

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 37, eerste lid, van de Mededingingswet.

Zaaknummer 1878/Digitenne

I. MELDING

1. Op 6 maart 2001 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) een melding ontvangen van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 van de Mededingingswet. Hierin is medegedeeld dat Naamloze Vennootschap Gemengd Bedrijf Nederlandsche Omroep-Zender-Maatschappij, NOZEMA, Nederlands Omroepproductie Bedrijf N.V. en KPN Telecom B.V. voornemens zijn een gemeenschappelijke onderneming tot stand te brengen in de zin van artikel 27, onder c, van de Mededingingswet. Van de melding is mededeling gedaan in Staatscourant 50 van 12 maart 2001. Naar aanleiding van de mededeling in de Staatscourant is een zienswijze van een derde naar voren gebracht. Deze zienswijze heeft voornamelijk betrekking op de wijze waarop twee vergunningen voor landelijke frequentiekanalen ten behoeve van de exploitatie van DVB-T worden uitgegeven.

II. PARTIJEN

2. Naamloze Vennootschap Gemengd Bedrijf Nederlandsche Omroep-Zender-Maatschappij, NOZEMA (hierna: Nozema) is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht. Zij heeft een dochtermaatschappij, Agro Beheer B.V.

3. Nozema is actief op het gebied van het verzenden c.q. distribueren van (analoge) data-, radio- en televisiesignalen via de ether. Ten behoeve hiervan bouwt, beheert en exploiteert Nozema zendernetwerken en infrastructuur. Daarnaast biedt Nozema producten en diensten aan, zoals frequentieonderzoek, meetonderzoek, installatiewerk, onderhoud en beheer van radio- en communicatienetten en datacasting, onder andere aan telecommunicatiebedrijven.

4. Nederlands Omroepproductie Bedrijf N.V. (hierna: NOB) is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht. Zij is een dochteronderneming van NOB Holding N.V.

5. NOB is actief op het gebied van de levering van een breed scala aan technische diensten ten behoeve van audiovisuele producties. NOB levert voornamelijk faciliteiten voor producties van de Nederlandse publieke en commerciële omroepen. Daarnaast levert NOB technische diensten aan onafhankelijke televisieproducenten en buitenlandse televisie- en radiostations.

6. KPN Telecom B.V. (hierna: KPN) is een besloten vennootschap naar

Nederlands recht. Zij is een dochteronderneming van Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN N.V.). De aandelen van KPN N.V. zijn genoteerd aan de beurzen van Amsterdam, New York, Londen en Frankfurt.

7. KPN is actief op het gebied van het aanbieden van telecommunicatiediensten voor de zakelijke en consumentenmarkt. Daarnaast beheert KPN bedrijfsnetwerken, levert besloten netwerken op basis van internettechnologie en diensten waarbij gebruik wordt gemaakt van geïntegreerde informatie- en communicatietechnologie.

8. De gemeenschappelijke onderneming Digitenne Holding B.V. (hierna: Digitenne Holding) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht. Digitenne Holding zal functioneren als houdstermaatschappij van de door haar op te richten besloten vennootschap naar Nederlands recht Digitenne B.V. (hierna: Digitenne).

9. Het doel van Digitenne Holding is het verkrijgen van vergunningen voor frequentiekanalen voor aardse digitale televisietechnologie DVB-T (multiplexen) en, via Digitenne, het exploiteren van deze frequentiekanalen en van de frequentiekanalen bestemd voor publieke omroepen.

III. DE GEMELDE OPERATIE

10. De gemelde operatie betreft de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, Digitenne Holding, door Nozema, NOB en KPN, die allen 30% van de aandelen Digitenne Holding zullen houden, en Cahanoves Beheer B.V. (hierna: Beheer), die de resterende 10% van de aandelen in Digitenne zal houden.[1] Hiertoe hebben partijen een Joint Venture Overeenkomst d.d. 23 februari 2001 overgelegd.

IV. TOEPASSELIJKHEID VAN HET CONCENTRATIETOEZICHT

Gezamenlijke zeggenschap

11. De directie van Digitenne Holding wordt door de algemene vergadering van aandeelhouders benoemd. Ten aanzien van de benoeming van de directie hebben KPN, NOB en Nozema ieder een vetorecht. De raad van commissarissen van Digitenne Holding bestaat uit vijf leden, waarvan drie leden worden voorgedragen door KPN, NOB en Nozema gezamenlijk, n lid door Beheer en n lid door de overige vier commissarissen. Het businessplan en de vaststelling van de begroting zijn onderworpen aan (voorafgaande) goedkeuring van de raad van commissarissen, die hierover beslist met vier/vijfde meerderheid. KPN, NOB en Nozema hebben derhalve in beide gevallen een vetorecht.

12. Beheer kan via haar commissaris in de raad van commissarissen van Digitenne Holding geen invloed uitoefenen op strategische beslissingen. De door Beheer aangewezen commissaris kan slechts deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming in de raad van commissarissen van Digitenne Holding.

13. Uit het voorgaande volgt dat KPN, NOB en Nozema gezamenlijke zeggenschap hebben over Digitenne Holding.

Duurzame zelfstandige economische eenheid

14. Digitenne, de door Digitenne Holding op te richten werkmaatschappij, zal eigen middelen en personeel (tientallen, oplopend tot honderd personeelsleden) hebben en zal voor de dagelijkse gang van zaken niet afhankelijk zijn van haar drie moederondernemingen. Digitenne wordt voor onbepaalde tijd opgericht. Digitenne Holding zal, na de vergunningprocedure (zie punt 9), Digitenne de verkregen vergunning laten exploiteren en een exploitatieovereenkomst met de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: NOS) aangaan betreffende de volledige exploitatie door Digitenne van de multiplex van de publieke omroepen.

15. Om omroepsignalen te kunnen distribueren, heeft Digitenne een infrastructuur nodig. Digitenne en Nozema zullen (op marktconforme voorwaarden) een netwerkovereenkomst aangaan voor de bouw en het onderhoud van het DVB-T-netwerk door Nozema (zie hierna, punt 30). Dit netwerk blijft eigendom van Nozema en wordt krachtens de netwerkovereenkomst voor de duur van de DVB-T-vergunning ter beschikking gesteld aan Digitenne. Partijen verwijzen hierbij naar soortgelijke situaties waarin de Europese Commissie besliste dat deze constructie niet afdoet aan de status van volwaardige, duurzame economische eenheid.[2]

16. Digitenne zal voor de exploitatie van de capaciteit op de multiplexen distributieovereenkomsten sluiten (voor de duur van vijf jaar) met de NOS en de leden van de Vereniging voor Satelliet Televisie- en Radio Aanbieders (hierna: VESTRA-leden) betreffende de distributie van hun programmas via het DVB-T-netwerk (zie hierna, punt 32).

Geen coördinatie van marktgedrag door oprichters

17. KPN zou in theorie, net als Digitenne, met de nieuwe ADSL techniek[3], televisie(gerelateerde) signalen via de telefoonlijn kunnen aanbieden.[4] Geen van de andere moederondernemingen is op dit gebied actief. Hoewel niet uit te sluiten valt dat KPN en/of NOB in de toekomst op deze markt actief zullen worden, bestaat gelet op de kernactiviteiten van partijen en het feit dat het gaat om een theoretische en toekomstige mogelijkheid geen risico voor coördinatie van het concurrentiegedrag van de moederondernemingen.

18. KPN is actief op drie gebieden die verwant zijn aan de activiteiten van Digitenne, te weten distributie van televisie- en televisiegerelateerde diensten via de satelliet, internettoegang en communicatie-infrastructuur. Geen van de andere moeders is op deze gebieden actief. Ook voor NOB respectievelijk Nozema geldt dat zij actief zijn op gebieden die verwant zijn aan de activiteiten van Digitenne, te weten op het gebied van technische dienstverlening respectievelijk infrastructuurbeheer en de doorgifte van (analoge) data-, radio- en televisiesignalen via de ether. Voor beide gebieden geldt dat geen van de andere moederondernemingen dan NOB respectievelijk Nozema, op deze gebieden actief zijn. Er bestaat derhalve geen risico van coördinatie van het marktgedrag van de oprichters van Digitenne.

Conclusie

19. De gemelde operatie is een concentratie in de zin van artikel 27, onder c, van de Mededingingswet. De hierboven, onder punt 10, omschreven transactie leidt ertoe dat KPN, NOB en Nozema gezamenlijke zeggenschap verkrijgen over Digitenne Holding. Gezien hetgeen is overwogen in de punten 11 tot en met 18 zal Digitenne Holding een gemeenschappelijke onderneming zijn die duurzaam alle functies van een zelfstandige eenheid vervult en die er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren.

20. Betrokken ondernemingen zijn Nozema, NOB Holding N.V. en KPN N.V.
[5]

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

V. BEOORDELING

Achtergrond van de transactie

22. Partijen hebben de afgelopen jaren onderzoek gedaan naar de mogelijkheden van digitale aardse televisie (DVB-T oftewel Digital Video Broadcasting Terrestrial) in Nederland. DVB-T is een nieuwe technologiestandaard voor de digitale doorgifte van televisie(gerelateerde) signalen.

DVB-T voorziet in een efficiënte inrichting van frequentieruimte, zodat meer gegevens binnen hetzelfde frequentiekanaal kunnen worden doorgegeven.[6] Volgens het beleidsvoornemen van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat zijn als belangrijke voordelen van DVB-T te noemen: het efficiënt gebruik van frequentieruimte (meer programma's over hetzelfde kanaal), de mogelijkheid om naast traditionele omroep ook datadiensten te leveren en een technisch kwalitatief sterk verbeterd aanbod voor de consument.[7]

23. Binnenkort zullen de frequentiekanalen voor DVB-T (zogenaamde multiplexen) door de overheid worden gegund. Met het oog daarop zijn partijen voornemens Digitenne Holding op te richten, met als doel het verkrijgen van de vergunning voor vier multiplexen voor commercieel gebruik en het exploiteren van deze multiplexen en de multiplex van de publieke omroepen. Ervan uitgaande dat Digitenne erin slaagt de (door de overheid te gunnen) vergunning voor de frequenties voor de commerciële exploitatie van DVB-T te bemachtigen, zal Digitenne deze

DVB-T-frequentiekanalen aanwenden voor de distributie van televisiesignalen en televisiegerelateerde signalen en het ontwikkelen en aanbieden van interactieve televisiediensten.

Gevolgen van de concentratie

24. Partijen hebben aangegeven dat door de onderhavige transactie geen markten horizontaal of verticaal worden beïnvloed. Aangezien het voornemen bestaat de vergunning voor DVB-T voor 15 jaar te verlenen, hebben partijen in hun melding aandacht besteed aan markten waarop Digitenne en haar moederondernemingen wellicht in de toekomst actief zullen worden.[8]

25. Het gaat hier om markten waarop Digitenne en haar moederonderneming niet actief zijn, maar mogelijk in de toekomst actief op zullen worden. Er zijn echter geen concrete plannen dat de moederondernemingen van Digitenne op afzienbare termijn op deze markten actief zullen worden. Gelet op het feit dat het louter om toekomstige mogelijkheden gaat, kan in navolging van partijen gesteld worden dat er thans geen horizontaal of verticaal beïnvloede markten zijn bij de onderhavige concentratie.

26. De vergunninghouder van DVB-T zal de multiplexen gedurende een initiale periode voornamelijk dienen te gebruiken voor de doorgifte van televisiesignalen. Aangenomen kan worden dat de ontwikkeling van andere (interactieve) diensten voor DVB-T de eerste tijd nog in de kinderschoenen zal staan en dat die ontwikkeling, gezien het vergelijkbare startpunt in de tijd, gelijk op zal gaan met de ontwikkeling van die diensten via andere infrastructuren, zoals kabel, satelliet en telecommunicatienetwerken. Om die reden kan er vooralsnog van worden uitgegaan dat DVB-T zich op een productmarkt voor de doorgifte van televisiesignalen en televisiegerelateerde signalen bevindt. De DVB-T-vergunninghouder zal op deze markt concurrentie ondervinden van met name kabelmaatschappijen. In de toekomst zal mogelijk concurrentie worden ondervonden van aanbieders die gebruik maken van telecommunicatienetwerken. DVB-T kan zorgen voor meer concurrentie tussen infrastructuur. Het vormt een alternatief voor de doorgifte van omroepdiensten die nu met name via de kabel worden aangeboden en in de toekomst naar verwachting ook via andere infrastructuur.[9] Ook voor de andere markten waarop Digitenne en haar moederondernemingen wellicht in de toekomst actief zullen worden, geldt dat deze markten zeer dynamisch en nog volop in ontwikkeling zijn.

27. Een marktpartij heeft in een reactie aangegeven van mening te zijn dat Digitenne, vanwege de betrokkenheid van Nozema, een economische machtspositie krijgt op de markt voor digitale omroepdiensten. Daarbij wordt erop gewezen dat via DVB-T ook radioprogrammas kunnen worden doorgegeven. In het advies van de d-g NMa inzake DVB-T[10] is aangegeven dat het niet aannemelijk is dat de exploitatie van DVB-T op zichzelf leidt tot een economische machtspositie. De vergunninghouder zal moeten concurreren met de stevig in de markt staande kabelmaatschappijen, die een grotendeels gelijke dienstverlening als de DVB-T-vergunninghouder (kunnen) aanbieden.

28. Gelet op bovenstaande overwegingen is er geen reden om aan te nemen dat als gevolg van de onderhavige concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

VI. NEVENRESTRICTIES

29. Partijen hebben verzocht vier overeenkomsten, zoals opgenomen in de artikelen 7, 8 en 9 van de Joint Venture Overeenkomst, aan te merken als nevenrestrictie. Het betreft een netwerkovereenkomst, een preferred supplier-beding, distributieovereenkomsten en een exploitatieovereenkomst.

30. De netwerkovereenkomst wordt gesloten tussen Digitenne en Nozema voor de duur van 15 jaar (evenals de voorgenomen vergunningtermijn voor DVB-T). Er is geen exclusiviteit overeengekomen, zodat ook derden toegang kunnen verkrijgen tot het netwerk door met Nozema een overeenkomst te sluiten. Partijen wijzen in dit verband op een beschikking van de Europese Commissie, waarin zij heeft aangegeven de overeenkomst, die ziet op het gebruik door een joint venture van het telecommunicatienetwerk van een van haar moeders, als een nevenrestrictie te beschouwen.[11]

31. Het preferred supplier-beding houdt in dat de aandeelhouders van Digitenne voorkeursrechten verkrijgen met betrekking tot de levering aan Digitenne van de voor hen gebruikelijke diensten. Het betreft geen exclusieve rechten. Indien derden hun producten of diensten tegen betere voorwaarden aanbieden, staat het Digitenne vrij van de diensten van derden gebruik te maken.

32. De distributieovereenkomsten zullen worden gesloten tussen Digitenne, de NOS en de VESTRA-leden voor de duur van vijf jaar, met de mogelijkheid van verlenging van vijf jaar. Deze overeenkomsten zijn niet exclusief. Gezien de concurrentiepositie van de kabel[12], is Digitenne niet levensvatbaar zonder de televisieprogramma's van de omroepen. Derhalve zijn deze overeenkomsten noodzakelijk voor de start van Digitenne, aldus partijen.

33. De exploitatieovereenkomst zal worden gesloten tussen de NOS en Digitenne betreffende de exploitatie door Digitenne van de multiplex van de publieke omroepen, voor een duur die gelijk is aan de duur van de distributieovereenkomsten.

34. Bovengenoemde bedingen zijn rechtstreeks verbonden aan de concentratie en noodzakelijk voor de verwezenlijking van de concentratie, voor zover het preferred supplier-beding de duur van drie jaar niet te boven gaat en voor zover de distributieovereenkomsten, en derhalve de exploitatieovereenkomsten, de duur van drie jaar niet te boven gaan.

VII. CONCLUSIE

35. Na onderzoek van deze melding is de directeur-generaal 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 geen reden om aan te nemen dat als gevolg van die concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

36. Gelet op het bovenstaande deelt de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit mede dat voor het tot stand brengen van de concentratie waarop de melding betrekking heeft geen vergunning is vereist.

37. Gelet op de overwegingen 29 tot en met 34 is de directeur-generaal van oordeel dat, voorzover de in punt 29 omschreven clausules overeenkomsten vormen als bedoeld in artikel 6 van de Mededingingswet, dat artikel ingevolge

artikel 10 van de Mededingingswet, niet geldt voor deze overeenkomsten, voor zover het preferred supplier-beding de duur van drie jaar niet te boven gaat en voor zover de distributieovereenkomsten, en derhalve de exploitatieovereenkomsten, de duur van drie jaar niet te boven gaan.

Datum: 2 april 2001

w.g. Drs. R.J.P. Jansen

Plv. directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

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

[1] Beheer zal worden opgericht door de Nederlandse Omroep Stichting en de leden van de Vereniging voor Satelliet Televisie- en Radio Aanbieders. De aandelen van Beheer zijn in handen van []*.

* In deze openbare versie van het onderhavige besluit zijn delen van de tekst weggelaten of vervangen door een bandbreedte om redenen van vertrouwelijkheid. Dit wordt aangegeven door middel van vierkante haken.

[2] Zie de beschikkingen van de Europese Commissie van 19 juli 1995 in zaak IV/M.490 Nordic Satellite Distribution (NSD) en van 22 juni 1998 in zaak IV/JV.2 Enel/FT/DT.

[3] ADSL staat voor Asymmetric Digital Subscriber Line oftewel digitale abonneelijn.

[4] Met de huidige technische mogelijkheden zal echter geen vergelijkbaar pakket aan televisieprogramma's kunnen worden aangeboden via het telefoonnet. De bandbreedte die via xDSL-technieken beschikbaar is, laat gelijktijdige doorgifte van een groot pakket van televisieprogramma's niet toe. Zie het advies van de d-g NMa van 21 januari 2000, 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T), punt 27.

[5] Partijen hebben in hun melding aangegeven dat de oprichting van Beheer bij de onderhavige concentratie dient te worden beoordeeld, omdat Beheer een vehikel is tot deelname in Digitenne Holding en onlosmakelijk is verbonden met de oprichting daarvan. De d-g NMa is echter van oordeel dat Beheer geen betrokken onderneming is bij de onderhavige concentratie en dat de oprichting van Beheer derhalve niet relevant is voor de beoordeling van de mededingingsrechtelijke gevolgen van deze concentratie. De oprichting van Beheer moet afzonderlijk worden getoetst aan artikel 6 van de Mededingingswet.

[6] Zie het advies van de d-g NMa, 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T), reeds aangehaald, met name punt 6.

[7] Zie het beleidsvoornemen van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat ten aanzien van de introductie van aardse digitale televisie (DVB-T), 22 december 1999, p. 2.

[8] Dit zijn volgens partijen de volgende markten: de markt voor distributie van televisiesignalen en televisiegerelateerde signalen, de markt voor digitale interactieve televisiediensten en de markt voor technische diensten voor digitale ontvangst.

[9] Zie het advies van de d-g NMa, 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T), reeds aangehaald, punt 31 en 32.

[10] Zie het advies van de d-g NMa, 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T), reeds aangehaald, punt 45.

[11] Zaak IV/JV.2 Enel/FT/DT, reeds aangehaald, punt 42.

[12] Zie het advies van de d-g NMa, 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T), reeds aangehaald, onder meer de punten 36, 37 en 45.