Allen & Overy LLP

MEMORANDUM

Aan	Jilles van den Beukel
Van	Bas Braeken en Leon Mensink
Ons kenmerk	19922-01249 AMCP:242094.1
Datum	23 juli 2008
Onderwerp	**Reikwijdte aanwijzing KPN in ontwerpbesluiten**

I. Vraag

In het dictum van (onder meer) het ontwerpbesluit Marktanalyse Breedband Wholesale-breedbandtoegang d.d. 15 juli jl. (**Ontwerpbesluit**) wordt door OPTA aangewezen als onderneming met aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6a.2 lid 1 Tw: "*Koninklijke KPN N.V., haar groepsmaatschappijen (…) en de ondernemingen waarin KPN of haar groepsmaatschappijen alleen of gezamenlijke zeggenschap hebben*". [Onderlijning toegevoegd.]

Deze aanwijzing strekt er naar alle waarschijnlijkheid toe de door KPN B.V. en Reggefiber B.V. gezamenlijk op te richten joint venture Reggefiber Group B.V. (**Reggefiber**) te laten vallen onder de reikwijdte van de aanwijzing van Koninklijke KPN N.V. (**KPN**). De vraag rijst evenwel of OPTA op basis van de Telecommunicatiewet de aanwijzing kan uitbreiden tot die ondernemingen waarin KPN uitsluitend gezamenlijke zeggenschap heeft.

II. Analyse

Indien uit marktonderzoek blijkt dat een bepaalde markt niet daadwerkelijk concurrerend is, stelt OPTA op grond van artikel 6a.2 lid 1 Tw vast welke ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden op die markt, beschikken over aanmerkelijke marktmacht. Uit de definitiebepaling van artikel 1.1 lid 1 onder r Tw blijkt dat het begrip onderneming onder de Telecommunicatiewet op dezelfde wijze moet worden geïnterpreteerd als onder art. 81 EG.

Onder onderneming in de zin van art. 81 EG wordt verstaan een 'economisch eenheid', ongeacht de rechtsvorm of wijze van financiering, die een economische activiteit uitoefent (*EC vs Italy*, HvJ EG 18 juni 1998, C-35/96). Indien een moeder- en een dochteronderneming een economische eenheid vormen waarbinnen de dochteronderneming niet over de autonomie beschikt om zelfstandig haar marktgedrag te bepalen, dan worden zij gezamenlijk aangemerkt als één onderneming in de zin van art. 81 EG (*Viho*, GvEA 12 januari 1995, T-102/92, Jur.1995, II-17). Wanneer sprake is van een economische eenheid vallen afspraken tussen de moeder en de dochteronderneming buiten het toepassingsbereik van art. 81 EG.

Er is geen sprake van een economische eenheid wanneer een onderneming geen andere zeggenschap heeft dan uit hoofde van een minderheidsdeelneming (*Welded Steel Mesh – Tréfilunion*, GvEA 6 april 1995, ECR II-791). Uit de zaak *Gosme/Martell* (beschikking van 15 mei 1991, Pb 11/07/1991, L 185) volgt voorts dat de Commissie van oordeel is dat een moederonderneming en een zelfstandige joint venture waarin de moeder een 50%-belang heeft en die beschikt over de vrijheid zelfstandig haar gedrag te bepalen, niet is aan te

merken als een economische eenheid. Afspraken tussen één van de moederondernemingen en de 50/50 joint-venture vallen dan ook binnen de reikwijdte van het kartelverbod van art. 81 EG, zolang de joint venture een autonome en zelfstandige onderneming is.

Reggefiber zal een gemeenschappelijke onderneming zijn die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, zo blijkt uit de kennisgeving van de aanmelding bij de NMa. KPN zal daarin participeren als een minderheidsaandeelhouder. KPN beschikt dus niet over uitsluitende zeggenschap en kan niet (alleen) het marktgedrag van Reggefiber bepalen. Van een economische eenheid is dan ook geen sprake, zodat Reggefiber geen onderdeel uitmaakt van dezelfde onderneming als KPN.

III. Antwoord

Het is op grond van art. 6a.2 lid 1 Tw jo. art. 1.1 onder r Tw niet mogelijk om de aanwijzing van KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht te laten uitstrekken tot die zelfstandige joint ventures waarin KPN (slechts) gezamenlijke zeggenschap heeft, aangezien dergelijke joint ventures niet tot dezelfde economische eenheid als KPN behoren. Het Ontwerpbesluit is naar onze mening op dit punt dan ook in strijd met de Telecommunicatiewet.

Volledigheidshalve wijzen wij er daarbij op dat OPTA strikt genomen wel de mogelijkheid heeft om Reggefiber en KPN afzonderlijk aan te wijzen als ondernemingen die tezamen beschikken over aanmerkelijke marktmacht, in de vorm van een collectieve machtspositie. Of aan de voorwaarden voor het bestaan van een collectieve machtspositie is voldaan valt buiten het bestek van het onderhavig memorandum. Vaststaat in elk geval dat OPTA naar de aanwezigheid van een collectieve machtspositie geen onderzoek heeft gedaan en ook uit het dictum van het besluit blijkt niet dat OPTA heeft beoogd om Reggefiber en KPN als afzonderlijke ondernemingen aan te wijzen als aanbieders die tezamen beschikken over aanmerkelijke marktmacht.

****