

Besluit

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot afwijzing van een aanvraag tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet.

Zaaknummer 1657 Talkline vs KPN

I Inleiding

1. Op 16 december 1999 ontving de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een aanvraag van Talkline Benelux B.V. (hierna: Talkline) met het verzoek tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw).

2. De aanvraag van Talkline bevat een klacht, gericht tegen KPN Telecom B.V.[1], waarin zij stelt dat KPN Telecom B.V. misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw. Talkline is van mening dat (a) de mobiele netwerkbeheerder KPN Telecom B.V. haar eigen service provider, te weten Service Provider Mobiel, bevoordeelt en (b) KPN Telecom B.V. een onredelijke tariefstructuur[2] hanteert.

3. Talkline verzoekt de d-g NMa (citaat):

a) vast te stellen dat KPN Telecom B.V. jegens Talkline in strijd handelt met artikel 24 Mw;

b) KPN Telecom B.V. te gelasten Talkline onder redelijke voorwaarden toegang tot haar mobiele netwerk aan te bieden, meer in het bijzonder KPN Telecom B.V. te gelasten daarvoor zodanige tarieven aan te bieden, dat Talkline in staat wordt gesteld een gemiddelde marge van minimaal 50% te realiseren, althans een door NMa vast te

stellen tariefstructuur die zodanig is dat die tenminste overeenkomt met een gemiddelde marge van 50% als hiervoor bedoeld, althans een tariefstructuur die NMa

vermeent te behoren;

c) KPN Telecom B.V. te gelasten dat de gemiddelde marge, althans de tariefstructuur als

hiervoor bedoeld, van kracht is vanaf 1 januari 1998[3];

d) KPN Telecom B.V. te gelasten elke bevoordeling van haar service provider Service

Provider Mobiel (hierna: SPM) onmiddellijk te staken en inzichtelijk te maken welke

(financie) voordelen SPM ten opzichte van Talkline zijn toegekend in de periode 1

januari 1998 tot aan de datum waarop op dit verzoekschrift is beslist.

II Partijen

- Aanvraagster / klaagster

4. Talkline, een in Baarn gevestigde besloten vennootschap naar Nederlands recht, is een aanbieder van openbare mobiele en vaste telecommunicatiediensten (service provider). Talkline verkoopt in dat kader aan eindgebruikers abonnementen en belminuten (telefoontikken c.q. airtime), gebruikmakend van de mobiele netwerken van KPN Telecom B.V. en Libertel B.V. (thans: Libertel N.V.).

- Beklaagde

5. De klacht is gericht tegen KPN Telecom B.V. en heeft betrekking op activiteiten aangaande mobiele telecommunicatie. Naar aanleiding van een reorganisatie in 1999 zijn de activiteiten betreffende mobiele telecommunicatie afgesplitst naar KPN Mobile N.V. en haar dochtermaatschappijen. Zowel de netwerkactiviteiten als ook de dienstenactiviteiten zijn opgegaan in de Business Unit Mobiele Telefonie. Met ingang van 24 november 1999 is deze unit ondergebracht bij KPN Mobile The Netherlands B.V. (hierna: KPN).

6. KPN, een in Den Haag gevestigde besloten vennootschap naar Nederlands recht, is een aanbieder van openbare mobiele telecommunicatienetwerkdiensten (netwerkoperator) en een aanbieder van openbare telecommunicatiediensten (service provider).

7. Vr de reorganisatie werden de mobiele telecommunicatiediensten aangeboden via een niet gescheiden werkeenheid, te weten Service Provider Mobiel (hierna: SPM). SPM kon gezien worden als de afhankelijke service provider van KPN Telecom B.V., welke nieuwe abonnees op het betreffende netwerk aansloot en de maandelijkse facturering naar deze klanten verzorgde. Zoals aangegeven zijn ook de dienstenactiviteiten ondergebracht bij KPN. Door de reorganisatie is SPM opgehouden te bestaan.[4]

III Verloop van de procedure[5]

8. Bij brief van 16 december 1999 heeft Talkline bij de d-g NMa en bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) een aanvraag respectievelijk verzoekschrift ingediend.

9. Conform het Samenwerkingsprotocol tussen OPTA en NMa[6] heeft er in januari 2000 tussen NMa en OPTA afstemming plaatsgevonden over de wijze van behandeling van de aanvraag en het verzoekschrift.

10. Bij brief van 26 januari 2000 heeft OPTA richting Talkline aangegeven dat OPTA zich weliswaar bevoegd achtte om op grond van artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) jo. artikel 20.2 Tw kennis te nemen van het verzoekschrift, maar dat er blijkens redactie en bedoeling van artikel 13c van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: Wtv) onvoldoende juridische grondslag bestond voor OPTA om, zoals het Samenwerkingsprotocol stelt in paragraaf C, onder 4a, in dit geval zelf op te treden op grond van haar eigen bevoegdheden. In de brief is tevens aangegeven dat NMa en OPTA hebben afgesproken dat NMa de verdere behandeling van het verzoekschrift op zich neemt. Tegen voornoemde brief van OPTA heeft Talkline bij brief van 22 februari 2000 bezwaar aangetekend.

Dit bezwaarschrift is voor NMa aanleiding geweest de behandeling van deze zaak op te schorten.

11. Naar aanleiding van de bezwaarprocedure heeft er opnieuw overleg plaatsgevonden tussen NMa en OPTA. De gemaakte afspraken zijn door NMa bij brief van 18 mei 2000 aan OPTA bevestigd en bij brief van 26 mei 2000 aan Talkline meegedeeld. Aangegeven is dat, kortweg, OPTA op basis van haar bevoegdheden onderzoek zal verrichten naar de (redelijkheid van) voorwaarden die KPN richting Talkline hanteert. NMa zal op haar beurt de klacht (verder) in behandeling nemen met het oog op de vermoede bevoordeling door KPN van haar eigen service provider SPM.

12. Bij besluit van 19 mei 2000 heeft OPTA het bezwaarschrift van Talkline niet-ontvankelijk verklaard.[7] Bij besluit van 30 augustus 2000 is het besluit van 19 mei 2000, mede op verzoek van Talkline en KPN, ingetrokken.[8] OPTA heeft op 24 oktober 2000 een - nieuw - besluit genomen, waarin zij het bezwaar van Talkline ongegrond heeft verklaard.[9]

13. Bij brief van 9 juni 2000 heeft NMa vragen gesteld aan Talkline. Bij brief van 16 juni 2000 heeft NMa vragen gesteld aan KPN Telecom B.V. Bij brief van 7 juli 2000 zijn er vragen gesteld aan andere marktpartijen c.q. service providers, te weten: ANWB Travelcom, Intercity Mobile Communications en Debitel Nederland B.V. Op 6 september 2000 waren de antwoorden op deze vragen ontvangen.

14. Verder wordt opgemerkt dat NMa van KPN heeft vernomen dat Talkline een nieuw contract heeft afgesloten met KPN. Dit contract is in december 2000 door partijen ondertekend.

IV De feitelijke achtergrond

- Beschrijving van de markt[10]

15. In de bedrijfskolom voor mobiele telecommunicatie kunnen ten minste het niveau van de netwerken en het niveau van de diensten worden onderscheiden. Er is in Nederland allereerst sprake van aanbieders van mobiele telecommunicatienetwerkdiensten, de zogenaamde netwerkkoperators. Momenteel zijn er vijf netwerkkoperators actief die een eigen mobiel netwerk beheren en exploiteren, te weten KPN, Libertel, Telfort, Dutchtone en Ben. Daarnaast bestaan er aanbieders van mobiele telecommunicatiediensten, de zogenaamde service providers (hierna: SPs). De SPs kunnen deel uit maken van een netwerkkoperator. Er is dan sprake van zogenaamde afhankelijke SPs. Deze afhankelijke SPs bieden slechts abonnementen voor mobiele telefonie aan van de netwerkkoperator waaraan zij zijn gelieerd. Daarnaast kunnen mobiele telecommunicatiediensten worden aangeboden door aanbieders die niet zijn gelieerd aan een netwerkkoperator. Deze aanbieders maken gebruik van de netwerken van verschillende netwerkkoperators en worden aangeduid als onafhankelijke SPs. De onafhankelijke SPs verkopen zowel abonnementen waarvan de voorwaarden door de netwerkkoperators zijn vastgesteld als eigen abonnementen waarbij de SP de voorwaarden zelf vaststelt en waarbij de SP belminuten inkoop bij netwerkkoperators. Met betrekking tot de aankoop van een abonnement bij een onafhankelijke SP sluit de abonnee een overeenkomst met deze

onafhankelijke SP en niet met de netwerkoperator. De onafhankelijke SPs verzorgen derhalve de facturering van abonnements- en gesprekskosten. De onafhankelijke SPs opereren voor eigen rekening en risico.

- Onafhankelijke SPs[11]

16. Zoals in het vorige randnummer is aangegeven bieden onafhankelijke SPs mobiele telecommunicatiediensten aan door gebruik te maken van de netwerken van verschillende netwerkoperators. Thans worden door onafhankelijke SPs slechts diensten aangeboden met gebruikmaking van de netwerken van Libertel en KPN. Het is op dit moment voor onafhankelijke SPs niet mogelijk telecommunicatiediensten aan te bieden via andere netwerken, omdat deze netwerkoperators geen Service Provider Overeenkomsten sluiten.

17. Debitel Nederland B.V. (hierna: Debitel) was in 1999 de grootste onafhankelijke SP. Met een klantenbestand van circa [] behaalde Debitel in 1999 een omzet van [] en een winst van []. Na Debitel was Talkline in 1999 de grootste onafhankelijke SP. In dat jaar had Talkline een klantenbestand van circa [], behaalde zij een omzet van circa [] en bedroeg de winst []. Door Talkline wordt opgemerkt dat de overname van (het klantenbestand van) Unique Air een positief resultaat met zich bracht []. ANWB Travelcom (hierna: Travelcom) is aanmerkelijk kleiner dan de voorgaande twee onafhankelijke SPs. Daarnaast is zij voor []% eigendom van KPN, en heeft zij enkel met KPN een Service Provider Overeenkomst (hierna: SPO) gesloten.[12] Travelcom behaalde in 1999 met een klantenbestand circa [] een omzet van [] en een winst van []. De tussen Travelcom en KPN afgesloten SPO liep op 31 december 2000 af, en Travelcom heeft haar activiteiten als SP niet voortgezet. Intercity Mobile Telecommunications B.V. (hierna: Intercity) is veruit de kleinste onafhankelijke SP. Haar klantenbestand bedroeg in 1999 circa []. De omzet van Intercity bedroeg in 1999 [] en de winst []. Na indiening van de klacht door Talkline is OneTel Global Wireless B.V. als nieuwe SP op de markt toetreden.

18. Uit de door de SPs verstrekte overeenkomsten blijkt dat KPN contractueel bij elke SP dezelfde bonussen- en kortingenstructuur hanteert. Met betrekking tot de feitelijk ontvangen bonussen en kortingen wordt opgemerkt dat uit de gegevens die de diverse onafhankelijke SPs aan NMa beschikbaar hebben gesteld, blijkt dat voor iedere SP het jaarlijkse gemiddelde van de door de onafhankelijke SP ontvangen bonussen en kortingen, afgezet tegen de door deze SP behaalde omzet, rond de 20% fluctueert.

V Argumenten van partijen

- Klaagster - Talkline

19. Zoals reeds aangegeven heeft de klacht van Talkline betrekking op twee aspecten, te weten (a) het vermoeden dat netwerkbeheerder KPN haar eigen service provider (SPM) bevoordeelt en (b) de onredelijkheid van de tariefstructuur die wordt gehanteerd door KPN.

(a) Bevoordeling van SPM

20. Talkline heeft vernomen dat SPM, in tegenstelling tot haarzelf, de SP-activiteiten winstgevend kan verrichten. Talkline stelt dat deze

winstgevendheid slechts mogelijk is indien SPM wordt beoordeeld door netwerkbeheerder KPN. De winstgevendheid van SPM, de resultaten uit het door Talkline ontwikkelde model en de financiële positie van Talkline zelf, brengen Talkline tot deze conclusie.

(b) Onredelijkheid tariefstructuur

21. In de SPO die Talkline met KPN heeft afgesloten, is onder meer bepaald dat Talkline aan KPN vergoedingen betaalt voor, kort gezegd, de abonnementen die zij afsluit voor gebruik van het KPN-netwerk en het aantal belminuten dat de Talkline-klant verbruikt.

22. Op de vergoedingen die Talkline aan KPN dient te betalen voor het gebruik van het netwerk, zijn diverse kortingen en bonussen van toepassing. In de SPO is onder meer geregeld welke bonussen en kortingen c.q. tariefstructuur KPN richting haar SPs, waaronder Talkline, hanteert. De tariefstructuur bestaat uit vier elementen. Ten eerste krijgt de SP een aansluitbonus per bruto^[13] en per netto^[14] nieuwe aansluiting.^[15] Ten tweede ontvangt de SP een korting over de gefactureerde omzet. De gefactureerde omzet betreft, kort gezegd, de opbrengst van het aantal belminuten dat door de klanten wordt verbruikt. Ten derde ontvangt de SP een (gestaffelde) korting over de gefactureerde omzet indien de SP meer aansluitingen behaalt dan het aan het begin van het jaar gestelde target.^[16] Ten vierde ontvangt de SP een korting over de gefactureerde omzet indien het gemiddelde uitgaande verkeer c.q. het aantal belminuten groter is dan een vooraf vastgestelde norm (een zogenaamde traffic bonus).^[17]

23. Talkline heeft bij brief van 28 juli 2000 aan NMa aangegeven dat de door KPN gehanteerde bonussen en kortingen afgezet tegen de door Talkline behaalde omzet in de periode 1997-1999 in totaal meer dan []% bedraagt (in 1997 was dit []%, in 1998 []% en in 1999 []). Hierbij zijn de aansluitbonussen (zie het voorgaande randnummer), die voor een zeer groot gedeelte onderhevig zijn aan een claw back-regeling^[18], niet meegenomen. Indien de aansluitbonussen wel worden meegenomen, dan is het percentage een aantal procentpunten hoger (voor 1997 is dit [], voor 1998 []% en voor 1999 []).

24. Door Talkline is aangegeven dat het bij een dergelijke tariefstructuur naar haar mening onmogelijk is om een SP op een (in economische zin) gezonde wijze te exploiteren. Ter ondersteuning hiervan heeft Talkline een financieel model ontworpen om het functioneren en de financiële positie van een onafhankelijke SP te simuleren. Talkline stelt dat de uitkomsten van dit model aangeven, dat de gemiddelde korting die een SP dient te ontvangen duidelijk meer [] moet bedragen dan zij thans van KPN ontvangt.

25. Naast het bovenstaande wordt door Talkline aangegeven dat - pogingen tot - onderhandelingen met KPN niet hebben geleid tot substantiele aanpassingen van de tariefstructuur van KPN. Daarnaast stelt Talkline dat KPN unilateraal de voorwaarden wijzigt, hetgeen naar haar mening in strijd is met de SPO waarin is bepaald dat er tussen partijen overeenstemming moet zijn over wijzigingen van onder meer de tariefstructuur. Verder is door KPN zonder overeenstemming de claw back-regeling ingevoerd, zo stelt Talkline.

- Beklaagde - KPN

26. Door KPN wordt allereerst aangegeven dat de gegevens waarop Talkline haar klacht baseert, onjuist zijn. KPN geeft aan dat SPM een niet-

afgescheiden werkeenheden van KPN Telecom B.V. Na een reorganisatie in 1999 is deze werkeenheden opgeheven en opgegaan in de Business Unit Mobiele Telefoon (zie ook randnummers 5 en 7). KPN geeft aan dat niet gesproken kan worden van afzonderlijke economische eenheden. Verder geeft KPN aan dat er naar haar mening geen verplichtingen bestaan om een gescheiden boekhouding te voeren als het gaat om netwerkactiviteiten en netwerkdiensten.

27. Nu er naar mening van KPN geen verplichtingen bestaan om een onderscheid binnen het KPN-concern te maken, stelt zij primair dat de eis van Talkline om KPN te gelasten bepaalde gedragingen die de eigen service provider binnen KPN zouden bevoordelen, te staken, geen steun vindt in het mededingingsrecht. Verder stelt KPN dat, omdat geen sprake is van afzonderlijke economische eenheden en sprake is van een intra-concerntransactie, het mededingingsrecht niet van toepassing is op de onderhavige situatie.

28. Subsidiarisch stelt KPN dat zij geen machtspositie bezit in de zin van artikel 24 Mw. Ter ondersteuning wijst zij onder meer op het feit dat er naast Libertel nog drie spelers tot de markt zijn toegetreden, te weten Ben, Dutchtone en Telfort. Door de toetreding van deze drie spelers is de concurrentie op de markt toegenomen. Deze partijen profileren zich, naar de mening van KPN, met een agressieve prijsstrategie. Door KPN wordt gesteld dat deze partijen in de regio Randstad, waar zich de meeste mobiele bellers bevinden, meer dan 50% van de nieuwe bellers aan zich weten te binden. KPN geeft aan dat haar eigen marktaandeel uitgedrukt in de netto-groei van de markt, dat wil zeggen gelet op het aantal nieuwe aansluitingen, in de eerste helft van 2000 []% bedraagt. Volgens de berekening van KPN bedraagt het aandeel van het aantal KPN- aansluitingen in het totaal aantal aansluitingen per 1 september 2000 []%.

29. Daarenboven verwijst KPN naar het advies van de d-g NMa van 26 augustus 1999 inzake de verlenging van het verbod op het gebruik van de door KPN verworven DCS 1800- frequenties.[19] In dit advies is aangegeven dat het naar het oordeel van de d-g NMa aannemelijk is dat medio februari 2000 sprake kan zijn van daadwerkelijke mededinging op de markt voor mobiele telefonie.

30. Naast bovengenoemde punten wijst KPN op de ontwikkelingen in de markt. Door de toegenomen concurrentie en de verticale integratie is de toegevoegde waarde van de SPs sterk afgenomen, zo stelt KPN. Zij geeft aan dat de tussenlaag van SPs tegenwoordig een minder belangrijke positie vervult in de bedrijfskolom. KPN stelt zich op het standpunt dat een onderneming op de marktontwikkelingen moet inspelen. Zij geeft aan dat de ontwikkelingen niet kunstmatig tegengehouden mogen worden door een beroep te doen op het mededingingsrecht.

31. Naar aanleiding van vragen van NMa aangaande de resultaten behaald met mobiele telecommunicatiediensten, wordt door KPN aangegeven dat, omdat er geen sprake is en was van een afgescheiden werkeenheden, geen omzetgegevens voorhanden zijn. Met betrekking tot deze resultaten wordt verder gewezen op het feit dat de grootte van SPM mede bepalend is voor de te behalen resultaten, gezien de mogelijkheid van schaalvoordelen.

- Overige marktpartijen

32. Naar aanleiding van vragen van NMa zijn door overige marktpartijen diverse (financile) gegevens verstrekt (zie ook randnummer 17). Daarnaast hebben (overige) marktpartijen aangegeven welke factoren van invloed kunnen zijn op het resultaat van een SP. Travelcom geeft aan dat diverse factoren het resultaat van de SP kunnen beïnvloeden, zoals de doelgroep waarop de SP zich richt. Daarnaast geeft Travelcom aan dat ook schaalgrootte invloed heeft, zeker als schaalgrootte zonder zeer hoge kosten kan worden gerealiseerd. Het opbouwen van schaalgrootte brengt echter veel kosten met zich mee, waardoor het voor kleinere SPs moeilijk is om te overleven.

33. Debitel en Intercity geven aan dat het behaalde resultaat een directe relatie heeft met de schaalgrootte. Wel wordt door Intercity opgemerkt dat voor het bereiken van een dergelijke schaalgrootte investeringen gepleegd moeten worden, die verliezen met zich brengen. Verder blijkt uit het antwoord van Intercity dat de doelgroep waarop de SP zich richt, belangrijk is voor het te behalen resultaat.

VI Beoordeling

- Toepasselijkheid van artikel 24 van de Mededingingswet

34. Artikel 24, eerste lid Mw bepaalt dat het ondernemingen verboden is misbruik te maken van een economische machtspositie. Bij de toepassing van deze bepaling moet een antwoord worden gegeven op de volgende vragen:

- a) is de verweten gedraging verricht door een onderneming?
- b) wat is de relevante (product- en geografische) markt?
- c) neemt de betrokken onderneming op deze markt een economische machtspositie in?
- d) maakt de betrokken onderneming misbruik van deze economische machtspositie?

Onderneming

35. KPN is een aanbieder van mobiele telecommunicatienetwerkdiensten en telecommunicatiediensten en is derhalve een onderneming in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

Economische machtspositie en relevante markt

36. In dit specifieke geval kan de definitie van de relevante product- en geografische markt alsmede de vraag of KPN een economische machtspositie inneemt in het midden worden gelaten, aangezien er geen sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw. Daarbij spelen de onderstaande overwegingen een rol.

Misbruik in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet

- Beoordeling SPM

37. Talkline stelt dat SPM enkel winstgevend kan opereren, indien sprake is van bevoordeling van SPM door netwerkbeheerder KPN. Zij baseert haar stelling op de resultaten die zijzelf behaalt, de resultaten die naar haar

mening door SPM worden behaald en de gegevens die zijn berekend met het door haar opgestelde financiële model. Deze conclusie kan om meerdere redenen niet worden gevolgd.

38. Ten eerste is gebleken dat Talkline met een klantenbestand van circa [] zelf in 1999 een positief resultaat heeft behaald []. Talkline geeft aan dat dit positieve resultaat met name het gevolg is van de overname van (het klantenbestand van) Unique Air. Door deze overname heeft of Talkline blijkbaar schaalvoordelen weten te behalen of service provider Unique Air behaalde een dermate positief resultaat dat door de overname ook Talkline een positief resultaat wist te behalen. Beide mogelijkheden duiden erop dat het wel mogelijk is een SP op een economisch rendabele wijze te exploiteren.

39. Ten tweede is gebleken dat andere SPs positieve resultaten (kunnen) behalen.[20] En SP, [], behaalde met een klantenbestand van [] in 1999 een winst van []. Een andere SP, [], behaalde met een relatief klein klantenbestand van circa [] een winst van []. Er is n SP, [], die gn positieve resultaten boekt. Met een middelmatig groot klantenbestand van circa [] behaalde zij in 1999 een negatief resultaat van []. Hierbij kan wel worden opgemerkt dat de laatstgenoemde SP in 1999 een enorme progressie in resultaat heeft geboekt ten opzichte van de daaraan voorafgaande jaren.

40. Ten derde heeft Talkline aangegeven dat zij werkt volgens een accounting-principe waarbij de behaalde acquisitiekosten direct als kosten worden opgenomen in de resultaten van het betreffende (boek)jaar. KPN hanteert, naar de mening van Talkline, een ander principe. De keuze voor een accounting-principe is - uiteraard - een eigen bedrijfsmatige keuze. De keuze van Talkline heeft zeker in de aanvangsfase waarin acquisitiekosten normaliter hoger zijn dan gemiddeld, wel een winstdrukkend effect.

41. Ten vierde wordt gewezen op de nieuwe toetreders OneTel Global Wireless B.V. Uit de toetreding van deze nieuwe onderneming moet worden afgeleid dat, in ieder geval naar inschatting van deze onderneming, het mogelijk is om SP-activiteiten economisch rendabel te exploiteren.

42. De conclusie van Talkline dat louter door middel van bevoordeling een positief resultaat kan worden behaald, kan gezien het bovenstaande derhalve niet worden gevolgd.

43. Aangaande de door Talkline gestelde bevoordeling van SPM door KPN wordt voorts het volgende opgemerkt.

44. Uit de door NMa verzamelde gegevens blijkt dat KPN contractueel bij elke onafhankelijke SP dezelfde bonussen- en kortingenstructuur hanteert. Bovendien kan uit de door de onafhankelijke SPs verstrekte informatie voor iedere onafhankelijke SP worden afgeleid dat het jaarlijkse gemiddelde van de door de onafhankelijke SP ontvangen bonussen en kortingen, afgezet tegen de door deze onafhankelijke SP behaalde omzet, rond de 20% fluctueert.[21] Over de periode 1997-1999 zit Talkline gemiddeld genomen aan de hoge kant.

Omdat er voor de dienstenaanbieder van KPN, te weten SPM, geen omzetgegevens beschikbaar zijn, zijn de ontvangen bonussen en kortingen van SPM afgezet tegen de Earnings Before Interest, Tax and Depreciation van KPN. Deze bedroegen in 1997 en 1998 gemiddeld []% respectievelijk []%. Deze percentages geven slechts een (maximum) indicatie. Het percentage

zal in de onderhavige situatie zeer waarschijnlijk een stuk lager uitvallen indien de bonussen en kortingen worden afgezet tegen de behaalde omzet.
[22]

45. De door de diverse onafhankelijke SPs ontvangen bonussen en kortingen zijn derhalve van dezelfde orde van grootte en de door SPM ontvangen bonussen en kortingen zijn lager. Derhalve kan niet worden geconcludeerd dat netwerkbeheerder KPN haar eigen dienstenaanbieder gunstiger voorwaarden biedt dan andere, onafhankelijke SPs.

46. Ten overvloede wordt opgemerkt dat de verticale integratie van een netwerkaanbieder en een dienstenaanbieder, die gebruik maakt van het betreffende netwerk, schaal- en synergievoordelen met zich kan brengen. Dergelijke voordelen kunnen ten goede komen aan de consument. Niet kan worden gesteld dat het aanwenden van dergelijke schaal- en synergievoordelen per definitie leidt tot misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw.

- Tarieven

47. Talkline is van mening dat KPN te lage kortingen en bonussen berekent, waardoor de marges te klein zijn om een SP op een (in economische zin) gezonde wijze te exploiteren. Naar de mening van Talkline is in casu sprake van misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw.

48. Indien een verticaal gintegreerde onderneming[23] een economische machtspositie heeft op een netwerkmarkt, dan mag zij daarvan geen misbruik maken. Dat betekent in deze context dat deze dominante onderneming haar positie op de netwerkmarkt niet zodanig mag gebruiken dat een derde, redelijk efficiënte onderneming die actief is op de dienstenmarkt en die op deze dienstenmarkt in concurrentie staat met de verticaal gintegreerde onderneming, niet in staat is om haar diensten rendabel aan te bieden.[24]

49. Daargelaten of er in het onderhavige geval sprake is van een economische machtspositie, wordt geconcludeerd dat een redelijk efficiënte aanbieder van mobiele telecommunicatiediensten op deze markt in staat is een normale winst te behalen. Onder randnummer 17 is reeds aangegeven dat meerdere onafhankelijke SPs in staat zijn om, met de door KPN gehanteerde bonussen en kortingen, een winstgevende onderneming te exploiteren.

Conclusie over toepasselijkheid artikel 24 van de Mededingingswet

50. Van bevoordeling van SPM door netwerkbeheerder KPN is niet gebleken. Daarnaast kan thans ook niet worden geconcludeerd dat een redelijk efficiënte aanbieder van mobiele telecommunicatiediensten niet in staat is een normale winst te behalen. Derhalve is er geen sprake van misbruik in de zin van 24 Mw.

VII Besluit

51. Gelet op het bovenstaande wordt de aanvraag om toepassing van artikel

56, eerste lid, van de Mededingingswet afgewezen.

Datum: 12 maart 2001

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

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 bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Sectie Beschikkingen, Bezwaar en Beroep, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

[1] De klacht is gericht tegen KPN Telecom B.V. Hier moet feitelijk KPN Mobile The Netherlands B.V. worden gelezen. Zie ook randnummer 6 en verder.

[2] Daar waar tariefstructuur wordt aangegeven wordt bedoeld de kortingen en bonussen die KPN Telecom B.V. jegens haar contractpartijen hanteert.

[3] Door Talkline gesteld op 16 december 1999.

[4] In de onderhavige tekst wordt nog wel gesproken van SPM. Feitelijk dient hier gesproken te worden over de dienstenactiviteit die wordt ontplooid door KPN.

[5] Zie ook Besluit van het college van OPTA van 24 oktober 2000, kenmerk OPTA/EGM/2000/202762.

[6] Staatscourant van 5 januari 1999, nr. 2, p. 6. Het Samenwerkingprotocol OPTA / NMa is inmiddels vernieuwd, Staatscourant van 22 december 2000, nr. 249, p. 75. Hier wordt echter nog verwezen naar het (oude) Samenwerkingsprotocol dat gold ten tijde van het indienen van de klacht.

[7] Besluit van het college van OPTA van 19 mei 2000, kenmerk OPTA/JUZ/2000/200975.

[8] Besluit van het college van OPTA van 30 augustus 2000, kenmerk OPTA/EGM/2000/202425 respectievelijk OPTA/EGM/2000/202428.

[9] Besluit van het college van OPTA van 24 oktober 2000, kenmerk OPTA/EGM/2000/202762.

[10] Zie onder meer Besluit van de d-g NMa van 21 november 2000, Ontheffingsverzoek Libertel: Mantelovereenkomst, zaak 1715.

[11] Indien gesproken wordt over klantenbestand betreft het totaalcijfers en dus abonneerders afgesloten op zowel het KPN-netwerk als het Libertel-netwerk. Door de ondernemingen wordt opgemerkt dat de winst niet per netwerkoperator kan worden opgesplitst. De ondernemingen geven aan dat de tariefstructuur van KPN en Libertel niet significant van elkaar afwijkt, waardoor kan worden aangenomen dat naar rato van de omzet wordt bijgedragen.

[12] Door deze eigendomsverhouding en het feit dat er slechts met n operator een SPO is afgesloten, kan getwijfeld worden of hier daadwerkelijk sprake is van een onafhankelijke SP.

[13] Iedere nieuwe aansluiting op het GSM-netwerk van KPN exclusief de migratie binnen het GSM-netwerk van KPN. Hierbij wordt migratie gedefinieerd als een verandering / wisseling van abonnementsvorm binnen het GSM-netwerk van KPN, bijvoorbeeld het wisselen van abonnement X dat gebruikmaakt van het KPN-netwerk voor abonnement Y dat gebruik maakt van het KPN-netwerk.

[14] Bruto-aansluitingen verminderd met het aantal opheffingen. Hierbij wordt onder opheffing verstaan een opzegging van een aansluiting op het GSM-netwerk van KPN exclusief de migratie binnen het GSM-netwerk van KPN.

[15] Indien een opheffing plaatsvindt binnen 24 maanden, dan wordt de netto-aansluitvergoeding in mindering gebracht (claw back).

[16] In bijlage 7 van de SPO is dit aangeduid als een bonus, maar feitelijk betreft het een korting op de gefactureerde omzet.

[17] Ibid.

[18] Zie voetnoot 15.

[19] Advies van de d-g NMa aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat betreffende DCS 1800-frequenties; beindiging tijdelijke uitsluiting vergunninghouders, 26 augustus 1999, zaaknummer 1387.

[20] De hier aangegeven resultaten worden behaald uit de verkoop van abonnementen gebruikmakende van zowel het KPN-netwerk als het Libertel-netwerk. De SPs hebben echter aangegeven dat de tariefstructuur van KPN en Libertel niet significant van elkaar afwijkt, waardoor kan worden aangenomen dat naar rato van de omzet wordt bijgedragen (zie ook voetnoot 11).

[21] De bonussen en kortingen afgezet tegen de door de SP behaalde totale omzet fluctueert bij iedere onafhankelijke SP per maand. Deze fluctuaties zijn echter voor een groot deel te verklaren uit fluctuaties in het klantenbestand. De omzet is niet uitgesplitst naar de categorieën abonnementen en pre-paid. De omzet die onafhankelijke SPs bij pre-paid behalen, lijkt relatief beperkt.

[22] Correctheidshalve wordt opgemerkt dat de resultaten gecorrigeerd zouden moeten worden met de resultaten die behaald worden als gevolg van de netwerkactiviteiten bedoeld voor de onafhankelijke SPs. Gelet op het, relatief gezien, geringe aantal klanten dat via een onafhankelijke SP op het KPN-netwerk is aangesloten, zal deze correctie klein zijn. De correctie doet derhalve niet af aan de genoemde opmerkingen.

[23] In de telecommunicatiesector zijn verticaal gintegreerde ondernemingen enerzijds eigenaar van een netwerk en verlenen ze anderzijds in concurrentie met derden diensten over dit netwerk.

[24] Zie de Bekendmaking van de Europese Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector, PB C 265 van 22 augustus 1998, randnummers 117 en 118. Hierin wordt onder meer verwezen naar de Beschikking van de Europese Commissie van 18 juli 1988, Brown Napier / British Sugar, PB L 284 van 19 oktober 1988, pag. 15.

Aan de inhoud van deze pagina's kunt u geen rechten ontlenen.