



Postbus 90420
2509 LK Den Haag
Telefoon (070) 315 35 00
Fax (070) 315 35 01
E-mail mail@opta.nl
www.opta.nl

Nederlandse Mededingingsautoriteit NMa
De heer H. Schönau
Postbus 16326
2500 BH 'S-GRAVENHAGE


Bezoekadres
Zurichtoren
Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag

Contactpersoon drs. F.W. van Berkel	Ons kenmerk OPTA/BO/2006/200125	Uw kenmerk 545429b636	Doorkiesnummer (070) 315 35 69
Datum 20 JAN. 2006	Onderwerp Verzoek om zienswijze in zaak 5454/KPN-Nozema		Bijlage(n)

Geachte heer Schönau,

Op 17 januari 2005 ontving het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) een verzoek een zienswijze te geven over het onderzoek dat de NMa uitvoert naar de voorgenomen overname van Nozema Services N.V. (Nozema) door KPN. Deze overname kan gevolgen hebben voor de markt(en) waarop Nozema en KPN actief zijn.

Hierna volgt de reactie van het college op het NMa verzoek, overeenkomstig de geldende werkafspraken tussen OPTA en NMa met betrekking tot concentratiezaken.

Het college adviseert de NMa kort gezegd nader onderzoek te doen naar de invloed van het eigendom van de betonnen mastvoeten van KPN op de mededinging. Tevens adviseert het college de NMa nader onderzoek te doen naar de mogelijke problemen die op de markt van digitale omroep zullen ontstaan indien KPN een controlerend 80% belang in Digitenne verkrijgt.

Het verzoek

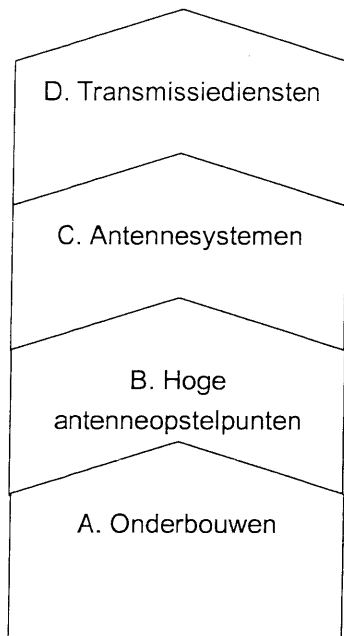
In dit advies behandelt OPTA, rekening houdend met de juridische bevoegdheden van de NMa, twee belangrijke aspecten van de voorgenomen concentratie:

1. De verticale integratie problematiek op de analoge ethermarkten;
2. De gevolgen van de gewijzigde eigendomsverhoudingen van Digitenne.

Voor het eerste aspect lijken naar oordeel van het college structurele oplossingen denkbaar. Om de gevolgen van het tweede aspect voldoende in kaart te brengen adviseert OPTA echter om deze melding uitgebreid in een tweede fase te onderzoeken.

1. Verticale concentratie

Het "OPTA ontwerpbesluit marktanalyse analoge ether" bakent een aantal productmarkten af die verticaal geschakeld zijn:



De situatie vóór en na de concentratie zijn als volgt te vergelijken:

vóór

Nozema Services: verticale integratie niveaus C & D
 Broadcast Partners: verticale integratie niveaus C & D
 NOVEC: niveau B
 KPN: niveaus A & B
 TenneT: niveaus A en B

na

Nozema Services + KPN: alle niveaus
 Broadcast Partners: verticale integratie niveaus C & D
 NOVEC: niveau B
 TenneT: niveaus A en B

De onderbouwen in eigendom van één aanbieder worden door OPTA in het ontwerpbesluit afgebakend als aparte relevante markt. In de annex is een overzicht van de marktstructuur, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie vóór en na de voorgenomen concentratie, opgenomen.

Gevolg van de concentratie is dat er 16 sites zouden ontstaan waar sprake is van één verticaal geïntegreerde partij (waarvan 5 sites géén onderbouw hebben, dus alleen niveaus B, C & D). Op 12 andere sites ontstaat de situatie: KPN (/ Nozema) -> NOVEC -> (KPN /) Nozema. Daar zou NOVEC dus tussen de twee lagen van KPN/Nozema zitten.

Gevolgen

Een indicatie van de mogelijke gevolgen voor concurrenten van Nozema, zoals Broadcast Partners, is dat op 19 sites waar Broadcast Partners eigen antennesystemen heeft KPN eigenaar is van de onderbouw, het hoge antenneopstelpunt of allebei.

Als (potentieel) gevolg van de hierboven beschreven verticale integratie veranderen tevens de gedragsprikkel voor KPN en Nozema. OPTA identificeert de volgende mogelijke gedragingen. Per mogelijke gedraging zijn de effecten daarvan op verschillende niveaus weergegeven. Onderstaande gedragingen zijn geordend van meest tot minst acute te verwachten problemen (c.q. het gemak waarmee KPN deze gedragingen zou kunnen vertonen).

1. Algemeen discriminatoir gedrag

Doordat er één verticaal geïntegreerde partij zou ontstaan ontstaat op de niveaus van de onderbouw en het antenneopstelpunt de prikkel algemeen discriminatoir gedrag te vertonen ten opzichte van concurrenten. Dit kan zich bijvoorbeeld uiten:

- door de meest aantrekkelijke ruimte in de onderbouw toe te wijzen aan de eigen onderneming;

- doordat de eigen onderneming automatisch toegang heeft tot de locatie terwijl concurrenten afhankelijk zijn van de eigenaar voor toegang tot de locatie;
- door snellere afhandeling van processen zoals aanvragen van milieuvergunningen.

Deze gedraging zou zich voornamelijk op niveau A (onderbouwen) kunnen afspelen. Het effect van discriminatoir gedrag is benadeling van de concurrentie.

2. *Price squeeze*

Voor de te vormen verticaal geïntegreerde partij ontstaat de mogelijkheid een price squeeze te hanteren. Doordat KPN/Nozema de tarieven voor toegang tot de onderbouw (en op een aantal sites ook de antenneopstelpunten) in feite aan zichzelf betaalt, is het mogelijk deze tarieven niet mee te nemen in de kosten op het niveau van transmissiediensten. De concurrentie moet de tarieven voor toegang echter wel meewegen in het kostenplaatje. KPN/Nozema kan zo een price squeeze creëren. Ook op die sites waar NOVEC eigenaar is van het antenneopstelpunt is een dergelijke gedraging denkbaar. Als NOVEC namelijk een hoog tarief voor gebruik van de onderbouw in rekening wordt gebracht, zal NOVEC deze hogere kosten één op één doorberekenen aan alle partijen die gebruik maken van het antenneopstelpunt. Zodoende kan Nozema/KPN hetzelfde effect middels een indirecte price squeeze veroorzaken.

Deze gedraging is een samenspel van prijsstrategieën op niveaus A (of B) en D. Het effect van een price squeeze is uitsluiting van concurrentie.

Het eventuele beperken of remediëren van dit effect door eventuele AMM effecten op te leggen aan KPN/Nozema door OPTA dient in onderhavige beoordeling door de NMa niet meegenomen te worden¹.

3. *Excessieve tarieven*

Hoewel gesteld kan worden dat vóór de concentratie ook reeds sprake kan zijn van een gedragsprikkel voor KPN om hoge tarieven te rekenen voor toegang tot de onderbouw, zou deze gedraging tot dusver non-discriminatoir van aard zijn. Gevolg van de concentratie is dat terwijl excessieve tarieven een hoge kostenpost voor een partij als Broadcast Partners kunnen betekenen, een gefuseerd Nozema/KPN de hoge tarieven aan zichzelf betaalt. Potentieel zouden excessieve tarieven ook kunnen worden gehanteerd voor toegang tot het antenneopstelpunt (op die sites waar KPN eigenaar is van het antenneopstelpunt).

Deze gedraging zou zich voornamelijk op niveau A afspelen en is in theorie ook op niveau B mogelijk. Het effect van excessieve tarieven voor toegang tot de onderbouw of het antenneopstelpunt is een verslechtering van de competitiviteit van concurrenten als Broadcast Partners vis à vis KPN/Nozema.

¹ Overigens is het niet zeker of het regelgevend kader van OPTA, hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet toeziet op de mastvoeten en/of onderbouwen.

Excessieve tarieven op het niveau van het antenneopstelpunt zouden zo nodig door OPTA zijn te adresseren met art. 3.11 van de Telecommunicatiewet (Tw). Dit artikel ziet echter niet op het niveau van de onderbouw.

4. Toegangsweigering

Omdat de eigenaar van onderbouwen (KPN) door de concentratie concurreert met partijen die afhankelijk zijn van medegebruik van de onderbouw is discriminatoire toegangsweigering een te verwachten mogelijke gedraging. Partijen als Broadcast Partners moeten zenders kunnen plaatsen op een zo klein mogelijke afstand van de antenne. Dit is veelal zo hoog mogelijk in de onderbouw. Bovendien zijn dergelijke partijen afhankelijk van bijvoorbeeld stroomvoorzieningen en fysieke toegang tot de locatie (om bij de eigen apparatuur te komen). Theoretisch zou toegangsweigering ook plaats kunnen vinden op het niveau van het antenneopstelpunt (op die sites waar KPN eigenaar is van het antenneopstelpunt). Toegangsweigering kan ook worden bereikt met excessieve tarieven.

Deze gedraging speelt zich af op niveau A en is in theorie ook op niveau B mogelijk.

Het effect van toegangsweigering is uitsluiting van concurrentie.

Toegangsweigering op het niveau van het antenneopstelpunt zou zo nodig door OPTA zijn te adresseren met art. 3.11 Tw. Dit artikel ziet echter niet op het niveau van de onderbouw.

5. Predatory Pricing

Hoewel ook vóór de concentratie de mogelijkheid voor Nozema Services bestond predatory pricing toe te passen, zouden de mogelijkheden tot kruissubsidiëring aanzienlijk toenemen door de financiële steun van KPN.

Deze gedraging zou zich op niveau D afspelen.

Het effect van predatory pricing zou uitsluiting van concurrentie kunnen zijn. Mocht een dergelijke situatie ontstaan dan is het denkbaar dat OPTA met hoofdstuk 6 Tw kan optreden. Zie echter de opmerkingen in onderstaande sectie.

Ex ante regulering vs. ex post toezicht

Naar mening van OPTA moet worden voorkomen dat bepaalde potentiële mededingingsproblemen die ontstaan door de concentratie niet of in mindere mate worden geadresseerd vanwege de verwachting dat "OPTA het probleem dat eventueel ontstaat achteraf wel op kan lossen". Het college meent dat KPN's stelling in de melding dat een "verticaal probleem zoals geïdentificeerd in NMa-advies aan Ministerie van Financiën d.d. 28 juni 2005 geen probleem is want OPTA zal KPN hoogstwaarschijnlijk toegangsverplichtingen opleggen" voorbij gaat aan het doel van de Mededingingswet, namelijk het voorkomen dat mededingingsproblemen door concentratie gaan ontstaan.

Momenteel bestaat er regulering op basis van art. 3.11 Tw op niveaus B en C. Art. 3.11 Tw ziet op medegebruik van antennesystemen (niveau C) en antenneopstelpunten (niveau B), niet alleen ten behoeve van bevordering van concurrentie maar ook ten behoeve van voorkomen van horizonvervuiling, gezondheidskwesties, etc. Met art. 3.11 Tw dient medegebruik tegen een "redelijk

tarief" te worden geboden. Momenteel loopt nog een aantal zaken in beroep waaruit zal blijken of de rechter de invulling van OPTA van het begrip "redelijk tarief" steunt. Art. 3.11 Tw lijkt tot dusverre niet van toepassing te zijn op de markt voor toegang tot onderbouwen (niveau A).

Ook de beschikbare instrumenten uit hoofdstuk 6 Tw zijn mogelijk niet toepasbaar op niveau A (onderbouwen zijn mogelijk geen onderdeel van het elektronisch communicatie netwerk noch bijbehorende faciliteit in zin van Tw).

Beheer vs. vervreemding

Om de verticale bezwaren weg te nemen zou KPN verschillende oplossingen kunnen voorstellen. Denkbaar zijn beheersoverdracht en vervreemding van eigendom. KPN heeft eerder te kennen gegeven dat beide opties bespreekbaar zijn.

OPTA geeft de voorkeur aan vervreemding van eigendom. Alle prikkels die voor de verticaal dominante partij bestaan worden daarmee weggenomen. Mocht KPN een minder vergaande variant voorstellen (beheersoverdracht) adviseert OPTA om een dergelijk voorstel uitvoerig te onderzoeken alvorens in te stemmen. De beheersoptie dient aan strikte voorwaarden getoetst te worden om zeker te zijn dat er geen mogelijkheden overblijven die KPN ten koste van concurrenten in haar eigen voordeel zou kunnen misbruiken. De tarieven voor het gebruik van de mastvoeten zullen immers niet per definitie door de beheerder zelfstandig kunnen worden vastgesteld. De kostenbasis is daarvoor essentieel. Het college beveelt de NMa aan bij het eventueel volgen van deze optie grondig te onderzoeken hoe ongewenste mededingingseffecten kunnen worden bestreden alvorens in te stemmen.

Naar oordeel van het college zal een andere optie, namelijk vervreemding tegen een commerciële prijs, tot gevolg hebben dat KPN indirect een concurrentievoordeel verkrijgt, omdat KPN met de opbrengsten van de mastvoeten de hogere tarieven die een verkoop met zich mee zal brengen kan betalen. Hoewel dit in mededingingsopzicht wellicht geen probleem vormt, is het college van mening dat dit gevolg niet wenselijk is. Naar oordeel van het college is het wenselijker indien KPN de mastvoeten tegen een op historische kosten gebaseerde prijs zou vervreemden.

2. Digitenne

Belangrijk gevolg van de concentratie is het 80% eigendom van Digitenne dat KPN verkrijgt. Het zou KPN volgens sommige partijen dan ook uitsluitend hierom te doen zijn.

Momenteel is Digitenne nog uitsluitend een digitale radio/tv dienst. Op deze markten hebben kabelbedrijven aanmerkelijke marktmacht. Digitenne vormt daarom een sterk blok om de consument meer keuze te bieden. De capaciteit (bandbreedte) van Digitenne neemt in de nabije toekomst echter sterk toe door de aanstaande afschakeling van de analoge ether. Daarmee komt extra digitale frequentieruimte vrij. Bovendien zal KPN naar verwachting na landelijk dekkende uitrol te hebben gerealiseerd het Digitenne netwerk fijnmaziger maken, door meer zenders op lagere punten te installeren (net als GSM/UMTS antennes). Een fijnmaziger netwerk biedt ook hogere capaciteit. Een belangrijke vraag is waarvoor KPN de extra bandbreedte wil benutten.

De capaciteit is voor verschillende doelen inzetbaar:

1. Ten eerste DVB-T. Met de extra capaciteit die vrij komt kan de kwaliteit van de kanalen worden verhoogd en het aanbod uitgebreid (meer kanalen of optionele pakketten) worden.
2. DVB-H (digitale TV op handhelds). DVB-H is in landen als Japan en Zuid Korea reeds zeer populair gebleken, als point-to-multipoint dienst (omroep). Deze dienst geeft KPN een uitzonderlijk voordeel ten opzichte van concurrerende mobiele operators, die uitsluitend UMTS kunnen gebruiken om TV op handhelds aan te bieden (hetgeen veel beperkter is gelet op de beperkter bandbreedte)².
3. Mobiele data diensten. Hoewel de Digitenne frequenties uitsluitend geschikt zijn voor one-way broadcasting is een hybride vorm van Digitenne + SMS/GSM/GPRS/UMTS goed denkbaar (point-to-multipoint)³. Daarbij biedt de grotere neergaande capaciteit meer mogelijkheden dan UMTS. Omdat gemiddeld gebruik van een verbinding voornamelijk informatie download en vaak weinig upload is een dergelijke hybride vorm uitermate geschikt voor het aanbieden van datadiensten⁴.

Met name mogelijkheden 2 en 3 bieden KPN mogelijk een niet te verwaarlozen voordeel ten opzichte van de mobiele concurrentie. Terwijl de mobiele operators (inclusief KPN) veel hebben betaald voor een deel van de UMTS frequenties, zijn de volledige Digitenne frequenties KPN middels deze concentratie vrijwel gratis toekomen (Nozema heeft niets hoeven betalen voor de Digitenne frequenties), terwijl de mogelijkheden ervan voor het downstream gedeelte uitgebreider zijn dan UMTS (meer bandbreedte, geschiktheid voor point-to-point en point-to-multipoint transmissie). Het is denkbaar dat dit het concurrentiële speelveld van de mobiele sector verstoort⁵.

Ten aanzien van de drie bovenstaande mogelijkheden is het nog relevant om het volgende op te merken. De melding van KPN/Nozema stelt dat het onmogelijk is voor Digitenne om een "substantiële capaciteit te reserveren voor digitaal internet of andere doeleinden op basis van vergunningsplicht". De huidige verplichting minstens 80% van de beschikbare capaciteit voor omroepdoeleinden te benutten vervalt echter reeds per 31 december 2007. Hoewel niet precies duidelijk is op welke manier de dienstverlening zich na die datum zal ontwikkelen is het, gelet op de ontwikkelingen in Azië en de technische mogelijkheden, te verwachten dat KPN het voordeel van de gratis Digitenne frequenties maximaal zal benutten. Het college pleit met het oog daarop op nader onderzoek door de NMa om

² Zie ter onderbouwing hiervan bijvoorbeeld <http://www.telecomwereld.nl/n0000186.htm>

³ Zie voor een mogelijk voorbeeld <http://www.mobiletvforum.com/technology/dvb/>

⁴ Overigens zijn hiervoor in theorie andere mogelijkheden te bedenken, zoals op de volgende link kan worden gezien: <http://www.telecomwereld.nl/digsatm.htm>. Deze mogelijkheid heeft zich echter nog niet bewezen en is mogelijk in Europa wegens beperkingen van het spectrumgebruik niet haalbaar.

⁵ <http://www.gii.co.jp/english/fs32872-mobile-video.html>

prospectief naar de ontwikkeling van de verschillende markten te kijken en potentiële mededingingsproblemen te identificeren. Daarvoor is het nodig om in de tweede fase een onderzoek te doen naar markten waarin KPN zich begeeft door met behulp van Digitenne frequenties diensten uit te rollen.

Conclusie

Het college is van mening dat een goedkeuring van de voorgenomen concentratie niet zou mogen plaatsvinden eerder dan nadat duidelijkheid is verkregen over de volgende zaken:

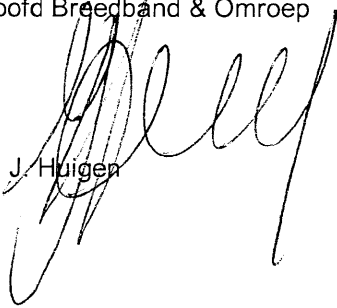
- potentiële gedragingen van KPN na de concentratie en mogelijkheden om dit voorafgaand aan het afgeven van een vergunning tegen te gaan;
- de voorwaarden waarop de betonnen KPN mastvoeten in de toekomst worden beheerd, danwel verkocht aan een onafhankelijke partij;
- de mogelijke markten waarin KPN in de toekomst actief zal zijn en de mogelijke positie van KPN in die markten.

Het college adviseert de NMa dan ook een tweede fase onderzoek te starten waarin bovenstaande vraagstukken gedegen kunnen worden geanalyseerd en een antwoord kan worden gegeven op welke manier mogelijk mededingingsbeperkende gedragingen kunnen worden voorkomen.

Hoogachtend,

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Hoofd Breedband & Omroep

dr. J. Huigen

A handwritten signature in black ink, appearing to be "J. Huigen", written over the printed name.

Annex: Overzicht marktafbakening OPTA en gevolgen concentratie

Vóór concentratie

Type	Markt	Met AMM aangewezen partij	Aantal AMM aanwijzingen per partij	Verplichtingen	
FM	toegang tot onderbouwen	KPN	1	toegang, kostenoriëntatie, non-discriminatie	
		TenneT	1	toegang, kostenoriëntatie	
	toegang tot hoge antenne-opstelpunten	NOVEC	23	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie	
		KPN	17	toegang, kostenoriëntatie, non-discriminatie	
		TenneT	1	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie	
		BP	3	toegang, kostenoriëntatie, non-discriminatie	
	toegang tot FM-antennesystemen in individuele hoge antenne-opstelpunten	Nozema Services	41	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie	
		BP	3	toegang, kostenoriëntatie, non-discriminatie	
	Middengolf	toegang tot individuele antenne-opstelpunten	NOVEC	7	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie
		toegang tot antennesystemen in individuele antenne-opstelpunten	Nozema Services	7	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie
Transmissiedienst (markt 18)		Nozema Services	0	Op markt 18 geen verdere verplichtingen	
		BP	0		

Na concentratie

Type	Markt	Met AMM aangewezen partij	Aantal AMM aanwijzingen per partij	Verplichtingen	
FM	toegang tot onderbouwen	KPN	1	toegang, kostenoriëntatie, non-discriminatie	
		TenneT	1	toegang, kostenoriëntatie	
	toegang tot hoge antenne-opstelpunten	NOVEC	23	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie	
		KPN	17	toegang, kostenoriëntatie, non-discriminatie	
		TenneT	1	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie	
		BP	3	toegang, kostenoriëntatie, non-discriminatie	
	toegang tot FM-antennesystemen in individuele hoge antenne-opstelpunten	KPN	41	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie	
		BP	3	toegang, kostenoriëntatie, non-discriminatie	
	Middengolf	toegang tot individuele antenne-opstelpunten	NOVEC	7	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie
		toegang tot antennesystemen in individuele antenne-opstelpunten	KPN	7	toegang, kostenoriëntatie, kosten-toerkeningssysteem, non-discriminatie
Transmissiedienst (markt 18)		KPN	0	Op markt 18 geen verdere verplichtingen	
		BP	0		