwerk tot deze centrales uitgerold, om vervolgens diensten te kunnen verlenen aan *wholesale* aanbieders en eindgebruikers. Met hun eigen apparatuur en netwerk hebben deze aanbieders ten hoogste een bereik van rond de 75%²⁵ van de Nederlandse eindgebruikers. Voor het leveren van *retail*diensten aan het resterende circa 25% deel van de eindgebruikers of meer kunnen zij *wholesale* breedbandtoegang inkopen bij KPN.

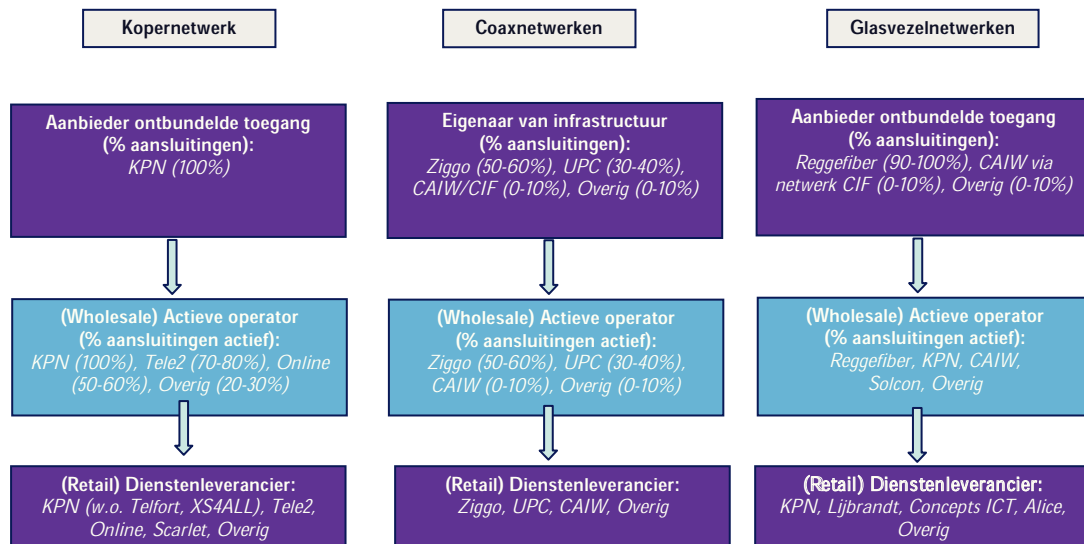
28. In Figuur 2 wordt grafisch weergegeven welke aanbieders op de verschillende lagen aan activiteiten van de verschillende infrastructuren landelijk actief zijn.

²³ Ontbundelde toegang betreft de levering van fysieke toegang tot een netwerkinfrastructuur op *wholesale* niveau op een vaste locatie.

²⁴ Zie de paragraaf "Relevante productmarkten" hierna voor een uitgebreidere beschrijving van deze diensten.

²⁵ Zie het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011, punt 916.

Figuur 2: Infrastructuren en aanbieders op de verschillende lagen aan activiteiten



(iv) *Situatie overlapgebied partijen*

29. In het regionale verzorgingsgebied van CAIW (het CAIW-verzorgingsgebied) is de situatie als volgt. CAIW levert televisie, internettoegang en/of vaste telefonie aan ongeveer 165.000 huishoudens en kleinzakelijke afnemers.²⁶ CAIW biedt deze diensten hoofdzakelijk over coax aan en tot nog toe in zeer beperkte mate over glasvezel.

30. In het gebied waar CAIW geen gebruik maakt van de infrastructuur van CIF, maakt zij gebruik van de coax infrastructuur van lokale kabelmaatschappijen. Meestal leveren deze lokale kabelaanbieders zelf geen internettoegang en vaste telefonie over hun netwerk, maar wel televisie, waardoor CAIW de enige aanbieder is die in die gebieden internettoegang en vaste telefonie levert over kabelnetwerken. De precieze afspraken kunnen per CAIW-partnergebied en per kabelaanbieder verschillen.

31. Tenslotte is CIF in het zogenaamde CIF-netwerkgebied eigenaar van de kabel- en glasvezelinfrastructuur, waar CAIW als enige aanbieder over actief is.

²⁶ Het jaarverslag van CAIW Holding B.V. meldt voor eind 2010 het volgende aantal abonnees: 145.000 (basis televisie, daarnaast 86.000 extra pakket, 74.000 (internettoegang) en 32.000 (vaste telefonie).

32. Naast CAIW en KPN zijn in het CAIW-verzorgingsgebied via de koperinfrastructuur van KPN een aantal spelers actief in de levering van *wholesale*- en *retail*diensten aan consumenten, zoals Tele2 en Online.

(v) *Ex ante regulering van OPTA*

33. De elektronische communicatiesector wordt op diverse relevante markten *ex ante* gereguleerd door OPTA. In een aantal marktanalysebesluiten van OPTA is KPN op verschillende relevante markten aangewezen als partij met een aanmerkelijke marktmacht (een zogenaamde AMM-positie), hetgeen regulering mogelijk maakt.²⁷ KPN heeft volgens OPTA in het recente Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van 23 juni 2011 onder andere een AMM-positie op de markt voor ontbundelde toegang tot koper en ontbundelde toegang tot glasvezel.²⁸

34. OPTA is van oordeel dat gereguleerde toegang tot aansluitnetwerken van belang is voor de ontwikkeling van effectieve en duurzame concurrentie tussen aanbieders van elektronische communicatiediensten aan consumenten. Duurzame concurrentie tussen aanbieders van deze diensten is naar het oordeel van OPTA het beste verzekerd in een situatie waarin verschillende infrastructuren met elkaar concurreren.²⁹ Dit formuleert OPTA als volgt: "*Het uiteindelijke doel van het reguleringskader is het tot stand brengen van een situatie van duurzame concurrentie, ofwel effectieve concurrentie die voor haar bestaan en effectiviteit niet (meer) afhankelijk is van het bestaan van sectorspecifieke regulering. Een situatie waarbij diverse ondernemingen met elkaar concurreren met gebruikmaking van eigen infrastructuur (hierna: infrastructuurconcurrentie) is zo gezien duurzamer dan een concurrentiesituatie die afhankelijk is van het bestaan van bijvoorbeeld toegangsverplichtingen (hierna: dienstenconcurrentie). Een situatie van duurzame concurrentie kan het best worden bereikt door, daar waar mogelijk, in de keuze van verplichtingen voorrang te geven aan maatregelen die infrastructuurconcurrentie bevorderen.*"

35. De regulering van OPTA verplicht KPN onder transparante en non-discriminatoire voorwaarden toegang tot haar netwerk te leveren en *wholesale* diensten aan te bieden aan derden. Dit houdt in dat KPN onder gelijke omstandigheden gelijke voorwaarden dient te hanteren ten aanzien van leveringen van *wholesale* diensten aan externe afnemers. De voorwaarden waaronder KPN levert aan derden mogen – bij gelijke omstandigheden – niet afwijken van de voorwaarden

²⁷ Dit betreft voor ontbundelde toegang tot de aansluitlijn, het Marktanalysebesluit ontbundelde toegang van 19 december 2008, het Herstelbesluit ontbundelde toegang van 27 april 2010 en het recente Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011. Voor vaste telefonie betreft dit het Marktanalysebesluit vaste telefonie van 19 december 2008 en het recente Ontwerpbesluit vaste telefonie van 14 juli 2011. Voor wat betreft *wholesale* breedbandtoegang betreft dit het Marktanalysebesluit *wholesale* breedbandtoegang van 19 december 2008.

²⁸ Hieronder rekent OPTA ook de glasvezelnetwerken van Reggefiber.

²⁹ Zie punt 434 van het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA, reeds aangehaald.

die zij hanteert bij interne leveringen. Daarnaast zijn aan KPN tariefplafonds voor het aanbod aan ontbundelde toegang opgelegd, voor zowel toegang tot koper als toegang tot glasvezel.³⁰

(vi) *Infrastructuren en gevolgen voor duurzame concurrentie op retailmarkten*

36. De Raad prefereert vanuit het oogpunt van mededinging concurrentie op het gebied van infrastructuur. OPTA benadrukt eveneens, zoals in punt 34 reeds gesteld, dat duurzame concurrentie tussen aanbieders van de verschillende *retail*diensten het beste verzekerd is in een situatie waarin verschillende infrastructuren met elkaar concurreren.

37. KPN krijgt als gevolg van de concentratie de beschikking over de huidige en toekomstige langlopende huurovereenkomsten voor de kabel- en glasvezelnetwerken die CAIW op dit moment met CIF heeft gesloten. Vanwege de lange duur van de overeenkomsten en de sterke afhankelijkheid van CIF van KPN – en vice versa – zal KPN *de facto* controle krijgen over deze twee infrastructuren. KPN heeft daarnaast uiteraard al de beschikking over de koperinfrastructuur. Het enige overblijvende alternatief waarbij ondernemingen zelfstandig locatiegebonden elektronische communicatiediensten in het CIF-netwerkgebied kunnen aanbieden, wordt gevormd door de huur van de tweede vezel van de glasvezelinfrastructuur van CIF. Voor televisie is Canaldigitaal via de ether wel nog een optie.

38. Deze situatie waarbij na de totstandkoming van de concentratie de geactiveerde infrastructuur *de facto* in handen komt van één onderneming verhoogt de mededingingsrisico's ten opzichte van de huidige situatie waarin KPN met behulp van haar koperinfrastructuur (en toekomstige glasvezelinfrastructuur) concurreert met CAIW met haar kabelinfrastructuur en huidige en toekomstige glasvezelinfrastructuur.

39. Partijen geven aan dat een analyse van de infrastructuur niet expliciet ziet op een beoordeling van de gevolgen van de concentratie op relevante markten. De Raad meent echter dat het wegvallen van concurrentiedruk tussen infrastructuren doorwerkt op de concurrentie op *wholesale* niveau en op *retail* niveau.

³⁰ Zie voor de exacte voorwaarden hoofdstuk 13 'Dictum' van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 27 april 2010. Bij uitspraak van 3 mei 2011 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven dit marktanalysebesluit vernietigd. Daarbij is bepaald dat de rechtsgevolgen van dit besluit in stand kunnen blijven, behoudens voor zover het besluit betrekking heeft op *ODF-access FttO* (ontbundelde toegang tot zakelijke glasnetwerken).

B. RELEVANTE MARKTEN

Relevante productmarkten

40. De activiteiten van partijen overlappen elkaar op het gebied van televisie, internettoegang en vaste telefonie en op het gebied van *wholesale* breedbandtoegang en ontbundelde toegang. Het gaat hierbij om de volgende mogelijke productmarkten, die in het hiernavolgende nader worden besproken:

- *Retailmarkt* voor televisie;
- *Retailmarkt* voor internettoegang;
- *Retailmarkt* voor residentiële vaste telefonie;
- *Wholesalemarkt* voor lage kwaliteit breedbandtoegang; en
- Mogelijke markten voor ontbundelde toegang tot glasvezel en tot koper en glasvezel.

41. Daarnaast bestaan er verticale relaties tussen de activiteiten van partijen op de hierboven genoemde (mogelijke) markten, namelijk tussen (i) de mogelijke markt(en) voor ontbundelde toegang en de mogelijke markt voor lage kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang, en (ii) de mogelijke markt voor lage kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang en de diverse *retail*markten.

42. Volgens partijen is CAIW tevens op een mogelijke *wholesalemarkt* voor televisie actief door middel van het leveren van "niet-volwaardige *wholesalediensten*".³¹ CAIW levert televisiesignalen aan andere kabelaanbieders (te weten CAI Harderwijk, St. Kabelmedia Brabant-Gelderland en St. Kabeltelevisie Pijnacker). KPN biedt geen diensten aan die hiermee vergelijkbaar zijn. Er bestaat dus geen horizontale overlap op de *wholesalemarkt* voor televisie tussen KPN en CAIW. Ook ziet de Raad geen verticale relatie tussen de bovengenoemde "niet volwaardige *wholesalediensten*" van CAIW op de mogelijke *wholesalemarkt* voor televisie en KPN op de *retailmarkt* voor televisie waardoor de mededinging significant beperkt zou kunnen worden. In het hiernavolgende zal daarom niet nader op de *wholesalemarkt* voor televisie ingegaan worden.

³¹ Zie de melding van onderhavige concentratie, pagina 33.

(i) *De retailmarkten*

Televisie

43. Televisiesignalen (hierna: tv-signalen)³² worden uitgezonden via een aantal verschillende transmissieplatforms te weten: kabel, digitale ether, het kopernetwerk, satelliet, glasvezelnetwerken en mobiele netwerken. Aanbieders van televisiediensten leveren aan eindgebruikers een aansluiting tot een transmissieplatform en zorgen voor de doorgifte van tv-signalen. Daarnaast stellen zij tv-pakketten samen en bieden deze aan eindgebruikers aan.

44. De Raad heeft in een eerder besluit geconcludeerd dat er bij het afbakenen van de productmarkt geen onderscheid hoeft te worden gemaakt naar infrastructuur; tv-signalen via de infrastructuren kabel, koper, satelliet, digitale ether en glasvezel behoren allen tot dezelfde relevante productmarkt voor televisiediensten.³³ Over al deze transmissieplatforms worden de zogenoemde 'must-have' kanalen³⁴ aangeboden, waardoor het programma-aanbod een beperkt onderscheid biedt tussen transmissieplatforms. Verder zijn, gezien vanuit de consument, de functionele en technische productkenmerken tussen de genoemde infrastructuren vergelijkbaar waardoor er sprake is van een toenemende substitueerbaarheid tussen de platforms.³⁵

45. OPTA heeft recentelijk in haar Concept oordeel televisie van 23 juni 2011 geconcludeerd dat de retailmarkt voor televisiedistributie wordt gevormd door de levering van analoge en digitale televisiediensten in standaardpakketten, al dan niet met plus- en themapakketten, televisiediensten op aanvraag en in bundels met andere elektronische communicatiediensten, via aansluitingen op kabelnetwerken, DSL-netwerken, glasvezelnetwerken, satelliet en digitale ether.³⁶

46. In het onderhavige besluit wordt uitgegaan van een retailmarkt voor televisiediensten die de levering van tv-signalen via de infrastructuren kabel, koper, glasvezel, satelliet en digitale ether omvat (hierna: de *retailmarkt* voor televisie).

³² Hier dient opgemerkt te worden dat volgens vaste beschikkingspraktijk van de NMa en de Europese 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.

³³ Zie punt 38 en 39 van het besluit van de NMa van 19 december 2008 in de zaak 6397/*KPN – Reggefiber*.

³⁴ Dit zijn de meeste populaire tv-zenders die consumenten per se willen zien.

³⁵ Via het transmissieplatform kabel kunnen bijvoorbeeld net zoveel analoge programma's worden aangeboden als via glasvezel, zonder beperking van het aantal ontvangsttoestellen aan de eindgebruiker. Via koper, kabel en glasvezel is het daarnaast mogelijk om geavanceerde tv-pakketten, dan wel *multi-play* pakketten en interactieve diensten aan te bieden.

³⁶ Zie het Concept oordeel televisie van OPTA van 23 juni 2011, punt 206.

Internettoegang

47. Internettoegang voor eindgebruikers op een vaste locatie wordt aangeboden over koper-, kabel- en glasvezelnetwerken. De verschillende netwerken onderscheiden zich met betrekking tot internettoegang met name in de maximale *upload*- en *download* capaciteit. Eerder is beschreven dat op dit moment de huidige vraag naar diensten door huishoudens en kleinzakelijke afnemers ruimschoots kan worden bediend door de bestaande koper- en kabelaanluitnetten, maar dat naar verwachting op termijn de huidige koper- en kabelinfrastructuren niet meer aan de vraag zullen kunnen voldoen.³⁷

48. In eerdere besluiten is de Raad uitgegaan van een aparte *retail*markt voor breedband internettoegang.³⁸ Hierbij is vastgesteld dat internettoegang geleverd over koper-, kabel- en glasvezelnetwerken tot dezelfde relevante markt behoren.³⁹ Verder heeft de Raad in een eerder besluit geoordeeld dat het niet noodzakelijk is verder in te gaan op een mogelijk onderscheid naar afnemersgroepen van internettoegang, zoals huishoudens en kleinzakelijke afnemers.⁴⁰

49. OPTA heeft in haar recente Ontwerpbesluit ontbundelde toegang⁴¹ ook geconcludeerd dat internettoegang via koper-, kabel- en glasvezelaansluitnetwerken tot dezelfde relevante markt behoren. In dit besluit stelt OPTA, evenals in een eerder besluit van OPTA⁴², dat de productkenmerken van de diensten die over de verschillende infrastructuren worden geleverd, voldoende uitwisselbaar zijn en dat er op basis hiervan geen nader onderscheid hoeft te worden gemaakt naar een specifieke infrastructuur. Daarnaast concludeert ook OPTA dat bij de marktafbakening geen nader onderscheid tussen afnemersgroepen behoeft te worden gemaakt.⁴³

50. In het onderhavig besluit wordt uitgegaan van een retailmarkt voor internettoegang via koper-, kabel- en glasvezelnetwerken (hierna: retailmarkt voor internettoegang).

³⁷ Zie punten 19 tot en met 23.

³⁸ Zie het besluit van de NMa van 22 december 2006 in zaak 5807/*KPN – Tiscali*, punten 23 tot en met 33, het besluit van 19 december 2008 in zaak 6397/*KPN-Reggefiber*, punten 41 tot en met 44 en het besluit van de NMa van 21 oktober 2009 in zaak 6651/*Reggefiber-OGA-GNA*, punt 30.

³⁹ Zie het besluit in de zaak 6397/*KPN-Reggefiber*, reeds aangehaald.

⁴⁰ Het besluit in de zaak 5807/*KPN-Tiscali*, reeds aangehaald, punten 30 tot en met 33.

⁴¹ Het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011, paragraaf 3.4.1.

⁴² Het Marktanalysebesluit *wholesale* breedbandtoegang van 19 december 2008.

⁴³ OPTA stelt dat kleinzakelijke afnemers zowel gebruik maken van consumentenproducten als van zakelijke producten, er niet een duidelijk te onderscheiden productkenmerk is op basis waarvan kleinzakelijke afnemers hun keuze voor een product of aanbieder maken en aanbieders niet in staat om tussen zakelijke afnemers en consumenten te discrimineren op prijs.

Vaste telefonie

51. Vaste telefonie wordt aan eindgebruikers aangeboden over koper-, kabel- en glasvezelnetwerken. Over elk van deze drie infrastructuren kunnen gelijktijdig meerdere gesprekken door aanbieders worden afgewikkeld.

52. In eerdere besluiten is de Raad⁴⁴ uitgegaan van een residentiële retailmarkt voor vaste telefonie. De dienst vaste telefonie omvat hierbij zowel de aansluitingen⁴⁵ als de verkeersdiensten die over deze aansluitingen aangeboden worden.

53. OPTA maakt binnen de markt voor residentiële vaste telefonie in het recente Ontwerp marktanalysebesluit vaste telefonie⁴⁶ onderscheid tussen twee mogelijke markten: de markt voor enkelvoudige gesprekken en de markt voor tweevoudige gesprekken.

54. Partijen stellen zich op het standpunt dat er mogelijk slechts één relevante *retail*markt bestaat voor vaste telefonie, die zowel residentiële vaste telefonie als zakelijke vaste telefonie omvat.

55. CAIW is in haar verzorgingsgebied alleen actief op het gebied van enkelvoudige gesprekken. De activiteiten van partijen op het gebied van vaste telefonie overlappen dus alleen op het gebied van residentiële vaste telefonie, waarbij mogelijk onderscheid gemaakt kan worden tussen enkelvoudige en tweevoudige gesprekken. In onderhavig besluit zal vooralsnog uitgegaan worden van een markt voor residentiële vaste telefonie en zal waar nodig ingegaan worden op het onderscheid tussen enkel- en tweevoudige gesprekken. In een eventuele vergunningsfase dient nader onderzoek verricht te worden naar de exacte marktafbakening en het onderscheid tussen enkelvoudige en tweevoudige gesprekken.

⁴⁴ Zie het besluit in de zaak 5807/KPN – *Tiscali*, reeds aangehaald, punten 39 tot en met 43, en het besluit in zaak 6397/KPN – *Reggefiber*, reeds aangehaald, punt 40.

⁴⁵ De aansluiting is de toegang tot een openbaar elektronisch communicatienetwerk op een vaste locatie ten behoeve van spraak, faxverkeer en smalbandig internet. Zie het Marktanalysebesluit vaste telefonie van OPTA van 19 december 2008, punt 230.

⁴⁶ Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de door OPTA afgebakende productmarkten haar Ontwerp marktanalysebesluit vaste telefonie van 14 juli 2011, paragraaf 4.3.2.

(ii) *De wholesalemarkten*

Wholesale breedbandtoegang

56. *Wholesale* breedbandtoegang (hierna: WBT) betreft de levering van virtuele netwerktoegang tot de aansluitlijn naar het huis van de consument.⁴⁷ Afnemers van WBT zijn met deze dienst in staat hun *retail*diensten aan hun eindgebruikers te leveren. WBT is daarmee een bouwsteen voor onder meer de *retail*diensten televisie, internettoegang en vaste telefonie.

57. De Raad heeft in eerdere besluiten een relevante markt voor lage kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang en een relevante markt voor hoge kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang onderscheiden.⁴⁸ De term 'lage kwaliteit' wordt in dit kader gedefinieerd als verbindingen met een zogenaamde overboekingsfactor van lager dan 1:20, terwijl verbindingen met een overboekingsfactor van 1:1 tot en met 1:20 als 'hoge kwaliteit' worden beschouwd.⁴⁹

58. Partijen geven aan dat er mogelijk één brede relevante *wholesale* markt voor breedband internettoegang bestaat, waartoe zowel hoge en lage kwaliteit WBT als ook huurlijnen⁵⁰ behoren.⁵¹

59. OPTA was in haar Marktanalysebesluit *wholesale* breedbandtoegang van 19 december 2008 van oordeel dat op basis van een substitutieanalyse er voorsnog van diende te worden uitgegaan dat er aparte markten bestaan voor lage kwaliteit WBT en hoge kwaliteit WBT. Op 23 juni 2011 heeft OPTA in het kader van de lopende marktanalyses gemeld dat zij (voorsnog) een aparte relevante markt voor lage kwaliteit WBT onderscheidt.⁵²

⁴⁷ De term breedband houdt in dat de *downstream* capaciteit die de afnemer ter beschikking staat meer dan 128Kbit/s bedraagt.

⁴⁸ Zie het besluit in zaak 5807/*KPN – Tiscali*, reeds aangehaald, punt 34, en het besluit in zaak 6397/*KPN – Reggefiber*, reeds aangehaald, punt 51 en het besluit van 20 september 2010 in zaak 7009/*Tele2 – BBNed*, punt 26.

⁴⁹ De overboekingsfactor is gedefinieerd als de gegarandeerde bandbreedte voor afnemers gedeeld door de maximale bandbreedte die over een aansluiting geleverd kan worden.

⁵⁰ Huurlijnen zijn telecommunicatieverbindingen die gebruikt worden om bedrijfslocaties met elkaar te verbinden. OPTA heeft in het Marktanalysebesluit huurlijnen van 19 december 2008 een aparte markt voor huurlijnen afgebakend.

⁵¹ Partijen geven hiervoor geen nadere argumenten maar refereren hierbij aan een tussentijdse presentatie van OPTA waarin is aangegeven dat het moeilijk is voor de verschillende *wholesale* breedbanddiensten een exact onderscheidend criterium vast te stellen (presentatie 'Eerste bevindingen OPTA marktanalyse', 14 april 2011).

⁵² Zie de presentatie van OPTA van 23 juni 2011, *Reguleringsvisie op de markten voor elektronische communicatie 2012–2014*, bijlage 3, waarin het resultaat van de marktafbakening t.a.v. WBT al wordt gemeld. Het Ontwerp marktanalysebesluit *wholesale* breedbandtoegang verschijnt naar verwachting in september 2011.

60. Gelet op het bovenstaande wordt in het hierna volgende uitgegaan van een markt voor lage kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang.

61. Aangezien de activiteiten van partijen slechts overlappen op het gebied van lage kwaliteit WBT hoeft in het onderhavige besluit niet verder op een mogelijke markt voor hoge kwaliteit WBT (waartoe al dan niet huurlijnen gerekend worden), te worden ingegaan.

Ontbundelde toegang

62. Ontbundelde toegang betreft de levering van fysieke toegang tot een netwerk op *wholesale* niveau op een vaste locatie. Afnemers van ontbundelde toegang hebben de mogelijkheid om (gereguleerde) toegang tot kale aansluitlijnen te realiseren waardoor zij door middel van het plaatsen van apparatuur in staat zijn om *retail*diensten via koper en/of glasvezel aan eindgebruikers te leveren. Op dit moment wordt door de kabelmaatschappijen geen aan ontbundelde toegang tot koper equivalente vorm van toegang aangeboden tot het kabelnetwerk.

63. In het besluit van 19 december 2008 in de zaak KPN – Reggefiber is gesteld dat, geredeneerd vanuit ontbundelde toegang tot koper, ontbundelde toegang tot glasvezel tot dezelfde relevante productmarkt behoort.⁵³ OPTA is in haar Marktanalysebesluit ontbundelde toegang van 27 april 2010 en in haar recente Ontwerp marktanalysebesluit, geredeneerd vanuit ontbundelde toegang tot koper, tevens uitgegaan van een markt die zowel ontbundelde toegang tot glasvezel als tot koper omvat.⁵⁴

64. In het besluit in de zaak KPN – Reggefiber is daarnaast in het midden gelaten of er, geredeneerd vanuit de dienst ontbundelde toegang tot glasvezel, een aparte relevante markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel te onderscheiden valt.⁵⁵ Marktpartijen hebben in die zaak aangegeven dat zij ontbundelde toegang tot koper ook als beperkt substituut zien voor ontbundelde toegang tot glasvezel, onder andere omdat zij verwachtten dat het kopernetwerk op termijn vervangen zal worden door een glasvezelnetwerk.⁵⁶

Analyse prijsdruk kabelnetwerken

65. Mogelijk zou naast een markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken of tot koper- en glasvezelnetwerken ook sprake kunnen zijn van een mogelijke markt waartoe ook ontbundelde toegang tot het kabelnetwerk behoort. Partijen stellen dat er aanwijzingen zijn dat

⁵³ Zie het besluit zaak 6397/KPN – Reggefiber, reeds aangehaald, punt 68.

⁵⁴ Zie het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011, punt 172.

⁵⁵ Zie het besluit zaak 6397/KPN – Reggefiber, reeds aangehaald, punt 77.

⁵⁶ Idem, punt 66 en 67.

ontbundelde toegang tot de kabel technisch mogelijk is. Zo is CAIW volgens partijen actief op het netwerk van andere kabelmaatschappijen op basis van "gedeeltelijke" ontbundelde toegang. Zij stellen zich op het standpunt dat ontbundelde toegang tot de kabel behoort tot de relevante markt voor ontbundelde toegang.

66. 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.⁵⁷

67. De beoordeling van de vraag of de indirecte prijsdruk van *retail*diensten die via het koper- of glasvezelnetwerk geleverd worden voldoende kan zijn om kabelaansluitnetwerken tot de mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezelnetwerken en/of kopernetwerken te rekenen, is onder andere afhankelijk van de mate waarin prijsverhogingen in de *upstream* markten (de markten voor ontbundelde toegang) doorgegeven worden aan de *downstream* markten (de *retail*markten voor televisie, internettoegang en vaste telefonie) en de prijselasticiteiten van de vraag⁵⁸ op deze *retail*markten.⁵⁹

68. OPTA concludeert⁶⁰ dat de indirecte prijsdruk van diensten via het kabelaansluitnetwerk onvoldoende prijsdruk op ontbundelde toegang tot het kopernetwerk en/of het glasvezelnetwerk oplevert zodat er naar het oordeel van OPTA derhalve sprake is van een aparte markt voor ontbundelde toegang tot koper en glasvezel tezamen.

69. Vooralsnog 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 mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel of tot koper en glasvezel te rekenen. In een eventuele vergunningsfase zal nader onderzoek worden verricht naar de indirecte prijsdruk van kabelaansluitnetwerken op ontbundelde toegang tot glasvezel of op ontbundelde toegang tot koper en glasvezel, ten behoeve van het vaststellen of sprake is van een eventueel mededingingsprobleem.

⁵⁷ Zie het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011, punt 221.

⁵⁸ De prijselasticiteit van de vraag, of nauwkeuriger de prijselasticiteit van de gevraagde hoeveelheid, geeft aan hoe sterk de gevraagde hoeveelheid verandert als gevolg van een prijsverandering van dat goed.

⁵⁹ Zie voor een beschrijving van de werking van indirecte prijsdruk van kabelnetwerken ook het besluit in de zaak 6397/KPN – *Reggefiber*, reeds aangehaald, punt 59 tot en met 77.

⁶⁰ Zie het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011, punt 241.

Conclusie markten voor ontbundelde toegang

70. Gelet op het bovenstaande zal hierna ingegaan worden op een mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en een mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper. Op een mogelijke markt voor uitsluitend ontbundelde toegang tot het kopernetwerk bestaat tussen de activiteiten van partijen geen horizontale overlap. In een eventuele vergunningsfase dient er nader onderzoek te worden verricht naar de mogelijkheid van het bestaan van een markt voor ontbundelde toegang tot (i) glasvezel, (ii) koper en glasvezel of (iii) koper, glasvezel en kabel, als gevolg van (indirecte) prijsdruk van de verschillende aansluitnetwerken op elkaar.

Relevante geografische markten

(i) Inleiding

71. De keuze van de afnemers van CAIW wordt begrensd door de beschikbaarheid van de infrastructuren waarover diensten geleverd worden. Een huidige afnemer van CAIW kan op dit moment vanuit zijn locatie geen gebruik maken van diensten van een kabelmaatschappij die actief is in een ander gebied in Nederland, zoals UPC of Ziggo, omdat deze via de eigen infrastructuur niet kan leveren aan deze afnemers.

72. Dit betekent dat voor de huidige klanten van CAIW de alternatieven zich beperken tot de diensten via de infrastructuren van KPN, met uitzondering van televisie waarvoor Canal Digitaal via satelliet ook een substituut is. KPN krijgt door de overname van CAIW de beschikking over de regionale netwerken van CAIW in een gebied waar KPN met het koperen aansluitnetwerk tevens actief is.

73. In deze casus vormt het startpunt van de analyse het overlappende dekkinggebied van partijen. Partijen zouden gedisciplineerd kunnen worden door partijen via infrastructuur buiten het overlappende dekkinggebied, bijvoorbeeld in het geval CAIW en KPN niet in staat zouden zijn om een regionaal gedifferentieerd aanbod aan de verschillende (potentiële) afnemers aan te bieden. In dat geval wordt KPN mogelijk gedisciplineerd door aanbieders van *retail* en *wholesale* diensten van buiten het verzorgingsgebied van CAIW.

74. Partijen geven aan dat het voor KPN niet mogelijk is om een regionaal gedifferentieerd aanbod te hanteren voor *retail* diensten. Het hanteren van afwijkende prijzen in het verzorgingsgebied van CAIW is voor KPN volgens partijen in de communicatie naar klanten onmogelijk. Daarnaast zou dit volgens partijen voor KPN investeringen vergen in IT-systemen en hoge kosten met zich meebrengen die niet zouden opwegen tegen mogelijke baten van regionale differentiatie.

75. Uit het marktonderzoek is echter naar voren gekomen dat KPN en CAIW volgens marktpartijen wel in staat zijn om een regionaal gedifferentieerd aanbod te hanteren. KPN kan bijvoorbeeld verschillende merken (met een bijbehorende prijs) hanteren via verschillende infrastructuren in verschillende gebieden. Ook zou KPN kunnen werken met kortingen in gebieden waar meer concurrentie is van alternatieve infrastructuren. Daarnaast hebben partijen vooralsnog niet aannemelijk gemaakt dat het hanteren van gedifferentieerde prijzen dusdanige investeringen vergt, dat dit geen winstgevende strategie zou kunnen zijn. Met inachtneming van het bovenstaande, zal hierna per productmarkt nader worden ingegaan op de relevante geografische markt.

(ii) *De retailmarkten*

Televisie

76. In eerdere besluiten van de NMa⁶¹ wordt uitgegaan van een *retail*markt voor televisie die geografisch begrensd is door het respectievelijke kabelverzorgingsgebied. De NMa heeft de visie van OPTA onderschreven dat de concurrentie mogelijk meer nationaal van karakter zou kunnen worden, naarmate de concurrentiedruk van alternatieve infrastructuren met een landelijke dekking toeneemt.⁶²

77. OPTA heeft recent in het Concept oordeel televisie van 23 juni 2011 de geografische marktafbakening voor de *retail*markt voor televisie in het midden gelaten.⁶³ Voorheen ging OPTA in het Marktanalysebesluit omroep uit van een geografische marktafbakening die het regionale kabelverzorgingsgebied omvat.⁶⁴

78. De onderhavige zaak betreft de overname van een regionale speler door een landelijke speler waarvan de gevolgen op de *retail*markt voor televisie met name regionaal van aard zullen zijn. Daarom wordt vooralsnog, net als in eerdere besluiten van de NMa en OPTA, voor de *retail*markt voor televisie uitgegaan van een regionale markt die in dit geval het CIF-netwerkgebied omvat.

⁶¹ Zie het besluit van de NMa in zaak 6397/*KPN – Reggefiber*, reeds aangehaald, punt 84, het besluit van de NMa van 8 december 2006 in de zaak 5769/*Cinven – Warburg Pincus – Essent Kabelcom*, punt 53

⁶² Zie het Ontwerp marktanalysebesluit omroep CAIW van OPTA van 19 augustus 2008, punt 356.

⁶³ Zie het Concept oordeel televisie van OPTA van 23 juni 2011.

⁶⁴ Zie het Marktanalysebesluit omroep CAIW van OPTA van 5 maart 2009. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBB) heeft in haar uitspraak van 18 augustus 2010 dit marktanalysebesluit vernietigd op het punt van de geografische marktafbakening. Het CBB stelt dat niet voldoende is vastgesteld dat de concurrentievoorwaarden tussen de verzorgingsgebieden van de verschillende kabelaanbieders dusdanig verschillend zijn dat de markten regionaal afgebakend zouden moeten worden.

79. In dit gebied kan televisie worden aangeboden via het kabelnetwerk, het kopernetwerk, het (toekomstige) glasvezelnetwerk en via de ether (Digitenne en Canaldigitaal). Hierbij worden op dit moment de meeste aansluitingen geleverd via de kabel door CAIW. CAIW biedt geen *retail* televisiediensten aan in de CAIW-partnergebieden. Indien KPN bijvoorbeeld uitsluitend een nationaal prijsbeleid kan hanteren en voldoende concurrentiedruk van diensten via de ether en de andere kabelmaatschappijen uitgaat op partijen, zou mogelijk sprake kunnen zijn van een nationale markt. De Raad acht het op dit moment echter niet voldoende aannemelijk dat partijen geen gedifferentieerd aanbod zouden kunnen hanteren.

80. Gelet op het feit dat sprake is van een concentratie waarbij het aannemelijk is dat de effecten van de concentratie zich in beginsel regionaal zullen voordoen, zal in dit besluit vooralsnog worden uitgegaan van een geografische retailmarkt voor televisie die zich beperkt tot het CIF-netwerkgebied. In een eventuele vergunningsfase zal nader onderzoek worden verricht om vast te stellen of er sprake is van een nationale of regionale markt voor televisie.

Internettoegang

81. In eerdere besluiten is de NMa uitgegaan van een nationale *retail*markt voor internettoegang via koper-, kabel- en glasvezelnetwerken.⁶⁵ In deze besluiten is met name geredeneerd vanuit landelijk opererende aanbieders van internettoegang, zoals KPN, die een landelijk opererende aanbieder van internettoegang overnemen. OPTA heeft de relevante markt voor internettoegang, bekeken vanuit de activiteiten van KPN, ook nationaal afgebakend.⁶⁶

82. Internettoegang kan worden aangeboden via het kabelnetwerk van CIF, het kabelnetwerk van de overige kabelmaatschappijen in het CAIW-verzorgingsgebied, het kopernetwerk en het (toekomstige) glasvezelnetwerk.

83. De onderhavige zaak betreft de overname van een regionale speler door een landelijke speler waarvan de gevolgen op de retailmarkt voor internettoegang in beginsel regionaal van aard zullen zijn. In het onderhavige besluit zal daarom vooralsnog uitgegaan worden van een regionale markt die in dit geval het verzorgingsgebied van CAIW omvat. In een eventuele vergunningsfase zal nader onderzoek worden verricht om vast te stellen of er sprake is van een nationale of regionale markt voor internettoegang.

⁶⁵ Zie het besluit van de NMa van 19 december 2008 in zaak 6397/*KPN – Reggefiber*, reeds aangehaald, punt 86, en het besluit van de NMa van 22 december 2006 in zaak 5807/*KPN – Tiscali*, punt 23.

⁶⁶ Zie het Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang van OPTA van 23 juni 2011, punt 941.

Vaste telefonie

84. In eerdere besluiten is de NMa uitgegaan van een nationale *retail*markt voor residentiële vaste telefonie.⁶⁷ Deze besluiten zagen op de beoordeling van de mogelijke gevolgen van een concentratie, waarbij de betrokken ondernemingen landelijk opererende aanbieders van residentiële vaste telefonie waren. OPTA heeft de relevante markten voor residentiële vaste telefonie, geredeneerd vanuit KPN, eveneens nationaal afgebakend.⁶⁸

85. Residentiële vaste telefonie kan worden aangeboden via het kabelnetwerk van CIF, het kabelnetwerk van de overige kabelmaatschappijen in het CAIW-verzorgingsgebied, het kopernetwerk en het (toekomstige) glasvezelnetwerk.

86. De onderhavige zaak betreft de overname van een regionale speler door een landelijke speler waarvan de gevolgen op de retailmarkt(en) voor residentiële vaste telefonie in beginsel regionaal van aard zullen zijn. In het onderhavige besluit zal daarom vooralsnog worden uitgegaan van een geografische retailmarkt voor residentiële vaste telefonie die zich beperkt tot het verzorgingsgebied van CAIW. In een eventuele vergunningsfase zal nader onderzoek worden verricht om vast te stellen of sprake is van een nationale of regionale markt voor residentiële vaste telefonie.

(iii) *De wholesalemarkten*

Lage kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang

87. In eerdere besluiten is de NMa uitgegaan van een nationale *wholesale*markt voor lage kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang (WBT).⁶⁹ OPTA is in het verleden eveneens uitgegaan van een nationale markt.⁷⁰

88. Lage kwaliteit WBT kan in het CIF-netwerkgebied worden aangeboden via het kopernetwerk en het (toekomstige) glasvezelnetwerk. De meeste aansluitingen worden geleverd via het kopernetwerk van KPN. Er wordt op dit moment geen lage kwaliteit WBT extern geleverd via het kabelnetwerk.

⁶⁷ Zie het besluit in zaak 6397/*KPN – Reggefiber*, reeds aangehaald, punt 85, en het besluit in zaak 5807/*KPN – Tiscali*, reeds aangehaald, punt 48.

⁶⁸ Zie het Marktanalysebesluit vaste telefonie van OPTA van 19 december 2008.

⁶⁹ Zie het besluit van 20 september 2010 in zaak 7009/*Tele2 – BBNed*, reeds aangehaald, punt 28, en het besluit in zaak 6397/*KPN – Reggefiber*, reeds aangehaald, punt 87.

⁷⁰ Zie het Marktanalysebesluit *wholesale* breedbandtoegang van OPTA van 19 december 2008, punt 516.

89. De onderhavige zaak betreft de overname van een regionale speler door een landelijke speler waarvan de gevolgen op de *retail*markt(en) voor lage kwaliteit WBT in beginsel regionaal van aard zullen zijn. In het onderhavige besluit zal daarom voornamelijk worden uitgegaan van een regionale markt die in dit geval het CIF-netwerkgebied omvat. In een eventuele vergunningsfase zal nader onderzoek worden verricht om vast te stellen of sprake is van een nationale of regionale markt voor lage kwaliteit WBT.

Ontbundelde toegang

90. De NMa heeft in een eerder besluit in het midden gelaten of de mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel nationaal van aard is of het dekkinggebied van het glasvezelnetwerk omvat. Met betrekking tot een mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper zag in dit eerdere besluit de beoordeling op een nationale markt.⁷¹ OPTA is in haar recente Ontwerp marktanalysebesluit ontbundelde toegang, geredeneerd vanuit een landelijk dekkend kopernetwerk, uitgegaan van een nationale markt voor ontbundelde toegang tot het koper- en het glasvezelnetwerk.

91. Vanwege het lokale karakter van de activiteiten van CAIW op het gebied van ontbundelde toegang tot glasvezel wordt er voor een afzonderlijke productmarkt voor ontbundelde toegang tot glasvezel voornamelijk uitgegaan van een geografische markt die het dekkinggebied van het glasvezelnetwerk omvat. In een eventuele vergunningsfase zal nader onderzoek verricht worden naar nationale disciplinerende factoren waardoor er sprake zou kunnen zijn van een nationale markt.

92. Ook voor de mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper wordt in dit besluit voornamelijk uitgegaan van een geografische markt voor ontbundelde toegang tot koper en glasvezel die het CIF-netwerkgebied omvat. Immers, de activiteiten van CAIW m.b.t. ontbundelde toegang tot het (toekomstige) glasvezelnetwerk beperken zich tot dit gebied. In een eventuele vergunningsfase zal nader onderzoek verricht worden naar mogelijke nationale disciplinerende factoren via het nationale kopernetwerk van KPN, waardoor mogelijk sprake is van een nationale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper.

(iv) Conclusie geografische markten

93. In het bovenstaande is geconcludeerd dat het aannemelijk is dat de effecten van de concentratie in beginsel regionaal van aard zullen zijn, en dat in dit besluit voornamelijk wordt uitgegaan van regionale relevante markten. In een eventuele vergunningsfase dient nader onderzoek verricht te worden om de exacte geografische omvang van de markt te bepalen.

⁷¹ Besluit van de NMa in zaak 6397/KPN – *Reggefiber*, reeds aangehaald, punt 89 en 95 e.v.

94. Bij de beoordeling van de gevolgen van de concentratie hierna zal met betrekking tot de regionale markten ingegaan worden op de situatie in het gebied waar CIF over een eigen netwerk beschikt, het CIF-netwerkgebied. Waar dat voor de beoordeling noodzakelijk is, zal ook het CAIW-partnergebied in de beoordeling betrokken worden. De concurrentiesituatie in deze partnergebieden kan echter per gebied verschillen, afhankelijk van de afspraken die CAIW met de lokale kabelaanbieders heeft gemaakt. In een eventuele vergunningsfase dienen de exacte verwachte gevolgen per gebied nader beoordeeld te worden.

C. GEVOLGEN VAN DE CONCENTRATIE

Inleiding

95. De onderhavige concentratie betreft de overname van CAIW door KPN. CAIW levert op dit moment op alle niveaus van de waardeketen diensten via het kabel- en glasvezelnetwerk in het CIF-netwerkgebied. Het passieve gedeelte van het netwerk is in eigendom van CIF. Ook na de transactie blijven deze infrastructuren in eigendom van CIF. In de gebieden waar CIF (nog) niet beschikt over een kabelnetwerk, maakt CAIW gebruik van lokale kabelexploitanten om de *retail*diensten residentiële vaste telefonie en internettoegang te leveren.

96. KPN neemt na de concentratie de huidige [...] huurovereenkomsten voor het gebruik van de netwerken die CAIW op dit moment met CIF en de lokale kabelexploitanten heeft gesloten, over. Voor de kabelinfrastructuur en de huidige en toekomstige glasvezelinfrastructuur is CAIW vooralsnog de enige aanbieder (netwerkoperator en dienstenleverancier) in het CIF-netwerkgebied.

97. CIF heeft aangegeven alleen in passieve infrastructuur te willen investeren en het gehele bereik van haar infrastructuur te willen verhuren aan telecomoperators.⁷² CIF verplicht hierbij de huurders in de huurovereenkomsten om de infrastructuur open te stellen voor meerdere gebruikers door *wholesale*dienstverlening aan te bieden in de vorm van een aanbod van ontbundelde toegang en een *wholesale* breedbandaanbod op de gehuurde glasvezelinfrastructuur en een wederverkoop aanbod op de gehuurde kabelinfrastructuur.

98. CIF heeft tevens aangegeven na de concentratie het aantal passieve glasvezelaansluitingen de komende drie jaren uit te willen breiden naar alle gemeenten waar CAIW nu actief is. Door middel van het sluiten van huurcontracten tussen CIF en CAIW kunnen partijen een glasvezelnetwerk in een gebied huren en daarover *wholesale*- en *retail*diensten leveren. Per gebied is het voor CIF mogelijk om tevens een tweede huurder tot de glasvezelinfrastructuur toe te laten, omdat het netwerk in tweevoud aangelegd zal worden.

Leeswijzer en samenvatting

99. Hieronder worden eerst de horizontale gevolgen van de concentratie uiteengezet. De Raad zal ten aanzien van deze beoordeling concluderen dat KPN als gevolg van de concentratie op de *retail*- en *wholesale*markten via alle infrastructuur in het CAIW-verzorgingsgebied een (zeer) sterke positie krijgt. Hierdoor zou de daadwerkelijke mededinging op mogelijke regionale *retail*- en *wholesale*markten significant beperkt kunnen worden.

⁷² Pagina 3 van de melding.

100. Vervolgens zal worden ingegaan op de verticale effecten van de concentratie.

Horizontale gevolgen van de concentratie

Relatie up- en downstream markten

101. De activiteiten van partijen overlappen op de mogelijke *upstream* markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en de mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper. Daarnaast bestaat overlap tussen partijen op de *downstream wholesale* markt voor lage kwaliteit WBT en op de *retail*markten voor televisie, internettoegang en vaste telefonie.

102. Op de *retail*markten worden de diensten geleverd via de drie locatiegebonden infrastructuren in het CAIW-verzorgingsgebied: koper, kabel en, in nog beperkte mate, glasvezel. CAIW is actief via het glasvezelnetwerk van CIF, het kabelnetwerk van CIF en het kabelnetwerk van andere kabelaanbieders in de CAIW-partnergebieden. KPN is hoofdzakelijk actief op de *retail*markten via haar eigen kopernetwerk (m.u.v. Digitenne waarvan het signaal via de ether verzonden wordt).

103. Op de hoger gelegen *wholesale* markt voor lage kwaliteit WBT leveren KPN en concurrenten van KPN zoals Tele2 aan derden, maar zij gebruiken WBT met name ten behoeve van de eigen *retail*diensten. De activiteiten van CAIW op het gebied van WBT betreffen alleen interne leveringen ten behoeve van het aanbieden van de eigen *retail*diensten.

104. Ten slotte kan ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk en tot het kopernetwerk afgenomen worden. Door middel van het afnemen van dit product kunnen partijen WBT (intern en aan derden) en *retail*diensten aanbieden. In dit besluit wordt uitgegaan van een markt voor ontbundelde toegang tot koper of tot koper en glasvezel, maar niet tot kabel (zie punt 69 hiervoor). Dat betekent dat in het CAIW-verzorgingsgebied in een mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper slechts twee spelers actief zijn: KPN via haar eigen kopernetwerk, en CAIW via het (toekomstige) glasvezelnetwerk van CIF. In andere gebieden van Nederland is Reggefiber een belangrijke speler op het gebied van ontbundelde toegang tot glasvezel.

105. In het hierna volgende zullen eerst de mogelijke effecten van de concentratie op de *retail*markten in detail besproken worden. Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijke effecten op de markt voor lage kwaliteit WBT en tenslotte op de markten voor ontbundelde toegang.

(i) *Retailmarkt voor televisie*

Positie partijen

106. Op de mogelijke regionale retailmarkt voor televisie heeft KPN een marktaandeel van ongeveer [20-30]%. Op deze markt heeft CAIW een marktaandeel van ongeveer [70-80]%. Dit betekent dat als gevolg van de voorgenomen concentratie een geconcentreerde markt ontstaat. Het gezamenlijk marktaandeel van KPN en CAIW op deze mogelijke regionale markt bedraagt ongeveer [90-100]%. De concentratiegraad op deze markt, berekend met behulp van de HHI, neemt als gevolg van de concentratie toe van ongeveer [5300-6800] tot [8100-10000]: een stijging van de HHI met ongeveer [2800-3200].⁷³

107. De huidige concurrenten van KPN en CAIW op de mogelijke regionale retailmarkt voor televisie zijn CanalDigitaal, Tele2 en Online. Uit het onderzoek onder marktpartijen volgt dat marktpartijen zonder uitzondering KPN als de meest nabije concurrent van CAIW aanduiden.

Toetreding op basis van eigen infrastructuur

108. Er zijn sterke aanwijzingen dat de mogelijke *retail*markt voor televisie zich kenmerkt door hoge toetredingsdrempels wanneer gebruikt gemaakt zou worden van een eigen infrastructuur. Voor het zelfstandig actief zijn als onderneming op de *retail*markt voor televisie dient een onderneming de beschikking te hebben over een locatiegebonden infrastructuur waarover tv-signalen aan consumenten geleverd kunnen worden en bovendien over een pakket aan televisiezenders die ingekocht dienen te worden. Uit het onderzoek onder marktpartijen blijkt dat de aanleg van een eigen infrastructuur dusdanig kostbaar is dat zij, naast de inkoop van televisiezenders, een toetredingsdrempel vormen.

109. Voor ondernemingen die in infrastructuur investeren zou het mogelijk kunnen zijn om actief te worden op de *retail*markt voor televisie. Echter, de meest geëigende partijen om te investeren in een dergelijke infrastructuur zoals glasvezel zijn de partijen betrokken bij de concentratie. CIF zou als investeerder in nieuwe glasvezelnetwerken in staat kunnen zijn om zelfstandig als aanbieder actief te worden op de *retail*markt voor televisie, zoals zij dat nu via CAIW actief is, maar CIF heeft aangegeven en zich gecommitteerd aan haar aandeelhouders dat zij niet actief zal zijn in het aanbieden van andere diensten dan de verhuur van het passieve

⁷³ De Commissie acht horizontale mededingingsbezwaren onwaarschijnlijk indien (i) de HHI na de fusie kleiner is dan 1000, (ii) de HHI na de fusie tussen 1000 en 2000 ligt en de verandering van de HHI kleiner is dan 250, of (iii) wanneer de HHI na de fusie boven de 2000 ligt en de verandering in de HHI kleiner is dan 150, behoudens specifieke omstandigheden. Europese Commissie, Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (2004/C 31/03).

netwerk. Het is hierdoor niet aannemelijk dat binnen een termijn van 3 tot 5 jaar toetreding van een aanbieder op basis van een eigen infrastructuur te verwachten is.

Toetreding op basis van ontbundelde toegang of *wholesalediensten*

110. Potentiële toetreding van nieuwe ondernemingen kan tevens plaats vinden door middel van het afnemen van ontbundelde toegang of *wholesalediensten* tot de koper-, coax- en glasvezelinfrastructuren. Tot op heden maken bestaande concurrenten, zoals Tele2, via toegang tot het kopernetwerk en Online via het wederverkoop aanbod van KPN voor Digitenne, gebruik van de infrastructuur van KPN om de *retail* dienst televisie aan te bieden. Het marktaandeel van deze spelers, die nu met name actief zijn via het kopernetwerk, is niet groot maar wel groeiende.

111. Uit het onderzoek onder marktpartijen zijn geen concrete aanwijzingen naar voren gekomen dat er, naast de partijen die momenteel actief zijn op de *retail* markt voor televisie, nieuwe marktpartijen door middel van ontbundelde toegang of *wholesalediensten* via koper of (toekomstig) glasvezel willen toetreden op de mogelijke regionale *retail* markt voor televisie.

112. Naast het feit dat partijen een groot deel van de *retail* markt zullen bedienen via hun koper-, kabel- en glasvezelnetwerk, wordt de mate waarin concurrenten van KPN en CAIW in staat zijn te concurreren op basis van een dienst die gebruikt maakt van ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk of lage kwaliteit WBT beïnvloed door de voorwaarden waaronder zij deze diensten kunnen afnemen. Deze diensten worden op dit moment alleen door partijen geleverd. Als gevolg van bijvoorbeeld *input foreclosure* door KPN en CAIW zouden deze potentiële concurrenten moeilijker in staat kunnen zijn concurrentie te bieden aan partijen (zie ook punt 163 hierna).

Toetreding op basis van internettelevisie

113. Toetreding van nieuwe ondernemingen kan mogelijk ook plaatsvinden door ondernemingen die internettelevisie gaan aanbieden. Deze aanbieders kunnen voor het leveren van televisiediensten via internet gebruik maken van een bestaande internetverbinding van consumenten. Een onderneming die internettelevisie aanbiedt heeft beperktere kosten dan wanneer zij zelf een netwerk zou uitrollen of via WBT actief zou worden.

114. OPTA constateert echter dat er op dit moment geen tot beperkte mogelijkheden zijn om alleen via internettelevisie, onafhankelijk van de infrastructuur en zonder abonnement bij een televisieaanbieder, de tien meest bekeken Nederlandse kanalen te ontvangen.⁷⁴

⁷⁴ Zie het Concept oordeel televisie van OPTA van 23 juni 2011

115. De Raad ziet evenals OPTA een ontwikkeling waarbij de toetredingsdrempels voor potentiële aanbieders van televisiediensten afnemen. Vooralsnog zijn er echter geen aanwijzingen van daadwerkelijke significante toetreding van dergelijke aanbieders en bestaan er nog steeds significante drempels om toe te treden.

116. Gelet op het feit dat partijen die nu gebruik maken van toegang via het kopernetwerk op dit moment een geringe positie hebben en het feit dat er geen concrete aanwijzingen zijn dat deze of nieuwe ondernemingen via het (toekomstige) glasvezelnetwerk of via internet op significant grotere schaal actief zullen worden op de *retail*markt voor televisie, acht de Raad het op dit moment niet voldoende aannemelijk dat de toekomstige toetreding van derden voldoende concurrentie zal bieden om de sterke positie van partijen te relativeren.

Conclusie

117. Op een mogelijke regionale *retail*markt voor televisie leidt de concentratie tot een gezamenlijk marktaandeel dat ongeveer [90-100]% bedraagt en derhalve tot een significante stijging van de concentratiegraad. Gezien de sterke positie van partijen en het feit dat significante toetreding onvoldoende voorzien wordt is het aannemelijk dat onderhavige concentratie de daadwerkelijke mededinging op de mogelijke markt voor regionale *retail*markt voor televisie op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie.

118. In een eventuele tweede fase zal nader onderzoek nodig zijn naar de geografische marktafbakening van de *retail*markt voor televisie en de mate van (nationale) disciplinerende van KPN en CAIW door alternatieve aanbieders van televisie.

(ii) *Retailmarkt voor internettoegang*

Positie partijen

119. Op een mogelijke regionale retailmarkt voor internettoegang heeft KPN een marktaandeel van ongeveer [30-40]%. Op deze markt heeft CAIW een marktaandeel van [20-30]%.⁷⁵ Het gezamenlijk marktaandeel van KPN en CAIW zal na de totstandkoming van de concentratie dus ongeveer [60-70]% bedragen op een mogelijke regionale markt. De huidige concurrenten van KPN en CAIW op de mogelijke regionale retailmarkt voor internettoegang zijn

⁷⁵ Deze cijfers zijn op basis van de eigen opgave van KPN en CAIW. Deze marktaandelen zijn berekend op basis van (geschatte) omzet. Het marktaandeel van CAIW berekend op basis van het aantal afnemers ligt 3% hoger, voor KPN is het marktaandeel vergelijkbaar. De geschatte marktaandelen voor KPN in deze regionale markt wijken af van het landelijk marktaandeel van KPN.

ondernemingen zoals Tele2 en Online en de lokale kabelbedrijven. Uit het onderzoek onder marktpartijen volgt dat marktpartijen, evenals bij televisie, KPN als de meest nabije concurrent van CAIW aanmerken. De concentratiegraad op deze markt neemt als gevolg van de concentratie toe met een verandering van de HHI van ongeveer [1200-2400]⁷⁶, waarbij de HHI na de concentratie tussen [2500 en 4900] ligt.

Toetredingsdrempels

120. Evenals bij de beoordeling van de *retail*markt voor televisie zijn de toetredingsdrempels tot de markt voor internettoegang voor potentiële concurrenten op basis van een eigen infrastructuur hoog. Significante toetreding op basis van ontbundelde toegang tot glasvezel, koper of WBT is mogelijk, maar vergt investeringen. Bovendien kunnen de voorwaarden waaronder (potentiële) concurrenten deze toegang van KPN of CAIW kunnen afnemen worden beïnvloed door partijen (zie ook de beoordeling van de verticale relatie hierna). Waar bij televisie nog de mogelijkheid bestaat om door middel van een *wholesaledienst* over ether actief te worden, ontbreekt deze mogelijkheid bij internettoegang.

Conclusie

121. Op een mogelijke regionale *retail*markt voor internettoegang leidt de concentratie tot een gezamenlijk marktaandeel van ongeveer [60-70]% en tot een significante stijging van de concentratiegraad. Gezien deze structuur van de markt en de afwezigheid van (een dreiging van) toetreding is het aannemelijk dat de onderhavige concentratie de daadwerkelijke mededinging op een mogelijke regionale *retail*markt voor internettoegang op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie.

122. In een eventuele tweede fase zal nader onderzoek nodig zijn naar de geografische marktafbakening van de *retail*markt voor internettoegang en de mate van (nationale) disciplinerings van KPN en CAIW door alternatieve aanbieders van internettoegang.

(iii) *Retailmarkt voor residentiële vaste telefonie*

Positie partijen

123. Op een mogelijke regionale *retail*markt voor residentiële vaste telefonie heeft KPN een marktaandeel van ongeveer [60-70]%. Op deze markt heeft CAIW een marktaandeel van [0-

⁷⁶ De verandering in de HHI is te berekenen met de volgende formule: $2 * \text{Marktaandeel KPN} * \text{Marktaandeel CAIW}$.

10]%.⁷⁷ Dit betekent dat het gezamenlijk marktaandeel van KPN en CAIW ongeveer [65-75]% bedraagt. De huidige concurrenten van KPN en CAIW in de mogelijke regionale retailmarkt voor residentiële vaste telefonie zijn ondernemingen zoals Tele2, Online, Pretium en Scarlet. Deze partijen hebben echter een beperkt marktaandeel. Uit het onderzoek onder marktpartijen volgt dat marktpartijen zonder uitzondering KPN als de meest nabije concurrent van CAIW aanduiden. De concentratiegraad op deze markt neemt als gevolg van de concentratie toe met een verandering van de HHI van ongeveer [500-1000], waarbij de HHI na de concentratie ongeveer [4000-6000] bedraagt.

Toetredingsdrempels

124. Evenals bij de beoordeling van de toetredingsdrempels op de voorgaande *retail*markten zijn de toetredingsdrempels tot de markt voor residentiële vaste telefonie voor potentiële concurrenten op basis van een eigen infrastructuur hoog. Significante toetreding op basis van ontbundelde toegang tot glasvezel, koper of WBT is vooralsnog eveneens niet aannemelijk en dit wordt bovendien beïnvloed door de voorwaarden waaronder potentiële concurrenten deze toegang van KPN of CAIW kunnen afnemen (zie ook de beoordeling van de verticale relatie hierna).

Conclusie

125. Evenals bij de *retail*markten voor televisie en internettoegang leidt de concentratie in een mogelijke regionale *retail*markt voor residentiële vaste telefonie tot een gezamenlijk marktaandeel van ongeveer [65-75]% en tot een significante stijging van de concentratiegraad. Dit geldt in sterkere mate in het geval een nader onderscheid naar een mogelijke markt voor enkelvoudige gesprekken wordt gemaakt. Op een mogelijke markt voor tweevoudige gesprekken bestaat geen overlap tussen partijen, aangezien CAIW deze dienst niet aanbiedt.

126. De Raad ziet geen factoren die tot de conclusie zouden leiden dat de positie van KPN en CAIW zwakker is dan het genoemde marktaandeel. De Raad acht het aannemelijk dat onderhavige concentratie de daadwerkelijke mededinging op de mogelijke markt voor regionale *retail*markt voor residentiële vaste telefonie op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie.

127. In een eventuele vergunningsfase zal nader onderzoek nodig zijn naar de geografische marktafbakening van de retailmarkt voor residentiële vast telefonie en de mate van (nationale)

⁷⁷ Deze cijfers zijn eveneens eigen opgave van KPN en CAIW. Deze marktaandelen zijn berekend op basis van (geschatte) omzet.

disciplineren van KPN en CAIW door alternatieve aanbieders van residentiële vaste telefonie en naar een mogelijk onderscheid tussen enkelvoudige en tweevoudige gesprekken.

(iv) *Lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang*

Positie partijen

128. KPN biedt lage kwaliteit WBT aan via de koperinfrastructuur en via Reggefiber op de glasvezelinfrastructuur. CAIW is actief als aanbieder van WBT, maar levert momenteel – voor zover bekend – geen WBT aan externe afnemers en gebruikt WBT alleen ten behoeve van de eigen *retail* activiteiten.

129. Indien uitgegaan wordt van een regionale markt voor lage kwaliteit WBT waarbij ook interne leveringen worden meegenomen heeft KPN op dit moment een marktaandeel van ongeveer [30-40]%. CAIW heeft op een mogelijke regionale markt voor lage kwaliteit WBT een marktaandeel van ongeveer [50-60]%. Overige aanbieders behalen tezamen een marktaandeel van ongeveer [0-10]%.⁷⁸

130. Als gevolg van de concentratie ontstaat een marktaandeel van ongeveer [90-100]%. Dit gegeven, in combinatie met de grote toevoeging van CAIW aan dit marktaandeel (of vice versa) is een sterke aanwijzing dat er sprake zou kunnen zijn – behoudens relativerende factoren – van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging.

Toetredingsdrempels

131. Evenals bij de beoordeling van de toetredingsdrempels op de *retail*markt voor televisie, internettoegang en vaste telefonie zijn de toetredingsdrempels van potentiële concurrenten hoog. Gelet op de significante investeringen en het feit dat de Raad op dit moment onvoldoende aanwijzingen heeft dat concurrenten daadwerkelijk willen toetreden tot de markt voor WBT, acht de Raad het vooralsnog niet aannemelijk dat de toekomstige concurrentie van toetreders een mogelijke belemmering van de mededinging op dit moment weg zou kunnen nemen.

132. CIF biedt naast de aansluiting van KPN een tweede aansluiting aan tot haar (toekomstige) glasvezelnetwerk. Dit zou er toe kunnen leiden dat naast KPN andere spelers actief worden op de markt voor ontbundelde toegang en de markt voor WBT.⁷⁹ Hoewel dit de concurrentie op *downstream* markten zou kunnen vergroten, zijn uit het onderzoek onder

⁷⁸ Berekening van NMa op basis van cijfers partijen over het aantal afgenomen aansluitingen ontbundelde toegang.

⁷⁹ Uit de huurovereenkomsten zoals bijgesloten bij de melding blijkt dat een huurder van CIF contractueel verplicht is ontbundelde toegang en WBT aan te bieden aan derden.

marktpartijen vooralsnog geen aanwijzingen naar voren gekomen dat andere aanbieders dan partijen voldoende concrete plannen hebben om als tweede huurder op het netwerk van CIF actief te worden. De Raad is van mening dat de toekomstige concurrentie die vanuit deze tweede huurder uit zou kunnen gaan, vooralsnog onvoldoende is om tot de conclusie te komen dat geen sprake zou kunnen zijn van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging.

Conclusie

133. De Raad concludeert dat op een mogelijke regionale *wholesale*markt voor lage kwaliteit breedbandtoegang de daadwerkelijke mededinging significant belemmerd zou kunnen worden als gevolg van de concentratie.

134. In een eventuele tweede fase dient nader onderzoek plaats te vinden naar de geografische marktafbakening voor lage kwaliteit WBT en de daadwerkelijke mogelijkheden voor het aanbieden van lage kwaliteit WBT door alternatieve partijen, al dan niet op het glasvezelnetwerk van CIF.

(v) *Ontbundelde toegang*

Inleiding

135. Er is een beperkt aantal spelers dat onbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk aanbieden, te weten KPN, Reggefiber, CAIW en buiten het CIF-netwerkgebied naast Reggefiber enkele lokale aanbieders. In de meeste gevallen leveren deze aanbieders intern onbundelde toegang voor hun eigen *retail*activiteiten.

136. De dekking van het glasvezelnetwerk van CIF is op dit moment nog beperkt, maar CIF is voornemens in de gebieden waar zij op dit moment over een kabelnetwerk beschikt (het CIF-netwerkgebied) het glasvezelnetwerk verder aan te leggen. Via dit netwerk zouden derden onbundelde toegang kunnen gaan bieden aan afnemers. In de partnergebieden waar CAIW alleen als dienstenleverancier consumenten bedient, is CIF eveneens voornemens om een glasvezelnetwerk uit te rollen. De aanleg van de glasvezelinfrastructuur zal volgens CIF plaatsvinden ongeacht of de transactie doorgang zal vinden of niet. CAIW is uit hoofde van haar huurcontract met CIF verplicht onbundelde toegang aan te bieden op het glasvezelnetwerk van CIF, maar tot nu toe wordt hier extern geen gebruik van gemaakt.

Ontbundelde toegang tot glasvezel

Positie partijen

137. Van het totaal aantal beschikbare glasvezelaansluitingen in de mogelijke regionale markt wordt [90-100]% door CAIW geleverd. CAIW maakt hiervoor gebruik van het netwerk van CIF. Het huidige gezamenlijke marktaandeel van KPN en Reggefiber voor ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk bedraagt in de relevante geografische markt [0-10%]. Indien uit wordt gegaan van het aantal actieve leveringen ('*homes activated*') dan is het regionale marktaandeel van KPN en Reggefiber 0% en dat van CAIW [90-100]%. In dit laatste geval is er geen sprake van overlap tussen partijen.⁸⁰ Als gevolg van de concentratie leveren partijen alle aansluitingen voor ontbundelde toegang tot het glasvezelnetwerk en bestaan er dus voor (potentiële) afnemers bestaan geen alternatieven.

Potentiële concurrentie van glasvezelnetwerken

138. CAIW bezit momenteel een monopolie op een regionale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel. Deze positie zou mogelijk gerelativeerd kunnen worden als er sprake is van mogelijke disciplinerende door potentiële toetreders die investeren in glasvezel of door afnemers van ontbundelde toegang die voldoende macht hebben om tegendruk te bieden tegen een eventueel misbruik van deze positie.

139. Potentiële concurrentie van spelers buiten de relevante geografische markt kan momenteel realistisch gesproken alleen worden van verwacht Reggefiber. Reggefiber, waarin KPN gezamenlijke zeggenschap heeft, is de enige partij in Nederland die tot op heden op significante schaal een glasvezelnetwerk heeft aangelegd. De overige investeerders in glasvezel zijn kleine ondernemingen waarvan het onvoldoende aannemelijk is dat zij in staat zijn op grote schaal te investeren. Investerings in glasvezel door een volledig nieuwe partij die niet actief is in glasvezel gaan volgens partijen en marktpartijen gepaard met grote uitgaven en kosten enige jaren waardoor toetreding niet kansrijk is.

140. De Raad acht het daarom niet aannemelijk dat potentiële concurrentie van alternatieve glasvezelnetwerken er toe zou leiden dat CAIW op dit moment of in de nabije toekomst in voldoende mate gedisciplineerd zal worden.

⁸⁰ Berekeningen van de NMa op basis van gegevens partijen over het aantal aansluitingen.

Potentiële concurrentie van Reggefiber

141. Op dit moment zijn er in de relevante geografische markt twee netwerken aanwezig, kabel en koper, waarbij het nieuwe glasvezelnetwerk op dit moment nog in ontwikkeling is. Als gevolg van de concentratie zou eventuele potentiële concurrentie van een nog aan te leggen glasvezelnetwerk door Reggefiber in de relevante geografische markt verloren kunnen gaan.

142. Voor wat betreft de concurrentiekracht van toetreding van Reggefiber stellen partijen dat volgens hen slechts één glasvezelnetwerk in een bepaald gebied kan bestaan. Onder verwijzing naar het besluit van de NMa in KPN – Reggefiber stellen zij dat de benodigde penetratiegraad om een glasvezelnetwerk rendabel te kunnen exploiteren dusdanig hoog is dat er geen ruimte is voor een tweede glasvezelnetwerk.

143. De Raad acht het naast elkaar bestaan van twee netwerken echter wel mogelijk. Bij de beoordeling van de waarschijnlijkheid of twee glasvezelnetwerken winstgevend naast elkaar kunnen bestaan in de zaak KPN – Reggefiber, is betrokken dat in de betreffende regio's waarin Reggefiber actief is, of in de toekomst wordt, tevens een kabelnetwerk aanwezig is dat vervangen kan worden door een glasvezelnetwerk. Aangezien een glasvezelnetwerk ongeveer een penetratiegraad vereist van ongeveer 40-50%⁸¹ om rendabel geëxploiteerd te kunnen worden, is het evenwel mogelijk dat op termijn twee glasvezelnetwerken – afhankelijk van de aanwezigheid van alternatieve locatiegebonden infrastructuren – naast elkaar kunnen bestaan.

144. Omdat het volgens de Raad mogelijk is dat op termijn twee glasvezelnetwerken naast elkaar zouden kunnen bestaan in de mogelijke regionale markt, acht de Raad het aannemelijk dat er significante potentiële (toekomstige) concurrentie verloren zou kunnen gaan tussen KPN en Reggefiber enerzijds en CAIW via het netwerk van CIF anderzijds. Dit kan derhalve tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging leiden.

Conclusie ontbundelde toegang tot glasvezel

145. De Raad acht het aannemelijk dat als gevolg van de concentratie op een mogelijke regionale markt voor ontbundelde toegang tot glas de daadwerkelijke mededinging significant belemmerd zou kunnen worden, met name als gevolg van het wegvallen van concurrentiedruk van Reggefiber op het huidige en toekomstige aanbod van CAIW.

⁸¹ Bij de vraagbundelingsprojecten van Reggefiber wordt een investering in een glasvezelnetwerk gebruikelijk uitgevoerd als 40% van de huishoudens zich committeert aan het afnemen van glasvezel.

Ontbundelde toegang tot koper en glasvezel

Positie partijen

146. KPN beschikt over alle aansluitingen voor ontbundelde toegang tot koper. CAIW beschikt momenteel zoals hierboven vermeld over vrijwel alle (exclusief Uithoorn) aansluitingen voor ontbundelde toegang tot glasvezel. Zoals eerder genoemd heeft CIF aangegeven in de nabije toekomst het glasvezelnetwerk verder te ontwikkelen. Hierdoor zal het aantal aansluitingen dat CAIW bedient via ontbundelde toegang tot glasvezel in de toekomst waarschijnlijk groeien.

147. In een mogelijke regionale markt voor ontbundelde toegang tot koper en glasvezel hebben KPN en Reggefiber gezamenlijk momenteel een marktaandeel van ongeveer [90-100]% en heeft CAIW op dit moment een marktaandeel van ongeveer [0-10]%. Het gezamenlijke marktaandeel van partijen bedraagt na de concentratie [90-100]%.⁸² De concentratiegraad neemt na de totstandkoming van de transactie, met een verandering van de HHI van ongeveer [0-500], significant toe.

148. Een marktaandeel van [90-100]%, feitelijk een monopolie, is een sterke aanwijzing dat de voorgenomen concentratie zou kunnen leiden tot een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging.

149. Bij de beoordeling is van belang dat op dit moment (en in de te voorziene toekomst) ontbundelde toegang tot het kopernetwerk van KPN is gereguleerd. Dit betekent dat afnemers tegen kostengeoriënteerde tarieven en onder non-discriminatoire voorwaarden ontbundelde toegang tot koper kunnen afnemen (zie ook de paragraaf "Ex ante regulering van OPTA" hiervoor). Het is voornamelijk niet aannemelijk dat als gevolg van de concentratie de dienst ontbundelde toegang tot koper van KPN negatief beïnvloed zou kunnen worden, bijvoorbeeld door middel van prijsstijgingen of kwaliteitsdalingen.

150. Als gevolg van de concentratie verdwijnt de concurrentiedruk van KPN als de enige actuele concurrent van CAIW op de mogelijke regionale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper.

Potentiële en toekomstige concurrentie

151. CIF heeft concrete voornemens een glasvezelnetwerk in de relevante geografische markt aan te leggen. Zoals hierboven is vermeld, zal CIF de mogelijkheid bieden om een tweede huurder op het glasvezelnetwerk actief te laten zijn.

⁸² Berekeningen NMa op basis van opgave cijfers partijen van het aantal beschikbare aansluitingen.

152. De Raad acht het echter op dit moment nog niet voldoende aannemelijk dat van dit toekomstige en op dit moment nog beperkt uitgerolde glasvezelnetwerk significante potentiële concurrentiedruk uit zal gaan. Immers, de Raad heeft vooralsnog onvoldoende aanwijzingen dat er, naast CAIW, spelers zijn die concrete voornemens hebben om op korte termijn als tweede huurder actief te worden op het (toekomstige) netwerk van CIF, waarmee zij concurrentie zouden kunnen bieden aan KPN en CAIW. Daarnaast is de termijn waarop het glasvezelnetwerk uitgerold zou worden nog met onzekerheden omgeven.

153. Ook zijn er zoals hierboven vermeld geen indicaties dat een (potentiële) concurrent van buiten de relevante geografische markt actief zal worden als aanbieder van ontbundelde toegang tot glasvezel en/of koper.

154. Tenslotte acht de Raad het aannemelijk dat er, evenals in de mogelijke markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel, significante potentiële (toekomstige) concurrentie verloren zou kunnen gaan tussen KPN en Reggefiber enerzijds en CAIW via het netwerk van CIF anderzijds.

Conclusie ontbundelde toegang tot koper en glasvezel

155. Gelet op het bovenstaande concludeert de Raad dat als gevolg van de concentratie de daadwerkelijke mededinging op een mogelijke regionale markt voor ontbundelde toegang tot glasvezel en koper significant belemmerd zou kunnen worden, door het wegvallen van actuele en potentiële concurrentiedruk van KPN en Reggefiber op CAIW, en vice versa.

(vi) Conclusie horizontale effecten van de concentratie

156. Als gevolg van de concentratie krijgen KPN en CAIW op alle betrokken markten een (zeer) sterke positie.

157. Specifiek op de mogelijke regionale markten voor televisie, internettoegang, residentiële vaste telefonie, *wholesale* breedbandtoegang en ontbundelde toegang tot het kopernetwerk en glasvezelnetwerk acht de Raad het aannemelijk dat als gevolg van de concentratie de daadwerkelijke mededinging significant belemmerd zou kunnen worden, met name als gevolg van het ontstaan of versterken van een economische machtspositie.

158. In een eventuele vergunningsfase dient nader onderzoek verricht te worden naar de geografische marktafbakening van de verschillende hierboven genoemde productmarkten, de mate van disciplineren van alternatieve aanbieders op de verschillende retailmarkten, de aannemelijkheid van investeringen in glasvezelinfrastructuur en de mate waarin marktpartijen

gebruik zullen maken van een mogelijk aanbod van ontbundelde toegang, lage kwaliteit WBT en het als tweede huurder actief worden op de glasvezelinfrastructuur van CIF.

Verticale gevolgen van de concentratie

(i) *Inleiding*

159. Naast de horizontale overlap in activiteiten van partijen op de verschillende relevante markten is er tevens sprake van verticale relaties tussen de activiteiten van partijen. Dit betreft enerzijds de verticale relaties tussen de mogelijke markten voor ontbundelde toegang en alle onderliggende markten. Anderzijds betreft dit de verticale relaties tussen de markt voor lage kwaliteit WBT en alle onderliggende *retail*markten.

(ii) *Posities van partijen op verticaal beïnvloede downstream en upstream markten*

160. KPN en CAIW krijgen als gevolg van de concentratie een (zeer) sterke positie op de mogelijke markten voor ontbundelde toegang tot glasvezel en ontbundelde toegang tot koper en glasvezel, de markt voor lage kwaliteit WBT en de verschillende *retail*markten. De posities van partijen op deze verschillende *wholesale*- en *retail*markten in de relevante geografische markt worden hieronder weergegeven in Tabel 3.

Tabel 3: Posities van partijen op de *upstream* en *downstream* markten⁸³

(Mogelijke) markten	Koper		Glasvezel	Kabel
	KPN	Derden	CAIW	CAIW
Ontbundelde toegang tot glasvezel ⁸⁴	-	-	[90-100]%	-
Ontbundelde toegang tot koper en glasvezel	[90-100]%	-	[0-10]%	-
Lage kwaliteit <i>wholesale</i> breedbandtoegang	[30-40]%	[0-10]%	[0-5]%	[50-60]%
Residentiële vaste telefonie	[60-70]%	[20-30]%	[0-5]%	[0-10]%
Internettoegang	[30-40]%	[30-40]%	[0-5]%	[20-30]%
Televisie	[20-30]%	[0-10]%	[0-5]%	[70-80]%

(iii) *Beoordelingskader voor verticale relaties*

161. In het algemeen is een noodzakelijke voorwaarde voor een mogelijk mededingingsbeperkend effect bij de beoordeling van verticale relaties dat partijen op ten minste de *upstream* markt of de *downstream* markt marktmacht⁸⁵ hebben. De Commissie stelt dat het

⁸³ Deze marktaandelen, zoals eerder weergegeven, zijn door NMa berekend op basis van gegevens van partijen en informatie van OPTA uit SMM Q4 2010.

⁸⁴ De marktaandelen op de (mogelijke) markten voor ontbundelde toegang tot glas, ontbundelde toegang tot koper en glasvezel en lage kwaliteit WBT hebben betrekking op zowel interne als externe leveringen.

⁸⁵ 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.

(behoudens bijzondere omstandigheden) onwaarschijnlijk is dat zij bezwaren zal hebben in het geval het marktaandeel van de nieuwe entiteit na de concentratie op elk van de betrokken markten niet groter is dan 30% en de HHI na de fusie minder dan 2000 bedraagt.⁸⁶ Uit de bovenstaande gegevens blijkt echter, zoals al beschreven bij de horizontale gevolgen, dat KPN en CAIW op alle (mogelijke) markten, waar tussen een verticale relatie bestaat, na de concentratie zowel *upstream* als *downstream* een (zeer) sterke positie zal hebben met een gezamenlijk marktaandeel van ruim boven de 30%.

162. In de Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale concentraties van de Commissie⁸⁷ wordt gesteld dat mededingingsbeperkende effecten in het geval van een verticale relatie voornamelijk worden veroorzaakt door een vorm van uitsluiting (*foreclosure*). Dit betreft elke situatie waarin als gevolg van de concentratie de toegang van daadwerkelijke of potentiële concurrenten tot voorzieningsbronnen (*inputs*) of afzetmarkten (klanten) wordt belemmerd of geblokkeerd. Om een voorgenomen concentratie te kunnen beoordelen op haar gevolgen voor de mededinging, dient te worden geanalyseerd in hoeverre partijen na de concentratie de mogelijkheid en de prikkel hebben om markten af te schermen. Vervolgens dient te worden beoordeeld welk effect de marktafscherming naar verwachting zal kunnen hebben op de mededinging (punten 33 tot en met 77 van voornoemde richtsnoeren).

(iv) *Verticale relaties in onderhavige zaak*

163. In de onderhavige zaak zijn de verticale gevolgen van de concentratie nauw verweven met de horizontale gevolgen. Partijen hebben op de verschillende hierboven vermelde relevante markten die in verticale relatie tot elkaar staan zowel *upstream* als *downstream* een sterke positie. Hierdoor zijn de mogelijke aanvullende mededingingsbeperkingen bovenop de mogelijke beperkingen die bij de horizontale gevolgen al zijn besproken minder van belang. Indien bijvoorbeeld afnemers van ontbundelde toegang geconfronteerd worden met een hogere prijs (een horizontaal effect), zijn zij als gevolg van hogere inkooprijzen slechter in staat om op de markt voor lage kwaliteit WBT en/of op de verschillende *retail*markten concurrentie te bieden aan CAIW en KPN. In deze zin wijkt een beoordeling van de verticale relaties in onderhavige zaak af van gebruikelijke beoordelingen van – veelal niet-horizontale – concentraties waarbij een fuserende onderneming vaak over marktmacht op de *upstream* of de *downstream* markt beschikt die als gevolg van de concentratie overgeheveld kan worden naar de *downstream* of de *upstream* markt.

⁸⁶ Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale concentraties van de Commissie, punt 25.

⁸⁷ Bekendmaking van de Europese Commissie, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. De term "mergers" slaat hier op alle type concentraties zoals genoemd in de Concentratieverordening 139/2004, waaronder fusies, overnames en bepaalde typen gezamenlijke ondernemingen.

164. In deze zaak zijn vooralsnog in totaal zeven verticale relaties tussen partijen die nader onderzocht dienen te worden. Gelet op de diverse mogelijke horizontale mededingingsbezwaren die de Raad bij de horizontale beoordeling geïdentificeerd heeft en aannemelijk acht, maar die nader onderzocht dienen te worden in een eventuele vergunningsfase, en de nauwe verwevenheid van de verticale relaties met deze horizontale gevolgen, acht de Raad het in dit stadium niet noodzakelijk om nader in te gaan op de verticale relaties.

(v) *Conclusie verticale effecten van de concentratie*

165. De Raad acht het gezien de horizontale mededingingsbezwaren en de sterke positie van partijen zowel *upstream* als *downstream* aannemelijk dat partijen na de totstandkoming van de concentratie de mogelijkheden zouden kunnen hebben om (potentiële) afnemers van *upstream* of *downstream* diensten uit te sluiten.

166. In een eventuele vergunningsfase dient nader onderzocht te worden in hoeverre partijen hiertoe t.a.v. de verschillende verticale relaties de mogelijkheid hebben en de prikkel ervaren, en welk effect dit op de daadwerkelijke mededinging kan hebben.

VI. NEVENRESTRICTIES

167. Partijen verzoeken een uitspraak van de Raad over het vermelde non-concurrentiebeding in de *share purchase agreement* (hierna ook: de beperking). Dit beding omvat [...]. Daarnaast omvat het beding [...].

168. Partijen zijn van mening dat deze voorwaarden rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van de concentratie. Met eerste beding [...]. Met het tweede beding [...].

169. De Raad beoordeelt in beginsel de overeenkomsten – in dit geval het non-concurrentiebeding – aan de hand van de criteria zoals genoemd in de "Mededeling betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties" van de Commissie.⁸⁸ Hierin staat opgenomen in punt 10 dat de overeenkomsten (i) een rechtstreeks verband met de concentratie moeten hebben en (ii) noodzakelijk moeten zijn voor de totstandkoming van de concentratie. Met betrekking tot specifiek een non-concurrentiebeding geldt dat deze in principe een rechtstreeks verband kan houden met de concentratie, als deze beoogt bepaalde materiële of immateriële activa na overdracht te beschermen, maar dat deze alleen gerechtvaardigd zijn indien de duur, het

⁸⁸ Europese Commissie, Mededeling betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties. 2005/C56/03, punt 19.

geografische toepassingsgebied en de materiële en persoonlijke reikwijdte niet verder gaat dan wat redelijkerwijs noodzakelijk kan worden geacht.⁸⁹

170. In het onderhavige geval is de duur van het non-concurrentiebeding gesteld op [...]. In de richtsnoeren van de commissie betreffende nevenrestricties staat duidelijk vermeld dat de non-concurrentiebedingen ten hoogste gerechtvaardigd zijn voor een periode van drie jaar.

171. Daarnaast ziet het tweede element van het non-concurrentiebeding – [...] – alleen op het beschermen van het belang van de verkoper. Als algemene stelregel geldt dat beperkingen die de verkoper ten goede komen doorgaans ofwel geen rechtstreeks verband houden met de concentratie en niet noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van de concentratie, ofwel hun reikwijdte en/of duur beperkter dient te zijn dan die van bepalingen die de koper ten goede komen.⁹⁰ In het onderhavige geval is het niet aannemelijk dat de beperking noodzakelijk is voor de totstandkoming van de concentratie. Immers, als gevolg van de concentratie [...].

172. Tenslotte betreft de Raad in haar beoordeling de mogelijke mededingingsbezwaren die in het voorgaande geconstateerd zijn, met name met betrekking tot de mogelijkheden en prikkels ten aanzien van investeringen in de verschillende infrastructuren.

173. Concluderend stelt de Raad dat de beperkingen waarover partijen een uitspraak hebben verzocht niet gezien kunnen worden als een overeenkomst die rechtstreeks verbonden is aan de concentratie en die noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de concentratie. Derhalve is de uitzonderingsgrond van artikel 6 Mw., zoals genoemd in artikel 10 Mw., niet van toepassing op deze overeenkomst.

VII. ZIENSWIJZE OPTA

174. Op 5 augustus 2011 heeft de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) een zienswijze ingediend betreffende onderhavige zaak.

175. In deze zienswijze deelt het College van OPTA de conclusie van de Raad dat de gemelde concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan zou kunnen belemmeren. Daarnaast benadrukt het College van OPTA dat de concurrentie tussen aanbieders van elektronische communicatiediensten het beste verzekerd is in een situatie waarin

⁸⁹ Zie randnummer 19 van de Mededeling betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, reeds aangehaald.

⁹⁰ Zie punt 17 van de Mededeling betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, reeds aangehaald.

verschillende infrastructures met elkaar concurreren. Ook bevestigt het College van OPTA de noodzaak tot nader onderzoek in een eventuele vergunningsfase.

VIII. CONCLUSIE

176. Na onderzoek van deze melding is de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot de conclusie gekomen dat de gemelde operatie binnen de werkingssfeer valt van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht. Hij heeft reden om aan te nemen dat die concentratie 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.

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

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

179. Gelet op de overwegingen in punt 167 tot en met 173 is de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van oordeel dat, voor zover de in punt 167 omschreven clausules overeenkomsten vormen als bedoeld in artikel 6 van de Mededingingswet, de uitzondering ingevolge artikel 10 van de Mededingingswet niet geldt voor deze overeenkomsten.

Datum: 5 augustus 2011

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

w.g. Henk Don
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