
Dutchtone-Ben UMTS-netwerk

Besluit d-g NMa d.d. 11 oktober 2002.
Kartelverbod, UMTS-netwerkdeling
(m. nt. mr P.P.J. van Ginneken)

Inleiding

Het hieronder te bespreken besluit gaat over UMTS-netwerkdeling. UMTS, oftewel derde generatie (3G) mobiele telefonie, maakt mobiele telefoons geschikt voor snel data-transport en het tonen van bewegende beelden, hetgeen allerlei nieuwe diensten mogelijk maakt. De voorloper hiervan en de huidige gangbare techniek is GSM, ook wel tweede generatie (2G) mobiele telefonie genoemd. Inmiddels is er een aantal diensten ontwikkeld die geavanceerder zijn dan de standaard GSM-diensten, waarvoor als verzamelnaam GPRS wordt gebruikt. GPRS-diensten worden ook wel aangeduid als 2,5G-diensten.

De inrichting van een UMTS-netwerk ziet er globaal als volgt uit. De antennes die de signalen van de mobiele telefoons ontvangen en verzenden, zijn opgesteld op zogenaamde antenne-opstelpunten. Op deze opstelpunten bevinden zich ook de basisstations, die de radiokanalen besturen tussen de mobiele telefoons die zich bevinden in het gebied dat door de antennes wordt bestreken. De verschillende basisstations worden verbonden door de verbindingen van het radio-transmissienetwerk. Deze verbindingen komen uiteindelijk allemaal uit op het 'core netwerk'. Dit netwerk is het zogenaamde 'intelligente' deel van het netwerk, waarin de kenmerken van de diensten kunnen worden bepaald.

Besluit

Op 7 december 2001 hebben Dutchtone en Ben een ont-heffingsverzoek ingediend voor een samenwerkingsverband met betrekking tot de uitrol en het onderhouden van een UMTS-netwerk. De uitgangspunten van de samenwerking zijn neergelegd in twee overeenkomsten. Beide overeenkomsten zijn voor bepaalde tijd gesloten, maar kunnen worden verlengd (één van beide zelfs automatisch).

Er zijn drie technische varianten van samenwerking die aan de NMa worden voorgelegd. De eerste variant is dat

7 Stcrt. 2001, 248.

slechts de antenne-opstelpunten worden gedeeld. De tweede is dat onderdelen van partijen ook 'gezamenlijk gemonteerd' worden in de basisstations. De laatste en meest vergaande variant is dat de basisstations, met uitzondering van enkele onderdelen, het radio transmissienetwerk en ten dele de aangesloten *operation and maintenance centres* (die deel uitmaken van het core netwerk) worden gedeeld.

Het oordeel van de NMa luidt dat zelfs de meest vergaande samenwerking, namelijk de derde variant, niet onder artikel 6 Mw valt, en er mitsdien geen ontheffing nodig is.

De NMa komt tot dit oordeel op basis van de volgende redenering. Het betreft hier een horizontale overeenkomst, waarop de Europese en NMa richtsnoeren inzake horizontale samenwerking van toepassing zijn. De samenwerking wijkt echter af van de vormen zoals omschreven in deze richtsnoeren, en daarom kan slechts aan de 'principes' van deze richtsnoeren worden getoetst.

De samenwerking heeft geen mededingingsbeperkend doel, en daarom dient aan de hand van de principes van de richtsnoeren naar de gevolgen te worden gekeken. In dit kader wordt een aantal markten door de NMa bekeken (hoewel wordt aangegeven dat het voor UMTS nu nog onmogelijk is de markt exact af te bakenen). Er wordt een onderscheid gemaakt tussen dienstenmarkten en netwerkmarkten, en daarbinnen weer tussen spraak en data.

Op de *dienstenmarkten* geldt volgens de NMa dat de diensten die door aanvragers aan de eindgebruiker worden aangeboden niet zullen worden beïnvloed, ongeacht de marktafbakening. De overeenkomst is op de dienstenmarkten daarom niet (merkbaar) mededingingsbeperkend.

Op de *netwerkmarkten* geldt volgens de NMa dat de positie van partijen op de huidige markt een belangrijke voorspellende waarde heeft, aangezien de huidige klantenbestanden cruciaal zouden zijn bij het verwerven van klanten voor nieuwe diensten. Bovendien is aannemelijk dat GSM- en UMTS-diensten gecombineerd zullen worden aangeboden. Vervolgens beoordeelt de NMa vijf potentiële markten: twee voor data en drie voor spraak.

- De *netwerkmarkt voor de doorgifte van UMTS-datadiensten* is de engst mogelijke data-markt. Het is een onzekere markt en het is volgens de NMa onwaarschijnlijk dat de kostenharmonisatie invloed zal hebben. Vooralsnog is er daarom geen (merkbare) beperking van de mededinging.
- Op een ruimere netwerkmarkt *voor de doorgifte van UMTS-, GPRS- en GSM-datadiensten* zijn de UMTS-datadiensten van geringe omvang. Vooralsnog is hier daarom evenmin een (merkbare) beperking van de mededinging.
- De *netwerkmarkt voor UMTS-spraakdiensten* is de engst mogelijke productmarkt voor spraak. Het is uiterst onwaarschijnlijk dat deze markt bestaat. Vanwege deze onwaarschijnlijkheid worden de gevolgen niet getoetst.
- Het bestaan van een *netwerkmarkt voor UMTS- en GPRS-spraakdiensten* is ook onwaarschijnlijk.
- Op de *netwerkmarkt voor UMTS-, GPRS- en GSM-spraakdiensten* is er naar alle waarschijnlijkheid geen

(merkbare) beperking van de mededinging omdat het aandeel van UMTS daar gering is, aldus de NMa.

Tenslotte gaat de NMa nog in op drie overige aspecten van het samenwerkingsverband. Ten aanzien van de mogelijk mededingingsbeperkende informatie-uitwisseling wordt gesteld dat door de betrokkenheid van een onafhankelijke en deskundige controleur er geen (merkbare) mededingingsbeperking is. Ten aanzien van het risico van uniforme netwerkuitleg is de 'eigen radioplanning' van belang. Ondanks dat naarmate meer antenne-opstelpunten worden gedeeld de uitleg van de netwerken meer op elkaar gaat lijken, is er door deze eigen planning toch geen (merkbare) mededingingsbeperking. Ten aanzien van de toegang voor derden tot de netwerken is er geen beïnvloeding door het samenwerkingsverband.

Achtergrond

In 2000 zijn de UMTS-frequenties in Nederland geveild. In de vergunningvoorwaarden en aanverwante documenten zijn de UMTS-vergunninghouders verplicht om een bepaalde landelijke dekking te realiseren op 1 januari 2007.¹ Volgens het aanvraagdocument voor de vergunning alsmede de antwoorden van de staatssecretaris op vragen hieromtrent dient iedere UMTS-vergunninghouder een eigen netwerk op te zetten, ten minste omvattend het core-netwerk.²

Door de hoge bedragen die op de veiling waren betaald en doordat de potentie van UMTS steeds meer in twijfel werd getrokken, zijn nadien in heel Europa de telecombedrijven in de problemen gekomen met hun plannen voor UMTS. UMTS-vergunninghouders hebben aangegeven daarom te willen gaan samenwerken bij de aanleg van de netwerken, om zo op de kosten te kunnen besparen. Hierop zijn door de Europese Commissie, de Britse toezichthouder en de Duitse toezichthouder nadere standpunten ingenomen over de geoorlooftheid van UMTS-netwerkdeling.³

Ook in Nederland is vervolgens een standpunt over UMTS-netwerkdeling gepubliceerd in de vorm van een gezamenlijke notitie van NMa, OPTA en de minister van V&W.⁴ Anders dan in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland is de mededingingsautoriteit een van de auteurs van het standpunt,⁵ en de Nederlandse notitie gaat dan ook separaat in op de toepassing van het mededingingsrecht op de verschillende vormen van UMTS-netwerkdeling.

1 Vgl. DGTP/V/00/00031, blz. 3.

2 DGTP/v/00/0007, blz. 5; DGTP/V/00/00029, blz. 4; DGTP/V/00/00035, blz. 3.

3 Mededeling Europese Commissie, 20 maart 2001, COM (2001) 141; Note for Information OFTEL and DTI, 1 mei 2001, www.oftel.gov.uk; Tesenpapier RegTP, 5 juni 2001, www.regtp.de.

4 NMa, OPTA, V&W, Gezamenlijke aanleg en gebruik van UMTS-netwerkonderdelen, 26 september 2001, Strct. 2001.

5 Dit hangt overigens samen met het feit dat in andere landen ook de sector-specifieke toezichthouder de mededingingsregels mag toepassen.

Blijkens de notitie ziet de NMa graag concurrentie tussen netwerken ontstaan in plaats van alleen maar concurrentie tussen diensten.⁶ In de uitwerking van dit standpunt stelt de NMa dat het core-netwerk het gedeelte van het netwerk is op grond waarvan concurrentie kan ontstaan, omdat hierin de eigenschappen van het netwerk vastliggen. Bovendien zit hierin de commercieel gevoelige informatie van de operators (databases en administratieve systemen). Volgens de NMa geldt daarom globaal dat hoe dichter de samenwerking zich afspeelt bij het core-netwerk, hoe eerder de samenwerking mededingingsrechtelijk problemen oplevert. De NMa stelt verder de samenwerkingsovereenkomsten per geval te zullen bekijken.

Het besluit van 11 oktober 2002 is interessant omdat dit het eerste besluit van de NMa over UMTS-netwerkdeling is. Hieronder zal eerst naar de marktafbakening en de rol van de marktaandelen in het besluit worden gekeken. Vervolgens zal het besluit worden vergeleken met de eerdere notitie van de NMa, zal de verhouding met de vergunningvoorwaarden aan de orde komen en zal een korte internationale vergelijking worden gemaakt.

Marktafbakening

Bij haar analyse van de samenwerking geeft de NMa aan dat de relevante productmarkten aangaande UMTS momenteel nog niet exact kunnen worden afgebakend.⁷ Gezien de onzekerheid over de toekomst van UMTS lijkt dit een logische conclusie.

Desalniettemin geeft de NMa een hele lijst van potentiële productmarkten in het besluit. De NMa analyseert de mededingingsrechtelijke gevolgen van de samenwerking op alle volgens haar denkbare markten. Dit leidt tot een analyse van twee mogelijke dienstenmarkten en vijf mogelijke netwerkmarkten.

Een punt dat hierbij opvalt is het volgende. Bij de afbakening van alle mogelijke relevante markten wordt in het geheel geen aandacht besteed aan de upstream-markten, waarop door de samenwerking mededingingsbeperkende gevolgen zouden kunnen ontstaan. Immers, Ben en Dutchtone kunnen door de samenwerking anders gaan handelen bij de inkoop van bijvoorbeeld onderdelen van de basisstations. Men zal minder apparatuur nodig hebben, alsmede op elkaar aansluitende apparatuur aanschaffen. De Europese en NMa-richtsnoeren inzake horizontale overeenkomsten noemen de gevolgen op de upstream-markten expliciet.⁸

Echter, ongeacht of de upstream-markten tot de potentiële relevante markten behoren, het uitgangspunt van de NMa is mijns inziens juist. Door de onzekere toekomst van UMTS is het helemaal niet mogelijk om nu al exact de relevante markten af te bakenen (en wellicht op grond daarvan een voor aanvragers negatieve beoordeling te geven).

Rol van marktaandelen

Afgezien van de onmogelijkheid om de markten exact af te bakenen, hecht de NMa ook geen grote waarde aan de marktaandelen van aanvragers. In het besluit noemt de NMa

weliswaar 'de gezamenlijke marktmacht van de aanvragers' als een criterium bij het analyseren van mededingingsbeperkende gevolgen,⁹ in haar daadwerkelijke analyse spelen de marktaandelen slechts een beperkte rol.

In de overwegingen van de NMa over de dienstenmarkten komen de marktaandelen niet terug. De redenering van de NMa is hier gebaseerd op de aard van de overeenkomsten, namelijk dat de overeengekomen samenwerking op een gedeelte van het netwerk het aanbod van diensten niet beïnvloedt.¹⁰

Op de netwerkmarkten spelen de marktaandelen eveneens een ondergeschikte rol. Op de engst mogelijke netwerkmarkt (de netwerkmarkt voor de doorgifte van UMTS-data-diensten) oordeelt de NMa dat het onwaarschijnlijk is dat de kostenharmonisatie invloed zal hebben op de mededinging aangezien het potentieel onderscheidend vermogen van het gedeelte stuk van het netwerk gering is.¹¹

De belangrijkste argumenten van de NMa om de samenwerking tussen aanvragers goed te keuren lijken dus op te gaan voor samenwerkingsverbanden ongeacht de gezamenlijke marktmacht. Het besluit zou dan niet alleen voor de relatief kleine partijen Ben en Dutchtone goed nieuws zijn, maar ook voor de overige UMTS-vergunninghouders.¹²

Vergelijking met notitie

In de aanvraag van Ben en Dutchtone wordt in de meest vergaande variant het grootste gedeelte van de basisstations, het radionetwerk en zelfs een deel van het core-netwerk (de operation and maintenance centres) gedeeld. Ten aanzien van het gedeelte van het core-netwerk worden wel maatregelen getroffen die waarborgen dat er een 'functionele scheiding' blijft, en tegen uitwisseling van commercieel gevoelige informatie worden maatregelen genomen.¹³ Deze meest vergaande variant valt volgens het besluit van de NMa buiten het toepassingsgebied van artikel 6 Mw, omdat deze niet leidt tot een beperking van de mededinging.

De eerdere notitie van de NMa over UMTS-netwerkdeling oordeelde veel negatiever over deze vorm van samenwerking. Ten aanzien van het gezamenlijk gebruik van basis-

6 Sommigen betwijfelen of bij UMTS werkelijk plaats is voor netwerkconcurrentie, vgl. N.A.N.M. van Eijck, *Delen van UMTS-netwerken*, Markt & Mededinging 2002, blz. 47.

7 Besluit, a.w., randnr. 69.

8 Richtsnoeren Commissie, 2201/C 3/02, randnrs. 119, 127; Richtsnoeren NMa, www.nmanet.nl, blz. 21.

9 Besluit, a.w., randnr. 63.

10 Besluit, a.w., randnr. 79.

11 Besluit, a.w., randnr. 86; het bestaan van een netwerkmarkt voor alleen UMTS-spraak acht de NMa sowieso onwaarschijnlijk, zie randnr. 95.

12 Men kan denken aan een eventuele uitbreiding van de huidige aangemelde samenwerking, de samenwerking van KPN en O2 of een eventuele toekomstige samenwerking van Vodafone.

13 Besluit, a.w., randnr. 37.

stations en antennes wordt opgemerkt dat dit kan leiden tot een beperking van de mededinging, maar dat wel ontheffing mogelijk is. Ten aanzien van gezamenlijk gebruik van het radionetwerk is de notitie terughoudender. Over het gezamenlijk gebruik van core-netwerken wordt tenslotte gesteld dat zelfs een ontheffing niet verleend lijkt te kunnen worden.¹⁴

In deze eerste zaak betreffende UMTS-netwerkdeling is de NMa dus minder restrictief geweest dan men op grond van de notitie zou verwachten.¹⁵ Deze meer toegeeflijke houding is niet alleen goed nieuws voor de aanvragers Ben en Dutchone, die de meest vergaande samenwerkingsvariant mogen implementeren, maar lijkt wederom ook voor alle UMTS-vergunninghouders van belang.

Verhouding tot vergunningvoorwaarden

Aan het oordeel van de NMa dat de samenwerking buiten artikel 6 Mw valt, is geen specifieke termijn verbonden. Ten aanzien van het ontbreken van mededingingsbeperkende gevolgen op de dienstenmarkten wordt in het geheel geen beperking in de tijd gegeven. Ten aanzien van het ontbreken van deze gevolgen op de netwerkmarkten wordt gesteld dat deze 'vooral nog' niet optreden.

Aangezien het besluit van de NMa niet voor een bepaalde termijn is gegeven, kan het besluit vanaf 1 januari 2007 gaan samenlopen met de verplichtingen uit de vergunningvoorwaarden. De vergunningvoorwaarden verplichten alle UMTS-vergunninghouders om op die datum een eigen netwerk te hebben. Dit zou afspraken over het delen van het core-netwerk uitsluiten.¹⁶

Als men in strijd met de verplichtingen handelt, kan uiteindelijk intrekking van de vergunning volgen op grond van artikel 3.7 Telecommunicatiewet. Dit artikel geeft onder meer de mogelijkheid van intrekking wanneer vergunningvoorwaarden niet worden nageleefd of 'de instandhouding van de vergunning de daadwerkelijke mededinging op de relevante markten in aanzienlijke mate zou beperken'.

Evenwel, in het besluit van de NMa is ten aanzien van het delen van bepaalde gedeeltes van het netwerk bepaald dat dit niet mededingingsbeperkend is. Het lijkt daarom moeilijk verdedigbaar dat in geval van samenloop de intrekkinggrond van artikel 3.7 Telecommunicatiewet inzake de beperking van de mededinging nog kan worden toegepast.¹⁷ Ook in dit opzicht kan het besluit dus nog gunstig uitwerken voor aanvragers en andere UMTS-vergunninghouders.

Internationale vergelijking

Het besluit van de NMa is bepaald toegeeflijk als men het vergelijkt met de eerste signalen uit het buitenland. Bij de Europese Commissie zijn inmiddels twee UMTS-samenwerkingsovereenkomsten aangemeld tussen dochterondernemingen van T-mobile en mm02 in respectievelijk het Verenigd Koninkrijk en Duitsland.¹⁸ Beide procedures lopen nog.

De gemelde overeenkomsten inzake het Verenigd Koninkrijk en Duitsland gaan veel minder ver dan de bij de NMa aangemelde overeenkomsten. Beide overeenkomsten

zien op het delen van antennes en op roaming, terwijl in Duitsland bovendien de basisstations en een gedeelte van het radiotransmissienetwerk worden gedeeld. De overeenkomsten sluiten het delen van het core-netwerk uit.

De Britse toezichthouder OFTEL heeft aan de Commissie inmiddels een negatieve reactie omtrent de overeenkomsten gegeven.¹⁹ OFTEL vindt dat de aangemelde samenwerking merkbare mededingingsbeperkende gevolgen heeft voor de concurrentie tussen netwerken, alsmede stilwijgende collusie faciliteert. Bovendien ziet OFTEL bij het beoordelen van de ontheffingsgronden een probleem in het feit dat kostenbesparingen niet automatisch aan de gebruikers ten goede komen.

OFTEL stelt dat er, in plaats van een negatieve verklaring, slechts een in de tijd en in omvang zeer beperkte ontheffing mag worden gegeven waarbij bovendien voorwaarden over rapportage worden opgelegd.

Conclusie

Het besluit van de NMa kan worden aangemerkt als gunstig voor de Nederlandse UMTS-vergunninghouders wanneer zij gedeeltes van hun netwerken willen delen. De NMa kent slechts een beperkte rol toe aan de marktaandeel van partijen, hetgeen van belang is in een markt met vijf partijen. De NMa lijkt in het besluit ook een toegeeflijker houding te tonen vergeleken met haar eerdere notitie en de huidige situatie in het buitenland. Bovendien lijkt het besluit de kans op intrekking van de vergunning na 1 januari 2007 op basis van de vergunningvoorwaarden te verkleinen.

¹⁴ Notitie, a.w., blz 13.

¹⁵ Door een negatieve verklaring te geven in plaats van een ontheffing geeft de NMa kennelijk uitvoering aan hetgeen weergegeven in de Commissie Richtsnoeren, a.w. randnr 24.

¹⁶ Hoewel sommigen verdedigen dat dit niet een fysiek netwerk behoeft te zijn, maar ook een 'logisch' netwerk kan zijn, vgl. C.C. Meijer, R.J. Kolthek en E.H.K.J. Koek, Facility sharing UMTS verboden?, Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, blz. 78-81.

¹⁷ Vgl. N.A.N.M. van Eijck, a.w., blz. 45.

¹⁸ Vgl. Bekendmaking inzake T-Mobile Deutschland/VIAG Interkom, zaaknr. COMP/C1/N.38.369, Pb EG C 189/22, en bekendmaking inzake BT Cellnet & BT3G/One2One, zaaknr. COMP/C1/N.38.370, Pb EG C 214/17.

¹⁹ OFTEL Response d.d. 10 oktober 2002, www.oftel.gov.uk; de Duitse regulator heeft, voorzover mij bekend, niet gereageerd.