

ADVIES

Advies van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit aan de directeur-generaal Telecommunicatie en Post van het Ministerie van Economische Zaken

Nummer 3788/8.0114

Betreft: KPN en Digtienne

I Inleiding

1. Bij brief van 5 november 2003 (kenmerk DGTP/11/03/3062339) heeft de plv. directeur-generaal Telecommunicatie en Post van het Ministerie van Economische Zaken (hierna: plv. d-g DGTP) de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) verzocht advies uit te brengen over een mededingingsvraagstuk dat verband houdt met de mogelijke uitbreiding door KPN Telecom B.V. (hierna: KPN) van haar aandelenpakket in Digtienne Holding B.V. (hierna: Digtienne).
2. Om een afgewogen advies te kunnen geven zijn diverse marktpartijen schriftelijk en mondeling bevraged. Daarnaast is kennisgenomen van diverse (onderzoeks)rapporten over en verbandhoudende met de activiteiten van Digtienne. Aan OPTA is een conceptversie van dit advies voor commentaar voorgelegd.
3. Allereerst zal de achtergrond van het advies worden toegelicht. Daarna wordt aangegeven welke zeggenschaps- en marktaspecten van belang zijn bij de beoordeling van de mogelijke uitbreiding door KPN van haar aandelenpakket in Digtienne en wordt een antwoord gegeven op de door plv. d-g DGTP voorgelegde vraag.

II Achtergrond van het advies

4. Op 2 april 2001 heeft de d-g NMa naar aanleiding van de desbetreffende concentratiemelding bepaald dat hij geen reden heeft om aan te nemen dat als gevolg van het oprichten van de gemeenschappelijke onderneming Digtienne door Naamloze Vennootschap Gemengd Bedrijf Nozema (hierna: Nozema), Nederlands Omroepproductie Bedrijf N.V. (hierna: NOB), KPN (elk 30% van de aandelen) en Cahanoves Beheer B.V. (10% van de aandelen) 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.¹ Ten tijde van de beoordeling waren geen van de moederondernemingen van Digitenne actief op dezelfde markt als die waarop Digitenne vooralsnog actief zou worden, te weten de doorgifte van televisiesignalen en televisiegerelateerde signalen. Tevens waren er geen concrete plannen dat de moederondernemingen op afzienbare termijn de hiervoor genoemde activiteiten zouden gaan uitoefenen.²

5. Het doel van Digitenne was het verkrijgen van vergunningen voor frequentiekanalen voor aardse digitale televisietechnologie DVB-T ("multiplexen") en het exploiteren van deze frequentiekanalen en van de frequentiekanalen bestemd voor publieke omroepen.³
6. Op 31 januari 2002 is aan Digitenne door de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat een vergunning verleend voor het commercieel exploiteren van DVB-T in Nederland. Voordat de vergunning is verleend, heeft de d-g NMa advies uitgebracht inzake een aantal mededingingsvraagstukken die verband houden met deze vergunningverlening.⁴ De d-g NMa heeft in zijn advies aangegeven dat de toekomstige exploitant van de DVB-T-vergunning op zichzelf vanuit die exploitatie geen economische machtspositie heeft in de zin van artikel 1, onder i, van de Mededingingswet⁵ (hierna: Mw). Daarnaast heeft de d-g NMa aangegeven dat deelname van exploitanten van andere infrastructuren aan een veiling van de DVB-T-vergunning tot gevolg kan hebben dat DVB-T om strategische redenen niet succesvol van de grond komt. Dit geldt met name voor kabelmaatschappijen en niet voor exploitanten van satellietssystemen en exploitanten van telecommunicatienetwerken. Om dit te voorkomen is een aantal aanbevelingen opgenomen in het advies. Ten slotte concludeert de d-g NMa in zijn advies dat de positie van Nozema binnen een consortium dat DVB-T gaat exploiteren niet onaanvaardbaar is vanuit mededingingsoogpunt.
7. Voorafgaand aan de vergunningverlening heeft de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat bij besluit van 17 juli 2001⁶ bepaald dat de vergunning wordt geweigerd indien de aanvrager een rechtspersoon is waarin een aanbieder van een omroepnetwerk, een openbaar telecommunicatienetwerk of een openbaar satellietnetwerk een direct of indirect aandeel heeft van meer dan 30%, of de aanvrager een rechtspersoon is waarin een aanbieder van een omroepnetwerk, een openbaar telecommunicatienetwerk of een openbaar satellietnetwerk, indien deze beschikt over een aanmerkelijke marktmacht op de markt van doorgifte van

¹ Besluit in zaak 1878/*Digitenne*. Tegen het besluit in deze zaak is door Broadcast Newco Two B.V. d.d. 13-06-2003 hoger beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (03/653 S2).

² Besluit in zaak 1878/*Digitenne*, reeds aangehaald, punten 25 en 26.

³ Digital Video Broadcasting (DVB) is de Europese standaard voor het digitaal verzenden van radio- en televisie(gerelateerde) signalen. DVB kan worden verspreid via kabel (DVB-C), satelliet (DVB-S) en via de ether (DVB-T).

⁴ Advies van de d-g NMa aan de directeur-generaal Telecommunicatie en Post van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, van 21 januari 2000, 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T).

⁵ Staatsblad 1997, nr. 242 laatstelijk gewijzigd bij Staatsblad 1999, nr. 30.

⁶ Beleidsregels vergunningverlening DVB-T.

televisiesignalen en televisiegerelateerde signalen, een beslissende invloed heeft op de besluitvorming. Tevens is bepaald dat een vergunning kan worden ingetrokken indien de eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen zodanig gewijzigd zijn dat de vergunninghouder op grond van het bedoelde besluit niet in aanmerking zou zijn gekomen voor vergunningverlening. De achterliggende reden van dit besluit is het voorkomen van defensief gebruik door de houder van de DVB-T-vergunning, waardoor DVB-T niet (of op niet concurrerende wijze) van de grond zou komen.

8. Na een interne reorganisatie heeft NOB besloten niet langer in Digitenne te investeren. De financiering van Digitenne geschiedt sindsdien door de overige grootaandeelhouders KPN en Nozema middels converteerbare leningen.
9. De Staat is één van de aandeelhouders van Nozema. In juni 2003 heeft de Minister van Economische Zaken bepaald dat Digitenne in oktober 2003 onder meer diende te beschikken over aantoonbaar uitzicht op externe financiering om in aanmerking te komen voor maximaal nog een half jaar investeringen door Nozema. Na 1 juli zal Nozema volgens de plv. d-g DGTP niet verder investeren in Digitenne. De plv. d-g DGTP geeft aan dat vanuit politiek oogpunt belang wordt gehecht aan de uitrol van digitale televisie via de ether, bij voorkeur op een dusdanige wijze dat het de concurrentie met de kabel op gang brengt. Om die reden onderzoekt DGTP thans of na het stopzetten van investeringen door Nozema andere wijzen van financiering van DVB-T mogelijk zijn, waarbij de vergroting van het belang van KPN in Digitenne zich als mogelijke optie voordoet.

III De adviesaanvraag

10. Hieronder wordt de volgende door DGTP gestelde vraag beantwoord (citaat): "*In hoeverre kan KPN thans een groter belang verwerven binnen Digitenne zonder dat een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt?*".
11. Voor de beantwoording van deze vraag zal met name worden gekeken naar de ontwikkelingen die te verwachten zijn in de komende drie jaar. Digitenne is verplicht in de periode tot en met 31 december 2007 ten minste 80% van de netto-capaciteit te gebruiken voor het uitzenden van digitale televisieomroep.⁷ Daarnaast is het op basis van de snelle technologische vooruitgang in redelijkheid niet mogelijk een uitspraak te doen over een langere periode dan drie jaar.

⁷ Beschikking van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 31 januari 2002, houdende verlening van een vergunning aan Digitenne Holding B.V., artikel 10.

Zeggenschap

12. Voorafgaand aan de analyse van de activiteiten van KPN en Digitenne dient te worden opgemerkt dat KPN reeds gezamenlijke zeggenschap heeft in Digitenne.⁸ Dit houdt in dat zij in de aandeelhoudersvergadering als aandeelhouder beslissingen kan tegenhouden. Zij zal niet zelfstandig het beleid van Digitenne kunnen bepalen, maar gezamenlijk met de andere aandeelhouders NOB en Nozema overeenstemming moeten bereiken over belangrijke beslissingen betreffende Digitenne. Deze positie van KPN zal pas een voor deze beoordeling relevante wijziging kunnen ondergaan indien zij een zodanig belang in Digitenne zal verwerven, dat sprake is van uitsluitende zeggenschap van KPN over Digitenne, in welk geval zij zelfstandig, zonder tussenkomst van andere aandeelhouders, over het commercieel strategische beleid van Digitenne kan beslissen.⁹
13. Het verkrijgen van een groter belang door KPN in Digitenne zou tevens onder de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht kunnen vallen, indien dit leidt tot een duurzame verandering in de structuur van Digitenne¹⁰, bijvoorbeeld door de overgang van gezamenlijke naar uitsluitende zeggenschap door KPN.¹¹
14. In dit advies wordt in het midden gelaten of het vergroten van het belang van KPN in Digitenne leidt tot een zodanige wijziging in de zeggenschap in Digitenne dat sprake is van een concentratie die binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mw geregelde concentratietoezicht zou kunnen vallen. In dit advies wordt alleen de door de plv. d-g DGTP gestelde vraag beantwoord in hoeverre KPN thans een groter belang kan verwerven binnen Digitenne zonder dat een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt.

Machtspositie

15. Een economische machtspositie wordt in artikel 1, onder i, van de Mw gedefinieerd als een positie van één of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.
16. Teneinde te kunnen vaststellen of sprake kan zijn van het ontstaan of het versterken van een machtspositie van KPN door het verwerven van een groter belang in Digitenne, dient te

⁸ Zie het besluit in zaak 1878/*Digitenne*, de punten 11 tot en met 13.

⁹ Zie ook de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "concentratie" in Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb 1998, C 66/02.

¹⁰ Zie Memorie van Toelichting op de Mededingingswet, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 707, nr. 3, pagina 31.

¹¹ Zie ook de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "concentratie", reeds aangehaald, punt 40.

worden onderzocht op welke gebieden KPN en Digitenne actief zijn. Een economische machtspositie kan slechts dan ontstaan of worden versterkt indien KPN en Digitenne actief zijn op dezelfde, verticaal gerelateerde of nauw verwante gebieden.

Activiteiten

17. Digitenne biedt sinds 23 april 2003 digitale televisie en radio aan via de ether. Op 31 januari 2002 is aan Digitenne een vergunning verleend voor het gebruik van frequentieruimte binnen het bereik 470-862 MHz ten behoeve van het uitzenden van televisieprogramma's, het uitzenden van radioprogramma's en het aanbieden van datadiensten door middel van DVB-T. Als voorwaarde bij de vergunningverlening is onder meer vastgelegd dat tot en met 31 december 2007 ten minste 80% van de netto-capaciteit voor het uitzenden van digitale televisie-omroep wordt benut. Momenteel wordt de totale netto-capaciteit volledig aangewend voor de doorgifte van digitale radio en televisie.
18. Digitenne biedt geen (breedband) internettoegang aan. DVB-T is een broadcast medium en is derhalve naar haar aard ingericht en opgezet voor verspreiding van omroepdiensten en niet voor de uitwisseling van individuele berichten. Voor het uitwisselen van individuele berichten moet retourverkeer mogelijk zijn, hetgeen via DVB-T niet mogelijk is. Retourverkeer kan slechts plaatsvinden via een ander netwerk.¹²
19. KPN is actief op het gebied van het aanbieden van telecommunicatiediensten voor de zakelijke en consumentenmarkt. Daarnaast is zij actief als distributeur van televisie- en televisie gerelateerde diensten via de satelliet¹³ en is zij actief als aanbieder van internettoegang en communicatie-infrastructuur.
20. KPN biedt internettoegang aan via ADSL¹⁴. Daarnaast biedt zij toegangslijnen aan derden aan die vervolgens door deze derden kunnen worden gebruikt om ADSL aan eindgebruikers aan te bieden. Via de ADSL-internetverbinding van KPN kan een afnemer individuele radio- en televisieprogramma's downloaden via de daarop ingerichte webpagina's. ADSL is in zijn algemeenheid echter niet geschikt voor het aanbieden van radio- en televisiepakketten zoals die aangeboden kunnen worden via de kabel, satelliet of DVB-T. Allereerst laat de bandbreedte die via de ADSL-techniek beschikbaar is, gelijktijdige doorgifte van een groot pakket van radio- en televisieprogramma's niet toe.¹⁵ Daarnaast kan geen gegarandeerde snelheid worden aangeboden aan de consument en is deze bovendien niet continu. Dit heeft tot gevolg dat zelfs indien de capaciteit van ADSL voldoende groot zou zijn voor het

¹² 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T), reeds aangehaald, voetnoot 4.

¹³ In het navolgende zal niet verder worden ingegaan op deze activiteit van KPN, aangezien dit slechts de distributie betreft en niet het aanbieden van satelliettelevisie aan de consument.

¹⁴ Asymmetric Digital Subscriber Line, oftewel "digitale abonneelijn".

¹⁵ 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T), reeds aangehaald, voetnoot 14.

uitzenden/ontvangen van radio- en televisiesignalen, het signaal tijdens uitzendingen regelmatig onderbroken wordt waardoor consumenten op dat moment geen programma kunnen ontvangen. Naar verwachting zal hier in de nabije toekomst, in ieder geval in de komende drie jaar, geen verandering in komen.

21. In het licht van het bovenstaande kan worden vastgesteld dat KPN en Digitenne thans niet actief zijn op hetzelfde gebied. Gezien de huidige stand van de techniek van zowel ADSL als DVB-T is het ook niet te verwachten dat hier de komende drie jaar verandering in zal komen (zie randnummer 18). De door Digitenne en KPN aan de NMa geleverde informatie bevestigt dit.
22. Tevens kan worden vastgesteld dat de diensten die Digitenne thans aanbiedt en in de nabije toekomst gaat aanbieden niet in een zodanig nauwe relatie tot die van KPN staan dat dit tot mededingingsrechtelijke problemen in de zin van de Mw leidt. Hetzelfde geldt voor (mogelijke) verticale relaties tussen de activiteiten van Digitenne en die van KPN.
23. Bovendien, zoals reeds in het Advies van 31 januari 2000 gesteld, zal indien sprake is van de ontwikkeling van nieuwe diensten voor DVB-T, deze ontwikkeling waarschijnlijk ongeveer gelijk op gaan met ontwikkelingen van nieuwe diensten die via andere infrastructuren zullen worden aangeboden en in concurrentie staan met nieuwe ontwikkelingen via andere infrastructuren, waarbij met name gedacht kan worden aan kabel en/of satelliet.¹⁶

Conclusie

24. Uit het bovenstaande blijkt dat er thans en in de nabije toekomst geen activiteiten zijn die door zowel Digitenne als KPN (kunnen) worden uitgeoefend. De positie van KPN op de markten waarop zij actief is, zal derhalve niet worden versterkt door een toename van haar belang in Digitenne. Er is derhalve geen reden om aan te nemen dat in de nabije toekomst een machtspositie zal ontstaan of worden versterkt indien KPN een groter belang zal verwerven in Digitenne, ongeacht of zij hiermee gezamenlijke zeggenschap zou behouden, dan wel uitsluitende zeggenschap zou verkrijgen.

¹⁶ 1658/Vergunningverlening Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T), reeds aangehaald, de punten 28 en 29.

IV Conclusie

25. In antwoord op de door de plv. d-g DGTP gestelde vraag kan worden geconcludeerd dat er geen reden is om aan te nemen dat in de nabije toekomst een economische machtspositie in de zin van artikel 1, onder i, van de Mededingingswet kan ontstaan of worden versterkt als gevolg van het verwerven van een groter belang door KPN in Digitenne.

Datum: 23 februari 2014,

P. Kalbfleisch
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit