II

(Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 8 juli 1998

waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst

(Zaak nr. IV/M.1069 — WorldCom/MCI)

(Kennisgeving geschied onder nummer C(1998) 1887)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(1999/287/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name op artikel 57, lid 2, onder a),

Gelet op Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [1], laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97 [2], en met name op artikel 8, lid 2,

Gezien het besluit van de Commissie van 3 maart 1998 om in de onderhavige zaak de procedure in te leiden,

Gezien het advies van het Adviescomité voor concentraties [3],

Overwegende hetgeen volgt:

(1) Op 20 november 1997 hebben WorldCom, Inc., hierna „WorldCom" genoemd, en MCI Communications Corporation, hierna „MCI" genoemd, gezamenlijk het voornemen aangemeld om te fuseren in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van Verordening (EEG) nr. 4064/89, hierna „de concentratieverordening" genoemd. Aangezien de betrokken overeenkomst vóór 1 maart 1998 was gesloten, is de concentratieverordening toegepast in de versie die voorafging aan de bij Verordening (EG) nr. 1310/97 vastgestelde wijzigingen.

(2) Op 18 december 1997 deelde de Commissie de partijen mee dat de aanmelding diende te worden aangevuld met nadere gegevens en dat de termijnen in afwachting van de ontvangst daarvan zouden worden opgeschort. Op 3 februari 1998 hebben de partijen hierop geantwoord en werd de aanmelding volledig verklaard.

(3) Bij beschikkingen van 11 december 1997 en 24 februari 1998 heeft de Commissie op grond van artikel 7, lid 2, en artikel 18, lid 2, van de concentratieverordening de schorsing van de totstandbrenging van de aangemelde concentratie verlengd totdat zij een definitieve beschikking dienaangaande zou hebben gegeven.

---

[1] PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1. Verordening gerectificeerd in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13.
[2] PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1.
[3] PB C 122 van 4.5.1999.

(4) Op 3 maart 1998 kwam de Commissie na een onderzoek van de aanmelding tot de conclusie dat de transactie binnen het toepassingsgebied van de concentratieverordening viel en aanleiding gaf tot ernstige twijfel over de verenigbaarheid daarvan met de gemeenschappelijke markt. Zij besloot derhalve om overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder c), van de concentratieverordening de procedure in te leiden.

I. DE PARTIJEN

(5) WorldCom en MCI zijn beursgenoteerde telecommunicatiebedrijven uit de Verenigde Staten. WorldCom biedt zakelijke en particuliere klanten onder meer geschakelde en speciale spraak- en datacommunicatiediensten aan, zowel internationaal als interregionaal en lokaal (waaronder Internetdiensten, die voornamelijk worden aangeboden via haar dochterondernemingen UUNet, ANS, CNS en GridNet), alsmede diensten als gratis telefoonnummers („800-diensten"), telefoon- en debetkaarten. WorldCom heeft een aantal dochterondernemingen in diverse Europese landen en legt in een aantal Europese hoofdsteden glasvezelverbindingen aan. MCI biedt zakelijke en particuliere klanten een assortiment geïntegreerde diensten aan, zoals langeafstandscommunicatie, draadloze communicatie, lokale semafonie, berichtendiensten, informatiediensten, outsourcing en geavanceerde wereldwijde communicatie, waaronder Internet.

II. DE TRANSACTIE

(6) Op grond van een overeenkomst van 9 november 1997 tussen WorldCom en MCI, hierna „de fusieovereenkomst" genoemd, zal MCI fuseren met TC Investments Corp., Delaware, een rechtstreekse volle dochteronderneming van WorldCom. Elk gewoon aandeel MCI zal worden omgezet in een recht op ontvangst van een bepaald aantal gewone WorldCom-aandelen, terwijl elk gewoon klasse A-aandeel van MCI dat in handen is van British Telecom plc, hierna „BT" genoemd, zal worden omgezet in een recht op een overeen te komen bedrag in USD. TC Investments Corp. zal worden voortgezet onder de naam „MCI Communications Corporation" en de naam WorldCom zal worden veranderd in „MCI WorldCom".

(7) MCI zal haar stemrecht in de gemeenschappelijke onderneming met BT, Concert, verliezen (met inbegrip van haar stemrecht als aandeelhouder) zodra de fusie tussen WorldCom en MCI ten uitvoer is gelegd. MCI zal bovendien al haar belangen in Concert binnen een periode van maximaal 127 dagen afstoten. Haar relatie met Concert zal vanaf dat moment beperkt blijven tot een niet-exclusieve distributieovereenkomst.

III. DE CONCENTRATIE

(8) De in overweging 6 beschreven transactie is een fusie, en daarmee een concentratie, in de zin van artikel 3, lid 1, onder a) van de concentratieverordening.

IV. COMMUNAUTAIRE DIMENSIE

(9) Na aanpassingen om rekening te houden met de omzet die kan worden toegerekend aan ondernemingen die zijn verworven of vervreemd sinds de laatste gecontroleerde jaarrekeningen van beide ondernemingen, bedraagt de wereldomzet van WorldCom voor 1996 ruim 4 miljard ECU en die van MCI voor dezelfde periode ruim 14 miljard ECU.

(10) Voor het bepalen van de omzet in de Gemeenschap moet de omzet op geografische basis worden toegerekend. Er zijn diverse methoden om de omzet toe te rekenen die telefoonbedrijven met diensten behalen, welke opbrengsten genereren buiten het land waar zij gevestigd zijn. Volgens alle voorgestelde varianten komen WorldCom en MCI elk uit op een totale omzet in de Gemeenschap van meer dan 250 miljoen ECU. Beide ondernemingen behalen niet meer dan twee derde van hun omzet binnen de Gemeenschap in eenzelfde lidstaat. De concentratie heeft derhalve een communautaire dimensie in de zin van artikel 1 van de concentratieverordening.

V. SAMENWERKING MET ANDERE MEDEDINGINGSAUTORITEITEN

(11) Het concentratievoornemen Worldcom/MCI is onder meer ter kennis gebracht van de antitrustafdeling van het ministerie van Justitie van de Verenigde Staten (Department of Justice, hierna „DoJ" genoemd). De partijen hebben de nodige verklaringen van afstand van recht getekend om het DoJ en de Commissie in staat te stellen de door de partijen aan de beide instanties verstrekte informatie uit te wisselen. Veel ondernemingen die op parallelle vragenlijsten van de DoJ en de Commissie hadden gereageerd, waren bereid de beide instanties toestemming te geven

voor de uitwisseling van inlichtingen, of dienden dezelfde antwoorden in.

(12) In de loop van het onderzoek en de analyse van het concentratievoornemen hebben de beide instanties in aanzienlijke mate samengewerkt, onder meer door uitwisseling van hun voorlopige oordeel over het analytische raamwerk, gecoördineerde verzoeken om informatie, de aanwezigheid van waarnemers van het DoJ bij de hoorzitting, en gezamenlijke bijeenkomsten en onderhandelingen met de aanmeldende partijen.

VI. VERENIGBAARHEID MET DE GEMEENSCHAPPELIJKE MARKT

A. TELECOMMUNICATIEDIENSTEN TEN BEHOEVE VAN ANDERE TELECOMMUNICATIEBEDRIJVEN („CARRIER SERVICES") EN INTERNETDIENSTEN

(13) De partijen zijn van mening dat de relevante productmarkt voor de beoordeling van deze zaak gebaseerd dient te zijn op die, welke gekozen is voor eerdere aanmeldingen op het gebied van telecommunicatie, waaronder BT/MCI (I) ([4]), Atlas ([5]), Phoenix/Global One ([6]), Uniworld ([7]) en Unisource ([8]). De partijen stellen dat bij deze marktdefinitie zich slechts op drie relevante productmarkten overlappingen voordoen: bedrijfstelecommunicatiediensten (hiertoe behoren spraak- en datapakketten, waarbij gebruik wordt gemaakt van bijvoorbeeld X.25-, „frame relay"- en Internetprotocollen, mondiale VPN-diensten (bedrijfsnetwerken), gratis telefoonnummers, diensten voor bepaalde kaarten, gewone doorverkoopdiensten en op maat gesneden transmissiediensten), diensten ten behoeve van reizigers (waaronder telefoonkaarten, vooruitbetaalde diensten en diensten met toegevoegde waarde) en diensten ten behoeve van andere telecommunicatiebedrijven („carrier services").

(14) Uit de door de partijen verstrekte gegevens blijkt dat de gecombineerde marktaandelen van de partijen voor reizigersdiensten en diensten op het gebied van bedrijfscommunicatie niet meer dan een paar procentpunten zouden toenemen, ongeacht de afbakening van de geografische markt. Navraag bij derden bevestigde de indruk dat de eventuele overlappingen die zich op deze beide markten zouden voordoen, uit een oogpunt van mededinging als geen aanleiding tot bedenkingen gevend dienden te worden beschouwd.

([4]) Zaak nr. IV/34.857 (PB L 223 van 27.8.1994, blz. 36).
([5]) Zaak nr. IV/35.337 (PB L 239 van 19.9.1996, blz. 23).
([6]) Zaak nr. IV/35.617 (PB L 239 van 19.9.1996, blz. 57).
([7]) Zaak nr. IV/35.738 (PB L 318 van 20.11.1997, blz. 24).
([8]) Zaak nr. IV/35.830 (PB L 318 van 20.11.1997, blz. 1).

1. *Diensten ten behoeve van andere telecommunicatiebedrijven („carrier services")*

(15) In de Unisource-beschikking werd vastgesteld dat de markt voor telecommunicatiediensten ten behoeve van andere telecommunicatiebedrijven mede omvatte het verhuren van transmissiecapaciteit en het leveren van daarmee verband houdende diensten aan derde bedrijven die telecommunicatieverbindingen en -diensten aanbieden. De meest relevante diensten zijn in dit verband geschakelde doorvoer, speciale („dedicated") doorvoer, het aanbieden van knooppunten voor verbindingen („traffic hubbing"), en doorverkoopdiensten voor dienstverrichters die niet over eigen internationale telecommunicatiefaciliteiten beschikken. Aangezien het gecombineerde marktaandeel van de partijen echter niet groot genoeg zou zijn om aanleiding te geven tot bedenkingen uit mededingingsoogpunt (zoals in het navolgende nader wordt uiteengezet), kan het punt van de nauwgezette afbakening van de markt in het midden worden gelaten.

2. *Met Internet verband houdende diensten*

(16) Een aanzienlijk aantal van de derden die op de initiële vragen van de Commissie reageerden, pleitte voor de afbakening van een afzonderlijke markt, of reeks markten, voor de met Internet verband houdende diensten, welke zouden kunnen worden onderscheiden van die voor meer algemene datacommunicatiediensten. De vergaarde bewijsstukken ondersteunden grotendeels de zienswijze dat het Internet als geheel niet één markt vormt, maar een reeks markten. Alvorens in te gaan op punten van marktafbakening, dient over de werking van Internet enige uitleg te worden gegeven.

i) **Internet**

(17) Het „Internet" ontwikkelde zich in de Verenigde Staten aanvankelijk als een wijze om discrete lokale computernetwerken, zoals die van academische of publieke onderzoekinstellingen, met elkaar te verbinden. De verbindingsstructuur, waarvoor gebruik werd gemaakt van telefoonkabelnetten, werd ontwikkeld met steun van de regering van de Verenigde Staten, en met name van de Amerikaanse National Science Foundation, hierna „NSF" genoemd. Met deze verbinding werd beoogd de diverse netwerken, of, wellicht nauwkeuriger, de afzonderlijke terminals of „hosts" binnen elk netwerk, in staat te stellen on met elkaar te communiceren. (De term „netwerk" zegt niets over de omvang van het systeem en kan zowel voor kleine lokale systemen in één kantoorgebouw met enkele tientallen terminals van eindgebruikers als voor een uitgebreid systeem van internationale of mondiale aansluitingen met duizenden abonnees worden gebruikt.)

(18) Netwerken kunnen worden gebruikt volgens verschillende standaarden. Het verzenden en ontvangen van gegevens in een begrijpelijke vorm tussen de netwerken die tezamen Internet vormen, is slechts mogelijk omdat alle gegevens volgens een reeks gemeenschappelijke protocollen worden uitgewisseld, waarvan het TCP/IP-protocol (transfer control-protocol/Internet-protocol) het belangrijkste is. Binnen een bepaald netwerk kunnen de gegevens uiteraard volgens een lokaal protocol worden verzonden, maar alle Internetcommunicatie met externe netwerken dient in TCP/IP-vorm te verlopen.

(19) Het verkeer dat aldus ontstaat, bestaat uit in een reeks discrete datapakketten opgesplitste elektronische berichten, waarbij elk pakket afzonderlijk door het systeem wordt gezonden. Elk datapakket bevat routeringsinformatie, waaruit de schakelapparatuur kan aflezen waarheen het pakket moet worden gezonden. De pakketten worden bij aankomst op de beoogde bestemming weer samengevoegd, dat wil zeggen in een computerterminal elders op Internet, zodat de boodschap door de gebruiker kan worden gelezen. Deze pakketten kunnen zich rechtstreeks van het oorspronkelijke netwerk naar dat van bestemming bewegen wanneer er een directe verbinding tussen de beide netwerken is, of via tussenliggende netwerken indien dit niet het geval is. De specifieke schakelapparatuur („routers") die de pakketten passeren, zijn in staat het adres op het pakket te herkennen en het naar het volgende schakelpunt op zijn reis te leiden.

(20) De via Internet verzonden gegevens kunnen verschillende vormen hebben; er kan bijvoorbeeld sprake zijn van elektronische post (e-mailberichten tussen twee eindgebruikers van het Internet) of van de verzending van een bestand (de overdracht van gegevensbestanden tussen twee eindgebruikers of van een openbaar toegankelijke „site" naar een eindgebruiker). Een recentere ontwikkeling dan Internet zelf is de ontwikkeling van het World Wide Web. Dit is een overeengekomen vorm („Hyper-Text Markup Language" of „HTML") voor het weergeven en tot stand brengen van „links" (verbindingen) tussen gegevens op Internet. „Web sites" zijn adresruimten op Internet waarvoor reclame wordt gemaakt en die gegevens in HTML-vorm weergeven die toegankelijk zijn voor andere gebruikers. Deze websites geven informatie of stellen gebruikers in staat diensten te kopen of met andere bezoekers van dezelfde site te communiceren. Er worden voortdurend nieuwe mogelijkheden ontwikkeld om Internet te gebruiken en thans zijn de inspanningen erop gericht om met gebruikmaking van het Internetprotocol spraak- en faxtelefonie mogelijk te maken.

(21) De verbindingen binnen en tussen netwerken bestaan doorgaans uit conventionele telecommunicatiekabels of uit glasvezelkabels. De onderliggende fysieke structuur van de meeste Internetnetwerken bestaat in wezen uit dezelfde netwerken als die welke voor conventionele geschakelde spraaktelefonie gebruikt worden, omdat het verkeer over dezelfde kabels kan lopen. Datapaketten worden op Internet evenwel doorgaans niet via openbaar geschakelde circuits verzonden, maar via particuliere huurlijnen of middels snelle pakketgeschakelde diensten via „virtuele netwerken", die door telefonie-exploitanten worden aangeboden, zoals „frame relay", X.25 of ATM (Asynchronous Transfer Mode). De interconnectiepunten vergen speciale schakel- en routeringsapparatuur (routers) om Internetpakketten te herkennen en deze naar het juiste pad voor het volgende intersectiepunt te verwijzen. Internetberichten kunnen ook over het traditionele openbaar geschakelde telefoonnet (PSTN) worden geleid, via modems die op de toegangs- en uitgangspunten van het PSTN zijn geplaatst. Het feit dat voor de duur van de verbinding een geschakeld telefooncircuit moet worden opengehouden, neemt echter veel van de economische voordelen weg die met het gebruik van pakketgeschakelde datatransmissie zijn verbonden. Met de toename van het Internetverkeer en van de vraag naar capaciteit, heeft de bedrijfstak de neiging steeds minder gebruik te maken van de faciliteiten die oorspronkelijk voor spraaktelefonie zijn geïnstalleerd. Nieuwere netwerken, en verbetering van bestaande netwerken, moeten steeds meer met specifieke, met het Internetgebruik in gedachten ontworpen kabelfaciliteiten van grote capaciteit worden aangevuld.

(22) Oorspronkelijk had Internet een duidelijke hiërarchische structuur, met lokale netwerken, zoals interne universiteitsnetwerken, die op regionale netwerken waren aangesloten, welke op hun beurt weer op de transmissiecapaciteit voor de lange afstand (het „ruggengraatnet" of „backbone link") van de NSF waren aangesloten. Het gegevensverkeer verliep op een wijze die vergelijkbaar is met het conventionele geschakelde spraaktelefonieverkeer. Het verkeer dat zijn oorsprong had op afzonderlijke lokale netwerken en op dat netwerk niet zijn bestemming kon bereiken, werd doorgezonden aan het regionale netwerk, en indien het niet daar of op een ander aangesloten lokaal netwerk kon worden geleverd, werd het aan het ruggengraatnet doorgegeven. Zodra het verkeer het relevante aansluitpunt op het ruggengraatnet had bereikt, begon het zijn reis naar het lagere niveau van de regionale en lokale netwerken tot aan de uiteindelijke ontvanger.

ii) **Commerciële exploitatie van het Internet**

(23) Toen de NSF medio jaren negentig met haar steunverlening aan het Internet was gestopt, namen particuliere ondernemingen de rol over

van het leveren van de onderliggende langeafstandsverbindingen die het Internet mogelijk hadden gemaakt. Sommige oorspronkelijke regionale netwerken zetten hun exploitatie op commerciële leest voort en werden „Internet Service Providers" („ISP's", dit wil zeggen Internetdienstverrichters). Dit hield in dat zij begonnen aan betalende abonnees toegangsdiensten voor Internet aan te bieden. Ook andere commerciële bedrijven traden als ISP tot deze markt toe en brachten nieuwe bedrijvigheid en binnenlandse abonnees mee. Met elke nieuwe aansluiting werd het Internet weer wat groter. Sinds de NSF zich heeft teruggetrokken, kan het Internet niet langer als een hiërarchie van onderling door één enkel ruggengraatnetwerk verbonden netwerken worden beschouwd, maar is het feitelijk een aantal netwerken die op verschillende ruggengraatnetwerken zijn aangesloten, welke laatste onderling moeten zijn verbonden, willen de afhankelijke netwerken (of ISP's) elkaar verkeer kunnen blijven toezenden.

(24) De interconnectie tussen ruggengraatnetwerken gebeurde aanvankelijk bij de nationale aansluitpunten (NAP's), die openbare interconnectiepunten waren welke oorspronkelijk door de NSF waren aangewezen. Een NAP bestaat uit een gebouw of ruimte in een gebouw, waarin schakel- en routeringsapparatuur is geplaatst waarop exploitanten hun netwerken kunnen aansluiten en hierdoor interconnectie tot stand kunnen brengen met andere netwerken die ook bij het NAP aanwezig zijn. De fysieke aansluiting van het netwerk op het NAP bestaat meestal uit een kabelverbinding („backhaul") tussen het NAP en het dichtstbijzijnde geschikte knooppunt van het betrokken netwerk. Deze oorspronkelijke NAP's werden spoedig aangevuld met andere interconnectiepunten die op initiatief van exploitanten van ruggengraatnetwerken tot stand werden gebracht. Deze tweede generatie van interconnectiepunten vormde technisch gezien geen NAP's in de strikte zin van het woord, en wordt aangeduid met een verscheidenheid van acroniemen, zoals MAE-East of MAE-West (MAE betekent „Metropolitan Area Exchange") of CIX („Commercial Internet Exchange"), maar heeft in wezen dezelfde functie als een NAP. Met het toenemende bereik van het Internet zijn ook interconnectiepunten buiten de VSA tot stand gebracht. De overgrote meerderheid van de bestaande openbare interconnectiepunten biedt een faciliteit waar ISP's bilaterale interconnectie met andere gebruikers tot stand kunnen brengen, maar die geen verplichting tot interconnectie met enige specifieke ISP op het NAP inhoudt.

(25) Thans is de uiteindelijke consument (of eindgebruiker) van Internetdiensten een individuele computergebruiker, zakelijk of privé, of een lokaal netwerk, zoals het interne netwerk van een grote commerciële organisatie of van een universitaire of openbare instelling. Ongeacht de configuratie van het systeem van de eindgebruiker wordt toegang tot Internet meestal verkregen door zich op de toegangsdiensten van een ISP te abonneren.

(26) Hiervoor is een fysieke verbinding nodig tussen een toegangspunt, of een knooppunt, van het netwerk van de ISP en de terminals of het aansluitpunt van het netwerk van de eindgebruiker. Deze aansluiting behoort doorgaans niet tot de diensten die de ISP biedt. De verbinding verloopt meestal via het openbaar geschakelde telefoonnetwerk (ook wel „dial-up access" of „kiesaansluiting" genoemd) en wordt op het gewenste moment tot stand gebracht, maar kan ook, in het geval van grotere gebruikers die meer continue toegang wensen, permanent via een privé-lijn (of het virtuele equivalent daarvan) verlopen („dedicated access" of „toegang op maat"). Voor het gebruik van het openbaar geschakelde telefoonnet zijn aan elk uiteinde van het lijngedeelte dat via het geschakelde netwerk verloopt, modems nodig. Een privé-lijn voor toegang op maat kan door de ISP of de abonnee zelf worden geboden, maar kan ook van een lokale telefoonmaatschappij of van elke derde met de benodigde geïnstalleerde vezelcapaciteit worden gehuurd.

(27) De toegangspunten tot de ISP worden, ongeacht of het modemaansluitingen of aansluitingen op maat betreft, POP's genoemd („points of presence" of aanwezigheidspunten). Bij kiesaansluitingen bestaan de POP's meestal uit een telefoonnummer op een PSTN-centrale. De ISP's bieden hun abonnee vaak kiesaansluitingen aan met de mogelijkheid zich tegen lokale tarieven met de POP in verbinding te stellen. De ISP's zullen daarom doorgaans in alle lokale centrales langs welke diensten worden aangeboden, over POP's beschikken; ook is het denkbaar dat zij gratis verbindingen of langeafstandsverbindingen tegen lokale tarieven bieden (deze laatste worden ook wel „virtuele POP's" genoemd). Bij toegang op maat is de POP eenvoudig het punt waar de abonnee een kabel moet aansluiten om zich toegang tot het netwerk van zijn ISP te verschaffen.

(28) De voornaamste functie van de ISP is het aanbieden aan zijn klanten van toegang tot Internet in algemene zin („Internetconnectiviteit"). De ISP moet derhalve het van de klant afkomstige of voor de klant bestemde verkeer verwerken. Het verkeer dat de klant naar zijn ISP zendt,

kan zijn bestemming bereiken op hetzelfde netwerk (zogenoemd „intern verkeer"), of worden doorgegeven aan een ander netwerk („extern verkeer"). Bij de meeste netwerken wordt verreweg het meeste verkeer aan een ander netwerk doorgegeven om zijn bestemming te kunnen bereiken. Indien het netwerk van herkomst een rechtstreekse verbinding heeft met het netwerk waar de beoogde ontvanger zich bevindt, kan het verkeer rechtstreeks tussen de beide netwerken worden uitgewisseld. Indien deze netwerken evenwel geen interconnectie hebben, moet een andere methode worden gevonden om het verkeer door een of meer tussenliggende netwerken te leiden om het gewenste netwerk te kunnen bereiken. Het verkeer dat op deze manier tussenliggende netwerken passeert, wordt „transitverkeer" genoemd. Elk volgend netwerk waarover het verkeer loopt, levert risico van verdere vertraging op en van verlies van pakketten door congestie. Het levert bijgevolg voordelen op om het aantal „hops" (trajecten) dat berichten moeten doorlopen, te beperken.

(29) De partijen betogen dat het aantal trajecten dat een bericht moet doorlopen, geen verband houdt met het aantal netwerken waardoorheen het wordt geleid, maar afhankelijk is van de architectuur van de betrokken netwerken. Een bericht dat binnen één netwerk reist, passeert wellicht meer trajecten dan een bericht dat door een aantal opeenvolgende netwerken wordt gerouteerd. Waar het echter om gaat, is dat een ISP invloed heeft op het aantal interne trajecten binnen zijn eigen netwerk door een optimaal ontwerp van de netwerkarchitectuur, maar niet op het aantal trajecten in de externe netwerken waarvan hij gebruik moet maken. Een netwerk dat aan concurrentievermogen inboet door een overmatig aantal interne koppelingen of door capaciteitsgebrek, is in staat daaraan iets te doen. Een netwerk dat voor Internetconnectiviteit van andere netwerken afhankelijk is en transit moet kopen, is veel minder in staat om dit probleem het hoofd te bieden.

iii) **Interconnectie**

(30) In fysiek opzicht zijn de mogelijkheden tot interconnectie voor elk netwerk betrekkelijk beperkt. Twee ISP's kunnen overeenkomen dat zij onderling een rechtstreekse interconnectie tot stand brengen, of een groep ISP's kan multilaterale interconnectie op een gemeenschappelijk punt afspreken. Multilaterale interconnectie is een aantal malen geprobeerd (met name bij de „Commercial Internet Exchange" (CIX)), maar dit model heeft geen algemene navolging gekregen.

(31) Algemeen gesteld zijn er vier verschillende wijzen waarop ISP's kunnen overeenkomen de kosten en risico's van interconnectie toe te delen. Zij kunnen overeenkomen de transmissie van verkeer via het aansluitpunt („interface") beperkt of onbeperkt te doen verlopen. Voor elk van beide mogelijkheden kan gekozen worden voor het al dan niet aanrekenen van een vergoeding voor de uitwisseling van verkeer. In de praktijk wordt bij interconnectie voor het overgrote deel gebruikgemaakt van een van beide volgende modellen: er wordt een „peering"-overeenkomst gesloten, waarbij geen betaling geschiedt, maar waarbij voor het soort verkeer dat kan worden uitgewisseld, beperkingen gelden, of er wordt een transitovereenkomst gesloten, waarbij voor het soort verkeer dat kan worden uitgewisseld, geen beperkingen gelden maar waarbij wél betalingen geschieden.

a) *„Peering"*

(32) De precieze voorwaarden van elke „peering"-overeenkomst zijn hoofdzakelijk een door beide betrokken partijen overeen te komen aangelegenheid, maar het is bij „peering"-regelingen gebruikelijk dat netwerkexploitant A (ISP A) van netwerkexploitant B (ISP B) al het verkeer aanvaardt dat van de klanten van B afkomstig is en bestemd is voor een punt op het netwerk van A. Als tegenprestatie aanvaardt B al het verkeer van de klanten van A dat voor het netwerk van B bestemd is. Elk der partijen neemt hierbij de „backhaul"-kosten voor eigen rekening, dat wil zeggen, de kosten van de verbinding van het dichtstbijzijnde knooppunt op zijn netwerk naar het punt van interconnectie met de andere ISP, en de kosten die met de interconnectie zelf verbonden zijn.

(33) Deze „peering"-regelingen worden meestal getroffen op een „bill and keep"-basis, waarbij de ene partij de andere voor het verkeer dat het interconnectiepunt passeert, geen kosten in rekening brengt. Om te voorkomen dat de regeling wordt misbruikt, is de „peering"-regeling vaak in die zin beperkt, dat geen van de partijen verkeer doorgeeft dat bestemd is voor of afkomstig is van een derde ISP (transitverkeer). Indien A derhalve een „peering"-regeling heeft met B, maar niet met C, en B een „peering"-regeling met C heeft, kan A zijn regeling met B niet gebruiken om B ertoe te bewegen zijn verkeer

aan C door te geven. Evenmin is A verplicht om van B enig verkeer te aanvaarden dat voor A bestemd is, maar waarvan bekend is dat het van C afkomstig is.

(34) Tot voor kort gebeurde de meeste „peering" op de NAP's of op vergelijkbare openbare interconnectiepunten. De precieze regels betreffende de vorm van interconnectie verschillen per NAP. In de meeste gevallen (waarop CIX een belangrijke uitzondering is) rusten er geen automatische rechten of verplichtingen op gebruikers van het NAP om interconnectie met enige andere gebruiker te aanvaarden. Bij de meeste NAP's moet elke gebruiker derhalve een afzonderlijke bilaterale „peering"-overeenkomst sluiten met elke andere gebruiker van het NAP waarmee hij verkeer wil uitwisselen. Doorgaans moet elke ISP die ruggengraatdiensten wil bieden, de beschikking hebben over interconnectie met andere aanbieders van ruggengraatdiensten op meer dan één en doorgaans op verscheidene NAP's. De behoefte aan verbindingen op verscheidene NAP's is acuter geworden, nu het verkeer hogere eisen stelt aan elke afzonderlijke NAP en congestie en vertragingen bij NAP's eerder regel dan uitzondering zijn.

(35) Vooral om deze problemen te vermijden, zijn grotere partijen in de sector begonnen particuliere interconnectiepunten tot stand te brengen (ook wel „private" of „direct peering" genoemd) voor rechtstreekse bilaterale aansluitingen met slechts één andere ISP. Met deze regeling worden sommige van de problemen vermeden die verbonden zijn met de aanwezigheid van verscheidene ISP's bij de NAP, maar de regeling kan ook ertoe leiden dat er een aparte klasse van ISP's ontstaat die onafhankelijk van de NAP's is en onder enigszins andere omstandigheden functioneert dan haar aan het NAP gebonden concurrenten.

(36) Bij elke „peering"-overeenkomst is het waarschijnlijk, vooral gelet op het groeiende Internetgebruik, dat ten minste één van beide partijen voortdurende capaciteitsuitbreiding en technische verbeteringen wenst als prijs voor de handhaving van de regeling. De duurzaamheid van de regeling kan in belangrijke mate afhangen van de bereidheid van elke partij om aan de verlangens van de ander tegemoet te komen ten aanzien van de wijze waarop de verbinding moet worden beheerd, alsmede van haar bereidheid om bijvoorbeeld de kosten van wederzijdse capaciteitsuitbreidingen of technische verbeteringen te delen. Het komt ook steeds vaker voor dat de grootste of technisch verder geavanceerde van de twee netwerken aan de kwaliteit van het netwerk, de verkeersstroom en de technische ondersteuning van het andere netwerk bepaalde minimale eisen stelt voordat „peering" zelfs maar overwogen wordt. Sommige grotere ISP's hebben hun „peering"-beleid openbaar gemaakt met als ogenschijnlijk doel hun voorwaarden voor „peering" doorzichtig te maken, hoewel de uiteindelijke beslissing van elke ISP om een „peering"-overeenkomst met een andere ISP aan te gaan een commerciële is, en het „peering"-beleid slechts een aanwijzing vormt voor hetgeen zij al dan niet bereid zijn te aanvaarden.

(37) In de Internetcultuur is „peering" altijd als een kostendelingsregeling zonder wederzijdse betalingen beschouwd, en de regels van vele NAP's zouden formele „betaalde" „peering"-regelingen verbieden. Overeenkomstig deze algemene benadering sluiten ISP's ofwel een „peering"-overeenkomst zonder betaling, ofwel een „klant/aanbieder"- of transitovereenkomst. Bij een min of meer gelijke onderhandelingsmacht tussen netwerken is er aan beide zijden weinig aanleiding om voor een „peering"-interconnectie een vergoeding aan te bieden of te vragen. Het onderscheid tussen beide overeenkomsten lijkt echter aan geldigheid in te boeten, omdat de grootste netwerken begonnen zijn met het aanbieden van „betaalde" „peering" aan ISP's waaraan zij „peering" zonder betaling als alternatief voor transit weigeren, of strikte voorwaarden opleggen die voor de kleinere netwerken, wat de kosten betreft, op hetzelfde neerkomen. Indien er een duidelijk verschil in onderhandelingsmacht is, belet niets de grotere ISP om onmiddellijk een vergoeding voor „peering" te vragen, of om voorwaarden op te leggen die op hetzelfde neerkomen. In dergelijke relaties kan de term „peering" misleidend zijn, omdat de kostenstructuur van het tot betaling verplichte netwerk in zekere mate gedicteerd wordt door de superieure ISP en de relatie dichtbij de aankoop van interconnectie staat.

b) *Transitdiensten*

(38) De definitie van klantenverkeer voor de gangbare „peering"-overeenkomst omvat niet alleen verkeer dat afkomstig is van de eindgebruikers van de andere partij bij de „peering", maar ook het verkeer van klanten die zelf ISP zijn (hierna, waar toepasselijk, aangeduid als „afhankelijke ISP's" of „afhankelijke netwerken"). Het feit dat verkeer van afhankelijke netwerken via een „peering"-aansluitpunt kan worden uitgewisseld, stelt de ISP die partij is bij de „peering"-overeenkomst, in staat om op commerciële basis aan netwerken die klant zijn of aan

afhankelijke netwerken een transitdienst aan te bieden. De eerstgenoemde ISP kan zijn eigen verkeer en dat van zijn klanten via een „peering"-aansluitpunt niet alleen naar de eindgebruikers van het netwerk aan de andere kant van het aansluitpunt leiden, maar ook naar die van de afhankelijke netwerken van de ISP waarmee de „peering"-overeenkomst is gesloten.

(39) Het begrip „transit" heeft in dit verband een enigszins andere betekenis dan doorgaans het geval is. In veel sectoren wordt het begrip „transit" gebruikt wanneer goederen worden toevertrouwd aan een vervoerder die deze aan een derde moet afleveren. Het zogenoemde transitverkeer op Internet brengt de meeste tijd door in een op- of een neerwaartse gang door opeenvolgende hiërarchieën die door verticale relaties tussen klant en aanbieder met elkaar verbonden zijn. De enige tijd gedurende welke er een horizontale beweging tussen niet in een afhankelijke relatie met elkaar staande netwerken optreedt, is, wanneer het verkeer een „peering"-aansluitpunt passeert, wat doorgaans slechts eenmaal tijdens de overbrenging gebeurt. De aankoop van een transitdienst zou derhalve accurater kunnen worden omschreven als het recht van een ISP op dezelfde behandeling van zijn verkeer als dat van het netwerk van de transitaanbieder voor het doel van de uitwisseling via een „peering"-aansluitpunt.

(40) Internetconnectiviteit is derhalve een dienst die op elk niveau van de ISP-hiërarchie op commerciële basis kan worden verkocht en wederverkocht. Niets belet een ISP die nieuwkomer in de sector is, dat hij connectiviteit aanbiedt en deze enkel „inkoopt" als klant van een superieur netwerk (hoewel de winstgevende activiteit voornamelijk uit het aanbieden van diensten met toegevoegde waarde of online-diensten, bovenop de connectiviteit als basisaanbod kan bestaan). Al het verkeer naar en van zijn klanten dient via het netwerk dat transit aanbiedt, te verlopen. ISP's die op deze wijze te werk gaan, worden als „wederverkopers" aangeduid.

iv) **De Internetstructuur**

a) *De „top level"-netwerken*

(41) Hoewel ISP's zich voor transitdiensten achtereenvolgens tot nog grotere ISP's kunnen wenden, zijn er logische grenzen aan dit proces. Het verkeer dat steeds wordt doorgeleid naar netwerken van een hoger niveau, zal uiteindelijk bij een ISP uitmonden die het niet meer verder kan doorgeven en ofwel voor eigen rekening de verantwoordelijkheid van de bezorging van het verkeer via „peering"-aansluitpunten op zich zal moeten nemen, ofwel het verkeer onafgeleverd zal moeten terugzenden. Deze netwerken (of de betrokken ISP's) worden in het navolgende aangeduid als „top level"-netwerken of „top level"-ISP's.

(42) Voor ISP's die een „top level"-netwerk willen zijn, zijn „peering"-overeenkomsten met alle andere „top level"-netwerken een vereiste. Indien er vier „top level"-netwerken op Internet zijn (A, B, C en D), kan A verkeer aan B, C of D leveren, omdat hij met elk van deze netwerken afzonderlijke „peering"-overeenkomsten heeft. Elke klant van A kan zijn verkeer aan B, C of D, en uiteraard aan A, afgeleverd krijgen. Alle ISP's op elk niveau die geen „peering"-overeenkomsten met A, B, C en D hebben gesloten, kunnen geen volledige connectiviteit bieden, tenzij zij rechtstreeks of onrechtstreeks (via een als tussenpersoon handelende ISP) transitdiensten van ten minste een van deze vier netwerken verwerven.

(43) Indien dergelijke „top level"-netwerken niet de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de levering van al het doorgezonden verkeer van ondergeschikte netwerken op zich zouden nemen, zou geen enkele ISP deze verantwoordelijkheid hebben en zouden pakketten het gevaar lopen in oneindige „lussen" te belanden. De „top level"-ISP's nemen derhalve een positie in die van die van alle ondergeschikte ISP's verschilt. Zij zijn niet afhankelijk van enige betaalde interconnectie zoals transit om volledige connectiviteit te kunnen bieden. (Desondanks zijn er voorbeelden van enkele van de zeer grote netwerken die in geringe mate transit kopen, bijvoorbeeld wanneer zij van een ISP die zij overnemen, een transitregeling „erven".) De „top level"-ISP's kunnen hun positie slechts behouden wanneer zij ervoor zorgen dat zij „peering"-overeenkomsten met alle overige „top level"-netwerken zullen blijven hebben. Indien zij hierin niet slagen, kunnen zij geen volledige dekking meer bieden en zullen zij naar het tweede echelon van ISP's met beperkte „peering"-overeenkomsten afzakken.

(44) De noodzaak om slechts met „peering"-regelingen volledige connectiviteit te bereiken, lijkt een

zware last op de „top level"-netwerken te leggen omdat dit suggereert dat zij alle nieuwe netwerken die worden aangelegd, moeten identificeren en daarmee „peering"-overeenkomsten moeten sluiten om hun klanten volledige Internetconnectiviteit te kunnen bieden. De onderhandelingsmacht is echter in handen van de „top level"-netwerken, omdat het recht van toegang tot het grotere netwerk voor de klanten van het kleinere netwerk van veel meer waarde is dan omgekeerd. Interconnectie met een groot netwerk kan een kleinere ISP in staat stellen zijn klanten toegang te bieden tot duizenden sites, terwijl de bestaande klanten van het grotere netwerk slechts een relatief klein extra voordeel genieten in de vorm van toegang tot wellicht niet meer dan enkele tientallen of honderden nieuwe sites. Het grotere netwerk verkeert derhalve in de positie om de voorwaarden voor interconnectie te bepalen. Bij een normale gang van zaken zal een kleine ISP-nieuwkomer waarschijnlijk niet erin slagen een „peering"-regeling met een „top level"-netwerk te treffen en geen andere keuze hebben dan transitklant van een bestaand „top level"-netwerk te worden. Om hun positie te handhaven, behoeven „top level"-netwerken slechts met andere netwerken in een vergelijkbare positie „peering"-overeenkomsten te sluiten en kunnen zij door deze overeenkomsten redelijk zeker zijn van toegang tot alle netwerken die nieuwkomer zijn.

(45) Hoewel „peering"-overeenkomsten in de begintijd van het Internet redelijk vrij werden aangegaan, worden grotere netwerken steeds voorzichtiger bij het verlenen van toegang aan kleinere netwerken op „peering"-basis zonder betaling, omdat de klanten van het kleinere netwerk hierdoor een „vrijkaartje" voor de toegang krijgen. Derhalve kan zeer wel van kleinere ISP's die interconnectie met grotere ISP's wensen, en met name die welke directe interconnectie met de „top level"-netwerken willen, worden verlangd dat zij aan een aantal voorwaarden voldoen alvorens een „peering"-regeling in overweging kan worden genomen. Verzoeken om „peering" kunnen worden geweigerd, in welk geval de betrokken ISP's gewoonlijk uitgenodigd worden om klant te worden in plaats van „peer". Deze ISP's kunnen zeer wel besluiten om geen directe klanten van het „top level"-netwerk te worden, maar de benodigde diensten van een wederverkoper te kopen. Dat het moeilijk is voor de kleinere netwerken om „peering"-regelingen met de „top level"-netwerken te treffen, betekent dat het aantal ISP's dat de status van „top level"-netwerk geniet, relatief klein wordt gehouden. De sector is derhalve zodanig gestructureerd, dat er een hiërarchie van ISP's is, waarbij progressief grotere en geografisch meer omspannende netwerken transit verzorgen voor kleinere, meer plaatsgebonden ISP's die niet in staat zijn om voor eigen rekening verkeer op zijn bestemming te brengen.

(46) Bedacht moet worden dat de „top level"-netwerken weliswaar een cruciale transport („carrier")functie verrichten, maar ook alle in aanzienlijke mate verticaal geïntegreerd zijn. Tot hun klanten behoren zowel eindgebruikers als wederverkopers. Voor afhankelijke ISP's is het verkrijgen van toegang tot deze „top level"-netwerken niet alleen van belang om de relevante afhankelijke netwerken te kunnen bereiken, maar ook om toegang te krijgen tot het directe klantenbestand van het „top level"-netwerk.

b) *„Secundaire-peering" ISP's*

(47) Tussen de beide uitersten van de „peering"-regelingen van de „top level"-ISP's en de transitregelingen van de wederverkopers bevindt zich nog een categorie van ISP's die over een aantal eigen „peering"-regelingen beschikt, welke echter op zich niet voldoende zijn om voldoende connectiviteit te kunnen bieden en daarom worden aangevuld met transitovereenkomsten met ten minste één ander „top level"-netwerk. Dit wordt aangeduid met „secundaire-peering", en de betreffende ISP's bieden hun klanten een mengeling van transitdiensten die van wederverkopers zijn gekocht, en eigen, op „peering"-overeenkomsten gebaseerde connectiviteit. Omdat transit moet worden gekocht, kunnen „secundaire-peering"-regelingen slechts routes dupliceren die hoe dan ook bereikbaar zouden zijn door van de, door een „top level"-netwerk aangeboden, transitdiensten gebruik te maken.

(48) Een ISP kan om verscheidene redenen „secundaire-peering"-regelingen aangaan. Sommige verbindingen kunnen voor het gemak zijn of kunnen kosten besparen. Zo kan het voor twee aangrenzende of overlappende ISP's zinvol zijn om hun verkeer rechtstreeks uit te wisselen veeleer dan dit als transitverkeer langs honderden of duizenden extra kilometers over andere netwerken te zenden. Er kunnen echter redenen zijn waarom een rechtstreekse lokale interconnectie maar een povere tweede plaats ten opzichte van een transitdienst is. Dit kan het geval zijn indien een van beide partijen bij de verbinding bijvoorbeeld niet bereid of in staat is om de nodige financiële investeringen te doen of om de verbinding in een goede of betrouwbare staat te houden, of er kunnen wettelijke of andere obstakels zijn die het moeilijk maken om fysieke

faciliteiten te verwerven of om toestemming voor interconnectie tegen redelijke, of tegen welke kosten dan ook te verkrijgen. Hoewel het op het eerste gezicht onlogisch lijkt, kan het in deze gevallen eenvoudiger en goedkoper zijn om verkeer met een lokale bestemming via een verafgelegen transitaanbieder te laten lopen, ondanks de extra afstand die dan door het verkeer moet worden afgelegd. Dit is thans het geval voor veel Internetverkeer binnen Europa, waarvan een aanzienlijk deel in feite via netwerken in de Verenigde Staten transiteert.

(49) Andere „secundaire-peering"-regelingen kunnen het resultaat zijn van historische omstandigheden die nu veranderd zijn, bijvoorbeeld wanneer twee netwerken die vroeger een vergelijkbaare omvang hadden, nu aanzienlijk in omvang verschillen, maar desondanks de onderlinge „peering"-regeling handhaven. De tijdens het onderzoek verzamelde gegevens suggereren dat er een aantal secundaire ISP's is die nog steeds „peering"-regelingen met „top level"-netwerken hebben, maar niet lijken te beantwoorden aan de technische criteria die deze „top level"-netwerken thans van nieuwe kandidaten voor „peering"-overeenkomsten verlangen. De vijandige reactie van het publiek op de poging van UUNet om een einde te maken aan de „peering"-regelingen met een aantal secundaire ISP's suggereert dat deze kwesties niet volledig bepaald worden door economische overwegingen. […](*). Secundaire ISP's kunnen openbare „peering"-regelingen met enkele van de „top level"-netwerken nuttig achten als marketinginstrument, zelfs indien zij om technische en economische redenen grotendeels van transit afhankelijk zijn om een dienst met de vereiste snelheid, kwaliteit en betrouwbaarheid te kunnen leveren.

(50) In hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar gingen de aanmeldende partijen nader in op het feit dat Internet als een hiërarchische structuur gezien wordt. Zij voerden aan dat Internet aanvankelijk als niet-hiërarchisch was opgevat, om de strategische kwetsbaarheid te vermijden die gepaard gaat met netwerkarchitectuur die op gecentraliseerde en hiërarchische geschakelde en geordende structuren gebaseerd is. Opgemerkt dient te worden dat het hier doelstellingen betreft die van vóór de huidige, commerciële structuur van het Internet dateren en voorts weerspiegelen zij noch die huidige werking van het Internet, noch de toekomstige ontwikkeling ervan, noodzakelijkerwijze de achterliggende filosofie van het oorspronkelijke onderzoekproject.

(*) Gedeelten van deze tekst zijn bewerkt om ervoor te zorgen dat zakengeheimen niet worden bekendgemaakt. Die gedeelten zijn aangeduid met vierkante haken.

v) **Economische vergelijking tussen transit en „peering" zonder betaling**

(51) Hoewel een „peering"-regeling zonder betaling wel wordt voorgesteld als een gratis oplossing (in vergelijking met transit, waarvoor betaald moet worden), is dit strikt genomen niet juist. Elke partij bij een „peering"-regeling moet de kapitaalkosten van het installeren van de verbinding en vervolgens de service- en onderhoudskosten voor het operationeel houden van de verbinding dragen. Of dit goedkoper of duurder uitvalt dan het kopen van transit, zal afhangen van de omstandigheden van de betrokken ISP en van de prijs waartegen transit kan worden verkregen.

(52) Zodra de „peering"-regeling in werking is getreden, zal elke partij bij een regeling zonder betaling zich ervan willen vergewissen dat zij geen nadeel ondervindt van een onevenwichtigheid in de verkeersstromen die het „peering"-aansluitpunt passeren. Anders dan in het geval van traditionele openbaar geschakelde telefonie, waarbij een verrekeningsregeling geldt en een onevenwichtigheid in het verkeer financieel gunstig is voor de partij die het meeste verkeer ontvangt, vertegenwoordigt het verkeer dat via een „peering"-aansluitpunt wordt ontvangen, een kostenpost die tegenover de inkomsten uit abonnementen moet worden gezet. Op korte termijn is er geen financiële prikkel om een netto onevenwichtigheid in het verkeer te aanvaarden. De achterliggende gedachte van een „peering"-overeenkomst is dat elke ISP de ander helpt de verkeerslast weg te werken. Dat netwerkverkeer geen opbrengsten genereert, maar veeleer een kostenpost vormt, blijkt uit de verschillende beheerstrategieën die de grotere netwerken volgen, welke zonder uitzondering gericht zijn op het zoveel mogelijk reduceren van de hoeveelheid tijd die het verkeer van kleinere ISP's (of de reacties daarop) op hun netwerken doorbrengt. Grotere netwerken kunnen voor „peering" de voorwaarde stellen dat het kleinere netwerk niet op één punt, maar op tal van punten aansluit, zodat het grotere netwerk een „hete aardappel"- of „dichtstbijzijnde uitgang"-routeringsstrategie kan volgen, waarbij het verkeer via een zo kort mogelijke afstand aan het kleinere netwerk wordt overgedragen.

(53) Aan „peering" zijn evenwel ook voordelen verbonden. Bij een onevenwichtige verkeersstroom verdient geen van beide partners iets van de ander bij de afwikkeling van het surplus aan eenrichtingsverkeer, maar wél vermijden zij de boekhoud-, factu rerings- en inningskosten. Hoewel interconnectie kosten met zich brengt, kan het beschikken over een zelfs groot aantal „pee-

ring"-overeenkomsten die veel goedkoper uitvallen dan de verwerving van transit.

(54) Aangezien een onevenwichtige „peering"-regeling aanzienlijk voordeliger is voor het kleinere van de twee netwerken, zijn grotere ISP's voorzichtiger geworden over de mate waarin zij kleinere ISP's vrije toegang tot hun grotere netwerk verlenen. Het formuleren van „peering"-beleid door de grotere ISP's is wel getypeerd als een methode om transitklanten als klant te behouden door het creëren van obstakels, waardoor deze klanten niet zelf „top level"-ISP's kunnen worden. Opgemerkt zij dat het aankondigen van een „peering"-beleid een ISP niet ervan weerhoudt om op elk „peering"-verzoek naar eigen goeddunken te reageren, ongeacht het mogelijk aangekondigde beleid.

(55) Ook het kopen van transit heeft echter voordelen. Hierbij behoeft niet geïnvesteerd te worden in de aanleg van faciliteiten en wordt het risico van de onderhandelingen over interconnectieregelingen vermeden. Het kan ook zinvoller zijn om transit rechtstreeks van een „top level"-netwerk te kopen, wegens de gegarandeerde snelheid, kwaliteit en betrouwbaarheid van de dienst, in plaats van afhankelijk te zijn van verouderde „secundaire-peering"-verbindingen.

(56) Het berekenen van de relatieve kosten is moeilijk gebleken, omdat deze afhankelijk zijn van de individuele omstandigheden van de individuele betrokken partij. Zo is het goed mogelijk dat telefoonbedrijven met een relatief groot geïnstalleerd glasvezelnet de kosten van verwerving van transit buiten proportie vinden vergeleken met wat aansluitingen op „top level"-ISP's langs de weg van „peering"-overeenkomsten zouden kosten.

(57) De indruk kan ontstaan dat de efficiëntste regeling voor een ISP die transit moet kopen, erin zou bestaan om zoveel mogelijk gebruik te maken van welke „secundaire-peering"-regeling dan ook waarover de ISP beschikt en slechts dat verkeer aan de transitaanbieder door te geven dat hij niet zelf via zijn eigen „peering"-aansluitpunten kan verzenden. In theorie zou dit hem in staat stellen een minimum aan transit te kopen. Indien de ISP in de praktijk echter relatief hoge (en onvermijdelijke) kosten voor de transitregeling moet dragen op basis van de theoretische verwerkingscapaciteit van de geïnstalleerde aansluiting en niet van het werkelijke gebruik, kan de „secundaire-peering"-regeling weinig bieden dat niet reeds door de transitaansluiting geboden wordt en heeft deze dus een veeleer symbolische waarde.

B. AFBAKENING VAN DE MARKT

1. *Productmarkten*

i) **Toegangsdiensten van de host tot het aanwezigheidspunt (POP)**

(58) De eerste en laatste schakel in de keten is de lijn tussen de hostcomputer (of toegangspunt in het geval van een particulier netwerk) en het dichtstbijzijnde aanwezigheidspunt (POP) van de ISP. Zoals reeds opgemerkt, verloopt deze verbinding ofwel via het openbaar geschakelde netwerk, ofwel via een speciale („dedicated") privé-lijn. Deze verbinding wordt doorgaans niet door de ISP geboden, hoewel dit wel voorkomt indien de klant daarom verzoekt. In het geval van kiesaansluiting („dial-up acces") zal de klant zich doorgaans verlaten op de diensten van een lokale exploitant van openbare telefonie. Bij toegang op maat („dedicated access") is er een reeks van mogelijkheden: de klant kan de verbinding zelf tot stand brengen of deze kan een lijn huren van een telefoonbedrijf of van een andere organisatie die bereid is deze dienst te leveren, of wellicht van de ISP zelf.

(59) De mededingingsvoorwaarden op dit niveau verschillen van die welke op het niveau van de ISP of hoger gelden. Er is niets dat de lokale telefoniediensten die voor Internetdoeleinden worden gekocht, onderscheidt van de telefoondiensten die voor enige andere vorm van telefonie via het lokale net worden gekocht. Toegang op maat is niets meer dan het bieden van een kabelverbinding en de aanbieders van deze dienst kunnen telefoonbedrijven zijn, maar ook elke andere onderneming die de benodigde capaciteit kan verhuren of deze kan aanleggen. Geen één van de marktdeelnemers die op de vragen van de Commissie antwoordden, suggereerde dat enige relevante markt op dit niveau negatieve gevolgen van de fusie zou ondervinden, en de Commissie is daarom niet verder daarop ingegaan.

ii) **Internettoegangsdiensten**

(60) De partijen stelden aanvankelijk dat andere vormen van datatransmissiediensten substitueerbaar waren voor Internetdiensten. Dit argument lijkt niet voldoende gegrond te zijn. Klanten die een toegangsdienst voor Internet kopen, verwachten dat zij hiermee andere Internetgebruikers kunnen bereiken. Het aanbieden van datatransmissiefaciliteiten van eindgebruiker tot eindgebruiker die andere dataprotocollen gebruiken, kan de klant wel in staat stellen een beperkt aantal andere klanten te bereiken die

hetzelfde protocol gebruiken, maar biedt niet de permanente en vrije toegang tot de algemeenheid van Internetgebruikers, hetgeen de voornaamste reden is voor de aanschaf van de dienst. Andere datatransmissiediensten zullen daarom niet in enige mate van betekenis substitueerbaar zijn.

(61) De ISP's bieden de basistoegang in de vorm van apparatuur, programmatuur, netwerkconfiguratie, klantenondersteuning en factureringsdiensten die nodig is om de klant in staat te stellen van zijn toegang tot Internet gebruik te maken.

iii) **„Top level"- of universele Internetconnectiviteit**

(62) De aanbieders van deze Internettoegangsdiensten kunnen in mindere of meerdere mate verticaal geïntegreerd zijn en kunnen uit eigen hoofde „top level"-netwerken, „secundaire-peering"-ISP's of wederverkopers zijn. Voor het afbakenen van de markt staat de vraag centraal, of alle ISP's onderling concurreren om dezelfde connectiviteitsdienst aan te bieden, of dat er afzonderlijke en nauwere markten binnen de sector kunnen worden onderscheiden.

(63) In de praktijk kan geen enkele ISP het zich veroorloven zijn connectiviteitsaanbod geleidelijk uit te breiden. Zijn klanten zullen verwachten dat de ISP onmiddellijk in staat is berichten van en naar elk Internetadres te zenden. De moeilijkheden die de ISP die dit langs de weg van bilaterale „peering"-overeenkomsten wil bereiken, ondervindt, zijn reeds uiteengezet en zijn zeer groot (investeringen in „backhaul", onderhandelen over duizenden afzonderlijke interconnectieovereenkomsten, risico van mislukking van de onderhandelingen enz.). Connectiviteit moet daarom worden verkregen van een partij die rechtstreeks en onrechtstreeks volledig het gehele Internet met inachtneming van de nodige kwaliteits-, snelheids- en betrouwbaarheidsnormen, bereikt.

(64) De door elke ISP geboden connectiviteitsdienst is in die zin uniek, dat geen enkele andere ISP een identiek product aanbiedt. Elke ISP levert een mengsel van enerzijds directe toegang tot hun eigen rechtstreeks aangesloten klanten en tot klanten van ondergeschikte netwerken, en anderzijds interconnectie met netwerken van andere ISP's, hun klanten en ondergeschikte netwerken. Interconnectie kan transit of „peering" omvatten. Algemeen geldt dat hoe kleiner de ISP is, des te waarschijnlijker het is dat hij overwegend of volledig op transit is aangewezen, en dat hoe groter de ISP is, des te meer deze van interne verbindingen of van „peering"-regelingen gebruikmaakt. De inhoud en de prijs van het product dat een gegeven ISP aanbiedt, zullen derhalve afhangen van factoren als de omvang van diens netwerk en de precieze aard van de betrekkingen die hij met andere netwerken onderhoudt. Het aanbod kan in zekere mate ook verschillend van kwaliteit zijn, omdat een netwerk dat berichten zodanig routeert dat zulks vele trajecten vergt, niet hetzelfde kwaliteitsniveau kan bieden als een netwerk dat berichten via een gering aantal trajecten kan bezorgen. In beginsel kan het aanbod van een bepaald netwerk derhalve een substituut vormen voor het aanbod van een ander netwerk, mits beide netwerken diensten van een vergelijkbaar niveau bieden, maar twee netwerken waarvan de aangeboden diensten kwalitatief sterk verschillen, kunnen zeer wel niet onderling substitueerbaar zijn.

(65) De enige organisaties die in staat zijn om zelfstandig volledige Internetconnectiviteit te bieden, zijn de „top level"-ISP's. Deze connectiviteit wordt in het navolgende aangeduid als „top level"- of „universele" Internetconnectiviteit. „Secundaire-peering"-ISP's kunnen op basis van hun „peering"-overeenkomsten een gedeeltelijke connectiviteit (of connectiviteit van het „tweede echelon") bieden, maar moeten deze met gekochte transitregelingen aanvullen. Wederverkopers kunnen slechts de wederverkochte connectiviteit aanbieden, alhoewel deze, afhankelijk van van wie die is gekocht, een combinatie kan zijn van connectiviteit van het eerste en het tweede echelon.

(66) De door de „top level"-netwerken aangeboden diensten onderscheiden zich in die zin van andere diensten, dat de connectiviteit volledig op basis van „peering"-overeenkomsten tussen „top level"-netwerken of intern geboden wordt. Indien verondersteld wordt dat de „top level"-netwerken op een afzonderlijke markt actief zijn, moet worden aangetoond dat noch de „secundaire-peering"-ISP's, noch de wederverkopers in staat zijn het gedrag van de „top level"-netwerken in te perken en te voorkomen dat deze zich volledig onafhankelijk gedragen.

(67) Indien de „top level"-netwerken de prijs van hun Internetconnectiviteit met bijvoorbeeld 5 % zouden verhogen, zou de kostenbasis van de wederverkopers in beginsel met eenzelfde percentage verhoogd worden en zou deze verhoging aan de klant moeten worden doorberekend. De zuivere wederverkopers zouden derhalve op de prijzen die het „top level"-netwerk in rekening brengt, geen concurrentiebeperkende invloed kunnen uitoefenen.

(68) De positie van de „secundaire-peering"-ISP's is tamelijk verschillend. Anders dan de zuivere wederverkopers zijn zij niet volledig gebonden aan de prijzen die de „top level"-netwerken aanrekenen. Zij beschikken over een heel pakket van „peering"-overeenkomsten met andere ISP's in vergelijkbare posities en met enkele, maar niet alle, „top level"-netwerken. Deze overeenkomsten kunnen een beperkte mate van substitueerbaarheid bieden, omdat zij toegang kunnen krijgen tot bepaalde „sites" zonder van transit via de netwerken van de „top level"-ISP's gebruik te maken, maar er zal hierbij wel sprake zijn van gaten in de door hen geboden dekking. Hoe groter het bereik van de „peering"-verbindingen is, des te waarschijnlijker het is dat een „secundaire-peering"-ISP dekking kan bieden. Wanneer er bijvoorbeeld vijf „top level"-netwerken van gelijke omvang zijn, verkeert een „secundaire-peer" met „peering"-overeenkomsten met vier van deze netwerken in een betere positie om een beperkende invloed uit te oefenen dan een ISP die „peering"-verbindingen met slechts één van deze vijf netwerken heeft. In geen geval echter kan de connectiviteit die een „secundaire-peering"-ISP biedt, in zodanige mate een geschikt substituut vormen voor de connectiviteit die door de „top level"-netwerken geboden wordt, dat deze als deel uitmakend van dezelfde markt kan worden gerekend.

(69) „Secundaire-peering"-ISP's die volledige connectiviteit wensten te bieden, konden er niet omheen om iets van transit van de „top level"-netwerken te blijven kopen, en in dat opzicht is hun kostenbasis van deze „top level"-netwerken afhankelijk. Er zijn geen aanwijzingen dat klanten een beperkte toegang zouden accepteren in plaats van een volledige, en een prijsverhoging van 5 of 10 % zou waarschijnlijk niet toereikend zijn om tot overschakeling op een beperkte dienst aan te zetten. Indien de test van het hypothetische monopolie wordt toegepast en verondersteld wordt dat de „top level"-netwerken als eenheid zouden handelen, zou geen ervan in staat zijn in reactie op de prijsverhogingen een adequate vervangende dienst te bieden. Indien alle „top level"-netwerken hun interconnectietarieven voor transit met bijvoorbeeld 5 % zouden verhogen, zouden de ISP's buiten deze groep in zoverre nog steeds een concurrentiebeperkende invloed kunnen uitoefenen, dat zij in staat zouden zijn om hun „peering"-overeenkomsten met sommige van de „top level"-netwerken te gebruiken om de gevolgen van de verhoging van de transitprijzen te ondervangen. Op een dergelijk verzet tegen hun prijsverhoging zouden de „top level"-netwerken dan kunnen reageren door de prijs voor alle vormen van interconnectie, ongeacht of deze als „peering" of als transit wordt aangemerkt, te verhogen. In dat geval zou de ongelijke onderhandelingsmacht van de „secundaire-peering"-ISP's hun geen ruimte laten voor een effectieve tegenactie.

(70) Samenvattend moet worden vastgesteld dat de relevante markt waarop de partijen bij de fusie actief zijn, de markt voor „top-level" of „universele" Internetconnectiviteit is, zoals in het voorgaande is uiteengezet.

iv) **Ontwikkeling van de marktafbakening**

(71) Het concept van de „top level"-netwerken is wellicht geen accurate weergave van de economische realiteit van heden, omdat sommige van de marktdeelnemers die in staat lijken om als „top level"-netwerk te fungeren, feitelijk voor sommige of voor al hun „peering" betalen. Andere marktdeelnemers genieten het voordeel van „peering"-overeenkomsten die tegenwoordig niet langer gesloten zouden worden, zodat hun status van „top level"-netwerk ter discussie kan staan. Het aantal ondernemingen dat werkelijk in staat is een beperkende invloed uit te oefenen, kan derhalve kleiner zijn dan het concept van de „top level"-netwerken mocht impliceren.

(72) De laatste jaren is het Internetverkeer sterk gegroeid. Dit maakte ingrijpende capaciteitsuitbreidingen noodzakelijk, niet zozeer om een concurrentievoordeel te verwerven, als wel om bij een toegenomen gebruik en congestie een dienst van een aanvaardbare kwaliteit, snelheid en betrouwbaarheid te kunnen blijven bieden. Het probleem is niet alleen de nieuwe gebruikers, maar ook de nieuwe toepassingen als videotransmissie, die op het stuk van bandbreedte zeer veel vergen. De capaciteit van de grootste kabels van de grootste netwerken is in een zeer kort tijdsbestek aanzienlijk toegenomen. De „top level"-verbindingen, die vroeger via T1-kabels met een capaciteit, of snelheid, van 1 544 Mbps (1 544 000 bits per seconde) verliepen, worden nu tot stand gebracht via DS3- of T3-kabels (45 Mbps equivalent), en de meeste grote ruggengraatnetten zullen binnenkort verbindingen kunnen bieden met snelheden van OC-3 (155 Mbps) en zelfs OC-12 (622 Mbps). Netwerken die geen technische verbetering of capaciteitsuitbreiding hebben ondergaan, zijn achterop geraakt. Zelfs indien deze zich niet ontwikkelende netwerken ooit „top level"- of universele Internetconnectiviteit konden bieden, is dit tegenwoordig wellicht niet meer het geval.

(73) Tot voor kort konden bijvoorbeeld „peering"-overeenkomsten bij openbare NAP's met alle overige ISP's die over een redelijke aanwezigheid op deze NAP's beschikten, een ISP de status van „top level"-netwerk garanderen. Met de toenemende congestie bij de NAP's zijn de grootste aanbieders steeds vaker ertoe overgegaan hun eigen particuliere „peering"-regelingen tot stand te brengen op andere punten dan de NAP's. Hoewel de grootste aanbieders nog steeds over „peering"-regelingen bij NAP's beschikken, heeft het feit dat zij ook onderling regelingen treffen, niet noodzakelijk gevolgen voor de marktafbakening. Indien de grootste netwerken echter zouden weigeren om particuliere „peering"-regelingen zonder betaling met de kleinere ISP's te treffen die thans uitsluitend over „peering"-regelingen bij de NAP's beschikken, zouden deze kleinere ISP's niet langer in staat zijn om als „top level"-netwerk op te treden en daarmee buiten de marktafbakening vallen. Aangezien dit proces zich in een vroeg beginstadium bevindt, zal de marktafbakening die hier wordt gevolgd, niet worden verengd om op dergelijke toekomstige ontwikkelingen vooruit te lopen, maar het feit dat dit waarschijnlijk staat te gebeuren, dient wel bij de beoordeling van de marktmacht van de partijen te worden bedacht.

v) **Het antwoord van de partijen**

(74) In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en tijdens de hoorzitting hebben de partijen zich verzet tegen de stelling dat het Internet een hiërarchische structuur heeft. Zij betoogden dat elke ISP een prijsverhoging door de hypothetische monopolist, bestaande uit alle „top level"-netwerken, van haar effect kan beroven door het verkeer via „secundaire-peering"-regelingen om te leiden en door de reikwijdte van deze regelingen zonodig uit te breiden. Volgens de partijen zou dus elke ISP over interconnectie met elke andere ISP kunnen beschikken en daarom geen gebruik van de „top level"-netwerken behoeven te maken om hun connectiviteit te vervolledigen.

(75) Zoals derde respondenten evenwel hebben opgemerkt, is het zeer onwaarschijnlijk dat een dergelijke reactie de prijsverhoging onrendabel zou maken. Een ISP-klant die „top level"- of universele Internetconnectiviteit tracht te verkrijgen door transit van „top level"-netwerken te kopen, kan de prijsverhoging van een hypothetische monopolist niet vermijden door transit van een andere bron te kopen, omdat er geen andere bron beschikbaar zal zijn. Het omzeilen van de prijsverhoging door netwerken van „secundaire-peering"-verbindingen te ontwikkelen (wat op zich al een voorafgaande vereiste is voor elke „secundaire-peering"-ISP die transit aanbiedt), zou vrijwel onmogelijk zijn en zeer hoge transactiekosten met zich brengen, omdat hiervoor netwerkcapaciteit naar de particuliere of openbare aansluitpunten moet worden aangelegd. Zelfs de deskundigen van de partijen zelf erkennen in hun rapport „Competition on the Internet: The impact of the MCI WorldCom merger" bij de bespreking van de keuze tussen „peering" en transit in hoofdstuk 3.1 dat „… de handhaving van een groot aantal rechtstreekse „peering"-verbindingen te duur kan zijn. Een klein netwerk kan ervoor kiezen slechts een klein aantal van deze rechtstreekse verbindingen te hebben en universele Internetconnectiviteit bereiken door bij een ander netwerk transit te kopen". Zelfs voor de grotere ISP's die geen „top level"-ISP's zijn, zouden deze verbindingen voor de betrokken hoeveelheid verkeer niet kostprijsefficiënt zijn, omdat een groot aantal verbindingen tot stand zou moeten worden gebracht, waarschijnlijk meer dan enige ISP efficiënt zou kunnen beheren. Bovendien zou elke afzonderlijke ISP waarmee een verbinding noodzakelijk is, dat wil zeggen andere ISP's die evenmin „top level"-ISP zijn, slechts een zeer klein gedeelte van het totale Internetverkeer te verwerken krijgen (een derde respondent heeft berekend dat geen enkele ISP buiten de „top level"-groep nog greep op meer dan 2 % van het verkeer zou hebben), waardoor de kosten van het installeren van de nodige verbindingscapaciteit voor elke ISP hoger zouden uitvallen dan de prijsverhoging van 5-10 % voor transit die de hypothetische monopolist heeft opgelegd. Ook is erop gewezen dat het aanleggen van dergelijke verbindingen een grote mate van coördinatie tussen een groot aantal marktdeelnemers zou vergen, technisch inefficiënt zou zijn en zeer veel tijd zou vergen.

(76) Hoe succesvol een ISP bij het ontwikkelen van een netwerk van „secundaire-peering"-regelingen ook mag zijn, toch zou hij de rechtstreeks aangesloten klanten van de hypothetische monopolist niet kunnen bereiken. De toegang tot deze klanten vormt een wezenlijk element voor het tot stand brengen van universele Internetconnectiviteit. Pogingen om een alternatieve connectiviteit te bewerkstelligen op basis van een netwerk van „secundaire-peering"-verbindingen, zonder het netwerk van de hypothetische monopolist, zouden niet tot universele

Internetconnectiviteit leiden en geen economisch alternatief vormen voor de door de bestaande „top level"-netwerken geboden connectiviteit.

(77) De partijen zelf lijken dit te erkennen, omdat zij eveneens stellen dat zelfs indien „secundaire-peering" slechts een gedeeltelijk substituut zou zijn, het gebruik van „secundaire-peering"-verbindingen de afhankelijkheid van een ISP van de door de hypothetische monopolist geboden transit zou doen afnemen en hem in staat zou stellen de gevolgen van een prijsverhoging van 5-10 % te vermijden. Er is echter op gewezen dat de hypothetische monopolist transitprijzen zou kunnen vaststellen die het gebruik niet beïnvloeden (voorzover zij dit niet reeds doen), en daarmee de prikkel voor ISP's zou verminderen om het verkeer van de „top level"-ISP's weg te leiden, waardoor de doelmatigheid van „secundaire-peering", zelfs als gedeeltelijk en zeer beperkt substituut, teniet wordt gedaan.

2. *Relevante geografische markten*

i) **Diensten voor ondernemingen en voor reizigers**

(78) Op twee van de markten die aanvankelijk door de partijen werden onderscheiden (die voor diensten aan ondernemingen en die voor diensten aan reizigers), was het gecombineerde marktaandeel van de partijen niet groot genoeg om tot mededelingsbezwaren te leiden, ongeacht of de markten nationaal dan wel ruimer werden afgebakend. Bijgevolg is het onnodig voor deze markten nader op de afbakening van de geografische markt in te gaan.

ii) **„Carrier"-diensten**

(79) In haar Unisource-beschikking stelde de Commissie dat zowel de vraag naar als het aanbod van „carrier"-diensten naar hun aard minstens grensoverschrijdend regionaal zijn. De geografische nabijheid van de afnemer en de leverancier van geschakelde transitcapaciteit is nauwelijks relevant voor geschakelde transit, waarvan telecommunicatiebedrijven gebruikmaken als alternatief voor het exploiteren van eigen internationale lijnen of om pieken in het verkeer op dergelijke lijnen op te vangen. Ook speciale („dedicated") transitdiensten bieden op basis van kabelnetwerken of satellieten derde landen doorkruisende routeringscapaciteit aan. Voorts biedt het gebruik van knooppuntdiensten („hubbing services") een alternatief voor het aangaan van een onbepaald aantal bilaterale overeenkomsten met afzonderlijke telecommunicatiebedrijven. Voor „carrier"-diensten bevinden de relevante markten voor de beoordeling van de onderhavige transactie zich in Europa en in het transatlantische verkeer naar de Verenigde Staten.

iii) **Internetdiensten**

(80) De geografische omvang van de verschillende markten voor Internetdiensten is afhankelijk van het in beschouwing genomen niveau. Een fysieke verbinding tussen de eindgebruiker en de ISP, per telefoon of via speciale („dedicated") toegang, kan alleen lokaal, door een lokaal werkende leverancier, worden geboden en behoort trouwens gewoonlijk niet tot de dienstverlening van een ISP. Een dergelijke verbinding kan tot stand worden gebracht door een lokale telefoonmaatschappij, of door iedere andere leverancier zoals kabelmaatschappijen. De geografische markten op dit niveau zijn bijgevolg regionaal of nationaal, afhankelijk van de reikwijdte van het kabelnet van de leverancier. Aangezien de partijen in Europa evenwel niet sterk staan op het gebied van levering van dergelijke „local loop"-diensten, kan de afbakening van deze specifieke geografische markten opengelaten worden.

(81) De ISP's die concurreren voor de levering van Internettoegang aan eindgebruikers, kunnen actief zijn op in wezen regionale, dit wil zeggen subnationale, of nationale markten. Een aantal van de ISP's kunnen kleine, lokale exploitanten zijn. Daarentegen zullen grote eindgebruikers uit het bedrijfsleven zich voor hun keuze van ISP internationaal oriënteren, en zullen ISP's die met dit soort cliëntèle wenst te werken, hun diensten op internationaal niveau aanbieden.

(82) Het internationale karakter van Internet komt duidelijker naar voren bij de grotere ISP's, die vaak nationaal of internationaal werken. Ook al hebben de „top level"-netwerken die tot dusver tot stand kwamen, in hoofdzaak in de Verenigde Staten het centrum van hun werkterrein, betreft het hier toch de enige aanbieders („providers") die transit naar alle delen van het Internet kunnen aanbieden. Dit kan worden afgezet tegen de conventionele spraaktelefonie, waar de exploitanten hun activiteiten van oudsher op

een specifiek geografisch gebied richten en het verkeer doorgeven dat dit gebied moet passeren. De voorwaarden waaronder een ISP waar ook ter wereld actief kan zijn, zijn afhankelijk van die waaronder hij van deze aanbieders rechtstreeks of onrechtstreeks transit kan krijgen. Zij zijn dus sterk verticaal geïntegreerd. Zo heeft bijvoorbeeld UUNet in vele Europese landen dochterondernemingen op kleinhandelsniveau. Een prijsstijging voor de toegang tot de „top level"-netwerken zou consumenten overal ter wereld treffen. Bijgevolg bestaat er daadwerkelijk één wereldmarkt.

(83) In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar voerden de partijen aan dat de afbakening van de geografische markt niet geheel juist was, omdat ISP's hun connectiviteit niet noodzakelijk van een net werk uit de groep van de „top level"-netwerken moeten verkrijgen. De omschrijving die de partijen van de geografische markt hebben gegeven, sloot echter nauw aan bij hun standpunt inzake de omschrijving van de productmarkt en is niet in overeenstemming met de productmarkt zoals die voor de doeleinden van deze beschikking wordt omschreven.

C. BEOORDELING VANUIT HET OOGPUNT VAN DE MEDEDINGING

1. *„Carrier"-diensten*

(84) De positie op het gebied van „carrier"-diensten kan vanuit zowel de Europese als de transatlantische capaciteit worden onderzocht.

(85) In Europa is een groot deel van de capaciteit, ongeveer 95 % volgens de ramingen van de partijen, in handen van de bestaande telefoonexploitanten. Ook al heeft WorldCom interstedelijke netwerken aangelegd, is MCI toch aan deze zijde van de Atlantische Oceaan, wat capaciteit betreft, niet sterk aanwezig. In dit opzicht rijzen er dus geen mededingingsbezwaren ten aanzien van de voorgenomen transactie.

(86) Wat de transatlantische capaciteit betreft, lijkt de door de partijen verstrekte informatie erop te wijzen dat zij aan de Amerikaanse zijde een gecombineerd aandeel van 23 % theoretische capaciteit zouden hebben, waardoor zij na AT&T met 29 % de op een na grootste capaciteit zouden hebben. De situatie inzake de beheersing van capaciteit zou worden gewijzigd indien transatlantische kabels zoals Gemini (waarbij WorldCom is betrokken) volledig in bedrijf komen (naar verwachting medio 1998); hierdoor zou namelijk een theoretische toename plaatsvinden van het aandeel aan capaciteit waarover WorldCom beschikt. Aangezien echter plannen worden gemaakt voor nog meer kabels, zal, wanneer deze in bedrijf komen, het tijdelijke capaciteitsvoordeel dat WorldCom door haar nieuwe kabel zou kunnen hebben, waarschijnlijk spoedig geringer worden.

2. *Internettoegangsdiensten*

(87) Volgens de partijen is er voor ISP's op kleinhandelsniveau aanzienlijke concurrentie en zijn de toetredingsdrempels laag. Dit werd niet betwist door derden die op verzoeken om inlichtingen antwoordden. Wel werd erop gewezen dat de ISP's die concurreerden tegen de „downstream"-tak van verticaal geïntegreerde aanbieders, in wezen connectiviteit doorverkopen die door deze leveranciers hogerop in de aanbodketen worden geleverd. De analyse ging daarom vooral in op die markten waar de partijen beide actief waren, en met name de markt voor „top level"- of universele Internetconnectiviteit.

3. *„Top level"- of universele Internetconnectiviteit*

(88) De partijen verstrekken, na een verzoek om informatie over hun activiteiten in de Internetsector, ramingen over hun marktaandeel, die waren gebaseerd op hun stelling dat iedere ISP met eigen kabeluitrusting een aanbieder van ruggengraatdiensten is, en dat, aangezien de meeste ISP's over dergelijke uitrusting beschikken, zij als aanbieders van ruggengraatdiensten kunnen worden beschouwd. Uitgaande van een extrapolatie van ramingen die voor de markt in de Verenigde Staten in 1996 in een rapport van Frost & Sullivan worden gegeven, raamden deze het marktvolume in 1997 op een 4,7 miljard USD; op basis hiervan zouden hun inkomsten voor basisdiensten voor Internettoegang (waarbij de diensten met toegevoegde waarden niet worden meegerekend) niet meer dan een 20 % van de totale markt bedragen.

(89) De Commissie kan deze marktafbakening of deze berekeningsmethode voor het marktaandeel maar moeilijk aanvaarden. Een marktafbakening waarbij een ISP gelijkgesteld wordt met een aanbieder van ruggengraatdiensten lijkt veel te ruim, omdat op die manier het onderscheid tussen een kleine, lokale wederverkoper die met

lokale klanten handelt, en de grote, multinationale „top level"-netwerken wordt verdoezeld. De partijen beweerden dat het marktaandeel slechts volgens de door hen gebruikte methode kan worden berekend, omdat geen gepubliceerde informatie beschikbaar is en er afbakeningsproblemen zijn die samenhangen met de vaststelling van wie een aanbieder van ruggengraatdiensten is.

(90) Opvallend was evenwel dat, ondanks de beweerde afbakeningsmoeilijkheden, een aantal respondenten had getracht marktstudies uit te voeren, met gebruikmaking van de informatie of de best mogelijke ramingen die zij konden verkrijgen. Op die basis was de marktpositie van de aanmeldende partijen aanzienlijk sterker dan uit de eigen ramingen van de partijen kon blijken en werd gesuggereerd dat zij in staat zouden zijn een aanzienlijk deel van het Internet te beheersen. Ook al zijn deze ramingen op verschillende methodes gebaseerd, leiden zij alle tot de conclusie dat het samengaan van de netwerken van de fuserende partijen één enkele onderneming met een zeer groot marktaandeel zou creëren.

(91) Tijdens het onderzoek bij klanten en concurrenten werd een aantal bezwaren naar voren gebracht. Zo stelde een onderneming die bij een van de fuserende partijen connectiviteit afnam, dat de voorgestelde fusie dit aantal (namelijk het aantal geloofwaardige alternatieve dienstenaanbieders) tot drie zou beperken. Zonder betrouwbare alternatieve bevoorradingsbronnen, zouden klanten als (naam van de betrokken onderneming) veel te afhankelijk van een beperkter aantal leveranciers worden, hetgeen tot kwaliteitsverlies bij de dienstverlening en opwaartse druk op de prijzen zou leiden. Een andere onderneming die Internetdiensten levert, verklaarde dat met de concentratie het gevaar bestaat dat op de communautaire markt voor de levering van Internetdiensten een ongewenste situatie ontstaat waarbij de gefuseerde ondernemingen een machtspositie zouden verwerven. Volgens weer een andere onderneming zou het samengaan van twee van de grootste aanbieders ter wereld van Internetruggengraatdiensten tot het ontstaan van een dominante „carrier" leiden die de concurrentie op het gebied van Internetruggengraatdiensten aanmerkelijk zou beïnvloeden. Samen zouden de ondernemingen wel greep hebben op 55 % van het verkeer via Internetruggengraatstructuren.

(92) Sprint Corporation maakte in haar verklaring aan de Federal Communications Commission, hierna „FCC" genoemd, van 13 maart 1998, op basis van een door het tijdschrift Boardwatch uitgevoerd onderzoek, een raming dat de combinatie WorldCom/MCI na de concentratie ongeveer 55 % van alle verbindingen in handen zou hebben. Volgens het verslag van de Maloff Group van oktober 1997 heeft de nieuwe onderneming 68 % van de Internetinkomsten uit verbindingen via WorldCOM/MCI-ruggengraten. Volgens de verklaring van Bell Atlantic aan de FCC worden de marktaandelen van de fuserende partijen op basis van persberichten geraamd op 60 %, terwijl het samengevoegde marktaandeel op basis van het aandeel van klantenroutes waarbij van „routing tables" gebruik wordt gemaakt, op 58 % geraamd wordt. In een verklaring van het GTE-concern aan de FCC wordt het gecombineerde marktaandeel voor de fuserende partijen op 47 % geraamd, op basis van de totale bandbreedte, zoals die door het tijdschrift Boardwatch werd meegedeeld. Al deze ramingen staan in schril contrast met de eigen ramingen van de partijen, die op basis van de inkomsten op een marktaandeel van rond 20 % uitkomen.

(93) In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar verklaarden de partijen dat [tussen 30 en 40 %]* van de top-400 „websites" bij MCI en nog eens [tussen 40 en 50 %]* bij WorldCom aangesloten waren. Van de [tussen 30 en 40 %] bij MCI aangesloten sites waren er [tussen 5 en 15 %] uitsluitend bij MCI aangesloten en gebruikte nog eens [tussen 0 en 10 %] uitsluitend zowel WorldCom als MCI. Zo was ook [tussen 40 en 50 %] van de „sites" die bij WorldCom is aangesloten, [tussen 5 en 15 %] uitsluitend bij WorldCom aangesloten en [tussen 0 en 10 %] uitsluitend bij MCI en WorldCom samen. Dit komt erop neer dat [tussen 5 en 15 %] van de top-400 „websites" uitsluitend bij de nieuwe onderneming zal zijn aangesloten. Gesteld dat alle overige „websites" bij minstens drie „top level"-ISP's aangesloten zijn, dan zou WorldCom/MCI in deze sector een aandeel van [tussen 35 en 45 %] hebben.

(94) Ten slotte heeft de „Chief Operating Officer" van WorldCom verklaard dat het beschikken over een groot netwerk een enorme toegangsdrempel voor concurrenten vormt [9].

(95) Omdat de ISP's geen specifieke verplichtingen inzake verslaglegging over Internetinkomsten hebben en coherente verslagleggingsnormen

[9] The Washington Post van 29 september 1997.

voor informatie daaromtrent ontbreken, bestaat er dus geen betrouwbare, publiekelijk toegankelijke raming van de omvang van Internetactiviteiten als geheel of van enige van de relevante deelsectoren. Voorts was er verschil van mening over de criteria waarmee marktaandeel en marktmacht correct konden worden gemeten. In van derden ontvangen opmerkingen werd gesuggereerd dat er in de bedrijfstak geen consensus bestaat over een berekeningscriterium dat de voorkeur verdient, maar dat men het er wel over eens is dat een vrij betrouwbaar beeld kan worden gegeven door meer dan één criterium te gebruiken; volgens een aantal respondenten kan een combinatie van inkomsten en verkeersstroom het beste beeld geven.

(96) Bijgevolg heeft de Commissie een eigen onderzoek ingesteld om gegevens te verzamelen die haar in staat moesten stellen een accuratere bepaling van het marktvolume en marktaandeel, en in het bijzonder het marktaandeel van de fuserende partijen, te verkrijgen.

i) **Mogelijke methoden voor het berekenen van marktaandelen**

(97) Er werd niet alleen informatie verzameld over de inkomsten en de verkeerstroom, die hierna nader worden behandeld, maar ook over andere mogelijke berekeningscriteria, zoals de samengevoegde capaciteit inzake interconnectieverbindingen, het aantal bereikbare adressen, het aantal aanwezigheidspunten (POP's) en de voor verkeersuitwisseling gebruikte bandbreedte; daarbij werd nagegaan of op basis daarvan redelijke conclusies konden worden getrokken.

(98) De grootte van de geïnstalleerde capaciteitsverbindingen (van klanten naar ISP's, van ISP's naar publieke en particuliere „peering points") kan een aanwijzing geven omtrent het rendementspotentieel van een netwerk, en ook van de omvang, ervan uitgaande dat capaciteit niet wordt gekocht en geïnstalleerd tenzij er een enigszins redelijk vooruitzicht is dat zij ook wordt gebruikt. De gegevens die konden worden verzameld, zijn niet ruim genoeg om, uitsluitend op basis van cijfers over capaciteit, tot duidelijke conclusies te komen. Daarentegen ondersteunen de cijfers die over de totale samengevoegde capaciteitsverbindingen beschikbaar zijn, dat wil zeggen de verbindingen tussen het netwerk met zijn klanten en de „peers", ongeacht of het om overheids- of particuliere en transitleveranciers gaat, de stelling dat de fuserende partijen [...] van het marktaandeel van de „top level"-netwerken zouden behalen.

(99) Wat adresruimten („address spaces") betreft, blijken de recentere netwerken of klanten meer gebruik te maken van mechanismen om het aantal bekendgemaakte routetoegangen en adressen te beperken, zodat grotere aantallen bekendgemaakte adressen niets meer betekenen dan een betrekkelijk weinig gemoderniseerd netwerk. Bovendien is niet duidelijk in hoeverre ondernemingen die reageerden, hun adresnummers en routetoegangen presenteren op basis van wat zij bij een volledige connectiviteit (met inbegrip van wat zij via transit zouden kunnen bereiken) zouden kunnen bereiken. Over het algemeen leken de meeste netwerken ervan uit te gaan dat zij in staat zijn langs een of andere weg 100 % connectiviteit tot stand te brengen; ook bleek het aantal meegedeelde adressen niet te volstaan om de grootte of sterkte van een netwerk te meten.

(100) Wat de aantallen abonnees betreft, bleek een moeilijkheid eruit te bestaan hoe het aantal reële gebruikers kan worden vastgesteld. Een voorbeeld: een netwerk met een groot aantal ondernemingen als abonnnees kan een gering aantal individuele abonnees tellen, maar ieder van die ondernemingen kan een eigen particulier intern netwerk hebben waarop talrijke gebruikers zijn aangesloten. Bijgevolg was het onwaarschijnlijk dat het aantal abonnees een zeer getrouwe afspiegeling van de sterkte van een netwerk is. Gelijkwaardige definierproblemen waren er bij het gebruik van gegevens op basis van het aantal „websites". „Websites" kunnen onderling sterk in belang verschillen, hetgeen niet tot uiting komt door gewoonweg het aantal ervan te tellen. De Commissie heeft dan ook niet gepoogd deze informatie als basis voor haar conclusies te gebruiken.

(101) Wat het aantal aanwezigheidspunten (POP's) betreft, werd gesuggereerd dat, althans in beginsel, er een samenhang kan zijn tussen de grootte van een netwerk en het aantal POP's, omdat een aanbieder van ruggengraatdiensten een POP gebruikt wanneer hij een kritische massa aan klanten moet bereiken. Zo zou volgens de raming van een concurrent de nieuwe onderneming zowat 48 % van alle POP's in de Verenigde Staten hebben. Blijkens een aantal opmerkingen geldt het aantal POP's evenwel als een van de minder betrouwbare methodes om de grootte van een netwerk vast te stellen. De

aantallen lijken in zekere mate veeleer afhankelijk te zijn van systeemarchitectuur dan van de grootte van het netwerk. Ook al kan in een bepaalde regio het aantal POP's gelijk zijn aan het aantal abonnees, is het aantal abonnees op zich geen voldoende accuraat criterium om de grootte van een netwerk te bepalen (zo kan een netwerk een groot aantal abonnees met beperkt Internetgebruik hebben en vele POP's, terwijl een ander netwerk verhoudingsgewijs weing abonnees met intensief Internetgebruik heeft en een klein aantal POP's).

ii) **Definitie van een „top level"-netwerk**

(102) Veel van de tijdens het onderzoek geraadpleegde marktdeelnemers noemden dezelfde vier ISP's (het WorldCom-concern, MCI, Sprint en het GTE/BBN-concern, „de grote vier") als ISP's met een veel sterkere positie dan die van alle andere. Evenwel leverde de analyse van gegevens over de inkomsten van Internettoegang en over de verkeersstroom (die hierna nader wordt onderzocht) geen duidelijke scheidslijn op tussen de kleinere van deze vier ISP's en de grootste ISP's van de zogenaamde op een categorie na grootste ISP's. Daarom werden de „peering"-overeenkomsten tussen de belangrijkste marktpartijen onderzocht om na te gaan welke ondernemingen als aanbieder van „top level"-netwerken konden worden aangemerkt. Daarbij werd gekeken naar een stel van „peering"-overeenkomsten waardoor de houder ervan volledig kostenloos het gehele Internet kan bestrijken. Deze analyse werd bemoeilijkt doordat er geen lijst van NAP's was waarmee iedere ISP een „peering"-overeenkomst moest sluiten om tot een uitgebreide dekking te komen. Zo kan iedere ISP dus zijn eigen, specifiek stel van „peering"-overeenkomsten hebben en toch in staat zijn het volledige Internet te bestrijken. Een andere moeilijkheid was het feit dat bleek dat veel van de ISP's waarvan de reeks „peering"-overeenkomsten de indruk wekte dat zij in staat waren als „top level"-netwerken actief te zijn, transitcapaciteit kochten, zonder dat duidelijk was of de transit essentieel was (omdat bijvoorbeeld de „peering"-verbindingen die op papier veelomvattend zijn, in de praktijk ontoereikend waren), dan wel het gemak diende.

(103) Als uitgangspunt voor de analytische benadering werd daarom de stelling genomen dat een „top level"-netwerk noodzakelijkerwijs een „peering"-overeenkomst zou moeten sluiten met althans „de grote vier", die in staat waren universele interconnectiviteit te bieden zonder gebruik te maken van transit. Heeft ISP niet minstens met deze vier een „peering"-overeenkomst, dan zou dit betekenen dat deze in zijn dekking van het gehele Internet met aanzienlijke gaten zit. Het kan zijn dat het aantal deelnemers die echte „top level"-netwerken zijn, in feite veel beperkter is dan de groep van degenen die met alle vier een „peering"-overeenkomst hebben, omdat iedere nieuwe „peering"-overeenkomst natuurlijk wel aansluiting bij de oorspronkelijke vier inhoudt zonder aan te sluiten bij elk van de overige „peers" die eveneens bij „de grote vier" zijn aangesloten. In dat opzicht kunnen zij misschien niet in staat zijn voor het volledige Internet kostenloze dekking te bieden. Voor de beoordeling werd evenwel ervan uitgegaan dat wie „peering"-verbindingen heeft met alle vier van „de grote vier", door een ander die dezelfde verbindingen heeft, als een begerenswaardige „peer" kan worden aangemerkt. Wel kon met de beschikbare gegevens niet worden bevestigd of dergelijke ISP's rechtstreeks onderling verbonden waren. Bijgevolg zouden ISP's die niet over een dergelijk alomvattend stelsel van interconnecties zowel onderling als met „de grote vier" beschikken, buiten de „top level"-ISP's vallen. In het kader van deze analyse werd evenwel ervan uitgegaan dat dergelijke „peering"-interconnecties reeds bestonden, of, indien zij om een of andere reden nog niet bestonden, zeer snel tot stand konden worden gebracht. Deze veronderstelling speelt in het voordeel van de partijen omdat zo de categorie marktdeelnemers wordt verruimd.

iii) **Ramingen van het marktvolume en het marktaandeel op basis van de inkomsten**

(104) Op basis van het voorafgaande, zouden in totaal 16 ISP's binnen de definitie van „top level"-netwerken vallen. (Nog eens drie, zeer kleine ISP's die geen „peering"-overeenkomst met UUNet, de voornaamste Internetdochteronderneming van WorldCom hebben, maar met kleinere dochterondernemingen, zouden tot deze groep kunnen worden gerekend, maar het effect hiervan is marginaal.) Wat het totale marktvolume betreft, was de beschikbare informatie niet voldoende ruim en moesten ramingen worden gemaakt voor de omzet van de drie betrokken ondernemingen waarvan geen accurate cijfers beschikbaar waren. De inkomsten voor elk van de drie betrokken ondernemingen werden geraamd op 30 miljoen USD, hetgeen als een aanzienlijke overschatting van de eigenlijke inkomsten gold. Op basis hiervan zou het totale

marktvolume over 1997 rond 2,3 miljard USD bedragen. Het aandeel van WorldCom zou [tussen 35 en 45 %] bedragen, waaraan MCI tussen ongeveer [5 en 15 %] zou toevoegen, hetgeen de nieuwe onderneming een marktaandeel [tussen 45 en 55 %] oplevert. De twee meest rechtstreekse concurrenten zouden een gezamenlijk marktaandeel van minder dan [tussen 15 en 25 %] behalen.

(105) Ook al benadrukten de partijen bij herhaling dat de cijfers over de inkomsten volgens hen het enige betrouwbare criterium waren voor het marktaandeel in deze sector, hebben toch vele andere concurrenten gewezen op de mogelijke gevaren van een te veel vertrouwen op inkomsten. Wordt waar mogelijk gebruikgemaakt van de cijfers op grond van basis-Internetdiensten, hebben deze ondernemingen toch geen enkele verplichting inzake verslagleggingsnormen of zelfs het vrijgeven van informatie. Dit noopte bijgevolg ertoe de cijfers omzichtig te gebruiken.

(106) Ondernemingen die met drie van de belangrijkste aanbieders een „peering"-overeenkomst sloten, kunnen met weinig reden stellen dat zij als „top level"-netwerken moeten worden aangemerkt, aangezien het ontbreken van een „peering"-overeenkomst met een van de vier erop wijst dat het hen in aanzienlijke mate schort aan de mogelijkheid Internetconnectiviteit te bieden. Evenwel werden, met het oog op een sensitiviteitsanalyse, ramingen gemaakt van het marktaandeel om na te gaan of de cijfers als gevolg van de toevoeging van deze marktdeelnemers sterk zouden worden gewijzigd. Op een dergelijke basis (die, het moet worden beklemtoond, uiterst voorzichtig is) behaalden de aanmeldende partijen nog steeds een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 40 % van de inkomsten. Overwogen werd of de omschrijving van een „top level"-netwerk moest worden verruimd om ook nog ondernemingen in aanmerking te nemen die met slechts twee van de vier grootste netwerken een „peering"-overeenkomst hebben. Op dit niveau bleken de gaten in de dekking evenwel zo groot dat het niet reëel was de betrokken ISP als een „top level"-netwerk te beschouwen.

iv) **Verkeersstroom**

(107) In een aantal opmerkingen werd gesuggereerd dat de verkeersstroom intrinsiek een beter meetcriterium bood dan de inkomsten, ook al zouden volgens sommigen de cijfers door plotse pieken, zoals kortstondige interesse voor een bepaalde „website", worden beïnvloed.

(108) Over de totale verkeersstroom van en naar ISP's zijn geen statistische gegevens rechtstreeks beschikbaar. Om het marktaandeel op basis van het verkeer te berekenen moest worden gekozen voor een „bottom-up"-benadering. Hiervoor moest worden bepaald wie de marktdeelnemers zijn en bovendien moest worden nagegaan hoe zij het verkeer over hun netwerken meten, om zodoende het marktvolume te verkrijgen. Evenwel kon niet met zekerheid worden uitgemaakt of de betrokken marktdeelnemers alle metingen van de verkeersstroom op een volledig coherente wijze uitvoerden. Daarom diende een andere methode te worden uitgewerkt om het marktaandeel op basis van de verkeersstroom te berekenen.

(109) De totale verkeersstroom van een ISP bestaat uit het verkeer met andere, geïdentificeerde ISP's en uit het interne verkeer (namelijk het verkeer tussen klanten dat over dat netwerk loopt). De marktaandelen kunnen worden berekend op basis van de ratio's voor het verkeer, zonder dat daarvoor de totale verkeersstroom over Internet bekend moet zijn, en wel aan de hand van de volgende methode. De verhouding van het marktaandeel van netwerk A ten opzichte van dat van netwerk B is gelijk aan de verhouding van het totale verkeer over netwerk A ten opzichte van het totale verkeer over netwerk B. Indien beide termen van deze verhouding worden gedeeld door het totale verkeer tussen netwerk A en B, volgt hieruit dat de verhouding van het marktaandeel van netwerk A ten opzichte van dat van netwerk B gelijk is aan de verhouding van het relatieve aandeel van netwerk A in het totale verkeer over netwerk B ten opzichte van het relatieve aandeel van netwerk B in het totale verkeer over ruggengraatnetwerk A. De marktaandelen kunnen bijgevolg worden berekend uitgaande van de relatieve aandelen van elk netwerk in het totale verkeer dat via elk netwerk gaat. Een en ander voorkomt dat de berekening van het marktaandeel wordt vertekend door mogelijke verschillen in de berekeningsmethodes. Op deze basis staat het marktaandeel van het WorldCom-concern in een verhouding van [...] tot dat van MCI.

(110) Wordt deze methode toegepast op een hypothetische markt die GTE, MCI, Sprint en het WorldCom-concern omvat, dan zou WorldCom [tussen 50 en 60 %] van die markt in handen hebben, hetgeen geteld bij de [tussen 15 en 25 %] van MCI, in totaal [tussen 75 en 85 %] oplevert.

(111) Slechts over een beperkt aantal van de grotere netwerken kon brede informatie worden verzameld. Wel konden de marktaandelen niet met zekerheid worden berekend omdat voor particuliere „peering"-overeenkomsten enkel voor het WorldCom-concern een uitsplitsing per „peering"-overeenkomst beschikbaar was. Evenwel is het totaal bekend van het verkeer dat de „grote vier" ontvangen van en versturen naar andere ISP's die met hen een „peering"-overeenkomst hebben afgesloten. In het kader van deze berekening werd onder ISP verstaan, alle ISP's die minstens met een van de vier grootste netwerken een „peering"-overeenkomst hebben. Deze veronderstelling is nog aan de ruime kant, omdat de analyse van de relevante markt erop lijkt te wijzen dat de markt niet ruimer kan zijn dan de 16 „top level"-netwerken die met de vier grootste netwerken een „peering"-overeenkomst hebben, en bijna zeker nog beperkter is.

(112) Om het marktaandeel van de twaalf overige netwerken te berekenen, moest worden uitgegaan van een aantal vooronderstellingen. De algemene vooronderstelling was dat de verkeersstroom via een bepaald netwerk een weerspiegeling is van de omvang van de netwerken waarmee het in verbinding staat. Indien dus netwerk A 10 % naar netwerk B stuurt en 20 % naar netwerk C, wordt aangenomen dat netwerk B half zo groot is als netwerk C. Het lijkt aanvaardbaar voor de grootste netwerken van een dergelijke veronderstelling uit te gaan, omdat zij een zo groot aandeel van het totale Internetverkeer in handen hebben dat zij als representatief voor het volledige Internetverkeer kunnen worden beschouwd. Wordt dit toegepast op het WorldCom-concern en MCI, dan ging […] van het verkeer van WorldCom naar MCI, en […] naar de twaalf overige netwerken. Bijgevolg moet de verhouding tussen de omvang van het MCI-net en de totale omvang van de twaalf overige netwerken […] zijn.

(113) Uitgaande van deze vooronderstellingen zou het WorldCom-concern een marktaandeel van ongeveer [tussen 30 en 40 %] hebben, waarbij MCI nog eens [tussen 10 en 20 %] inbrengt en geen concurrent meer dan [tussen 5 en 15 %] in handen heeft. Het gecombineerde marktaandeel van MCI en het WorldCom-concern zou dan [tussen 42 en 52 %] bedragen. […]

v) **Conclusies betreffende de berekening van het marktaandeel**

(114) De hierboven behandelde methode waarbij aan de hand van inkomsten en verkeersstroom het marktvolume en het marktaandeel worden berekend, is een voorzichtige berekening om binnen redelijke grenzen partijen zoveel mogelijk tegemoet te komen, waarmee hun marktaandeel waarschijnlijk wordt onderschat. Niettemin bestaat, zelfs op deze basis, weinig twijfel dat de nieuwe onderneming meer dan 50 % van de markt in handen zou hebben, hoe ruim die ook wordt afgebakend. Het samengevoegde netwerk zou [aanzienlijk groter] dan de omvang van de naaste concurrent (Sprint) zijn, zowel berekend naar inkomsten als naar verkeersstroom, waarbij men ook voor ogen dient te houden dat de eerstvolgende concurrent, het GTE-concern, slechts half zo groot is als Sprint.

vi) **Het antwoord van de partijen**

(115) De beperkingen die de concurrenten oplegden wegens het vertrouwelijke karakter van de aan de Commissie verstrekte informatie, maakt het volgens de partijen onmogelijk te bepalen welke de twaalf overige ondernemingen zijn die op de markt actief zijn, zodat ook niet kan worden ingegaan op de vraag of de cijfers inzake marktaandeel er aanzienlijk anders zouden uitzien indien aan dat aantal nog andere marktdeelnemers zouden worden toegevoegd. Zoals is gezegd, was deze analytische benadering in wezen aan de voorzichtige kant en erop gericht de partijen het voordeel van de twijfel te gunnen, indien er over de vraag wie als „top level"-netwerk moet worden aangemerkt, nog enige twijfel zou bestaan. Op dit punt nam een van de deelnemers aan de hoorzitting, Sprint, ten aanzien van de marktomschrijving een restrictiever standpunt in en stelde de vraag of sommige van de twaalf netwerken geen toegang hebben tot een groot aantal geografische verspreide locaties, of hogesnelheidsinstallaties in eigendom heeft of huurt, zodat volgens concurrenten dit netwerk niet aan de definitie van Sprint voor een „top level"-aanbieder van ruggengraatdiensten beantwoordt. Een andere concurrent, GTE, stelde dat het opnemen van aanvullend verkeer de omvang van de verhouding tussen de grote ruggengraatnetwerken niet zou wijzigen; volgens GTE zou het opnemen van 50 ondernemingen die aan de omschrijving van de relevante markt voldoen, het aandeel van MCI/WorldCom slechts met vijf procentpunten doen dalen. Deze standpunten steunen de zienswijze dat het niet van belang is welke die 16 netwerken zijn.

(116) Voorts hebben de partijen bezwaar gemaakt tegen de methode die de Commissie heeft gebruikt om de omvang van het verkeer te berekenen. Hun bedenkingen betreffen met name twee vooronderstellingen die hun inziens de grondslag van de methode van de Commissie vormden, namelijk dat het verkeer gelijkelijk verdeeld was tussen […] en dat er door de interconnectie tussen netwerken die zich onder de laag van „top level"-netwerken bevinden, niet veel verkeer wordt ongeleid. Bovendien hebben de partijen aangevoerd dat de bij de Commissie ingediende gegevens omtrent het verkeer niet op vergelijkende basis waren en dat het gecom-

bineerde marktaandeel van de partijen daardoor mogelijk wordt overdreven. De Commissie accepteert op haar beurt niet noodzakelijkerwijs dat de uitgangspunten waarop de partijen wijzen, inherent zijn aan de berekeningsmethode en merkt op dat, zo deze uitgangspunten al aanwezig zijn, het de vraag is welk gewicht daaraan moet worden toegekend. De Commissie wijst op het volgende: de partijen hebben tijdens de gehele procedure gesteld dat inkomsten de enig passende meetmethode vormden; alle belanghebbende partijen zijn over de vorm van de verzoeken om gegevens geraadpleegd om zoveel mogelijk ervoor te zorgen dat deze gegevens onderling konden worden vergeleken; de partijen hebben wel bedenkingen over de methodologie van de Commissie, maar zij hebben geen andere oplossing aangedragen.

4. *Het effect van de concentratie op de mededinging*

(117) Door het samengaan van de Internetruggengraatnetwerken van WorldCom en MCI zou een netwerk tot stand komen van zo'n absolute en relatieve grootte dat de nieuwe onderneming zich tegenover haar concurrenten en klanten in aanzienlijke mate onafhankelijk zou kunnen gedragen. De invloed hiervan op de Europese consumenten zal even groot zijn als op alle andere consumenten. De belangrijkste Internetdochteronderneming van WorldCom, UUNet, is reeds zeer groot in vergelijking met haar concurrenten. Dat zij dichtbij het punt staat een overwicht te bereiken, kan ook worden afgeleid uit haar besluit van begin 1997 om te trachten eenzijdig aan een aantal bestaande „peering"-overeenkomsten een einde te maken (welke poging uiteindelijk misliep). Sindsdien heeft WorldCom nog bijkomende marktmacht verkregen door ANS en CNS te verwerven. Na de fusie met MCI kan er weinig twijfel meer over bestaan dat de kritische massa zou worden bereikt om zich ten opzichte van de concurrenten onafhankelijk te gedragen.

(118) Dankzij de sterkte en de grootte van de netwerken van MCI WorldCom zou de onderneming allerlei tactieken kunnen gebruiken om haar marktpositie te versterken. Hiervoor zouden ruwweg de twee volgende (hierna uiteengezette) benaderingen kunnen worden gevolgd. De ene zou erin bestaan de kosten van de rivalen te verhogen, en de andere zou de vorm hebben van een selectieve prijsstelling om bij concurrerende netwerken klanten weg te lokken.

(119) MCI WorldCom zou de toegang tot de markt in handen hebben door nieuwe verzoeken tot „peering" af te wijzen, bestaande „peering"-overeenkomsten te beëindigen of daarmee te dreigen, en/of deze overeenkomsten te vervangen door interconnectie waarvoor moet worden betaald. Een kandidaat-ISP die interconnectie met alle „top level"-netwerken nastreeft, zou daartoe duidelijk de toestemming van MCI WorldCom nodig hebben. Thans echter wordt, zelfs met de aanwezigheid op de markt van een concern van de grootte van WorldCom, de mogelijkheid van een gevestigde onderneming om een geschikte kandidaat met een verzoek tot „peering" af te wijzen, door de marktwerking ingetoomd. Een gevestigde onderneming die „peering" met een dergelijke kandidaat afwijst, kan niet verwachten dat de kandidaat-„peer" op zijn beurt transit van hem zal kopen. Integendeel, de afgewezen ISP kan klant worden bij een concurrerend netwerk; in dat geval zal de weigering van een ISP ertoe bijgedragen hebben dat de marktmacht van een van de concurrenten wordt versterkt. Indien de concentratie echter doorgang vindt, zouden, gezien de sterke onderhandelingspositie van MCI WorldCom, de eventuele negatieve effecten van het afwijzen van een verzoek om „peering" aanzienlijk worden verminderd, zoniet volledig worden tenietgedaan. Afgewezen kandidaten zouden verplicht zijn transit te kopen om een verbinding met het MCI WorldCom-netwerk te krijgen, waardoor zij qua kostprijs en kwaliteit in een nadelige positie kunnen verkeren.

(120) MCI WorldCom zou zich tegenover concurrenten onafhankelijk kunnen gedragen door hun kosten te verhogen en de kwaliteit van aangeboden diensten te verlagen. Concurrenten die al een „peering"-overeenkomst met MCI WorldCom hebben, zouden beseffen dat hun voortbestaan op de markt afhangt van de vraag of zij hun klanten connectiviteit met het MCI WorldCom-netwerk kunnen aanbieden. Indien om de een of andere reden de kwaliteit of de kostprijs voor de verbinding met het MCI WorldCom-netwerk in ongunstige zin wordt gewijzigd, zouden de klanten van de netwerken van die concurrenten wel eens naar MCI WorldCom kunnen overschakelen, en zouden nieuwe klanten worden afgeschrikt om naar andere netwerken dan MCI WorldCom te gaan. Concurrenten zouden met deze dreiging moeten leven, en zich zo gedragen dat vermeden wordt dat hun verbinding met MCI WorldCom wordt beëindigd of kwalitatief verslechtert. Dit zou bijvoorbeeld zover kunnen gaan dat MCI WorldCom kan bepalen aan wie van haar concurrenten transit of „peering" wordt toegestaan en onder welke voorwaarden. In dit opzicht zou MCI WorldCom daadwerkelijk de markt in handen hebben.

(121) Indien een concurrent een „peering"-overeenkomst zou wensen te sluiten (of voort te zetten), zou MCI WorldCom de kwaliteit van diens dienstverlening kunnen beïnvloeden door zijn

besluiten inzake het beheer van de verbinding. MCI WorldCom zou bijvoorbeeld de kwaliteit van het aanbod aan de concurrenten kunnen verminderen door te besluiten de capaciteit bij particuliere „peering" points niet aan te passen. En ook al zou hierdoor de kwaliteit van diensten van zowel MCI WorldCom als de betrokken concurrent achteruitgaan, zou de concurrent toch veel sterker worden getroffen, omdat zijn klanten de connectiviteit op een veel groter deel van het Internet kwijtraken dan het geval is voor de klanten van MCI WorldCom. Verhoudingsgewijs zou het percentage van het verkeer dat door een dergelijke strategie wordt getroffen, veel hoger zijn voor het kleinere netwerk. Bovendien nemen de kansen dat MCI WorldCom een dergelijke strategie toepast, nog toe door klanten en concurrenten een voor een weg te snoepen, in plaats van te trachten de rest van de markt met één klap in te pikken.

(122) Het Internetverkeer is zodanig gegroeid dat MCI WorldCom deze verslechteringsstrategie kan toepassen zonder dat zij daarvoor bewust een inspanning moet leveren: zij zou ermee kunnen volstaan zich te concentreren op de ontwikkeling van het eigen netwerk in plaats van de verbindingen met concurrenten te verbeteren. Door een dergelijk kwaliteitsverschil met hun concurrenten te laten ontstaan, zou zij zich in een positie bevinden waarin zij nieuwe klanten voor Internetdiensten kan overtuigen het aanbod van concurrenten links te laten liggen. Naarmate de grootte van het MCI WorldCom-netwerk groeit, zou de mogelijkheid om de concurrenten op deze manier te benadelen, dienovereenkomstig toenemen.

(123) Naarmate MCI WorldCom groter zou worden, zou het maatregelen kunnen nemen om de onafhankelijkheid van bestaande concurrenten te beperken door de aard van de interconnectieovereenkomsten aan te passen (of gewoonweg daarmee te dreigen), om de concurrenten te verplichten voor toegang tot haar netwerk te betalen (in de vorm van ofwel betaalde „peering" ofwel transit), zonder aan te bieden hen te zullen betalen. En voorzover concurrenten geen andere keuze zouden hebben dan een dergelijke aanpassing van de voorwaarden te aanvaarden, zou MCI WorldCom een belangrijk deel van de kosten van haar concurrenten kunnen beïnvloeden, en zodoende ook de kwaliteit van hun dienstverlening kunnen bepalen. Zij zou hun kostenstructuur kunnen beïnvloeden door voor betaalde „peering" of voor transit zodanige prijzen te vragen dat die van haar „klanten" (en ex-concurrenten) niet langer met die van MCI WorldCom zelf kunnen concurreren.

(124) MCI WorldCom zou zich ook onafhankelijk kunnen opstellen ten opzichte van haar klanten, namelijk de ISP's die Internetconnectiviteit aan eindverbruikers verkopen en ondernemingen en particulieren met Internettoegang via telefoon of via een speciale („dedicated") weg. Deze klanten zijn uiteindelijk afhankelijk van de door de „top level"-netwerken aangeboden connectiviteit. Zij zullen geen andere keuze hebben dan zich rechtstreeks of onrechtstreeks bij de dominante leverancier van deze diensten aan te sluiten, aangezien een dergelijke leverancier betrouwbare toegang tot alle delen van het Internet kan garanderen. Voorzover MCI WorldCom reeds op deze markt actief is, zou zij kunnen trachten haar positie daar te versterken teneinde in de „downstream"-markt een overwicht te verwerven. Zij zou dit kunnen doen omdat de overige „top level"-netwerken op het gebied van mededinging geen echt tegenwicht kunnen bieden en omdat zij invloed en macht heeft over de kostenstructuur van de wederverkopers in de „downstream"-markt.

i) **„Multi-homing" als alternatief**

(125) In hun antwoord op deze argumenten voerden de partijen aan dat het vermogen om in de „downstream"-markt een overwicht te forceren, beperkt was omdat vele ISP's, en ook de grotere klanten, zoals de eigenaren van „websites", met „multi-homing" werken, met andere woorden dat zij transit van meer dan één aanbieder kopen en verkeer gemakkelijk naar een andere aanbieder konden omleiden, indien een van de aanbieders zijn sterke marktpositie zou trachten te misbruiken. Dit werd door deelnemers aan de hoorzitting bestreden. Deze stelling gaat namelijk voorbij aan het feit dat veel van de huidige „multi-homing"-klanten bij zowel MCI als WorldCom aangesloten waren en bijvoorbeeld niet bij een van de fuserende partijen en tevens bij een derde, zodat voor deze groep klanten de fusie hun huidige keuzevrijheid zou doen verdwijnen. Daarbij werd gesteld dat „multi-homing" niet eenvoudig is (omdat hiervoor een specifiek „protocol", het zogeheten BGP4-protocol, moet worden gebruikt), noch goedkoop, omdat voor twee transitverbindingen moet worden betaald, terwijl concurrenten slechts voor één verbinding betalen. In ieder geval kan een dominerend netwerk gebruik van „multi-homing" door diverse tactieken verhinderen, zoals onder meer de weigering met „multi-homing"-klanten te werken, het verminderen van de kwaliteit van de verbinding met dit soort klanten of de weigering het BGP4-protocol aan

te bieden, of gewoonweg door volumekortingen aan te bieden waardoor „single-homing"-klanten met een groter gebruik voordeel genieten.

(126) Omdat concurrentie inzake netwerken eigen kenmerken heeft en er voor netwerken ook externe factoren bestaan waardoor het voor klanten waardevol kan zijn toegang tot het grootste netwerk te hebben, kan de positie van MCI WorldCom nauwelijks nog worden aangetast zodra eenmaal die onderneming dominant is geworden. Hoe meer haar netwerk groeit, des te geringer de noodzaak interconnectie met concurrenten tot stand te brengen en des te meer deze laatste over interconnectie met de nieuwe onderneming moeten beschikken. Bovendien is een netwerk, naarmate het uitbreidt beter in staat een groot aandeel van de kosten van een nieuwe marktdeelnemer te beïnvloeden. Zij kan dit bereiken door deze nieuwe ondernemingen de mogelijkheid van „peering" te ontzeggen en door erop aan te dringen dat zij afnemers blijven en een marge betalen naar gelang van alle diensten die zij willen aanbieden. De concentratie kan dus ertoe leiden dat de toetredingsdrempels nog hoger worden. Men zou zelfs kunnen aanvoeren dat, als gevolg van de concentratie, het netwerk van MCI WorldCom, onmiddellijk of binnen een relatief beperkte periode nadien, een essentiële faciliteit zal vormen, waarop alle overige ISP's om een geloofwaardige Internettoegang te kunnen aanbieden, wel (rechtstreeks of onrechtstreeks) een interconnectie moeten hebben.

ii) **Ontbreken van concurrentiedruk**

(127) Er dient ook aandacht te worden besteed aan de eerste reactie van zowel feitelijke als potentiële concurrenten op de vergrote marktmacht van het grootste netwerk. De eerste reactie van de huidige concurrenten kan erin bestaan dat zij meer verkeer trachten aan te trekken. Zij kunnen dit doen door bij de nieuwe onderneming bestaande klanten weg te snoepen, of door hun capaciteit op te voeren in de hoop een technisch superieure dienstverlening aan te bieden. De moeilijkheid om de klanten van MCI WorldCom te overtuigen over te schakelen ligt in het feit dat die klanten reeds met het grootste netwerk zijn verbonden, waar zij zeer rechtstreekse toegang krijgen tot het directeklantenbestand van dat netwerk. Stappen zij over naar een ander netwerk, dan krijgen zij tot de directe klanten van MCI WorldCom slechts onrechtstreeks toegang, zoals via „peering"-overeenkomsten van hun nieuwe transitaanbieder, en zou het aantal klanten tot wie zij op hun netwerk rechtstreeks toegang hebben, beperkter zijn. Bovendien zou de algemene kwaliteit van hun dienstverlening geringer zijn omdat hun boodschappen meer „hops" moeten passeren om het grootste netwerk te bereiken. Ook zou iedere poging om klanten af te snoepen, niet ongemerkt aan MCI WorldCom voorbijgaan, die een dergelijke overstap voor haar bestaande klanten onaantrekkelijk zou kunnen maken door ermee te dreigen de „peering"-overeenkomsten met de nieuwe transitaanbieder van haar ex-klanten in kwaliteit te laten verslechteren (of niet te verbeteren), of door de concurrerende netwerken de status van „paid peer" of die van MCI/WorldCom-klant te verlenen.

(128) Het zou ook kunnen dat MCI WorldCom wordt geconfronteerd met een onderling afgestemde reactie van concurrerende netwerken die toereikend is om MCI WorldCom te beletten van haar marktmacht gebruik te maken. MCI WorldCom kan evenwel reageren met een zich steeds uitbreidende strategie van frontale aanval, waarbij zij de overige concurrerende netwerken achtereenvolgens uitdaagt, te beginnen met het kleinste en zwakste netwerk. Voor elk van de concurrerende netwerken zou een aanval op een andere concurrent op korte termijn een voordeel kunnen betekenen omdat voor hen de hoop bestaat dat zij een aantal (maar waarschijnlijk niet alle) transitklanten die dat netwerk verlaten, kunnen oppikken. Zij kunnen het sommetje maken dat hun belangen het best gediend zijn met een gedrag dat voor henzelf geen vergeldingsmaatregelen zal meebrengen.

iii) **Potentiële concurrenten**

(129) Wat potentiële concurrenten betreft, worden de drempels voor eenieder die tot de markt als „top level"-netwerk tracht toe te treden, nog hoger. Eenieder die rechtstreeks als „top level"-ISP de markt wil betreden, krijgt niet alleen te maken met de kosten voor de bouw van een netwerk, maar vrijwel zeker ook met een weigering vanwege de gevestigde ondernemingen een „peering"-overeenkomst te sluiten wegens een ontoereikend klantenbestand en bijgevolg een ontoereikende verkeersstroom. Voor een ISP die van een transitafnemer „top level"-ISP wil worden in een situatie waarbij er tussen de „top level"-netwerken concurrentie bestaat, zijn er bepaalde beperkingen voor de

mate waarin enig netwerk kan weigeren met een ander netwerk dat groot genoeg is om een potentiële concurrent te vormen, een „peering"-overeenkomst te sluiten. Dit netwerk kan immers niet ervan uitgaan dat de transit van de kandidaat aan wie „peering" werd geweigerd, voor hem inkomsten zal opleveren. Door een verzoek van een kandidaat voor „peering" af te wijzen, loopt het het gevaar dat het de macht van een concurrerend netwerk waarvan de kandidaat transit koopt, versterkt, of dat het constateert dat het het enige „top level"-netwerk is dat geen „peering" wilde toestaan, en dat het nieuwe netwerk op zijn beurt besluit geen verbinding toe te staan. Zodra een netwerk echter te machtig wordt, kan het potentiële concurrenten beletten een „top level"-netwerk te worden door ervoor te zorgen dat de prijzen voor de levering van transit hoog genoeg worden gehouden om te voorkomen dat de nieuwe onderneming zich een voldoende groot marktaandeel kan verwerven. Ook kan het zijn concurrenten beletten „peering"-rechten toe te staan door met het verbreken van de aansluiting of met een verslechterde dienstverlening te dreigen.

(130) Gesuggereerd werd dat nieuwe „top level"-concurrenten zouden kunnen opduiken, bijvoorbeeld door een algehele bundeling van krachten van de Europese ISP's. Dergelijke ISP's zouden evenwel niet verschillen van iedere andere nieuwe onderneming, omdat zij zich niet kunnen veroorloven zonder connectiviteit met de bestaande „to level"-ISP's te werken. En de „top level"-ISP's zullen waarschijnlijk ook pogen nieuwe klanten aan te trekken. In die zin profiteren de gevestigde ondernemingen van een aanzienlijk voordeel als zij die de eerste stappen hebben gezet. De hindernissen waarmee een Europese ISP te maken krijgt om de markt als „top level"-netwerk te betreden, zullen dus waarschijnlijk grotendeels dezelfde zijn als die waarmee iedere andere ISP, waar ook ter wereld, te maken krijgt.

(131) De concentratie kan zeer wel een „sneeuwbaleffect" doen ontstaan omdat MCI WorldCom zich in een betere positie zal bevinden dan die van al haar concurrenten om door nieuwe klanten toekomstige groei binnen te halen; voor een nieuwe klant is rechtstreekse verbinding met het grootste netwerk immers aantrekkelijk, terwijl het aanbod van concurrenten relatief minder aantrekkelijk is omdat de concurrenten van MCI WorldCom steds moeten leven met de dreiging dat de aansluiting wordt verbroken of dat de kwaliteit van de „peering" achteruitgaat. Gevolg is dat de concentratie MCI WorldCom de kans kan bieden haar marktaandeel nog verder uit te breiden.

iv) **Reacties van de klanten**

(132) Wat de reacties van de klanten betreft, zouden deze kunnen trachten tegen een dergelijke strategie te reageren door op de overige netwerken over te schakelen om zo een tegenwicht tegen de macht van MCI WorldCom te vormen. In beginsel zouden zij dit zien als de logische reactie op de marktmacht waarvan de dominerende onderneming MCI WorldCom thans gebruikmaakt. Tenzij de klanten als één blok optreden (en er zijn geen aanwijzingen dat het klantenbestand voldoende geconcentreerd is om dit mogelijk te maken), zal geen individuele klant het risico willen nemen over te schakelen om een dienstverlening te krijgen die slechter kan uitvallen, indien die klant niet zeker is dat een voldoende aantal andere klanten dezelfde stap zet. Het is onwaarschijnlijk dat zij zouden denken dat het de moeite loont dit risico te nemen.

(133) In hun reactie op de mededeling van punten van bezwaar, en nadien tijdens de hoorzitting, hebben de aanmeldende partijen sterk benadrukt hoezeer de snelle groei van Internet de mogelijkheden van bestaande marktdeelnemers beperkt om een machtspositie uit te oefenen. Zo zal de toetreding van talrijke wederverkopers-ISP's die op kleinhandelsniveau actief zijn, maar die voor „top level"- of universele Internetconnectiviteit nog steeds een beroep op een bestaand „top level"-netwerk moeten doen, het niet mogelijk maken het concurrentiebeperkende gedrag beter in te tomen dan bij de bestaande wederverkopers het geval is.

(134) Tijdens de hoorzitting heeft een respondent benadrukt dat niet de fout mag worden gemaakt te veronderstellen dat groei een machtspositie op de markt kan tegengaan. De gevestigde ondernemingen, veeleer dan de nieuwkomers, zouden zich inderdaad in de beste positie bevinden om de toekomstige groei op te vangen. De partijen wijzen er bijvoorbeeld op dat nieuwe concurrenten zijn opgedoken die bezig zijn grote glasvezelnetwerken aan te leggen, en die dus op het gebied van de mededinging een tegenmacht zouden kunnen vormen. Voor toetreding tot de markt als „top level"-ISP zijn echter niet alleen materiële installaties vereist, maar ook een klantenbestand en dus een verkeersstroom en bijgevolg ook toegang tot „peering"-interconnectie. Een netwerk met overwicht dat zou weigeren „peering" toe te staan, zou een nieuwe marktdeelnemer daadwerkelijk kunnen beletten als „top level"-netwerk actief te zijn. […]

(135) Gelet op het voorgaande zou de aangemelde concentratie, indien die niet wordt gewijzigd, tot het ontstaan van een machtspositie op de markt voor „top level"- of universele Internetconnectiviteit leiden.

VII. DOOR DE PARTIJEN VOORGESTELDE VERBINTENISSEN

(136) Om de door de Commissie opgeworpen bezwaren ten aanzien van de waarschijnlijke gevolgen van de voorgenomen concentratie voor de mededinging weg te nemen, hebben de partijen de volgende verbintenissen voorgesteld:

„Om goedkeuring voor de concentratie te verkrijgen, hebben de aanmeldende partijen ermee ingestemd het gehele Internetbedrijf van MCI te verkopen en daartoe de volgende verbintenissen aan te gaan:

I. Verkoop van het Internetbedrijf van MCI

1. MCI zal haar Internetbedrijfsonderdelen en diensten met betrekking tot toegang tot het openbare „netwerk van netwerken", beter bekend als het „Internet", en bepaalde daarmee verband houdende diensten (collectief het „iMCI-bedrijf" genoemd) als lopend bedrijf afstoten Het iMCI-bedrijf, dat in zijn geheel aan een enkele koper („de koper") zal worden overgedragen, omvat:

   a) iMCI's bedrijf op groothandelsniveau van wereldwijde, speciale („dedicated") toegang tot Internet (dit wil zeggen speciale toegang tot Internet voor „Internet Service Providers" (ISP's), die aan anderen Internettoegang bieden);

   b) iMCI's bedrijf op kleinhandelsniveau van speciale Internettoegang (dit wil zeggen speciale toegang tot Internet voor eindgebruikers);

   c) iMCI's i) bedrijf van Internettoegang via openbare lijnen voor eindgebruikers en ii) dat van Internettoegang via openbare lijnen voor het bedrijfsleven en (indien een of beide activiteiten op het gebied van Internettoegang via openbare lijnen worden overgedragen) de „servers" die voor de elektronische post (e-mail) van iMCI's klanten van Internettoegang via openbare lijnen worden gebruikt (tenzij de koper verkiest geen van beide activiteiten over te nemen);

   d) iMCI's „web hosting"-diensten;

   e) iMCI's „Real Broadcast Network"-diensten; en

   f) iMCI's „managed firewall"-diensten.

   De volgende diensten die niet tot het iMCI-bedrijf behoren, worden niet overgedragen: i) vBNS' particuliere onderzoeksnetwerk, ii) het Internet II-onderzoeks- en bouwproject voor de regering van de Verenigde Staten, en iii) virtuele particuliere netwerkdatadiensten, waaronder Extra- en Intranets.

2. Het iMCI-bedrijf zal voorafgaand aan de overdracht aan de koper in een afzonderlijke volle dochteronderneming van MCI (NewCo) worden ondergebracht. NewCo zal als onafhankelijk bedrijf 100 % van het Internetverkeer voor haar rekening nemen en 100 % van de opbrengsten uit de Internetactiviteiten van het iMCI-bedrijf ontvangen:

   a) alle relevante aansluitingen, servers, ATM-schakelpunten, modems, poorten en andere apparatuur van MCI die voor de exploitatie van het iMCI-bedrijf nodig zijn, worden aan NewCo overgedragen, waaronder, zonder beperking, relevante Internetprotocol (IP)-adressen, autonome systeemnummers en numeringschema's voor netwerkactiviteiten. Tot de bijkomende activa behoren relevante verbindingscomponenten, waaronder rekken voor de plaatsing van de verkochte apparatuur en kabels tussen de elementen, klantenlijsten en historische gegevens voor alle klanten.

   Alle „servers" voor domeinnamen en authenticatie ten behoeve van zowel speciale („dedicated") Internettoegang als toegang via openbare lijnen, Network News-„servers", Mbone-„ser-

vers", ISICS-„servers" voor resultaatscontrole, „web hosting-servers" en „servers" voor de exploitatie van het Real Broadcoast Network „servers" voor het kiesnetwerk van iMCI en de relevante elektrotechnische testapparatuur zullen aan de koper worden overgedragen.

b) alle contracten van MCI met ISP's en eindgebruikers voor Internettoegang en alle contracten van MCI betreffende Internet-„web hosting" en „managed firewall"-diensten worden aan NewCo overgedragen, met inachtneming van hetgeen volgt: 1. MCI staat […] van de contracten voor Internettoegang via openbare lijnen en van de overdraagbare „web hosting"- en „managed firewall"-contracten af bij sluiting; 2. MCI staat bij sluiting alle overige contracten af die zonder instemming van de klant kunnen worden overgedragen; Voor contracten die niet overdraagbaar zijn zonder instemming van de klant:

i) doen MCI en WorldCom al het mogelijke om instemming van de klant te verkrijgen ([…]) en de overdracht van al deze contracten aan de koper te bewerkstelligen […].

ii) zullen MCI en WorldCom in elk geval alle benodigde maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat iMCI-contracten ter waarde van […] van de totale inkomsten van iMCI uit speciale („dedicated") toegang op detailhandelsniveau en uit „web hosting" en […] van de overige inkomsten van het iMCI-bedrijf bij sluiting aan de koper worden overgedragen […]; en

iii) blijft MCI WorldCom partij bij het contract indien, ondanks de optimale inspanningen van MCI en WorldCom, geen instemming van de klant wordt verkregen, maar blijft […] van het Internetverkeer voor de duur van dat contract op het overgedragen iMCI-netwerk en zal MCI […] van de uit hoofde van dat contract verkregen Internetinkomsten aan de koper doorgeven.

iv) komen MCI en WorldCom met de koper overeen dat de koper het recht heeft op kosten van MCI WorldCom een onafhankelijke accountant aan te wijzen om de relevante documenten en bescheiden van MCI en WorldCom te onderzoeken en na te gaan of de voorwaarden van dit punt b) zijn nageleefd.

c) De koper wordt in het genot gesteld van de intellectuele-eigendomsrechten die voor de exploitatie van het overgedragen bedrijf (met uitzondering van de beveiligingsprogrammatuur) nodig zijn, alsmede van andere overdraagbare verguningen/toestemmingen die in het bezit van MCI zijn en voor het iMCI-bedrijf nodig zijn. MCI zal de koper gedurende een onderling overeen te komen tijdvak beveiligingsdiensten leveren.

3. MCI zal alle bestaande „peering"-regelingen aan de koper overdragen, met inbegrip van de „peering"-overeenkomst met WorldCom. WorldCom verbindt zich ertoe deze overeenkomst niet te beëindigen gedurende een periode van vijf jaar na de sluiting ervan (behoudens indien de koper in ernstige mate in gebreke blijft). De „peering"-overeenkomst tussen MCI/WorldCom en de koper zal duurzame wderzijdse verplichtingen bevatten om een efficiënte interconnectie van hoge kwaliteit tussen de netwerken te handhaven, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, de redelijkerwijs benodigde bandbreedteaanpassingen, extra verbindingen en extra interconnectiepunten. […].

4. Uitgezonderd de Internetklanten van WorldCom ten tijde van sluiting van de overeenkomst, zal MCI/WorldCom geen contractuele betrekkingen voor het verrichten van diensten op het gebied van speciale Internettoegang nastreven of aangaan met:

a) klanten van speciale („dedicated") Internettoegang op groothandelsniveau (dit wil zeggen ISP's) gedurende ten minste 24 maanden na sluiting;

b) klanten van speciale („dedicated") Internettoegang op detailhandelsniveau, waarvan de contracten worden overgedragen aan de koper, voor een periode van ten minste 18 maanden na sluiting;

c) klanten van speciale („dedicated") Internettoegang op detailhandelsniveau, waarvan de contracten niet aan de

koper worden overgedragen, voor een periode van ten minste 18 maanden na sluiting dan wel, indien dit later is, na de beëindiging van dat contract.

MCI zal te goeder trouw een passend non-concurrentiebeding met de koper overeenkomen voor de „web hosting"- en „managed firewall"-diensten. MCI en WorldCom zullen zich voorafgaand aan de sluiting onthouden van enige maatregelen buiten de gangbare bedrijfsvoering om de overdracht van Internetdiensten van iMCI naar WorldCom te bewerkstelligen, of hiervoor „multihoming"-regelingen op WorldCom-netwerken te treffen.

5. In het kader van de transactie:

a) draagt MCI aan NewCo alle werknemers over die nodig zijn om het iMCI-bedrijf te steunen. MCI en de koper komen onderling overeen welke werknemers met het iMCI-bedrijf worden overgedragen, en MCI stelt de koper een lijst van werknemers ter beschikking, met vermelding van de functies die zij voor dit bedrijf verrichten. Tot de werknemers die worden overgedragen, behoren zowel technici en uitvoerend personeel als verkoop- en marketingpersoneel en ondersteunend personeel;

b) verbinden MCI en WorldCom zich ertoe gedurende een periode van […] na sluiting geen aan de koper overgedragen werknemers in dienst te nemen en gedurende […] na sluiting met deze werknemers geen wervend contact te zoeken;

c) zal MCI alle overige ondersteuningsregelingen beschikbaar stellen die nodig zijn om aan de bestaande contractuele verplichtingen van het iMCI-bedrijf te voldoen — en om de groei van dat bedrijf mogelijk te maken —, evenals, waar mogelijk, de bestaande onderhoudsregelingen en garanties van MCI in gebruik te geven;

d) verbindt MCI zich ertoe tot de sluitingsdatum het iMCI-bedrijf te exploiteren op de wijze die in het verleden gebruikelijk was, met inbegrip van, zonder beperkingen, het volgens redelijk handelsgebruik werven en behouden van klanten van Internetdiensten en het ontwikkelen van het ruggengraatnet;

e) zal MCI de koper een licentie geven om de verworven ruggengraatactiva en/of de verworven activiteiten gedurende een periode van […] aan te kunnen duiden met „voorheen het InternetMCI-ruggengraatnet" en/of „voorheen het iMCI-bedrijf" (de nadere bepalingen zullen met de koper worden overeengekomen), en

f) zal MCI contractuele regelingen treffen om 1. basistransmissiediensten te bieden voor de overgedragen Internetactiviteiten en 2. internationale particuliere lijnen voor de overgedragen contracten beschikbaar te stellen.

II. Timing

6. De verkoop is afhankelijk van, en dient te geschieden voorafgaand aan of gelijktijdig met de sluiting van de fusieovereenkomst tussen MCI en WorldCom. De voorwaarden van de verkoop zijn onderworpen aan alle noodzakelijke toestemmingen van regelgevende instanties en de identiteit van de koper is onderworpen aan goedkeuring van het ministerie van Justitie van de Verenigde Staten en de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

III. De verkoop van het iMCI-bedrijf door de koper

7. […]

IV. Ondersteunende overeenkomsten

8. Indien de koper dit wenst, sluit MCI met de koper de volgende ondersteunende overeenkomsten om aan de transactie uitvoering te geven. Elk van deze contracten wordt gesloten voor een overgangsperiode ([…]) en een vervolgperiode van ([…]) [en over het algemeen tegen gunstiger tarieven]:

a) een raamovereenkomst inzake diensten, waarin de prijzen worden vastgesteld waartegen MCI diensten voor de koper zal verrichten ter ondersteuning van het iMCI-bedrijf dat wordt overgedragen. De raamovereenkomst omvat:

i) een collocatieovereenkomst voor een periode van maximaal […], krachtens welke MCI voldoende ruimte op MCI-locaties ter beschikking stelt voor de exploitatie van de activa die aan de koper worden overgedragen;

ii) een netwerkdienstenovereenkomst voor een periode van maximaal […], krachtens welke de koper van MCI voldoende transportcapaciteit kan verkrijgen om deze voor de verschaffing van Internetdiensten te gebruiken, en

iii) overeenkomsten inzake lokale toegang voor een periode van maximaal […], krachtens welke de koper lokale toegang tot het ruggengraatnet verkrijgt;

b) andere overeenkomsten voor een periode van maximaal […] ter ondersteuning van het onderhoud, de exploitatie en het verrichten van diensten en het beheer van het netwerk voor de klanten van het iMCI-bedrijf.

De nadere bepalingen van deze overeenkomsten worden tussen de partijen overeengekomen.

9. De bepalingen van deze verbintenissen vormen het minimale beschermingsniveau dat MCI/WorldCom de koper zal bieden.

V. **Tenuitvoerlegging**

10. De Commissie is bevoegd om, na een periode van […] na de vaststelling van deze beschikking, te allen tijde de aanmeldende partijen te gelasten overeenkomstig de bepalingen van punt 11 een „trustee" te benoemen om de in de punten 13 en 14 beschreven functies te vervullen.

11. a) Indien de Commissie besluit van de in punt 10 bedoelde bevoegdheid gebruik te maken, verlangt zij van de partijen dat deze haar binnen zeven dagen na ontvangst van het verzoek de namen mededelen van ten minste twee instellingen die van beide partijen onafhankelijk zijn en door de partijen voor benoeming als „trustee" geschikt worden geacht.

b) De Commissie is bevoegd om een van beide of beide voorgestelde namen goed te keuren of af te wijzen. Indien slechts één naam wordt goedgekeurd, wijzen de partijen deze instelling aan als „trustee". Indien meer dan één naam wordt goedgekeurd, staat het de partijen vrij om uit de goedgekeurde namen zelf de „trustee" te kiezen.

c) Indien alle ingediende namen worden afgekeurd, dienen de partijen binnen zeven dagen na ontvangst van de afwijzing de namen van ten minste twee andere instellingen in („de andere namen"). Indien slechts één andere naam wordt goedgekeurd, wijzen de partijen deze instelling aan als „trustee". Indien meer dan één andere naam wordt goedgekeurd, staat het de partijen vrij om uit de goedgekeurde namen zelf de „trustee" te kiezen.

d) Indien alle andere namen worden verworpen, wijst de Commissie de „trustee" aan die door de partijen wordt benoemd.

12. Zodra de Commissie een of meer van de ingediende namen heeft goedgekeurd of een „trustee" heeft aangewezen, benoemen de partijen de betrokken „trustee" binnen zeven dagen.

13. Het mandaat van de „trustee" omvat de volgende functies:

a) de „trustee" ziet erop toe dat de partijen de levensvatbaarheid en de marktwaarde van de activa en de bedrijfsactiviteiten die overeenkomstig de verbintenissen zullen worden afgestoten in stand houden, en dat de betrokken activa en activiteiten in overeenstemming met hun status op onafhankelijke, „arm's length"-basis worden geëxploiteerd tot de overdracht aan de koper;

b) de „trustee" ziet erop toe dat de partijen zich op bevredigende wijze van de verplichtingen kwijten die zij met deze verbintenissen zijn aangegaan. Met name zal de „trustee":

i) erop toezien en de Commissie mededelen of de procedure voor de selectie van de koper toereikend is en of de onderhandelingen correct verlopen;

ii) erop toezien en de Commissie mededelen of de overeenkomsten met de koper daadwerkelijk zullen leiden tot de afstoting, op de in de verbintenissen genoemde wijze, van de relevante activa en bedrijfsactiviteiten;

c) schriftelijk verslag aan de Commissie uitbrengen („de trusteeverslagen") over de met de uitvoering van zijn mandaat geboekte voortgang, waarbij hij aangeeft in welke opzichten hij eventueel

niet in staat was zich van zijn taak te kwijten. Deze verslagen worden maandelijks ingediend, met ingang van een maand na de datum van zijn benoeming, tenzij de Commissie andere tijdstippen of tijdvakken vaststelt.

14. Op elk ogenblik gedurende het mandaat van de „trustee" kan de Commissie, indien zij van mening is dat de verbintenissen niet op correcte wijze gestand worden gedaan, de „trustee" verzoeken de volgende bijkomende functies uit te voeren („het verzoek"), en het mandaat van de „trustee" wordt dan geacht dienovereenkomst verlengd te zijn. Indien er sprake is van een conflict met de oorspronkelijke functies, geeft de „trustee" voorrang aan de vervulling van deze bijkomende functies.

a) de „trustee" zorgt ervoor dat alle activa en activiteiten in overeenstemming met hun status op onafhankelijke, „arm's length"-basis worden geëxploiteerd;

b) de „trustee" zorgt ervoor dat alle relevante bedrijfsactiva en -activiteiten op correcte wijze worden afgestoten;

c) de „trustee" dient in zijn verslagen, of uiterlijk binnen een maand na ontvangst van het verzoek, bij de Commissie een voorstel in voor de methode en het tijdschema die zijns inziens bij de afstoting van de relevante activa en activiteiten in overeenstemming met de verbintenissen zouden moeten worden gehanteerd. De Commissie zal zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is het voorstel goedkeuren of aangeven welke wijzigingen zij daarin eventueel wenst aan te brengen;

d) de „trustee" verstrekt in zijn verslagen, of zodra onderhandelingen met gegadigde kopers zijn begonnen, voldoende informatie aan de Commissie om haar in staat te stellen zich over de geschiktheid van de betrokken kopers een oordeel te vormen;

e) de „trustee" breekt de onderhandelingen met gegadigde kopers af, of draagt de partijen op de onderhandelingen af te breken, indien het de Commissie voorkomt dat de onderhandelingen met een ongeschikte koper worden gevoerd;

f) de „trustee" legt de Commissie binnen […] (of een andere door de Commissie te bepalen termijn) na ontvangst van het verzoek ter goedkeuring een overeenkomst voor de verkoop van het gehele iMCI-bedrijf aan een geschikte koper voor; deze overeenkomst moet voor zowel koper als verkoper onvoorwaardelijk en onherroepelijk zijn, met uitzondering van de goedkeuring die de Commissie, en eventueel het ministerie van Justitie of de Federal Communications Commission van de Verenigde Staten, daarvoor moeten geven.

Niets in dit punt 14 mag leiden tot de afstoting van de activa en bedrijfsactiviteiten overeenkomstig de verbintenissen tot onmiddellijk voorafgaand aan of gelijktijdig met de sluiting van de fusieovereenkomst tussen de aanmeldende partijen.

15. De partijen verbinden zich ertoe de „trustee" alle bijstand en informatie te verstrekken, met inbegrip van kopieën van alle relevante documenten, die hij nodig heeft om zijn mandaat uit te voeren, en deze een redelijke vergoeding te betalen voor zijn diensten.

16. Indien MCI en WorldCom aankondigen dat hun voorgenomen fusie onherroepelijk van tafel is, wordt het mandaat of de mandaten van de „trustee" geacht te zijn vervallen en zijn benoeming geacht te zijn beëindigd.

17. De Commissie zal al het mogelijke doen om de aanmeldende partijen zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is, mede te delen of de voorgestelde koper(s) geschikt is (zijn). Bij haar beoordeling of een voorgestelde koper geschikt is, neemt de Commissie in aanmerking of de betrokken gegadigde i) haars inziens over de benodigde status en middelen beschikt om het iMCI-bedrijf op de lange termijn als levensvatbare concurrent van betekenis voor de partijen te exploiteren, ii) onafhankelijk is van de partijen, iii) aantoonbaar geen relevante commerciële banden van betekenis met de partijen onderhoudt, en iv) alle noodzakelijke toestemmingen voor de koop van de relevante mededingings- en andere regelgevende autoriteiten in de Europese Gemeenschap en elders heeft verkregen, of redelijkerwijs kan verkrijgen.".

VIII. BEOORDELING VAN DE VERBINTENISSEN

(137) Bij de beoordeling of de verbintenissen toereikend zijn, nam de Commissie als uitgangspunt dat, wanneer een afstoting zou worden aange-

boden als compensatie, het gezien WorldComs zeer sterke marktpositie noodzakelijk zou zijn dat deze afstoting op alle of vrijwel alle overlappende Internetactiviteiten van de fuserende partijen betrekking zou hebben. Voorts was de Commissie in verband met de hoge concentratiegraad op deze markt van mening dat het af te stoten bedrijfsonderdeel zoveel mogelijk als één geheel zou moeten worden behouden om een mogelijke concurrentiefactor te kunnen vormen, en dat het zou moeten worden verkocht aan een koper die in staat zou zijn om de partij die van de markt verdwijnt, te vervangen.

(138) Het oorspronkelijke voorstel van de partijen betreffende afstoting, waarbij een koper zou worden geselecteerd vooraleer de Commissie een eindbeschikking ten aanzien van de aanmelding zou geven, is op de markt getest, en de resultaten zijn gebruikt in verdere besprekingen met de partijen over een betere oplossing, die haar weerslag heeft gevonden in de verbintenissen.

A. RESULTATEN VAN DE MARKTTEST

(139) In het algemeen vielen de reacties op de markttests uiteen in twee brede categorieën. Eén groep was van mening dat afstoting, op welke schaal ook, niet voldoende zou zijn om de problemen met betrekking tot Internet weg te nemen, en dat slechts de regulering van interconnectie een oplossing zou kunnen vormen. De andere groep vond dat afstoting een mogelijke oplossing was, maar gaf de voorkeur eraan de dochteronderneming UUNet van WorldCom bij de afstoting te betrekken, en was in het algemeen sceptisch over de mogelijkheid om de Internetactiviteiten van MCI van haar algemene telecommunicatieactiviteiten te scheiden. Sommige respondenten waren echter van mening dat een volledige afstoting van de Internetwerken van MCI, indien haalbaar, de bezwaren uit het oogpunt van de mededinging zou kunnen wegnemen.

1. *Regulering*

(140) De Commissie heeft geen standpunt ingenomen ten aanzien van de vraag of regulering op lange termijn nodig zou zijn, maar heeft opgemerkt dat de bezwaren uit mededingingsoogpunt waartoe de aangemelde concentratie aanleiding geeft, slechts zouden kunnen worden weggenomen door een door de partijen voor te stellen wijziging, en dat regulering van het Internet in het kader van de onderhavige concentratie derhalve geen oplossing kon vormen.

2. *Technische aspecten*

(141) De bezwaren tegen de ontvlechting van de Internetactiviteiten en de telecommunicatieactiviteiten van MCI houden verband met zowel technische als commerciële en marketingaspecten. In het geval van MCI wordt dezelfde fysieke kabelinfrastructuur voor het vervoer van zowel telecommunicatie- als Internetverkeer gebruikt, en het overgrote deel van het verkeer dat via dit netwerk verloopt, is geen Internetverkeer. Het is ter kennis van de Commissie gebracht dat het, gezien het relatief kleine gedeelte van de totale capaciteit dat voor het doorgeven van Internetverkeer dient, niet mogelijk zou zijn voor Internetverkeer alleen een afzonderlijk fysiek kabelnetwerk af te splitsen. Volgens de door de partijen voorgestelde oplossing zou een koper derhalve kabelfaciliteiten in huur krijgen, met de nodige toegangs- en collocatierechten, om op basis van het fysieke netwerk van MCI een virtueel netwerk te kunnen exploiteren.

(142) Erkend wordt echter dat een dergelijke afhankelijkheidsregeling wellicht geen oplossing voor de lange termijn kan bieden. Opgemerkt is dat andere succesvolle „top level"-ISP's doorgaans „op faciliteitenbasis" opereren, dus hun eigen fysieke netwerk bezitten in plaats van deze te huren. Een ISP die permanent faciliteiten van een concurrent moet huren, is van die concurrent afhankelijk. Een aanvaardbare koper zou daarom in een positie moeten zijn om ofwel zijn verkeer min of meer onmiddellijk naar een bestaand alternatief netwerk over te brengen, ofwel binnen een redelijke termijn een eigen netwerk aan te leggen en het verkeer naar dit eigen netwerk te verplaatsen. Het meest geschikte type koper zou daarom op faciliteiten gebaseerd moeten zijn of kunnen worden en kan bijvoorbeeld een telefoonbedrijf met bestaande fysieke faciliteiten maar zonder Internetklantenbestand zijn of een Internetpartij die momenteel nog niet als top level-ISP actief is, maar dit met het juiste klantenbestand wel kan worden. De identiteit van de koper zou daarom belangrijk zijn, waarbij evenwel moet worden aangetekend dat de noodzaak om een fysiek netwerk te ontwikkelen een lagere drempel lijkt dan de noodzaak een klantenbestand te verwerven.

3. *Commerciële en marketingaspecten*

(143) Het tweede bezwaar dat aanvankelijk door de partijen, en later ook door een aantal respon-

denten op de markttest, werd genoemd, was dat het in commercieel en marketingopzicht voor MCI moeilijk zou zijn de telecommunicatiediensten van Internetdiensten te scheiden, omdat beide als één pakket aan de klanten werden aangeboden, ongeacht of zij juridisch al dan niet op afzonderlijke contracten waren gebaseerd. Sommige respondenten op de markttests schetsten een ander beeld en impliceerden dat het, althans wat de geraadpleegde klantengroep betreft, voor de meeste partijen niet moeilijk zou zijn om Internet- en telefoniediensten van verschillende aanbieders te kopen. Uit nader onderzoek is gebleken dat zelfs in gevallen waarin de klanten zowel telecommunicatie- als Internetdiensten van dezelfde aanbieder kochten, deze diensten vaak uit hoofde van afzonderlijke en scheidbare contracten werden geleverd.

(144) In het licht van het voorgaande heeft de Commissie geconcludeerd dat de afstoting van het Internetbedrijf van MCI, indien correct geconstateerd, een aanvaardbaar middel zou kunnen vormen om tegemoet te komen aan de bezwaren die in de onderhavige zaak tegen de concentratie bestaan.

B. HET TE VERKOPEN BEDRIJF

(145) Volgens de door de partijen voorgestelde oplossing zouden alle af te stoten activiteiten, collectief „het iMCI-bedrijf" genoemd, worden ondergebracht in een afzonderlijke volle dochteronderneming, NewCo, die als één geheel aan een enkele koper zou worden verkocht. […].

1. *Het netwerk en de daarmee verbonden activa*

(146) De activa en eigendomsrechten die zullen worden overgedragen, zijn in de verbintenissen nader beschreven. De koper van NewCo zou de volledige eigendom van bepaalde lichamelijke en onlichamelijke activa verwerven die nodig zijn om een Internetnetwerk tot stand te brengen (aansluitingen, „servers", schakelpunten, modems, poorten, relevante netwerkinfrastructuur, adresruimte, domeinnamen enz.). De koper zou echter (om de eerdergenoemde redenen) niet het onderliggende fysieke netwerk van MCI verwerven, maar de beschikking krijgen over huurrechten en andere contractuele rechten om de betrokken apparatuur te kunnen gebruiken (toegangsrechten, collocatierechten, enz.) en een virtueel netwerk te exploiteren op basis van de fysieke infrastructuur van MCI.

(147) Een belangrijk deel van het dienstenaanbod van een „top level"-ISP is het vermogen om „peering"-interconnectie met andere aanbieders in vergelijkbare posities te handhaven. De verbintenis zou de koper „peering" garanderen voor een periode van vijf jaar […]. Hoewel de verbintenissen niet kunnen garanderen dat de koper in staat zal zijn om „peering"-interconnectie met andere „top level"-netwerken in stand te houden, zou het feit dat „peering" met het — ondanks de afstoting — grootste netwerk gegarandeerd is, samen met het verkeer dat de koper zal genereren, de koper de middelen verschaffen om universele connectiviteit te kunnen blijven bieden.

(148) Met betrekking tot de huur-, toegangs- en collocatierechten zouden […] voorwaarden worden geboden […], waarna MCI WorldCom diensten […] voorwaarden zou bieden voor nog eens […], indien dit noodzakelijk is. Aangezien het wenselijk is dat de koper te zijner tijd op basis van eigen faciliteiten zal opereren, moet worden onderzocht of deze regelingen voldoende tijd bieden voor het migreren van verkeer naar een nieuw netwerk. Ramingen van derden van de daarvoor benodigde tijd variëren van vrijwel geen, indien de koper reeds over eigen faciliteiten beschikt, tot perioden van […] voor een koper die vanaf de grond een netwerk moet opbouwen. De […] periode […] zou voldoende moeten zijn om de verplaatsing van alle relevante activiteiten naar het alternatieve netwerk mogelijk te maken en dat netwerk in staat te stellen volledig onafhankelijk van MCI te functioneren. In het licht van deze overwegingen worden de verbintenissen op dit punt toereikend geacht.

2. *De werknemers*

(149) De resultaten van de markttest geven aan dat een Internetbedrijf van de omvang van de Internetactiviteiten van MCI honderden werknemers nodig kan hebben om het bedrijf te laten lopen. De partijen hebben de Commissie te kennen gegeven dat voor de Internetactiviteiten van MCI ongeveer 800 werknemers nodig zijn en dat zij deze indien gewenst, ter beschikking van de koper zouden stellen. Het aantal werknemers zou echter in hoge mate van de identiteit van de koper en van diens betrokkenheid bij hetzelfde type Internetactiviteiten als MCI afhangen. Daarom zou het aantal over te dragen werknemers in de verbintenissen als punt van onderhandeling aan de verkoper en de koper worden overgelaten.

3. *De bedingen inzake onthouding van concurrentie/werving*

(150) De verbintenissen bevatten bepalingen betreffende de onthouding van werving en van het sluiten van contracten […].

4. *Het klantenbestand*

(151) Het klantenbestand kan worden onderverdeeld in drie brede categorieën: ISP-klanten (wederverkopers), klanten voor speciale („dedicated") toegang (eindgebruikers) en klanten voor toegang via openbare lijnen. Deze laatste categorie omvat zowel huishoudens als zakelijke gebruikers.

i) **ISP-klanten**

(152) Tot de verbintenissen behoort de afstoting van […] ISP-klanten. Met betrekking tot de overdracht van deze groep klanten doen zich geen bijzondere vraagstukken voor, hoewel opgemerkt moet worden dat deze groep waarschijnlijk het grilligst zal zijn wat hun bereidheid betreft om op een andere aanbieder over te stappen, indien niet voldoende aan hun wensen wordt voldaan. MCI WorldCom zou gedurende twee jaar geen overeenkomsten met deze categorie klanten mogen sluiten, en deze dus niet kunnen „teruglokken", zelfs indien zij besluiten om niet bij de nieuwe aanbieder te blijven. Dit zou moeten voorkomen dat met betrekking tot deze groep klanten de concentratie tot een vergroting van de marktmacht zou leiden.

ii) **Klanten voor speciale („dedicated") toegang**

(153) De verbintenissen zouden de overdracht van […] de klanten in deze categorie aan NewCo omvatten. Voor de meerderheid van deze klanten is er geen juridische belemmering voor overdracht, en zij zullen worden overgedragen. Er is echter een kleine categorie klanten met zogenoemde „niet-overdraagbare" contracten. Deze contracten bevatten een verbod van overdracht, hetzij absoluut, hetzij afhankelijk van de instemming van de klant. De contracten waarvan het verbod voorwaardelijk is, kunnen een extra beding bevatten dat de toestemming tot overdracht niet onredelijk mag worden geweigerd. […].

(154) Het zou te verwachten zijn dat slechts de grotere en belangrijkere klanten over „niet-overdraagbaarheids"-bedingen zouden beschikken. Dit is echter niet noodzakelijk het geval. Of een dergelijk beding is opgesteld, hangt in de eerste plaats af van de vraag of de betrokken klant hierom heeft verzocht. Klanten die over de onderhandelingspositie beschikken om een dergelijk beding te verkrijgen, zijn niet per se grote afnemers van Internetdiensten en kunnen bijvoorbeeld grote kopers van telecommunicatiediensten van MCI zijn die slechts in betrekkelijk geringe mate Internetdiensten afnemen. […].

(155) In de verbintenissen wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat sommige klanten niet kunnen worden overgehaald. De partijen zijn van mening dat het vereiste om alle klanten over te dragen, ongeacht het bestaan van dergelijke bedingen, het resterende geringe aantal klanten onevenredige onderhandelingsmacht zou opleveren, omdat zij als prijs voor hun instemming onredelijke eisen kunnen stellen. Dit zou vooral het geval zijn indien de betrokken klanten hun niet-Internetaankopen als tegenprestatie in de onderhandelingen zouden kunnen gebruiken. De partijen hebben derhalve voorgesteld dat zij niet verplicht zouden zijn om contracten [voor meer dan 90 %] van de totale inkomsten uit speciale („dedicated") toegang over te dragen en dat hen een marge zou worden gegund van […]. Dit cijfer van […] van de inkomsten uit speciale toegang komt overeen met ongeveer […] van de totale Internetinkomsten van MCI. […]. Het […] percentage van niet-overgedragen klanten vormt het plafond, en het werkelijke restpercentage kan zeer wel lager zijn.

(156) Voor contracten die niet kunnen worden overgedragen, hebben de partijen zich ertoe verbonden in elk geval het verkeer op het netwerk van de koper over te brengen en […] van de aldus verkregen inkomsten aan de koper te betalen. In de praktijk zou het onderdeel vervoer van het verkeer dus door de koper worden verzorgd en zou de verbinding met de klant op detailhandelsniveau bij MCI WorldCom blijven. Zodra de betrokken contracten aflopen, zouden de bepalingen inzake de onthouding van werving en concurrentie beletten dat de betrokken ondernemingen zich voor hun ISP-diensten tot andere ondernemingen dan de fuserende partijen wenden. De resterende marktpositie die MCI WorldCom ontleent aan het behoud van het detailhandelsgedeelte van deze categorie contracten is gering en wordt niet geacht tot enige uitbreiding van betekenis van de reeds bestaande marktmacht te zullen leiden.

(157) In de eerste plaats moet ervoor worden gewaakt dat de overgedragen klanten naar MCI World-

Com terugkeren en daardoor de sterke machtspositie van MCI WorldCom verder uitbreiden. De non-concurrentiebepalingen dragen ertoe bij dat dit wordt verhinderd, omdat, zelfs indien de overgedragen klanten de voorkeur eraan geven niet bij NewCo te blijven (een besluit dat zal worden beïnvloed door het vermogen van NewCo om haar positie op de markt te handhaven), de non-concurrentiebepalingen eraan in de weg staan dat MCI WorldCom deze klanten werft of contracten met hen sluit, zulks voor een periode van minimaal 18 maanden voor speciale („dedicated") toegang (of twee jaar voor ISP's). Voorzover de klanten van NewCo derhalve gedurende de relevante non-concurrentieperiode bij afloop van hun contract voor een andere onderneming kiezen, zou de vraag naar betrokken diensten derhalve aan concurrenten van MCI WorldCom, en niet aan MCI WorldCom zelf ten deel vallen.

iii) **Toegang voor eindgebruikers via openbare lijnen („retail dial-up")**

(158) De partijen hebben aangeboden om de klanten voor toegang via openbare lijnen ter beschikking van de koper te stellen, hoewel de koper volgens de verbintenissen niet verplicht is om deze klanten te accepteren. Tot deze categorie klanten behoren zowel zakelijke klanten zonder speciale („dedicated") toegang als privé-personen. Volgens de partijen vertegenwoordigt deze groep minder dan […] van het MCI-bedrijf in inkomsten, maar slechts […] in verkeer […].

(159) Aangezien deze klanten slechts […] van het verkeer van MCI uitmaken en per definitie geen aanbieders van inhoud zijn, kan het MCI WorldCom worden toegestaan deze klanten te behouden zonder risico dat de marktmacht hierdoor aanzienlijk zou toenemen. Desalniettemin kan het belang van deze klanten in de toekomst toenemen, met name indien het Internet door de technologische ontwikkelingen in commercieel aanzienlijke mate zal worden gebruikt voor het vervoer van verkeer dat thans nog over traditionele spraaktelefoniecircuits verloopt. Indien dit gebeurt, kan worden verwacht dat het aanbieden van deze Internetdiensten aan huishoudens ten opzichte van het aanbieden van traditionele telefoniediensten winstgevender zal worden.

(160) In de verbintenissen wordt derhalve voorgesteld om dit klantenbestand als onderdeel van het pakket aan de koper aan te bieden maar het aan de koper over te laten om te beslissen of hij dit al dan niet overneemt.

(161) In het meest pessimistische scenario zou in termen van inkomsten 5 % van de klanten van speciale („dedicated") toegang naar MCI WorldCom kunnen terugkeren zodra dit mogelijk is, en zouden de klanten van toegang via openbare lijnen (dial-up) in de boeken van MCI WorldCom blijven. Zelfs dit zou echter een marginale versterking van de marktpositie van MCI WorldCom betekenen en geen gevolgen hebben voor de conclusie dat de bezwaren waartoe de concentratie aanleiding gaf vanuit het oogpunt van de mededinging, zijn weggenomen.

5. Diensten met toegevoegde waarde

(162) Sommige respondenten op de markttests hebben gesuggereerd dat een bedrijf dat Internettoegang verkoopt, op zich niet zou kunnen functioneren, tenzij het in staat zou zijn om een aantal specifieke diensten met toegevoegde waarde te leveren, of dat de verrichter van dergelijke diensten de keuze van de aanbieder van Internettoegang zou kunnen beïnvloeden en dat al deze diensten zouden moeten worden afgestoten. Het ging hierbij om de volgende diensten: „web hosting", „managed firewalls", Intranet en Extranet. De partijen hebben ermee ingestemd om „web hosting" en „managed firewalls" tot de af te stoten activa te rekenen, maar hebben aangevoerd dat Intranets en Extranets geen deel van het openbare Internetnetwerk uitmaken en het verkeer via deze netten niet tot een sterke machtspositie op het openbare Internet zou bijdragen. Hoewel bovendien de diensten met toegevoegde waarde die in dit verband meestal worden genoemd, door de ISP die de openbare toegang tot het Internet levert kunnen worden verricht, is dit niet noodzakelijk het geval. De verschillende diensten kunnen door verschillende ISP's aan de klanten worden geleverd, en de diensten met toegevoegde waarde kunnen door ondernemingen die niet als ISP actief zijn, worden geleverd.

(163) Met betrekking tot de vraag of het noodzakelijk was om Intranets en Extranets tot de over te dragen activa te rekenen, was de eerste moeilijkheid een definitiekwestie. Gesuggereerd is dat Intranets in het algemeen van virtuele particuliere netwerken kunnen worden onderscheiden doordat deze laatste gebruikmaken van het TCP/IP-protocol. Het is echter gebleken dat sommige virtuele netwerken (VPN's) die dit protocol gebruiken, op X.25, „Frame Relay" of ATM gebaseerd kunnen zijn, en dat TCP/IP mogelijk niet het enige protocol is dat over het onderliggende VPN wordt gebruikt, of zelfs dat het Internetcomponent van het VPN zeer klein kan zijn. Tevens is gebleken dat Intranets en Extranets in het algemeen minder complex zijn

dan een openbaar Internetnetwerk en in beginsel gemakkelijker te gebruiken zijn, zonder dat daarvoor de bijzondere vaardigheden nodig zijn die het Internet van de gebruiker vergt. Het is twijfelachtig of het aanbieden van Intranet of Extranet een opstap naar het aanbieden van Internetdiensten kan verschaffen. Dit lijkt minder het geval te zijn voor „web hosting"- en „managed firewall"-diensten, die voor netwerken met een openbare Internetverbinding nodig zijn.

C. TENUITVOERLEGGING

(164) Er heeft een briefwisseling plaatsgevonden tussen de directeur-generaal van het directoraat-generaal Concurrentie en de Assistant Attorney General die leiding geeft aan de Antitrust-afdeling van het ministerie van Justitie (DoJ) van de Verenigde Staten van Amerika, in overeenstemming met artikel IV van de overeenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en de regering van de Verenigde Staten van Amerika betreffende de toepassing van hun mededingingsregels ([10]), waarin de Commissie om samenwerking met het DoJ verzocht ten aanzien van de verbintenissen die zowel aan de Commissie als het DoJ waren aangeboden. Het DoJ heeft bevestigd dat het alle noodzakelijke en passende stappen zal ondernemen om deze te evalueren en, indien het de verbintenissen toereikend acht, naar de daadwerkelijke tenuitvoerlegging daarvan te zullen streven.

IX. **CONCLUSIE**

(165) De aangemelde fusie tussen MCI en WorldCom dient verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-Overeenkomst te worden verklaard op voorwaarde dat de in hoofdstuk VII van deze beschikking uiteengezette verbintenissen die de aanmeldende partijen jegens de Commissie zijn aangegaan, volledig worden nageleefd,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De concentratie die op 20 november 1997 door WorldCom, Inc. en MCI Communications Corporation is aangemeld en die de volledige fusie van de aanmeldende partijen betreft, wordt verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-Overeenkomst verklaard op voorwaarde dat de in hoofdstuk VII van deze beschikking uiteengezette verbintenissen die de aanmeldende partijen jegens de Commissie zijn aangegaan, volledig worden nageleefd.

Artikel 2

Deze beschikking is gericht tot:

WorldCom, Inc.
515 East Amite Street
Jackson
Mississippi 39201-2702
USA

en

MCI Communications Corporation
1801 Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20006-3060
USA.

Gedaan te Brussel, 8 juli 1998.

Voor de Commissie
Karel VAN MIERT
Lid van de Commissie

([10]) PB L 95 van 27.4.1995, blz. 47.