II

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

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 28 juni 2000

waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst

(Zaak nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint)

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2000) 1693)

(Slechts de Engelse tekst is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2003/790/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,

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 3,

Gelet op het besluit van de Commissie van 21 februari 2000 om in de onderhavige zaak de procedure in te leiden,

Na de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt ten aanzien van de door de Commissie aangevoerde bezwaren kenbaar te maken,

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

Overwegende hetgeen volgt:

(1) Op 11 januari 2000 werd bij de Commissie, overeenkomstig artikel 4 van Verordening (EEG) nr. 4064/89, een voorstel voor een concentratie aangemeld waarbij MCI WorldCom, Inc. (MCI WorldCom) via aandelenruil met Sprint Corporation (Sprint) fuseert, in de zin van artikel 3, lid 1, onder a).

I. DE PARTIJEN

(2) MCI WorldCom en Sprint zijn wereldwijd opererende communicatiebedrijven. MCI WorldCom levert ondernemingen en consumenten een breed scala van telecommunicatiediensten, waaronder gratis lokaal, interregionaal en internationaal telefoneren, het aanbieden van telefoon- en debetkaartdiensten en internetdiensten, op faciliteitenbasis. Sprint biedt in de Verenigde Staten lokale, langeafstands- en draadloze communicatie alsmede internetdiensten aan. In Europa voerde Sprint zijn activiteiten uit via Global One, een joint venture met Deutsche Telekom en France Telecom waaruit Sprint zich intussen heeft teruggetrokken.

[1] PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1. Rectificatie in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13.

[2] PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1. Rectificatie in PB L 40 van 13.2.1998, blz. 17.

[3] PB C 277 van 18.11.2003.

II. **DE TRANSACTIE EN CONCENTRATIE**

(3) Op 4 oktober 1999 sloten MCI WorldCom en Sprint een fusieovereenkomst en -plan, op grond waarvan de Sprint-aandelen worden geruild voor MCI WorldCom-aandelen. Sprint zal met MCI WorldCom fuseren en als afzonderlijke onderneming ophouden te bestaan, terwijl MCI WorldCom als enige van de twee ondernemingen zal overblijven. De voorgestelde concentratie is derhalve juridisch een volledige fusie in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van Verordening (EEG) nr. 4064/89 als gewijzigd.

III. **COMMUNAUTAIRE DIMENSIE**

(4) De ondernemingen in kwestie hebben wereldwijd een gecombineerde omzet van meer dan 5 miljard euro ([4]) […] (*) ([5]). Zowel MCI World als Sprint heeft een totale omzet in de Gemeenschap van meer dan 250 miljoen euro […]*. De twee ondernemingen behalen echter niet meer dan twee derde van hun totale omzet in de Gemeenschap in dezelfde lidstaat.

(5) De aanmeldende partijen betwistten in hun schrijven van 20 en 26 oktober 1999 en daarna in hun reactie op de mededeling van punten van bezwaar de „communautaire dimensie" van hun transactie. Bij de berekening van de omzet van Sprint overeenkomstig artikel 5 van de concentratieverordening, had het aandeel van Sprint in de omzet van Global One volgens de partijen niet meegenomen moeten worden.

(6) Bij toepassing van artikel 4, lid 1, van de concentratieverordening had de transactie in deze zaak moeten zijn aangemeld binnen één week na de ondertekening van een bindende fusieovereenkomst. Voor het berekenen van de omzet om te bepalen of de concentratie een communautaire dimensie heeft, moet derhalve worden uitgegaan van de situatie op het tijdstip dat de overeenkomst feitelijk wordt ondertekend of anders uiterlijk op het tijdstip dat de meldplicht ontstaat ([6]). De omzet uit bepaalde activiteiten mag slechts worden uitgesloten wanneer de aangemelde overeenkomst een bepaling bevat die er onherroepelijk toe verplicht deze activiteiten vóór de inwerkingtreding van de overeenkomst af te stoten of wanneer deze activiteiten zijn afgestoten tussen het moment waarop de rekeningen worden afgesloten en de ondertekening van de definitieve fusieovereenkomst.

(7) Aangezien Sprint zich op het moment van ondertekening van de fusieovereenkomst nog niet uit Global One had teruggetrokken en dit ook geen vooraf te vervullen voorwaarde voor de aangemelde concentratie was, heeft de aangemelde transactie een communautaire dimensie.

IV. **PROCEDURE**

A. *PROCEDURELE KWESTIES*

(8) Op 2 februari 2000 verplichtten de aanmeldende partijen zich er overeenkomstig artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening toe dat Sprint al het mogelijke zou doen om zonder nodeloos uitstel haar terugtrekking uit Global One te voltooien. In de tussentijd zou Sprint op geen enkele wijze in het dagelijks beheer van Global One participeren. De partijen stelden dat de terugtrekking van Sprint uit Global One niet alleen zal leiden tot een significante vermindering van de overlappingen op de markt van internationale telecommunicatiediensten ten behoeve van andere telecommunicatiebedrijven („carrier services") en van mondiale telecommunicatiediensten („global telecommunication services") voor multinationale ondernemingen, maar ook eventuele bezwaren zou wegnemen aangaande de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met enigerlei betroffen markt.

(9) Op 21 februari 2000 kwam de Commissie na onderzoek van de aanmelding tot de conclusie dat de voorgestelde verbintenis onvoldoende was om de bezwaren waartoe de voorgestelde transactie uit mededingingsoogpunt aanleiding had gegeven weg te nemen, zodat deze in het toepassingsgebied van de concentratieverordening kwam te vallen en aanleiding gaf tot ernstige twijfels over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt. De Commissie besloot derhalve om overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder c), van de concentratieverordening de procedure in te leiden.

(10) Op 9 en 14 maart 2000 vroeg de Commissie de partijen overeenkomstig artikel 11 van Verordening nr. 4064/89 om aanvullende inlichtingen. De termijn voor het verstrekken van deze inlichtingen verstreek op 17 maart 2000 om 12.00 MET. Op het tijdstip waarop de door de Commissie gestelde termijn verstreek, hadden de partijen de verzoeken niet volledig beantwoord.

(*) Gedeelten van deze tekst zijn bewerkt om te voorkomen dat vertrouwelijke informatie wordt bekendgemaakt. Deze gedeelten staan tussen vierkante haken en zijn aangegeven met een asterisk.

([4]) De omzet is berekend overeenkomstig het bepaalde in artikel 5, lid 1, van de concentratieverordening en de mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de omzet (PB C 66 van 2.3.1998, blz. 25). Voorzover in de cijfers ook de omzet van de periode vóór 1 januari 1999 is opgenomen, zijn deze berekend op basis van gemiddelde ecu-wisselkoersen en omgerekend naar euro in de verhouding 1:1.

([5]) De omzet van Sprint omvatte een derde van de omzet van Global One, aangezien het telecombedrijf in deze joint venture een van de drie aandeelhouders met beheersende invloed was.

([6]) Mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de omzet (PB C 66 van 2.3.1998, blz. 25), paragraaf 27.

(11) Bij beschikking van 20 maart 2000 verlangde de Commissie van MCI WorldCom en Sprint dat zij haar uiterlijk op 24 maart 2000 om 08.00 MET de nog niet verstrekte gegevens zouden overleggen die zij nodig had om haar onderzoek te voltooien. Op 24 en 27 maart 2000 werden de gevraagde gegevens verstrekt. Het gevolg hiervan was dat de in artikel 9 van de uitvoeringsverordening ([7]) bedoelde definitieve termijn waarop de Commissie een beschikking overeenkomstig artikel 8 moest geven, werd verlengd van 4 tot 12 juli. Op 27 maart 2000 stelden de partijen in hun reactie op de mededeling van punten van bezwaar dat zij de gevraagde gegevens op vrijdag 24 maart via e-mail hadden verstrekt. In een schrijven van 26 mei gaven zij echter te kennen dat het elektronisch exemplaar van het antwoord op de overeenkomstig artikel 11 gegeven beschikking pas volledig was toen op 27 maart het overeenkomstig artikel 11 gegeven antwoord in gedrukte vorm was overgelegd. Gezien de datum waarop de onderhavige beschikking werd gegeven, kan de kwestie van de correcte indientermijn onverlet worden gelaten.

(12) De Commissie stuurde de partijen op 3 mei 2000 een mededeling van punten van bezwaar, waarop deze op 22 mei antwoordden. Op verzoek van derde partijen werd op 30 mei een hoorzitting gehouden. Op 27 juni 2000 stelden de partijen de Commissie in kennis van hun voornemen de aanmelding formeel in te trekken omdat zij niet langer van plan waren de voorgestelde fusie uit te voeren op de wijze zoals die was weergegeven in de aanmelding. Dit leidde echter niet tot een formele intrekking van de op 4 oktober 1999 ondertekende fusieovereenkomst, die het voorwerp van de aanmelding vormde. Bovendien lieten de partijen voor zichzelf de mogelijkheid open om de voorgestelde fusie anders uit te voeren dan weergegeven in de aanmelding. Vandaar dat de Commissie een dergelijke kennisgeving niet als een formele intrekking van de transactie kon aanvaarden.

B. *SAMENWERKING MET HET AMERIKAANS MINISTERIE VAN JUSTITIE*

(13) Het fusievoorstel van MCI WorldCom en Sprint is onder meer ter kennis gebracht van de antitrustafdeling van het Amerikaanse ministerie van Justitie (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 het DoJ en de Commissie hebben gereageerd, waren bereid de beide instanties toestemming te geven voor de uitwisseling van inlichtingen, of dienden dezelfde antwoorden in bij beide instanties.

(14) In de loop van het onderzoek en de analyse van het fusievoorstel hebben de beide instanties in aanzienlijke mate samengewerkt, onder meer door de uitwisseling van hun voorlopige oordeel over het analytische raamwerk, door gecoördineerde verzoeken om informatie, door de aanwezigheid van waarnemers van het DoJ bij de hoorzitting en van functionarissen van de Commissie bij een „Pitch Meeting" op het DoJ, en door gezamenlijke bijeenkomsten met de aanmeldende partijen.

(15) Op 15 mei deed de directeur-generaal Concurrentie de Amerikaanse staatssecretaris van Justitie een schrijven toekomen waarin hij om de samenwerking van het DoJ verzocht bij het beoordelen van de effecten van de fusie op de Amerikaanse markt voor langeafstandscommunicatie en van de gevolgen ervan voor de internationale telefonie.

V. **BEOORDELING VANUIT HET OOGPUNT VAN DE MEDEDINGING**

A. *HET INTERNET*

ACHTERGROND

(16) Het internet is een „netwerk van netwerken" waarover tussen twee of meer computers databits worden getransporteerd via duizenden met elkaar verbonden netwerken. Van de providers (aanbieders) van Internetconnectiviteit beheren er ongeveer driehonderd een netwerk voor langeafstandstransmissie. Samen vormen die netwerken de internationale „backbone" (ruggengraat) van het wereldomvattende Internet. Een handvol van die providers beheert een netwerk dat in verbinding staat met meerdere landen in meer dan één regio. Geschat wordt dat de tien grootste providers van internetconnectiviteit 70 % van de internationale internetbandbreedte controleren ([8]). Een aantal daarvan is op regionaal niveau actief (Europa, Verenigde Staten en Azië). Ook is er een steeds groter aantal nationale providers. Daarnaast zijn er academische en onderzoeksnetwerken die op regionale basis internationale connectiviteit aanbieden ([9]).

(17) Eindgebruikers kunnen toegang tot internet krijgen via „Internet Service Providers" (ISP's), die toegang tot internet en daarmee verband houdende diensten aanbieden, via telecommunicatie- en datacommunicatiebedrijven, alsook via ondernemingen in andere bedrijfstakken, die toegang tot internet aanbieden als een manier om hun producten te verkopen. De grotere providers van internetconnectiviteit verzorgen vervolgens de onderliggende connectiviteit tussen de verschillende ISP's, „content providers" („aanbieders van informatie"), websites, enz. en andere netwerkproviders. Eindgebruikers kunnen particulieren, bedrijven, overheidsinstellingen of universiteiten zijn. Aangezien de gebruikers universele connectiviteit nodig hebben en eisen, moeten de providers van internetconnectiviteit met alle delen van het internet zijn verbonden.

([7]) Verordening (EG) nr. 447/98 van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden (PB L 61 van 2.3.1998, blz. 1).

([8]) TeleGeography 2000, blz. 106.

([9]) […]*.

Interconnectie

(18) Een provider van internetconnectiviteit heeft twee mogelijkheden om connectiviteit te verwerven: a) via transitovereenkomsten, die toegang bieden tot het wereldomspannende internet, en b) via „peering"-overeenkomsten, die voorzien in de uitwisseling, op specifieke punten, van ruwweg gelijke hoeveelheden dataverkeer tussen twee netwerken met een min of meer gelijke geografische dekking, met als eindbestemming het andere netwerk.

a) **Transit**

(19) Transit is een commerciële dienst waarbij tegen betaling toegang tot het internet wordt geboden. Transit kan drie vormen aannemen: „dedicated access" („toegang op maat", d.w.z. een eigen, vaste verbinding voor een andere netwerkprovider of grotere klanten), of „dial-up access" (toegang via een kiesaansluiting), hetzij op detailhandels- (voor particulieren en zakelijke gebruikers) of groothandelsniveau (voor ISP's) ([10]).

b) **Peering**

(20) „Peering" behelst een overeenkomst tussen twee netwerkbeheerders die zich ertoe verbinden verkeer van elkaars klanten te aanvaarden dat bestemd is voor een punt op hun respectieve netwerken.

(21) „Peering" kan worden onderverdeeld in „publieke" en „private peering" (ook wel „direct peering" genoemd). Van „publieke peering" is sprake wanneer een aantal providers van internetconnectiviteit overeenkomen om op een openbaar interconnectiepunt, vaak aangeduid als nationaal aansluitpunt of „NAP", verkeer uit te wisselen. „Private peering" vindt plaats tussen grote providers van internetconnectiviteit, op speciale punten die voor beide netwerken geschikt zijn.

(22) „Peering" ontstond toen netwerken van min of meer gelijke grootte overeen kwamen verkeer uit te wisselen. De eerste punten voor interconnectie op basis van „peering" waren de NAP's, die werden gecreëerd nadat het internet door de Amerikaanse regering was geprivatiseerd. Deze NAP's zijn eigendom en worden beheerd door commerciële entiteiten, zoals MCI WorldCom en Sprint. De commercialisering van het internet in de jaren negentig leidde ertoe dat veel NAP's tijdens de overgang naar een volledig commerciële markt verstopt raakten. NAP's hebben nog steeds te kampen met congestie en worden hoofdzakelijk gebruikt door de kleinere (secundaire) providers, die niet dezelfde behoefte aan interconnecties van hoge capaciteit hebben als de providers van universele internetconnectiviteit, verder „top-level"-providers genoemd. Als reactie op de congesties in de NAP's schakelden beheerders van grotere netwerken die op de NAP's een aanzienlijke hoeveelheid verkeer met elkaar hadden uitgewisseld, over op „direct peering"-overeenkomsten en brachten interconnectie tot stand op punten die voor beide netwerken geschikt waren. Bij beheerders van grotere netwerken geniet dit nog steeds de voorkeur. Doorgaans maken die gebruik van particuliere interconnectiepunten (met wat openbare connectiepunten van providers die zijn overgenomen), terwijl beheerders van kleinere netwerken voor hun aansluitingen de openbare interconnectiepunten gebruiken.

(23) Het belang van „private peering" is ook gebleken uit het feit dat grote zakelijke afnemers particuliere interconnectiepunten eisen. Veel afnemers die een uitnodiging doen tot het indienen van voorstellen voor GTS („wereldomvattende telecomdiensten"), eisen dat providers van internetconnectiviteit die een bod doen, beschikken over een zeker volume aan „private peering" met bepaalde „top-level"-providers (zowel wat betreft het aantal interconnectiepunten als de uitgebreidheid van de interconnecties). Dit is nodig omdat het de betrouwbaarheid van de dienst vergroot.

(24) „Top-level" providers treffen het liefst een „peering"-regeling op private basis en zonder betaling met transporteurs die beschikken over netwerken die een vergelijkbare omvang, verkeersvolume, geografische reikwijdte en kwaliteit hebben. Dit stelt hen in staat alle abonnementsgelden te behouden zonder iets aan de andere netwerkprovider te hoeven betalen. Bij een evenwichtige verkeersstroom hebben beide partijen baat bij een dergelijke regeling. Een evenwicht in geografische dekking zorgt ook voor meer gelijkheid wat betreft netwerkkosten (providers ervaren een economische prikkel om het verkeer dat voor hun „peers" is bestemd, af te geven op het dichtstbijzijnde interconnectiepunt om de netwerkkosten te beperken). Dit betekent dat „top-level" providers bij voorkeur geen „peering"-regeling aangaan met partijen die geen vergelijkbaar grote verkeersvolumes moeten verwerken en waarvan het netwerk geen min of meer gelijke geografische dekking heeft. Zodra de onevenwichtigheid in het verkeer te groot wordt, is het voor de grotere provider gunstiger om een vergoeding voor de interconnectie te vragen […]* ([11]) […]* ([12]) […]*.

c) **Verschillen tussen „peering" en transit**

(25) Transit en „peering" verschillen op drie punten van elkaar:

— De partij die transitdiensten ontvangt, heeft een wereldomvattende, speciale (altijd verbonden) connectiviteit, d.w.z. zij kan data verzenden c.q. ontvangen via alle routes waarover de provider en zijn „peers" beschikken, en heeft daardoor toegang tot nagenoeg alle punten op het internet, en niet alleen tot de punten (klanten) op het netwerk van de transitaanbieder zelf.

([10]) De verbinding wordt gemaakt via een modem en ISP's worden gefactureerd op basis van feitelijk gebruik. De grotere ISP's, zoals AOL, Earthlink, Mindspring, MNS en Prodigy, kopen „dial-up access" op groothandelsniveau.

([11]) […]*.

([12]) […]*.

— Transit wordt verstrekt als een commerciële dienst, d.w.z. tegen betaling, en omvat ook technische support en klantenservice.

— De relatieve infrastructuurkosten worden anders over de twee netwerken verdeeld dan bij een „peering"-regeling (in het geval van „peering" draagt elke partij zijn deel van de infrastructuurkosten; in het geval van transit zijn de vaste infrastructuurkosten die aan het verstrekken van connectiviteit zijn verbonden, voor rekening van de transitaanbieder, en betaalt de klant voor de dienst).

(26) „Peering" is in wezen een soort ruilhandel (hoewel sommige providers van internetconnectiviteit betaalde „peering" aanbieden). Wat de verkeersstroom betreft, gaat over de netwerken van de twee partijen in grote lijnen evenveel verkeer. Beide netwerken laten elkaar meeprofiteren van hun klantenbestand. Om te voorkomen dat de partijen op ongelijke wijze van de relatie profiteren, kan geen van hen het netwerk van de ander gebruiken als „default route", de route die men gebruikt als men niet weet hoe een bestemming te bereiken. Als „peer" A verkeer van „peer" B ontvangt, zal A onder de „peering"-overeenkomst met B geen verkeer van B doorgeven naar een andere „peer" van A (C). Om verkeer naar C te kunnen zenden, moet B ofwel een „peering"-overeenkomst met C sluiten of transit van C of een andere provider kopen.

(27) „Peering" is voordeliger dan het kopen van transit zolang nog niet teveel overeenkomsten op die basis zijn aangegaan. Hier zien wij de hiërarchische structuur van het internet. Deze is ook besloten in de ondernemingsstrategieën van de partijen. Als het voor hen voordeliger was geweest om transit te kopen dan „peering"-overeenkomsten te sluiten, dan hadden zij dat zeker gedaan. Uit het onderzoek van de Commissie is gebleken dat geen van de twee partijen bij de transactie voor connectiviteit betaalt. Zelf worden zij daarentegen wel betaald voor het verstrekken van connectiviteit. […]* ([13]).

(28) Zonder rechtstreekse verbinding moet het verkeer bovendien extra „hops" (d.w.z. tussenfasen in de transit) doorlopen, waardoor de kwaliteit van de dienst afneemt, wat zich vooral uit in een langere latentietijd (het transport duurt langer) en meer pakketten die verloren gaan. Een relatie op basis van „direct peering" stelt „peers" in staat dit soort problemen met de kwaliteit van de dienst tot een minimum te beperken. UUNet, de internetafdeling van MCI WorldCom, garandeert in zijn serviceovereenkomst een gemiddelde latentietijd per maand van maximaal 85 milliseconden voor een retour-transmissie over het netwerk van UUNet in Noord-Amerika en van maximaal 120 milliseconden voor een retour-transmissie tussen New York en het internationale knooppunt van netwerkkoppelingen van UUNET in Londen. […]* ([14]). In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar betwistten de aanmeldende partijen het belang van het beperken van het aantal „hops" voor de kwaliteit van de dienst, maar dit standpunt is door derden in de hoorzitting tegengesproken (zie overweging 63).

Intranetten en extranetten

(29) Een intranet is een particulier netwerk binnen een onderneming of organisatie. Het kan bestaan uit tal van onderling verbonden lokale netwerken (LAN's — „local area network") alsook gehuurde lijnen in een netwerk dat zich uitstrekt over een groter gebied (WAN — „wide area network"). Een intranet is gewoonlijk via een of meer gateways aan het internet verbonden. Een intranet is vooral bedoeld voor het verspreiden van bedrijfsinformatie en computerfaciliteiten onder het personeel. Het kan ook worden gebruikt voor het faciliteren van groepswerk en voor teleconferenties. Een intranet lijkt een privé-versie van het internet, die ondernemingen en organisaties in staat stelt om via het openbare netwerk privé-boodschappen van het ene naar het andere deel van hun intranet te versturen, onder toepassing van encryptie/decodering en andere beveiligingstechnieken.

(30) Grotere ondernemingen en organisaties bieden gebruikers de mogelijkheid om vanuit het intranet het voor iedereen toegankelijke internet te betreden, waarbij de veiligheid van het bedrijf wordt verzekerd door firewalls waarmee het verkeer in beide richtingen kan worden gecontroleerd.

(31) Wanneer een deel van een intranet wordt uitgebreid tot klanten, partners, leveranciers of anderen buiten de onderneming, dan wordt dat deel van het intranet een extranet. Een extranet vereist het opzetten van een firewall, de afgifte en het gebruik van verschillende gebruikersauthenticaties, de encryptie van boodschappen en het gebruik van „Virtual Private Networks" (VPN's) die door het openbare netwerk lopen. Een extranet kan worden gebruikt voor het uitwisselen van grote hoeveelheden gegevens, het verspreiden van productcatalogussen of het verstrekken c.q. verkrijgen van toegang tot diensten die door een onderneming of organisatie aan een groep andere ondernemingen worden verstrekt, zoals een applicatie voor telebankieren die door een onderneming in naam van gelieerde banken wordt beheerd.

([13]) Zie de voetnoten 11 en 12.

([14]) […]*.

Webhosting en datacentra

(32) Een hostingprovider biedt centra voor „webhosting" (of datacentra), die bestaan uit een gebouw met toegangscontrole waarin zich servers bevinden die worden beheerd vanuit een centrum voor het beheer van webhosting-diensten. Deze datacentra zijn speciaal gebouwd voor het onderbrengen van internetservers en -apparatuur. De klanten van dergelijke datacentra maken een verbinding met het centrum waarna de host via eigen servers, die rechtstreeks zijn aangesloten op de „backbones" van het internet, zorgt voor verbinding met het internet ([15]).

(33) „Webhosting" kan bijvoorbeeld worden gebruikt als men er zeker van wil zijn dat gegevens niet openbaar worden, de gebruikte apparatuur veilig is en de toegang tot de website snel en betrouwbaar. Het biedt een grotere flexibiliteit om uit te breiden als meer capaciteit is gewenst of de capaciteit juist te verminderen wanneer de vraag afneemt. Alle grotere providers van internetconnectiviteit bieden hun klanten tegenwoordig datacentra/„webhosting" aan als onderdeel van geïntegreerde internetdiensten.

ONTWIKKELINGEN SINDS 1998

(34) De laatste paar jaar zijn nieuwe technieken zoals „controlled content distribution", „mirroring" en „caching" ontwikkeld om webdocumenten dichter bij de eindgebruiker te brengen (de „eyeballs" of „ogen"). Daarnaast is „multi-homing" ontwikkeld, een techniek waarbij providers van internettoegang en -connectiviteit zich op meer dan één netwerk aansluiten.

Multi-homing

(35) Wanneer een netwerkprovider of aanbieder van internettoegang op meer dan één netwerk is aangesloten, wordt dat aangeduid als „multi-homing". Een „multi-homed netwerk" blijft ook in het geval dat een verbinding wordt verbroken, met het internet verbonden en beschikt over verschillende verbindingen om verkeer naar een bepaalde bestemming te geleiden, waarbij ofwel de kwalitatief beste verbinding wordt gekozen of een bepaalde verbinding wordt gekozen om congestie te voorkomen.

(36) Een kwalitatief goede verbinding (snelheid, betrouwbaarheid, redundantie) is belangrijk. Een van de manieren waarop aanbieders van internettoegang en netwerkproviders zich van een kwalitatief goede verbinding kunnen verzekeren en universele toegang tot het internet kunnen veiligstellen, is „multi-homing". Uit het onderzoek van de Commissie blijkt dat „multi-homing" vooral wordt gebruikt als backup en voor „controle door overmaat", om op die manier de kwaliteit van de dienst te verzekeren. „Multi-homing" voorkomt echter niet noodzakelijkerwijs dat verkeer over een netwerk met een slechte verbinding gaat. Weliswaar kan de route van het uitgaande verkeer in zekere mate worden beïnvloed om dat te voorkomen, maar de route van het binnenkomende verkeer kan nauwelijks worden aangepast. „Multi-homing" kan ook worden gebruikt om de verbinding met belangrijke regio's te verzekeren (bijv. de Verenigde Staten en Europa). Ook biedt „multi-homing" nieuwkomers de mogelijkheid om een verbinding met afnemers te maken.

(37) „Multi-homed" netwerken hebben normaal gesproken een hoofdprovider van connectiviteit en een of meer andere providers als back-up. Afnemers van aanbieders van internetconnectiviteit hebben doorgaans hun hoofdverbinding bij de provider die het grootste aantal afnemers kan verbinden en gebruiken de kleinere provider(s) als back-up. Het onderzoek van de Commissie bevestigt dit. Het blijkt dat het merendeel van de secundaire providers van internettoegang en netwerkproviders behalve van hun hoofdprovider ook transit hebben gekocht van één van de fusiepartners, of zelfs van beide.

„Caching", „mirroring" en „Content Delivery Networks" (CDN's)

(38) De hoofdfunctie van „caching" en „mirroring" is om webdocumenten in verafgelegen delen van het internet dichter bij de eindgebruiker te brengen (de „eyeballs"). Deze technieken verbeteren de kwaliteit van „content delivery", omdat zij de transporttijden en congestie verminderen alsook de behoefte aan bandbreedte. De technieken worden echter nog niet wijdverbreid toegepast en kampen met technische beperkingen (zie verder overweging 172). Zij zijn met name efficiënt in het geval van statisch en stabiel materiaal dat niet zo vaak van „inhoud" verandert.

Caching

(39) „Caching" is de oudste van de technieken. Bij „caching" worden van webpagina's, video- en multimediabestanden en andere „objecten" tijdelijke kopieën gemaakt

([15]) Volgens UUNet moet er bij de selectie van een aanbieder van webhosting vooral op worden gelet dat a) de toegangssnelheid van de server voldoende hoog is, b) er wat betreft de verbindingen met het internet sprake is van redundantie (meer dan één verbinding met een hoge snelheid), c) de website goed door de eigenaar wordt beheerd, d) de veiligheid van gegevens op de server is verzekerd, e) bandbreedte en verbindingen voldoende zijn om aan de steeds groter wordende behoefte te voldoen, f) er backup is, g) de server 24 uur per dag beschikbaar is, h) de server goed presteert, i) er voor een goede encryptie-techniek is gekozen, j) de provider ruime en relevante ervaring met het internet heeft, k) verkoop- en supportpersoneel kennis van zaken heeft, l) er maandelijks verslag wordt uitgebracht over de verkeersstroom, teneinde feedback te krijgen over het aantal bezoekers van de website, en m) de dienst betaalbaar is — gebruik maken van een server in een datacentrum is kosteneffectief (volgens UUNet kan dit wel 25 % goedkoper zijn dan wanneer men het zelf doet. Het starttarief van UUNet voor „hosting" is 750 USD per maand). Voor aanvullende informatie zie http://www.us.uu.net/products/hosting/keystrengths/selecting.html.

(„caches"), die worden bewaard op een andere computer („caching server") dan die waar de informatie oorspronkelijk vandaan komt (de „origin server"). Bij „caching" wordt geen kopie van de gehele inhoud van de website gemaakt, alleen van die delen van de website die dynamische inhoud bevatten, teneinde op de gecentraliseerde „servers van herkomst" de congestie te verminderen die bij onvoldoende bandbreedte ontstaat. De „cachingserver" wordt door de eigenaar/beheerder van het netwerk op een speciaal daarvoor aangewezen locatie in het netwerk geïnstalleerd.

(40) De „cachingserver" kan een doodgewone pc zijn waarop voor iedereen beschikbare software wordt gedraaid, maar het kan ook een zeer functiegebonden computer (of netwerk van computers) zijn, met speciaal voor deze computer ontworpen software. Eenmaal in een netwerk geïnstalleerd, onderschept de server aanvragen van hosts aan het thuisnetwerk voor objecten die zich op andere netwerken bevinden en kijkt of het object is „gecached". Als dat het geval is (een „hit"), zendt de server het bewaarde object naar de host. Als het object niet is „gecached" (een „miss"), laat de server de aanvraag zijn weg naar de „origin server" vervolgen.

(41) Er zijn drie soorten „cachingservers": de traditionele, de transparante en de „pre-fetching". Voor traditionele „cachingservers", vaak beter bekend als „proxyservers", is het nodig dat de browser van de aanvragende server dusdanig is geconfigureerd dat objectaanvragen naar de proxyserver worden gestuurd in plaats van rechtstreeks naar de desbetreffende website. Transparante „cachingservers" kunnen in tegenstelling tot proxyservers direct in het netwerk worden geïnstalleerd en alle objectaanvragen onderscheppen die de server passeren. Met „transparant" wordt in dit verband bedoeld dat de browser van de server die de informatie opvraagt niet op het gebruik van een proxyserver hoeft te zijn ingesteld en niet waarneemt dat de opgevraagde objecten van een „cachingserver" afkomstig zijn. „Cachingservers" bewaren doorgaans alleen objecten die eerder zijn opgevraagd. Maar er zijn ook traditionele en transparante „cachingservers" die al vooraf objecten ophalen, d.w.z. zij vragen bij websites objecten op volgens vooraf vastgestelde criteria en actualiseren die vervolgens regelmatig. Dit stelt de „cachingserver" in staat om op aanvragen te anticiperen, zodat de server nog beter presteert. Het vooraf ophalen van objecten is met name nuttig wanneer de inhoud daarvan verhoudingsgewijs „dynamisch" is (bijvoorbeeld webpagina's die dagelijks of nog vaker worden bijgewerkt).

(42) „Caching" is als zodanig geen op zichzelf staande dienst. Het is veeleer een applicatie die door de beheerder is geïnstalleerd om de snelheid en kwaliteit van de transmissie binnen het netwerk te vergroten. Voor ISP's zijn er twee redenen om in hun netwerk een „cachingserver" te installeren: a) om met minder bandbreedte toe te kunnen, en b) om de responstijd voor aanvragen van klanten te verminderen. Beide overwegingen zijn voor alle kopers van cachingprogrammatuur van belang, maar welke van de twee het belangrijkste is, hangt af van de desbetreffende ISP.

(43) „Caching" is aantrekkelijk voor zakelijke klanten maar niet voor aanbieders van inhoud, omdat die daardoor niet in staat zijn om het aantal „hits" te tellen (het aantal keren dat hun site wordt bezocht), wat nodig is voor het berekenen en genereren van advertentie-inkomsten. […]*.

Mirroring

(44) „mirroring" is in essentie hetzelfde als „caching". Data die herhaaldelijk (zullen) worden opgevraagd, worden naar verschillende servers gekopieerd en naar de aanvrager gezonden vanuit een server die dichterbij is dan de server van de oorspronkelijke aanbieder van de „inhoud" of informatie. Het doel is om minder afhankelijk te worden van de centrale servers en informatie sneller en op een doelmatiger wijze naar de lokale gebruikers te transporteren.

(45) Terwijl „caching" een techniek is die voor netwerkbeheer wordt gebruikt, waarbij een beheerder een computer met speciale cachingprogrammatuur installeert, om de transmissiesnelheid binnen het netwerk te vergroten en toe te kunnen met minder bandbreedte, is „mirroring" een techniek waarbij informatie naar geografisch verspreide servers wordt gekopieerd.

(46) „mirroring" wordt over het algemeen niet als een op zichzelf staande dienst aangeboden. In sommige gevallen kan de aanbieder van informatie besluiten om zijn servers op andere netwerken, dichter bij de eindgebruikers, te installeren. Dit is het meest gebruikelijk wanneer de aanbieder een klein aantal grote bestanden heeft die hij dichter bij een specifieke groep eindgebruikers wil brengen. Microsoft en Netscape, bijvoorbeeld, hebben naast de „origin server" in de Verenigde Staten ook een server voor het downloaden van bestanden in Europa geïnstalleerd, zodat Europese afnemers software sneller kunnen downloaden dan wanneer zij de software van de „origin server" zouden moeten halen.

(47) Gebruikelijker is het dat „mirroring" wordt aangeboden als onderdeel van het dienstenpakket van ondernemingen die „webhosting" (zie overwegingen 32-33) of collocatiediensten aanbieden. Dergelijke ondernemingen onderhouden datacentra over de hele wereld die zijn aangesloten op meerdere „backbones". Alle grotere providers van internetconnectiviteit bieden „webhosting"- en collocatiediensten. MCI WorldCom, bijvoorbeeld, kondigde op 31 mei 2000 aan in Europa 13 grote datacentra te zullen bouwen, bedoeld voor ISP's, ASP's („Application Service Provider", een provider die via het internet softwareapplicaties ter beschikking stelt) en grote multinationals. De nieuwe centra worden toegevoegd aan de 28 bestaande kleinere centra van WorldCom in Europa ([16]). De „mirroring" die door de beheerders van deze datacentra wordt aangeboden, behelst onder meer de plaatsing van meerdere servers op geografisch verspreide locaties, die ieder afzonderlijk in staat zijn dezelfde aanvragen te verwerken en dezelfde informatie te verstrekken. De geografische spreiding biedt aanbieders van „webhosting" de mogelijkheid het Domain Name System („DNS") te gebruiken om ofwel informatie op te vragen bij de dichtstbijzijnde server of de aanvragen over verschillende servers te verspreiden, om zo de verkeersbelasting over verschillende servers te verdelen.

([16]) „WorldCom plans European data center roll-out", *Emily Bourne, Total Telecom,* 31 mei 2000.

Content Delivery Networks (CDN's)

(48) Door de combinatie van „caching" en „mirroring" is een meer geavanceerde vorm van „content distribution" ontstaan: CDN's. Bij een CDN worden „cachingservers" of apparaten met een vergelijkbare functie op meerdere netwerken geïnstalleerd en op diverse geografische locaties. Een CDN biedt de klant (een aanbieder van informatie) software die zijn webpagina's automatisch zodanig configureert dat aanvragen voor grote objecten ofwel naar de CDN-server gaan die zich het dichtst bij de eindgebruiker bevindt of, in sommige gevallen (op basis van real-time netwerkmonitoring en routeringsalgoritmen), naar die server welke de objecten het snelst naar de eindgebruiker kan overbrengen, wat niet noodzakelijkerwijs de dichtstbijzijnde server hoeft te zijn (bijv. als op de verbindingsroute tussen de dichtstbijzijnde server en de eindgebruiker sprake is van congestie).

(49) Een CDN doet iets vergelijkbaars als een „cachingserver", maar terwijl ISP's een „cachingserver" gebruiken om met betrekking tot informatie hun „pull-capaciteit" te vergroten (door de informatie op hun eigen netwerk en daardoor dichter bij de afnemers te brengen), stelt een CDN aanbieders van informatie in staat om die informatie naar andere netwerken te „pushen". Als zodanig zijn de twee technieken complementair aan elkaar voor wat betreft het effect ervan op het gebruik van de „backbones".

(50) Aanbieders van informatie willen op de eerste plaats die informatie zo snel mogelijk aan de eindgebruiker leveren. De grote toename van de informatiestroom over het internet heeft geleid tot capaciteitsbeperkingen en langere responstijden voor websites. Een CDN vermindert die responstijden omdat hij de hoeveelheid data vermindert die de verschillende netwerken moeten doorkruisen. Een CDN maakt het mogelijk om dezelfde hoeveelheid data met minder kosten voor bandbreedte en apparatuur te transporteren. Een aanbieder van informatie die gebruik maakt van een CDN-dienst, heeft minder capaciteit en minder eigen servers nodig, omdat hij het overgrote deel van zijn informatie niet langer rechtstreeks levert. Een deel van deze kosten moet de CDN dragen, maar hij kan die afwentelen op de aanbieder van de informatie. Maar ook dan nog vindt de aanbieder het mogelijk voordeliger om een CDN te gebruiken dan de informatie vanaf zijn eigen servers over te brengen of vanaf servers op de datacentra van een hostingprovider.

(51) Naast bovengenoemde technieken en diensten zijn wij nu ook getuige van de ontwikkeling van nieuwe internetdiensten, zoals e-handel, on-linevideo en „voice over IP", waarvoor veel meer capaciteit nodig is dan tot dusver vereist en die ook nog eens in real-time worden geleverd. Om deze diensten uit te kunnen voeren, zijn netwerken nodig die niet kunnen uitvallen en waarop geen pakketten verloren gaan (een videoconferentie, bijvoorbeeld, zou daar ernstig onder lijden).

B. *RELEVANTE PRODUCTMARKTEN*

„TOP-LEVEL"- OF UNIVERSELE INTERNETCONNECTIVITEIT

(52) In de WorldCom/MCI-beschikking van 8 juli 1998 („WorldCom/MCI") ([17]), onderscheidt de Commissie drie productmarkten: i) toegangsdiensten van de host tot het aanwezigheidspunt („point of presence" of POP), ii) internettoegangsdiensten en iii) „top-level"- of universele connectiviteit. De Commissie concludeerde dat er op de markt voor internettoegangsdiensten sprake is van grote concurrentie. Vandaar dat men zich bij de analyse richtte op de markt voor „top-level"- of universele connectiviteit, een markt waarop beide partijen bij die transactie actief waren. Het marktonderzoek dat voor de onderhavige zaak is verricht, bevestigt deze keuze. Het onderzoek wijst erop dat ook voor de transactie die het onderwerp van deze zaak is, de aandacht op de markt voor „top-level"- of universele connectiviteit moet worden gericht.

(53) In „WorldCom/MCI" bepaalde de Commissie dat de markt voor „top-level"- of universele connectiviteit als een afzonderlijke markt moet worden beschouwd, omdat gebleken was dat alleen organisaties die zelfstandig volledige internetconnectiviteit kunnen bieden, „top-level"-providers van internetconnectiviteit zijn, en dat die connectiviteit volledig op basis van „peering"-overeenkomsten met de andere „top-level"-providers of intern geboden wordt. Ook secundaire providers van internetconnectiviteit kunnen wellicht een gedeelte van de connectiviteit op basis van „peering"-overeenkomsten aanbieden, maar zullen die met gekochte transit moeten aanvullen. Men ontdekte dat secundaire ISP's er niet omheen kunnen om transit van de „top-level"-providers te kopen en dat secundaire ISP's geen concurrentiebeperkende invloed kunnen uitoefenen op de prijzen die deze in rekening brengen. Dezelfde conclusie kon volgens de Commissie met betrekking tot wederverkopers worden getrokken. Aldus werd geconcludeerd dat de relevante markt waarop MCI en WorldCom actief waren, de markt voor „top-level"- of universele internetconnectiviteit was.

(54) MCI en WorldCom waren het indertijd oneens met de stelling van de Commissie dat het internet een hiërarchische structuur heeft. Sprint bevestigde de stelling van

([17]) Zaak M.1069, PB L 116 van 4.5.1999, blz. 1.

de Commissie echter en heeft sindsdien geen afstand gedaan van de desbetreffende uitspraken ([18]). Voor de huidige transactie voeren de partijen aan dat het internet geen hiërarchische structuur heeft. […]* ([19]) […]*. Het onderzoek van de Commissie bevestigt echter de bevinding van de Commissie in „WorldCom/MCI" dat het internet een hiërarchische structuur heeft en dat er een echelon van „top-level"-providers is die hun connectiviteit volledig op basis van „peering"-overeenkomsten met de andere „top-level"-providers of intern bereiken. Uit het onderzoek blijkt ook dat „top-level"-providers blijven vertrouwen op „peering" zonder betaling op particuliere interconnectiepunten. Aan de andere kant vertrouwen de secundaire netwerkproviders nog steeds op nationale of regionale „peering"-overeenkomsten (onder andere met de Europese dochterondernemingen van MCI WorldCom) voor het verkrijgen van nationale, regionale en misschien zelfs Europese connectiviteit. Wie mondiale connectiviteit wil hebben, zal echter transit moeten kopen van een of meer van de „top-level"-providers, dat geldt zelfs voor de grote Europese providers. De volgende echelons zijn de regionale netwerkproviders en de providers van internettoegang die connectiviteit kopen voor hun particuliere klanten. Andere klanten van grote providers van internetconnectiviteit zijn beheerders van websites en zakelijke klanten met een eigen, vaste verbinding […]*. Kortom, alle ondernemingen die betrokken zijn bij de verstrekking van internetdiensten kopen transit en zijn direct of indirect klant van de „top-level"-providers. Niemand van hen kan volledige connectiviteit bereiken zonder toegang te hebben tot de netwerken van de „top-level"-providers.

(55) Dat het internet een geografische hiërarchie heeft, in de zin dat de Amerikaanse netwerken prioriteit krijgen boven de andere, wordt door de partijen zelf in hun verklaringen bevestigd. MCI WorldCom heeft drie regionale „backbones": AS 701 (Noord-Amerika), AS 702 (Europa) en AS 703 (Azië-Stille Oceaan). [Een netwerkprovider die een „peering"-overeenkomst wil sluiten voor het bereiken van universele connectiviteit, moet beantwoorden aan de criteria die UUNet voor „peering" in Noord-Amerika heeft gesteld.]* Sprint verstrekt alleen internetdiensten in de Verenigde Staten. Aansluiting op haar VS-netwerk op basis van „peering" biedt Sprint alleen aan providers met een wereldomspannend netwerk.

(56) De partijen stellen dat bij een analyse van de relevante productmarkt rekening moet worden gehouden met de recente ontwikkelingen in de aard en reikwijdte van het internet. Zij stellen verder dat de stijgende vraag naar universele connectiviteit gepaard is gegaan met een stijging van het aanbod in zowel de Verenigde Staten als Europa. Vooral de liberalisering van de Europese telecommunicatiemarkten heeft volgens hen geleid tot een succesvolle en nog steeds voortdurende intrede van nieuwe internetproviders en een belangrijkere rol voor Europese netwerkproviders. Ook de komst van „controlled content distribution" (CCD), regionale „peering"-overeenkomsten en de toename in het gebruik van „mirroring", „caching" en „multi-homing" hebben volgens hen de laatste twee jaar een cruciale rol gespeeld bij het verminderen van de afhankelijkheid van ISP's en aanbieders van informatie van in de VS gevestigde providers van „backbone"-diensten.

(57) Het door de Commissie uitgevoerde onderzoek laat zien dat er in Europa en elders weliswaar een beduidend aantal nieuwe ISP's op detailhandelsniveau is bijgekomen, maar dat het aantal nieuwe „top-level"-providers op de markt niet belangrijk is gestegen. De enige twee nieuwe grote „top-level"-providers zijn Cable & Wireless ([20]), dat het internetbedrijf van MCI heeft gekocht, en AT & T, door de overname van onder meer IBM Global Networks. Deze transacties hebben de concentratiegraad op de markt niet veranderd, omdat de verworven netwerken al eigendom waren van de „top-level"-providers.

(58) Het onderzoek van de Commissie laat ook zien dat er weliswaar een verandering in de verkeersstroom heeft plaatsgevonden en er vanuit Europa minder dataverkeer naar de Verenigde Staten gaat, maar dat de Europese internetproviders voor hun connectiviteit nog steeds voor een belangrijk deel afhankelijk zijn van de Amerikaanse providers. Zelfs de grotere Europese internetproviders sturen nog steeds 50-80 % van het internetverkeer naar de Verenigde Staten. […]* ([21]). Derden zijn het er doorgaans over eens dat dit percentage de komende jaren door het stijgende aantal nationale websites waarschijnlijk wat kleiner zal worden. Desalniettemin verwachten zij dat de afhankelijkheid van de grote Amerikaanse providers groot zal blijven, omdat Europese afnemers toch altijd toegang zullen willen hebben tot de populaire websites in de Verenigde Staten. Uitgebreid gebruik van „mirroring" en „caching" zal dit waarschijnlijk niet wezenlijk veranderen, omdat ook in de Verenigde Staten het aantal websites en andere „inhoud" sterk toeneemt. Ondanks het toenemende gebruik van dergelijke technieken zal men voor het verkrijgen van universele connectiviteit zeer afhankelijk blijven van „top-level"-providers.

(59) Hoe dan ook, terwijl een groot deel van het verkeer dat eerder naar de Verenigde Staten werd geleid, nu naar andere locaties gaat of, maar dat gebeurt maar in beperkte mate, wordt gekopieerd en op een server in

([18]) Aanvraag van Sprint Corporation en MCI WorldCom Inc., als behandeld door de Amerikaanse Federal Communications Commission (FCC) op 20 maart 2000, blz. 90, voetnoot 142.

([19]) […]*.

([20]) Opmerkingen van Cable & Wireless aan de Amerikaanse Federal Communication Commission (FCC), gemaakt op 18 februari 2000.

([21]) […]*.

Europa wordt onderhouden („mirroring"), zal veel verkeer uit Europa naar Europese filialen van in de Verenigde Staten gevestigde netwerkproviders geleid blijven worden, omdat veel van die Amerikaanse providers in Europa en in andere regio's netwerken beheren, met als gevolg dat het verkeer naar die netwerken wordt geleid. Dus zelfs bij een verandering in de verkeersstromen zou de afhankelijkheid van (Amerikaanse) „top-level"-providers blijven bestaan. „Multi-homing" lijkt evenmin een belangrijk effect op de verkeersstromen te hebben gehad. Het marktonderzoek laat zien dat Europese ISP's connectiviteit kopen van secundaire regionale (Europese) providers, maar voor het bereiken van universele connectiviteit gedwongen zijn om ook transit te kopen van ten minste één van de „top-level"-providers.

(60) Vandaar dat de Commissie in haar mededeling van punten van bezwaar concludeerde dat ondanks de ontwikkelingen die zich sinds 1998 met betrekking tot het internet voordoen, er een onderscheiden markt is voor „top-level"- of universele internetconnectiviteit. Het toegenomen gebruik van „caching", „mirroring" en „multi-homing" doet daar niets aan af.

Het antwoord van de partijen

(61) In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar verzetten de partijen zich tegen de wijze waarop de Commissie de productmarkt definieert en tegen haar stelling dat de markt hiërarchisch gestructureerd is. Volgens de partijen kunnen secundaire „peers" ook zonder de „top-level"-providers universele connectiviteit bereiken. Daarnaast zouden nieuwe technologische ontwikkelingen gevolgen hebben voor het hiërarchische karakter van de industrie.

(62) Om te beginnen moet erop worden gewezen dat de partijen in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar erkennen dat secundaire „peers" geen deel uitmaken van de „default-free" kern van het internet, waar geen gebruik wordt gemaakt van „default routes", wat betekent dat secundaire „peers" niet al het verkeer op zijn bestemming kunnen brengen zonder hun toevlucht te nemen tot een andere ISP ([22]). Daarnaast hebben de partijen elk een andere mening over de relevante productmarkt. Volgens Sprint zou de door de Commissie geïdentificeerde lijst van deelnemers aan de markt voor universele connectiviteit met vier ondernemingen moeten worden uitgebreid. De hiërarchische structuur van het internet wordt door Sprint echter niet betwist. MCI WorldCom, daarentegen, blijft aanvoeren dat de relevante markt veel breder is dan de markt die door de Commissie is geïdentificeerd.

(63) Tijdens de hoorzitting overlegde een derde partij bewijs van een verslechtering in de kwaliteit van zijn dienstverlening doordat hij in Europa geen aansluiting op basis van „direct peering" met MCI WorldCom had.

(64) De partijen voerden aan dat „secundaire peering"-relaties („peering" tussen providers van lokale en regionale connectiviteit) klanten van „top-level"-providers de mogelijkheid bieden tot het uitoefenen van een concurrentiebeperkende invloed op deze providers. In het geval dat alle „top-level"-providers hun prijzen voor transit met 5-10 % zouden verhogen, zouden „secundaire peers" volgens hen het verkeer voldoende kunnen omleiden om de prijsstijging onrendabel te maken. Bovendien stelden de partijen in hun antwoord, als variant op de stelling dat het internet geen hiërarchische structuur heeft, dat de Commissie bij het definiëren van de markt geen rekening heeft gehouden met ontwikkelingen buiten de Verenigde Staten en het feit dat in Europa krachtige spelers op het toneel zijn verschenen.

(65) De partijen hadden moeten bedenken dat transitklanten van „top-level"-providers alleen via hen universele connectiviteit kunnen verwerven. Het alternatief is dat secundaire providers met alle ISP's die zij voordien alleen via de „top-level"-providers konden bereiken, „peering"- en transit-overeenkomsten sluiten. Aangezien er wereldwijd duizenden ISP's zijn, lijdt het geen twijfel dat dit alternatief met het oog op de relatieve stijging van de transitprijzen, niet kosteneffectief zou zijn ([23]).

(66) Verder stelden de partijen dat de Commissie bij het vaststellen van de relevante markt niet de effecten van de invoering van nieuwe technieken voor het bewaren en distribueren van informatie in aanmerking heeft genomen, althans dat niet op de juiste wijze heeft gedaan. Volgens de partijen worden deze technieken niet als op zichzelf staande diensten gebruikt, maar vormen zij een gedeeltelijke vervanging voor transport via de „backbones" of ruggengraatnetwerken. Zulke technieken brengen de informatie dichter bij de gebruikers, waardoor het „meeste verkeer" niet over de ruggengraatnetwerken hoeft.

(67) Zoals in overweging 38 is verklaard, is uit het onderzoek van de Commissie naar voren gekomen dat het toegenomen gebruik van zulke technieken de structuur van de markt niet belangrijk heeft veranderd. Het meeste verkeer gaat nog steeds via de netwerken van de „top-level"-providers (zie ook overweging 172). Daar komt nog bij dat deze technieken het niet mogelijk maken de netwerken van de „top-level"-providers volledig te mijden, waardoor het onvermijdelijk is dat men voor universele connectiviteit afhankelijk blijft van de „top-level"-providers. Hoe dan ook, deze technieken worden niet alleen gebruikt door aanbieders van informatie en kleinere providers van connectiviteit, maar ook door grotere providers van connectiviteit als zij optreden als hosting- en collocatieproviders.

([22]) Joint Response to Statement of Objections, paragraaf 264 en voetnoot 235.

([23]) De partijen erkennen dat er wereldwijd duizenden ISP's zijn. Zie bijvoorbeeld blz. 119 van het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar.

(68) De partijen stelden ook dat de Commissie bij het definiëren van de markt niet heeft bedacht dat er op de markt voor „top-level"-connectiviteit nu aanzienlijk meer concurrentie is, nu elk van de hoofdrolspelers die in „WorldCom/MCI" werden geïdentificeerd, naar verhouding een minder sterke marktpositie heeft.

(69) Dit argument is misschien relevant voor het beoordelen van het concurrentieniveau op de markt, maar niet voor het definiëren van de markt. Bovendien is het aantal nieuwkomers op de markt, in tegenstelling tot wat de partijen beweren, sinds 1998 niet noemenswaard geweest. In „WorldCom/MCI" ging de Commissie ervan uit dat de relevante markt 16 „top-level"-providers telt. Deze marktpartijen werden als zodanig gekwalificeerd omdat zij een „peering"-overeenkomst met de grootste vier providers hadden. Voor de huidige procedure is de Commissie uitgegaan van 17 „top-level"-providers. In eerste instantie zijn die providers geselecteerd die met beide aanmeldende partijen een „peering"-overeenkomst hebben, maar daarnaast zijn ook de meningen van derde partijen in aanmerking genomen. Bij de huidige procedure zijn dus ruimere selectiecriteria gehanteerd dan bij de WorldCom/MCI-procedure. Hoe dan ook, de entree van AT & T op de markt (hoofdzakelijk door de overname van bestaande „top-level"-providers) heeft het marktaandeel van MCI WorldCom niet noemenswaard verminderd. Dat marktaandeel is de afgelopen twee jaar betrekkelijk stabiel geweest, afhankelijk van de gebruikte methode voor het berekenen van de marktaandelen.

GLOBAL TELECOMMUNICATIONS SERVICES

(70) „Global telecommunications services" („GTS") zijn telecommunicatiediensten die een aantal verschillende locaties van afnemers met elkaar verbinden, over het algemeen gaat het daarbij om locaties in minimaal twee continenten en verspreid over een groot aantal landen. Deze diensten worden in de regel gekocht door multinationale ondernemingen met vestigingen in tal van landen, verspreid over een aantal continenten. De verstrekte diensten zijn zogeheten „enhanced services" — diensten die verder gaan dan elementaire spraak- en faxdiensten — waarbij de klant een totaalpakket wordt geboden, dat onder meer „Virtual Private Networks" bevat, voor zowel spraak- en datacommunicatiediensten als voor geavanceerde functies.

Kenmerken van de vraag

(71) In de loop van het marktonderzoek legden de partijen uit dat de levering van GTS een tweefasenprocedure is ([24]). De eerste fase is normaal gesproken dat een onderneming of organisatie die een dergelijke dienst wenst, een aantal potentiële leveranciers uitnodigt tot het indienen van een offerte en die uitnodiging vergezeld doet gaan van een gedetailleerde beschrijving van zijn behoeften. Na het indienen van de offertes start de tweede fase. Voordat de onderneming of organisatie de opdracht gunt, stelt zij een shortlist op en voert met de geselecteerde kandidaten beperkte onderhandelingen. Later worden met de winnaar meer gedetailleerde onderhandelingen over het contract gevoerd.

(72) Afnemers van GTS eisen van hun provider dat hij op maat gemaakte, naadloos op elkaar aansluitende netwerken en diensten levert. Zij verwachten dat de netwerken een breed scala van locaties over een geografisch wijd verspreid gebied bestrijken, waarvan sommige in afgelegen gebieden kunnen zijn gesitueerd (denk bijvoorbeeld aan olie-installaties in verlaten gebieden). Ook verwachten zij voldoende bandbreedte voor het bevorderen van een betrouwbare datastroom van en naar alle locaties. De grote aanbieders van zulke diensten kunnen deze mogelijk via hun eigen netwerken verlenen. Voor de meeste providers en/of sommige locaties kan het echter voorkomen dat gebieden moeten worden bestreken die buiten de reikwijdte van hun netwerken vallen en zullen zij de netwerken van andere ondernemingen moeten leasen en moeten trachten om op die netwerken voor een betrouwbare datastroom te zorgen.

(73) De meeste afnemers hebben een totaalpakket aan diensten nodig, terwijl een klein aantal afzonderlijke diensten voor specifieke behoeften koopt en diensten zelf integreert. Opdrachten worden echter niet op zodanige wijze opgedeeld dat individuele aanbieders op verschillende onderdelen kunnen inschrijven.

(74) Gevraagd naar de belangrijkste criteria voor de selectie van een GTS-leverancier, citeerde een van de respondenten een onderzoek van de Yankee Group ([25]) dat erop wijst dat de prijs pas op de vierde plaats komt, na betrouwbaarheid, service en ondersteuning, en connectiviteit, compatibiliteit en infrastructuur. Andere criteria zijn volgens dit onderzoek onder meer cultuur, taal en tijdzones, bandbreedte/capaciteit, netwerkbeheer, benodigde tijd voor installatie, bereik (mondiaal), kwalificaties van personeel, coördinatie en deskundigheid. Afnemers die op het marktonderzoek van de Commissie reageerden, bevestigden dat zij niet alleen keken naar de prijs en dat de prijs in de eerste fase van de bredingsprocedure normaal gesproken niet het belangrijkste criterium was. De prijs werd pas in de tweede fase van wezenlijk belang (wanneer de offertes van de verschillende aanbieders met elkaar worden vergeleken).

(75) Geloofwaardige inschrijvers in de GTS-markt werken op faciliteitenbasis (d.w.z. het meeste verkeer transporteren zij over eigen netwerken, om te kunnen instaan voor een betrouwbaar transport en de kwaliteit van de dienst te kunnen garanderen, om voldoende bandbreedte te kunnen leveren en om de kosten te beheersen), hebben een mondiaal bereik en bieden klantenservice (sommige afnemers willen dat de servicefaciliteiten zeer dichtbij zijn gelokaliseerd, ook in gevallen waarin dit in technisch opzicht niet echt belangrijk is). Ook het hebben van een klantenbestand is belangrijk om afnemers ervan te overtuigen dat de leverancier in staat is de dienst ook daadwerkelijk te leveren.

([24]) Blz. 20 van het „Memorandum on the GCTS market", dat op 17 maart 2000 werd overgelegd.

([25]) Samenvatting van een verslag van de Yankee Group getiteld „The Bell(e)s of the Ball Give Their Hands: Qwest/US WEST and Global Crossing/Frontier", gehaald van www.yankeegroup.com.

Kenmerken van het aanbod

(76) Leveranciers kunnen op verschillende manieren aan de behoeften van de klant voldoen. Klanten kunnen zich beperken tot basisonderdelen van het GTS-pakket, zoals een datanetwerk en specifieke netwerktoepassingen, bijvoorbeeld gratis internationaal bellen via „800-diensten", en die bij uiteenlopende leveranciers kopen, waarna zij de verschillende elementen vervolgens zelf tot een geheel samenvoegen en een „enhanced service" creëren en ook onderhoud en support intern regelen. Een andere mogelijkheid is dat klanten van gespecialiseerde leveranciers een speciaal voor hen samengesteld totaalpakket kopen, waarbij de samenvoeging van de verschillende elementen en onderhoud en support door de leverancier wordt verzorgd. Doordat het een totaalpakket betreft, kan de leverancier meer garanties bieden tegen lagere kosten. Tot slot is er de mogelijkheid van volledige uitbesteding van activiteiten. Daartoe zal vaak niet alleen het leveren van het geïntegreerde dienstenpakket behoren, maar ook het overplaatsen van personeel.

(77) Wat de precieze behoeften van de klant ook zijn, de gevraagde diensten omvatten altijd een combinatie van vergelijkbare elementen, zoals een netwerk, een dataprotocol (bijv. X.25, „frame relay", ATM of IP), diensten op basis van dat protocol, samen met belangrijke kwalitatieve elementen zoals geografische reikwijdte, kwaliteitsgarantie (diensten die precies op elkaar zijn afgestemd, intensieve support, grote betrouwbaarheid, enz.), en dus zijn ook de kosten van de verschillende leveranciers vergelijkbaar. Leveranciers moeten dit allemaal kunnen aanbieden. Een leverancier die beschikt over een compleet assortiment aan diensten heeft ook voordelen wat betreft kostenbeheersing en kan beter instaan voor de betrouwbaarheid van het totale dienstenpakket, wat het imago dat de klant van hem heeft, zal verbeteren.

Het biedproces

(78) De aanmeldende partijen gaven in de loop van het onderzoek van de Commissie enige uitleg over het biedproces. In de regel zenden de afnemers verschillende potentiële leveranciers een uitnodiging tot indienen van voorstellen. Soms vragen zij eerst nog om informatie alvorens zij die uitnodiging doen, om zich al een idee te vormen van de mogelijkheden die de belangrijkste leveranciers bieden. Een uitnodiging kan bestaan uit een groot aantal pagina's: één afnemer zei dat het betreffende document wel honderd pagina's kan tellen. Vervolgens wordt de uitnodiging verstuurd naar de leveranciers die zijn geselecteerd om een offerte in te dienen.

(79) De reactie op de uitnodiging kan al net zo lang als de uitnodiging zijn en is bedoeld om te voldoen aan de technische eisen van de afnemer. Volgens MCI WorldCom is de prijs in de offerte gebaseerd op eerdere ervaringen met de te leveren diensten en op de geografische reikwijdte ervan. […]*.

(80) [Het berekenen van de kosten van de carrier die met de uitvoering van een GTS-opdracht zijn gemoeid, is een complexe aangelegenheid, waarbij rekening moet worden gehouden met veel uiteenlopende factoren zoals beheer, marketing, verkoop en ondersteuning, personeel, administratie en apparatuurkosten.]*

(81) […]*. Normaal gesproken voldoet geen enkele leverancier volledig aan de gedetailleerde eisen in de uitnodiging. Vandaar dat bijeenkomsten worden gehouden waarop de technische aspecten van de offerte worden uitgelegd en geëvalueerd. Met dit evaluatieproces kan een team van deskundigen verscheidene maanden bezig zijn.

(82) Zodra de GTS-provider de tweede fase van het biedproces heeft bereikt (d.w.z. wanneer de potentiële klant een shortlist van providers heeft opgesteld), beginnen volgens de partijen de onderhandelingen over de prijs met de potentiële afnemer. Het aantal providers op de shortlist ligt gewoonlijk tussen drie en vijf. Uit de beschrijving die de aanmeldende partijen en derden van de procedure geven, valt op te maken dat een goed onderhandelingsteam weet wie in de tweede fase zijn opponenten zijn, ook al wordt over elke offerte afzonderlijk onderhandeld. Vaak wordt de bieder op de hoogte gebracht van de identiteit van zijn concurrenten en wordt hem in grote lijnen een idee gegeven van de inhoud van sommige offertes.

(83) Zodra de leverancier is geselecteerd, wordt de opdracht gegund en een gedetailleerde overeenkomst gesloten. Sommige afnemers geven een deel van het biedproces in handen van consultants (bijvoorbeeld het opstellen van de uitnodiging tot het indienen van voorstellen) en soms bijna de gehele procedure.

De verstrekking van GTS-pakketten

(84) Het verstrekken van pakketten van op maat gemaakte, verbeterde telecomdiensten met toegevoegde waarde voor bedrijven, is voor de doelstelling van deze zaak een relevante productmarkt.

(85) In hun aanmelding wijzen de partijen op de marktdefinities die door de Commissie zijn gebruikt in een aantal beschikkingen die onder meer betrekking hebben op GTS voor multinationale ondernemingen. De meeste recente beschikkingen die zij aanhalen, betreffen de fusie

tussen respectievelijk BT en AT & T ([26]) en AT & T en IBM ([27]). In eerstgenoemde beschikking identificeerde de Commissie een markt voor pakketten van op maat gemaakte, verbeterde wereldomspannende telecomdiensten met toegevoegde waarde voor bedrijven, aangeduid als „GTS-markt". In hun aanmelding geven de partijen te kennen dat zij het eens zijn met de vaststelling van de Commissie in de zaak „BT/AT & T" dat de productmarkt niet moet worden opgesplitst in kleinere productmarkten voor geïsoleerde GTS-diensten. De partijen merken ook op dat GTS-pakketten op maat gesneden oplossingen zijn en derhalve voor elke afnemer afzonderlijk worden ontworpen, samengevoegd en onderhouden, om tegemoet te komen aan de communicatiebehoeften die die klant op een gegeven tijdstip heeft.

(86) De diensten die volgens de aanmeldende partijen deel uitmaken van het pakket dat op de relevante markt wordt aangeboden, zijn: binnenlandse en internationale spraakcommunicatie; binnenlandse en internationale datacommunicatie via een verscheidenheid aan platforms, zoals „frame relay", ATM en IP; verbeterde spraak- en datacommunicatiediensten; gratis internationaal bellen via speciale nummers; „messenger services"; callcentra; video- en audioconferencing; intra-/extranets; „Virtual Private Networks" (VPN's); internettoegang via een eigen, vaste verbinding; en telefoonkaarten voor zakelijke klanten.

(87) De Commissie heeft onderzocht of deze definitie van de relevante productmarkt steek houdt. Daarvoor moest worden vastgesteld of bepaalde of alle categorieën diensten uit de mand van wereldomspannende telecommunicatiediensten kunnen worden gehaald en als afzonderlijke relevante productmarkten kunnen worden aangemerkt. Een tweede stap van de analyse bestond uit het evalueren van de mate waarin het zelf voorzien in GTS-behoeften of uitbesteding moeten worden gezien als feitelijke of potentiële concurrentie of als simpelweg irrelevant voor het analyseren van het concurrentieniveau.

Afzonderlijke diensten vs. dienstenpakketten

(88) De meeste afnemers konden zich vinden in een marktdefinitie gebaseerd op pakketten van wereldomspannende telecommunicatiediensten. Sommige afnemers geloofden echter ook dat enkele diensten een markt voor zichzelf hadden. Eén afnemer wees er bijvoorbeeld op dat hij diensten niet in pakketten maar afzonderlijk kocht. Een andere verklaarde, als vermeld in overweging 95, dat hij zou overwegen om diensten los te kopen als de prijs voor pakketten zou stijgen.

(89) In haar poging om de definitie van de relevante markt te verifiëren, onderzocht de Commissie ook wat er zou gebeuren als de prijzen voor GTS-pakketten uniform met 5-10 % zouden stijgen. (Zo kan beter worden voorspeld of de afnemers naar andere producten zouden overstappen en op basis daarvan kan weer worden bepaald of deze andere producten deel uitmaken van dezelfde markt.) Al in overweging 76 is verklaard dat afnemers zich bij de keuze van een leverancier niet primair laten leiden door de prijs. Dit geldt mutatis mutandis wanneer moet worden gekozen tussen enerzijds het kopen van basisdiensten en vervolgens zelf zorgen voor verbeterde diensten bovenop die basisdiensten, en anderzijds het kopen van zulke diensten in de vorm van op maat gemaakte pakketten. Slechts één respondent zei dat hij bij een stijging van de prijzen van pakketten de mogelijkheid zou evalueren om diensten los te kopen en vervolgens intern samen te voegen. De overige respondenten zeiden ofwel dat zij geen prijsstijgingen verwachtten of dat zij een uniforme prijsstijging noodgedwongen zouden accepteren — zij hadden de diensten nu eenmaal nodig.

(90) Stellen dat bepaalde categorieën diensten een afzonderlijke relevante markt vertegenwoordigen, zou strijdig zijn met de economische rationale van de werking van de markt. Ten eerste heeft elk van deze diensten, als uitgelegd in overweging 77, dezelfde basiselementen, die voor alle belangrijke leveranciers beschikbaar zijn. Vandaar dat er wat betreft de categorieën diensten aan de aanbodzijde sprake is van enige substitueerbaarheid. Ten tweede kunnen de behoeften van afnemers op verschillende manieren worden vervuld, met gebruikmaking van diverse dienstencategorieën. Ook kan het voorkomen dat bij afnemers tijdens de looptijd van een contract behoefte aan aanvullende functies of diensten ontstaat, waarvoor het gebruik van enkele andere categorieën van diensten nodig is. De relevante productmarkt moet derhalve zijn opgebouwd rond het centrale onderdeel van elk netwerk, de dataprotocollen, en andere elementen van GTS. Deze dataprotocollen zijn het fundamentele element op basis waarvan de andere, verder ontwikkelde GTS-diensten functioneren.

(91) De afzonderlijke diensten kunnen worden ingedeeld in verschillende categorieën, waarbij diensten die tot dezelfde categorie behoren in zekere mate substitueerbaar zijn. De verschillende diensten in het totale assortiment van diensten zijn echter niet volledig substitueerbaar. De afnemer is op zoek naar een pakket dat aan zijn behoeften voldoet. Dezelfde behoefte kan door marktpartijen met behulp van verschillende diensten worden vervuld.

(92) De respondenten in het onderzoek van de Commissie konden zich in het algemeen vinden in de productindeling die de Commissie had gemaakt op basis van de lijsten van telecomdiensten die door de partijen waren verstrekt. De producten werden door verschillende concurrenten echter op verschillende wijze verder ingedeeld bij hun poging om de markt verder te segmenteren. Daarnaast voerde een derde partij nog

([26]) IV/JV.15 — BT/AT & T, van 30 maart 1999.
([27]) IV/M.1396 — AT & T/IBM Global Network.

aan dat andere diensten zoals X.25, netwerken op basis van universele software, bandbreedtebeheer, IP-diensten (webhosting, IP-diensten met toegevoegde waarde, IP-beheer, wereldwijde „messenger services", caching) en VSAT (systeem met een zeer kleine satellietantenne) ook deel uitmaakten van de diensten die in de omschrijving van de productmarkt moesten worden opgenomen.

(93) De Commissie vroeg concurrenten en afnemers naar hun mening over de wijze waarop zij de productmarkt had gedefinieerd. Er bestond vrijwel algehele overeenstemming over het soort producten dat tot de markt moeten worden gerekend. Wel waren er verschillen in opvatting over specifieke onderdelen.

(94) Twee respondenten waren van mening dat er een aparte markt was voor zeer „top-level-afnemers", door één respondent omschreven als afnemers die wereldwijd opereren en een pakket van diensten nodig hebben dat wordt verstrekt over een wereldomspannend particulier netwerk dat alle locaties van de ondernemingen met elkaar verbindt. Het is echter moeilijk om zo'n specifieke groep ondernemingen met een dergelijke servicebehoefte los te maken van de andere ondernemingen. De aard en geografische spreiding van de locaties van een onderneming is steeds anders. Zo kan de dichtheid van het netwerk in een land waar een bedrijf over een groot distributienetwerk beschikt, veel groter zijn dan in het buurland, waar het alleen maar over fabricagefaciliteiten beschikt. Overnames kunnen zo'n markt heel snel veranderen. In de praktijk is het zo dat alle deelnemers op de GTS-markt, die in de overwegingen 206-218 in kaart worden gebracht, zowel de kleine groep van bedrijven met vestigingen over de hele wereld van dienst kunnen zijn als ondernemingen die maar in een klein aantal landen zijn gevestigd. Laatstgenoemde ondernemingen kunnen voor een deel van hun behoeften wellicht ook bij lokale leveranciers terecht, maar alleen de mondiale spelers kunnen hen van een wereldsomspannend netwerk voorzien.

Zelf doen of uitbesteden

(95) Afnemers die ervoor kiezen om zelf in hun GTS-behoeften te voorzien, zullen uit de pakketten van GTS-diensten maar bepaalde onderdelen kopen. Een dergelijke „zelfvoorziening" maakt op zichzelf echter geen deel uit van de in overweging 86 omschreven markt. Bovendien is „zelfvoorziening" een strategische keuze, zoals al is opgemerkt in de „BT/AT & T"-beschikking. Afnemers die hele pakketten kopen, zullen waarschijnlijk niet overschakelen naar zelfvoorziening — hoewel het niet onmogelijk is — omdat met het maken van die overstap en met het opbouwen van de interne middelen en deskundigheid voor het uitvoeren en onderhouden van de diensten hoge kosten zijn gemoeid. Slechts één afnemer gaf een concreet voorbeeld van intern georganiseerde ruwe bandbreedte, wat echter maar in één land gebeurde. Dit is expliciet verworpen als een optie voor dienstverlening in heel Europa, aangezien het intern organiseren van activiteiten niet haalbaar was op Europees niveau, laat staan wereldwijd. Andere afnemers verwierpen uitdrukkelijk de mogelijkheid om weer over te schakelen op het zelf opzetten en onderhouden van een netwerk, uitgezonderd voor speciale diensten. Een overeenkomstig argument is van toepassing op uitbesteding, waarbij door de leverancier niet alleen het netwerk wordt geleverd, maar ook het personeel dat het netwerk beheert. Onder dergelijke omstandigheden zou het voor de afnemer zelfs nog moeilijker zijn om later weer naar een zekere vorm van zelfvoorziening over te schakelen. Noch zelfvoorziening noch uitbesteding maakt derhalve onderdeel uit van de relevante markt.

Conclusie

(96) Het onderzoek van de Commissie bevestigt dat de marktdefinitie die in de zaak „BT/AT & T" is gegeven, juist was. Deze definitie is nog gepreciseerd doordat in het onderzoek is vastgesteld dat onderscheid moet worden gemaakt tussen dataprotocollen en de verder ontwikkelde diensten met toegevoegde waarde die op deze protocollen zijn gebaseerd.

C. *RELEVANTE GEOGRAFISCHE MARKT*

„TOP-LEVEL"- OF UNIVERSELE INTERNETCONNECTIVITEIT

(97) De Commissie oordeelde in „WorldCom/MCI" dat de markt voor „top-level"-connectiviteit een mondiale markt is. De partijen hebben dit op zichzelf niet betwist en erkennen dat er wereldwijd vraag is naar connectiviteit. Zij stellen echter dat de regionale (Europese) vraag toeneemt en dat de markt niet hiërarchisch is. In het antwoord van de partijen op de mededeling van punten van bezwaar is dit nog eens herhaald. Dit is echter in strijd met de bevindingen waartoe de Commissie in de onderhavige procedure is gekomen. Het marktonderzoek van de Commissie heeft bevestigd dat internetconnectiviteit nog steeds over de hele wereld wordt gevraagd en ondanks de toename van regionale websites, de komst van een aantal nieuwe providers en het gebruik van „mirroring", „caching", enz., zijn secundaire ISP's die universele connectiviteit willen, nog steeds afhankelijk van een klein aantal „top-level"-providers. Hoewel het merendeel van de „top-level"-providers die tot dusver op het toneel zijn verschenen, vanuit de Verenigde Staten opereren, zijn zij de enige providers die transit naar alle delen van het internet kunnen leveren. Gezien de hiërarchische structuur van het internet zou een stijging van de prijzen voor toegang tot de „top-level"-netwerken gevolgen hebben voor gebruikers in de hele wereld. Er is dus metterdaad sprake van een mondiale markt.

GLOBAL TELECOMMUNICATIONS SERVICES (GTS)

(98) De Commissie oordeelde in „BT/AT & T" dat de markt voor GTS een mondiale markt is. In hun aanmelding geven de partijen te kennen het met deze definitie eens te zijn. Deze marktdefinitie wordt ook grotendeels bevestigd door derden. Daarvan meent er één dat bepaalde Europese ondernemingen over het algemeen voor sommige diensten eerst naar een Europese provider zullen stappen en pas bij een prijsverschil van 5-10 % naar een in de Verenigde Staten gevestigde provider. Een blik op de lijsten van leveranciers die door afnemers zijn verstrekt, bevestigt echter de opvatting dat de mondiale spelers de hoofdleveranciers van GTS zijn.

(99) Bijgevolg is de Commissie bij haar analyse uitgegaan van een mondiale markt zoals beschreven in overweging 98, die ook in de analyse in de „BT/AT & T"-procedure is gebruikt, omdat uit het onderzoek geen feiten naar voren zijn gekomen die doen twijfelen aan de juistheid van de bestaande omschrijving.

D. *BEOORDELING*

„TOP-LEVEL"- OF UNIVERSELE INTERNETCONNECTIVITEIT

Openbare statistieken over marktaandelen

(100) In de WorldCom/MCI-beschikking oordeelde de Commissie dat de combinatie van de internetactiviteiten van MCI en WorldCom, een machtspositie op de markt voor „top-level"-connectiviteit in het leven zou hebben geroepen. De huidige internetactiviteiten van MCI WorldCom werden bijgedragen door WorldCom nadat de Commissie toestemming had gegeven voor de fusie tussen MCI en WorldCom op voorwaarde dat het internetbedrijf van MCI zou worden afgestoten. MCI en WorldCom waren op het moment dat de Commissie haar beschikking gaf, marktleiders: het voormalige WorldCom-concern had een marktaandeel van om en bij [30-40]* % en het voormalige MCI-concern van ongeveer [10-20]* %. Sprint was op dat moment de op één na grootste „top-level"-provider, met een marktaandeel tussen 10 en 15 %.

(101) De partijen stellen dat, als verklaard door de Commissie in de WorldCom/MCI-beschikking, er noch van de omvang van de internetsector als geheel noch van de omvang van de relevante subsectoren betrouwbare openbare schattingen zijn, en dat er geen consensus bestaat over een maateenheid die de voorkeur verdient. Verder stellen zij dat, zoals de Commissie in de beschikking heeft opgemerkt, ISP's geen specifieke verplichtingen inzake verslaglegging over internetinkomsten hebben en coherente verslaglegging ontbreekt. De partijen kunnen bijgevolg geen accurate schatting van de omvang van de internetsector of de markt geven. Zelfs internetinkomsten, door MCI en WorldCom in de MCI/WorldCom-beschikking aangemerkt als het meest geschikte instrument voor het bepalen van marktaandelen, kunnen volgens de partijen gemakkelijk onjuist zijn. Een berekening op basis van verkeersstromen, zoals in de WorldCom/MCI-beschikking, zou zelfs nog grotere tekortkomingen hebben, onder meer omdat verkeersstromen, door het ontbreken van algemeen aanvaarde maatstaven, niet nauwkeurig kunnen worden gemeten […]*. Sprint schat het marktaandeel van de „top-level"-providers, gebaseerd op de geraamde inkomsten, voor 1999 op [35-40]* % voor MCI WorldCom, [10-15]* % voor AT & T, [minder dan 10]* % voor Sprint, en [minder dan 5]* % voor Qwest ([28]).

(102) De partijen overlegden een aantal openbare bronnen die ramingen van marktaandelen geven ([29]). Deze bronnen schatten het marktaandeel van MCI WorldCom op minimaal 17 % en maximaal tussen 21 % en 45 % en van Sprint op minimaal 3 % en maximaal tussen 13 % en 21 %. De minimumpercentages zijn gebaseerd op de inkomsten en het aandeel per verkoper van de ISP's. Deze zouden echter buiten beschouwing moeten worden gelaten, omdat zij ook ondernemingen als AOL en MSN omvatten, die niet op de relevante markt aanwezig zijn omdat zij geen universele netwerken bezitten. Dit leidt tot gecombineerde marktaandelen tussen 34 % en 55 %. Ook volgens schattingen van onafhankelijke derden die door de partijen zijn verstrekt, liggen de marktaandelen van MCI WorldCom en Sprint respectievelijk tussen 20 % en 25 % en 13 % en 20 % en van de gefuseerde onderneming tussen 34 % en 45 % ([30]). De percentages zijn ook in overeenstemming met die welke in het

([28]) […]*.

([29]) TeleGeography 1999, The World's Top ISPs (winter 1998-99), blz. 122; International Data Corporation, internet Service Provider Market Review and Forecast, blz. 17; Cahners In-Stat Group, Show Some Backbone: ISPs Report Increasing Demand and Shifting Vendor Preference, blz. 7; Boardwatch, uitgave van december 1999; Datamonitor, The Future of the internet; Hearing on the MCI WorldCom-Sprint Merger before the [US] Senate Committee on the Judiciary, Exhibit 3 (4 november 1999) (Getuigenverklaring van Tod A. Jacobs, hoofdanalyst telecommunicatie bij Sanfor C. Bernstein & Co., Inc.), Bernstein Research, MCI WorldCom, maart 1999, blz. 51; OECD, internet Traffic Exchange: Developments and Policy, DSTI/ICCP/TISP(98)1/FINAL, blz. 22 en 58-59.

([30]) Credit Suisse First Boston, Morgan Stanley Dean Witter, and Bear Stearns.

marktonderzoek van de Commissie door de respondenten zijn verstrekt ([31]). De omvang van de verkeersstromen van de fusiepartners moet ook worden gekoppeld aan de capaciteit van het wereldwijde netwerk van de gefuseerde onderneming. De internetafdeling van MCI WorldCom, UUNet, heeft „meer dan 2000 POP's, waarvan 500 buiten de Verenigde Staten. Dit is op zijn minst twee keer zoveel als welk ander netwerk van een internetprovider ook en vier tot vijf keer zoveel als de meeste andere „backbones" in de wereld." ([32]). Daarnaast heeft UUNet ook nog een zeer uitgebreide modembank voor klanten op groothandelsniveau met een kiesaansluiting […]*.

Ramingen van de marktaandelen door de Commissie

(103) Als marktpartij worden beschouwd providers die „peering"-overeenkomsten hebben gesloten die hen 100 % gratis internetconnectiviteit verzekeren. Voor het identificeren van deze providers moeten alle „peering"- en transitverbindingen tussen providers van internetconnectiviteit worden onderzocht en die providers die hun connectiviteit uitsluitend van hun klanten krijgen of uitsluitend op basis van „peering" met andere netwerken worden uitgesloten. Gezien de kwalitatieve problemen die in verband met openbare interconnectiepunten bestaan, zijn waarschijnlijk alleen providers die hun connectiviteit op basis van „private peering" verkrijgen in staat tot het opbouwen van universele connectiviteit.

(104) Veel van degenen die tijdens het onderzoek van de Commissie werden geraadpleegd, noemden dezelfde vijf „top-level"-providers (MCI WorldCom, Sprint, AT & T, Cable & Wireless en GTE) als providers die een sterkere marktpositie hebben dan alle andere. De Commissie heeft dienovereenkomstig de „peering"-overeenkomsten onderzocht waarbij deze hoofdrolspelers zijn betrokken om op basis daarvan een lijst van kandidaten samen te stellen die in aanmerking komen voor de kwalificatie „„top-level"-provider". Aangezien „peering"-relaties vertrouwelijk zijn, selecteerde de Commissie die ondernemingen die zowel met MCI WorldCom als met Sprint een „peering"-regeling hadden getroffen om te bepalen wie als „top-level"-provider konden worden aangemerkt. Op basis van dit onderzoek werden de volgende marktpartijen geïdentificeerd: […]*.

(105) Een derde partij kwam met een eigen lijst van „top-level"-providers, waarvoor was uitgegaan van het aantal routes waarlangs toegang tot hun netwerken kan worden verkregen. Netwerken die rechtstreeks toegankelijk zijn, in plaats van via het netwerk van een derde partij, werden aan de lijst toegevoegd. Deze lijst week enigszins af van de lijst van de Commissie. Ondernemingen die niet in de lijst van de derde partij waren opgenomen, werden niet uit de verzameling van marktpartijen verwijderd, terwijl die ondernemingen die wel waren opgenomen, aan de verzameling werden toegevoegd, ook die ondernemingen die niet met zowel MCI WorldCom als Sprint een „peering"-regeling hadden. Dit leidde tot de toevoeging van de volgende vier ondernemingen: Exodus, Digex, Abovenet en Epoch. De analyse leidde uiteindelijk tot een verzameling van 17 providers (of groepen van providers) die deelnemen aan de markt voor „top-level"-internetconnectiviteit.

(106) Providers van internetconnectiviteit die niet op deze lijst voorkomen, moeten van ten minste één van de providers uit de top-vijf transit kopen. Een netwerkprovider die niet op zijn minst met de vijf topspelers een „peering"-overeenkomst sluit, zal in zijn dekking van het internet belangrijk tekortschieten. Het is mogelijk dat het aantal werkelijke „top-level"-providers kleiner is dan de groep die een „peering"-overeenkomst met Sprint en MCI WorldCom heeft. Sommige providers die als „top-level"-provider zijn gekwalificeerd, verwerven hun connectiviteit mogelijk via „publieke peering", waardoor zij niet de in kwalitatief opzicht beste connectiviteit kunnen bieden. Ook is het zo dat elke aanvullende „peer" natuurlijk wel een „peering"-regeling met Sprint en MCI WorldCom heeft, maar dat het hem mogelijk niet is gelukt om ook met elk van de andere „peers" die met deze twee een „peering"-regeling zijn aangegaan, tot een overeenkomst te komen. In zoverre zijn zij wellicht niet in staat om een situatie te realiseren waarin zij gratis toegang tot het gehele internet hebben. Ten behoeve van de schattingen is echter aangenomen dat alle providers die wereldwijd op basis van „peering" op de netwerken van MCI WorldCom en Sprint zijn aangesloten, voor iedereen die eveneens een verbinding met MCI WorldCom en Sprint heeft, een aantrekkelijke „peer" zijn. Deze aanname is in het voordeel van de partners, omdat het aantal marktpartijen daarmee wordt vergroot.

a) **Marktaandelen op basis van verkeersstromen**

(107) De partijen hebben aangevoerd dat metingen van de verkeersstroom grote tekortkomingen vertonen. Bij metingen van de verkeersstroom wordt het verkeer gemeten dat op een gegeven moment een specifiek deel van het netwerk passeert. Maar omdat „routing" van IP-pakketten een dynamisch proces is, hoeft de informatie die tussen twee hosts wordt verzonden niet altijd over dezelfde netwerken te gaan. Ook niet als het om hetzelfde soort informatie gaat. Bovendien is het zo dat verkeersstromen voor het bereiken van hun bestemming

([31]) Bell Atlantic schat het marktaandeel van de nieuwe onderneming op 50 tot 70 %; Cable & Wireless schat het aandeel van MCI WorldCom in het totale internetverkeer op 50 % en dat van Sprint op 18 % (voor 1998).

([32]) WorldCom: Still a Cool Company, Salomon Smith Barney, 7 februari 2000, blz. 2.

meer dan één netwerk passeren. Als de totale verkeersstroom dan wordt berekend door het verkeer dat de afzonderlijke „backbones" passeert bij elkaar op te tellen, dan zal er ongetwijfeld sprake zijn van dubbeltelling. Omdat de mate van dubbeltelling tussen „backbones" zal verschillen, kunnen metingen van verkeersstromen voor het bepalen van marktaandelen misleidende resultaten opleveren.

(108) De partijen stellen ook dat ramingen van de verkeersstroom de architectuur van het desbetreffende netwerk kunnen weerspiegelen. De provider van een „backbone" met veel knooppunten genereert mogelijk een relatief kleine hoeveelheid verkeer vergeleken met een provider van een „backbone" met weinig knooppunten, simpelweg door het verschil in netwerkarchitectuur. De reden hiervoor is dat al het verkeer dat bij een knooppunt aankomt dat via dat knooppunt het punt van bestemming kan bereiken, rechtstreeks wordt doorgeleid naar dat punt, terwijl naar de „backbone" alleen verkeer wordt gestuurd dat is bestemd voor een punt dat via andere knooppunten moet worden bereikt. Mogelijk wordt dan alleen dat deel van het verkeer geteld.

(109) Omdat de marktpositie van een provider kan worden afgeleid uit de totale omvang van zijn netwerk, kan echter worden gesteld dat het meten van marktaandelen op basis van verkeersstromen een juister beeld geeft van de marktpositie.

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

(111) De totale verkeersstroom op een gegeven netwerk bestaat uit het verkeer van en naar andere geïdentificeerde netwerken en het interne verkeer (d.w.z. 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 het internet bekend hoeft te zijn, en wel aan de hand van de volgende methode. De verhouding van het marktaandeel van de eigenaar van netwerk A ten opzichte van dat van de eigenaar 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 de eigenaar van netwerk A ten opzichte van dat van de eigenaar 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 netwerk A. De marktaandelen kunnen bijgevolg worden berekend op basis van de relatieve aandelen van elk netwerk in het totale verkeer dat via elk netwerk gaat. Vervolgens kunnen de relatieve aandelen van elk netwerk worden berekend aan de hand van cijfers over het verkeer dat door het desbetreffende netwerk wordt gegenereerd. Daardoor hoeven voor het berekenen van marktaandelen niet de metingen van verschillende marktdeelnemers te worden opgeteld. Dit voorkomt ook dat de berekening van de marktaandelen wordt vertekend door mogelijke verschillen in de berekeningsmethodes.

(112) Uit de cijfers die door de top-vijf providers werden verstrekt, kon voor elk netwerk worden berekend wat het relatieve aandeel ervan in het verkeer met de andere vier netwerken en de andere „peers" is. In het geval van een onderneming die een aantal netwerken bezit en voor enkele transit heeft gekocht en voor andere een „peering"-regeling is aangegaan, is al het verkeer over deze netwerken opgeteld en als verkeer op basis van „peering" aangemerkt. Deze aanname is gunstig voor de partijen, omdat dit vooral bij de kleinere concurrenten het geval zal zijn.

(113) Door het relatieve aandeel van A en B in het verkeer tussen netwerk A en B te combineren, vinden wij de verhouding tussen het marktaandeel van A en B. Deze methode kan ook worden toegepast op de netwerken A en C en vervolgens op de netwerken C en B. Op die manier krijgen wij een andere schatting van de verhouding tussen de marktaandelen van de netwerken A en B. Ten behoeve van de mededeling van punten van bezwaar heeft de Commissie deze methode toegepast op elk van de top-vijf netwerken, met de volgende tabel als resultaat ([33]):

	Verhouding van de omvang van het netwerk van X tot de omvang van het netwerk van MCI WorldCom
GTE	[...]*
Sprint	[...]*
C & W	[...]*
MCI WorldCom	[...]*
AT & T	[...]*
Totaal	[...]*

(114) Wordt deze methode toegepast op een hypothetische markt bestaande uit MCI WorldCom, Sprint, Cable & Wireless, GTE en AT & T (wat overeenkomt met de relevante markt zoals die in 1998 door Spring werd gedefinieerd in een verklaring ten aanzien van de fusie tussen WorldCom en MCI), dan zou het MCI WorldCom-concern 46 %-51 % van die markt in handen hebben, waaraan Sprint dan nog eens [10-20]* % zou toevoegen, ofwel [56-71]* % in totaal.

([33]) Omdat de door derden verstrekte informatie vertrouwelijk is, wordt van het verhoudingsgetal slechts een indicatie gegeven.

(115) Voor het berekenen van de marktaandelen op basis van de verzameling van zeventien potentiële „top-level"-providers, moest wat betreft de omvang van de netwerken van de overige twaalf providers van een aantal vooronderstellingen worden uitgegaan. De algemene vooronderstelling was — en dit was in overeenstemming met de inkomstencijfers — dat de verkeersstroom via één van deze netwerken niet groter kan zijn dan de verkeersstroom via een netwerk van een „top-level"-provider uit de top-vijf. Als de verhouding van de totale hoeveelheid verkeer die het netwerk van de kleinste van de vijf grote „top-level"-providers passeert, tot het verkeer dat de MCI WorldCom-netwerken passeert […]* is, dan kan de verhouding tussen de totale verkeersstroom over de twaalf overige netwerken en de verkeersstroom die over de netwerken van MCI WorldCom gaat, niet meer dan twaalf keer […]* zijn.

(116) Op basis hiervan en ervan uitgaande dat deze twaalf netwerken niet allemaal even groot zijn, zou de totale verkeersstroom over de twaalf netwerken samen even groot zijn als die over de MCI WorldCom-netwerken. Volgens de schattingen zou het MCI WorldCom-concern een marktaandeel hebben van 32 %-36 %, waarbij Sprint nog eens [5-15]* % inbrengt en geen concurrent meer dan 10 %-15 % van de markt in handen heeft. Het gecombineerde marktaandeel van Sprint en MCI WorldCom zou dan tussen [37-51]* % liggen. De marktaandelen zouden als volgt zijn:

	Verhouding van de omvang van het netwerk van X tot de omvang van het netwerk van MCI WorldCom	Marktaandeel
GTE	[...]*	[0-10]* %
Sprint	[...]*	[5-15]* %
C & W	[...]*	[0-10]* %
MCI WorldCom	[...]*	[32-36]* %
AT & T	[...]*	[5-15]* %
Overige A	[...]*	
Overige B	[...]*	

(117) Zelfs als ervan uit werd gegaan dat de totale verkeersstroom over de twaalf overige netwerken twee keer zo groot was als die over de netwerken van het MCI WorldCom-concern (wat onmogelijk is, zoals hierboven in overweging 115 is uitgelegd, omdat de totale omvang daarvan niet meer dan 1,8 keer zo groot kan zijn), dan nog zou het gecombineerde marktaandeel van de fusiepartners in de orde van grootte van 32 %-35 % zijn en [maximaal]* drie keer zo groot als dat van de volgende marktpartij.

b) **Ramingen van marktvolume en marktaandeel op basis van inkomsten**

(118) Op basis van het voorgaande zouden in totaal zeventien providers van internetconnectiviteit binnen de definitie van „top-level"-provider vallen. Wat het totale marktvolume betreft, was de beschikbare informatie niet compleet en moesten ramingen worden gemaakt van de omzet van twee ondernemingen waarvan geen accurate cijfers beschikbaar waren ([34]). De inkomsten van deze twee ondernemingen werden geschat op 100 miljoen USD elk, waarvan werd aangenomen dat dat aanzienlijk meer was dan hun daadwerkelijke inkomsten.

(119) De marktaandelen werden in de mededeling van punten van bezwaar berekend aan de hand van twee alternatieve methoden. Bij de eerste werden de totale internetinkomsten meegenomen (inclusief de inkomsten uit kiesaansluitingen, „toegang op maat", hosting, collocatie en andere). Dit leidde tot een marktvolume van ongeveer 6,5 miljard USD en marktaandelen van [40-50]* % en [5-15]* % voor respectievelijk MCI WorldCom en Sprint. Slechts één marktpartij (AT & T) had een marktaandeel tussen 10 % en 15 %; twee tussen 5 % en 10 % (C & W en PSINet). Deze inkomsten komen allemaal uit het verstrekken van internetconnectiviteit. […]*. Het verstrekken van toegang via een kiesaansluiting, genereert verkeer, vergroot het klantenbestand en versterkt daarmee de marktpositie.

(120) Bij de tweede methoden werd gekeken naar de inkomsten uit de verkoop van „toegang op maat". Het voordeel van deze methode is dat daarbij alleen inkomsten uit de verkoop van connectiviteit worden meegenomen, ook al worden daarbij niet alle inkomsten uit het verstrekken van connectiviteit in aanmerking genomen. De respondenten waren echter niet altijd in staat om hun internetinkomsten op te splitsen en bij deze methode wordt geen rekening gehouden met inkomsten uit het verstrekken van toegang via een kiesaansluiting. Hoe dan ook, omdat bij deze methode niet alle relevante internetinkomsten worden meegenomen, kan zij alleen worden gebruikt als een aanvullende indicatie voor de marktaandelen. In het geval van ondernemingen waarvoor geen cijfers beschikbaar waren over de inkomsten uit „toegang op maat", werden deze gesteld op één derde van de totale internetinkomsten. Dit is in overeenstemming met de verhouding zoals die bij de aanmeldende partijen tussen dergelijke inkomsten en de totale internetinkomsten bestaat ([…]* en […]*). Wanneer dergelijke inkomsten op de helft van de totale internetinkomsten zouden worden gesteld, dan zou het gecombineerde marktaandeel [30-40]* % zijn. Op basis hiervan zou het aandeel van MCI WorldCom [15-25]* % bedragen, waaraan Sprint ongeveer [5-15]* % zou toevoegen, waarmee het marktaandeel van het nieuwe concern op ongeveer [20-40]* % zou uitkomen. De drie grootste concurrenten hadden marktaandelen tussen 10 % en 15 %.

([34]) De meeste informatie die is gebruikt voor het berekenen van de marktaandelen op inkomstenbasis, is door de aanmeldende partijen en derden aan het Amerikaanse ministerie van Justitie verstrekt na te zijn opgeroepen voor het afleggen van een verklaring, waarbij tegenover beide mededingingsautoriteiten afstand is gedaan van het recht van geheimhouding van vertrouwelijke gegevens.

(121) Hoewel de partijen bij herhaling benadrukten dat de cijfers over de inkomsten volgens hen de enige betrouwbare indicator waren voor het marktaandeel in deze sector, wezen veel concurrenten op de mogelijke gevaren van een te veel vertrouwen op inkomstencijfers alleen. Waar mogelijk is gebruik gemaakt van cijfers van inkomsten uit basis-internettoegang. Op de betreffende ondernemingen rust echter geen enkele verplichting tot verslaglegging of zelfs maar tot het vrijgeven van informatie. Bijgevolg moesten de cijfers met de nodige omzichtigheid worden gebruikt.

(122) Ondernemingen die maar met maximaal vier van de belangrijkste providers een „peering"-overeenkomst hebben gesloten, kunnen weinig aanspraak maken op de titel „top-level"-provider, aangezien het ontbreken van een „peering"-overeenkomst met een provider van de top-vijf erop wijst dat zij aanzienlijk tekortschieten in de mogelijkheid tot het bieden van internetconnectiviteit. Ten behoeve van een sensitiviteitsanalyse werden echter ramingen gemaakt van het marktaandeel van zulke providers om na te gaan of de cijfers als gevolg van de toevoeging van zulke spelers die niet in de lijst van marktpartijen zijn opgenomen, noemenswaardig zouden veranderen. Op een dergelijke basis (die, het moet worden beklemtoond, uiterst voorzichtig is) was het gezamenlijke aandeel van de aanmeldende partijen in de totale internetinkomsten, en bijgevolg hun gezamenlijk marktaandeel op basis van die inkomsten, nog steeds [35-45]* %.

c) **Conclusie betreffende de berekening van het marktaandeel**

(123) Het marktaandeel van de gefuseerde onderneming zou bij een berekening op basis van verkeersstromen ([35]) [37-51]* % en op basis van inkomsten [30-65]* % bedragen. Het marktaandeel van de eerstvolgende concurrent is nooit hoger dan 15 %. Ongeacht de gebruikte methode blijkt uit het onderzoek van de Commissie dat het marktaandeel van de gefuseerde onderneming op basis van inkomsten meer dan drie keer zo groot en op basis van de verkeersstroom vier keer zo groot als dat van de naaste concurrenten zou zijn. Zelfs bij de onderstelling dat de twaalf „top-level"-providers samen twee keer zo groot zijn als MCI WorldCom, wat zeer onwaarschijnlijk is, houden deze resultaten stand.

d) **Het antwoord van de partijen**

(124) In hun reactie op de mededeling van punten van bezwaar stelden de partijen dat de Commissie het marktaandeel van de gefuseerde onderneming te ruim schat en dat het marktaandeel bij de laagste waarden geen aanleiding mag geven tot bezwaren uit het oogpunt van mededinging. De schattingen van zowel de Commissie als derden zouden volgens de partijen ook aantonen dat MCI WorldCom sinds 1998 een aanzienlijk deel van de markt is kwijtgeraakt. Bovendien zetten de partijen vraagtekens bij het gebruik van berekeningen op basis van inkomsten en verkeersstromen in het onderhavige geval, omdat de kans op overschatting van het marktaandeel daarbij hoog is.

(125) Volgens de informatie waarover de Commissie beschikte op het moment dat de mededeling van punten van bezwaar werd vastgesteld, is het marktaandeel van MCI WorldCom op basis van de totale internetinkomsten [40-50 %]* in een markt bestaande uit zeventien „top-level"-providers ([36]). Dit moet vergeleken worden met het marktaandeel dat WorldCom in 1998 had: [35-45 %]*. Ondanks het feit dat de aannames die de Commissie in de onderhavige procedure hanteert voor de partijen gunstiger zijn dan die welke in 1998 in „WorldCom/MCI" golden, kan uit het bovenstaande worden geconcludeerd dat het marktaandeel van MCI WorldCom op basis van de totale internetinkomsten sinds 1998 is toegenomen.

(126) Nadat de mededeling van punten van bezwaar was toegestuurd, stelden de partijen de Commissie ervan in kennis dat de inkomsten van MCI WorldCom uit de verstrekking van „toegang op maat" in Noord-Amerika, met 110 miljoen USD moesten worden verhoogd. Bijgevolg zou het marktaandeel van MCI WorldCom, berekend op basis van inkomsten uit het verstrekken van „toegang op maat", stijgen van de aanvankelijke [20-30]* % (zie overweging 120) tot [25-35]* %. Het marktaandeel van de gefuseerde onderneming zou dan uitkomen op [35-45]* %.

(127) Het marktaandeel van MCI WorldCom als berekend op basis van verkeersstromen, bedraagt [32-36]* %, vergeleken met [30-40]* % in 1998. In 1998 was het aantal marktpartijen kleiner, namelijk 16.

(128) In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar stelden de partijen dat de spreadsheets van de Commissie fouten bevatten en dat de methode die de Commissie had gebruikt voor het berekenen van marktaandelen op basis van verkeersstromen, gebreken vertoonde. De Commissie legde elk van de drie in overweging 113 genoemde derde partijen die in het bezit zijn van een ruggengraatnetwerk, de berekeningen voor die zij had gemaakt op basis van de door hen verstrekte gegevens en vroeg hen of hun gegevens correct waren weergegeven en of zij van mening waren dat de door de Commissie gevolgde methode degelijk was. Hoewel elk van de derde partijen wel wat rekenfoutjes ontdekte, verklaarden zij dat de vermelde gegevens hun berekeningen accuraat weergaven en dat zij zich konden vinden in de door de Commissie gebruikte methode. Toen de Commissie de marktaandelen naar aanleiding van de haar door de aanmeldende en derde partijen ter kennis gebrachte rekenfoutjes nog eens narekende, ontdekte zij minimale afwijkingen (minder dan een half procentpunt) in de geraamde marktaandelen.

([35]) In voor partijen extreem gunstige onderstellingen zou het marktaandeel op basis van verkeersstromen [30-40]* % bedragen.

([36]) In 1998 werd het marktaandeel van de gefuseerde onderneming geschat op [45-55]* % ([35-45]* % voor WorldCom en [5-15]* % voor MCI). Het internetbedrijf van MCI werd later verkocht aan Cable & Wireless.

Het effect van de fusie op de mededinging

a) **Huidige kenmerken van de markt**

(129) Er zijn indicaties dat MCI WorldCom tegenwoordig een zeer sterke positie op de markt voor „top-level"-connectiviteit heeft. Dit uit zich echter niet noodzakelijkerwijs in een afzonderlijke machtspositie. Het is evenwel duidelijk dat MCI WorldCom daar dichtbij zit. Al in 1997 had UUnet, de internetafdeling van MCI WorldCom, vergeleken met zijn concurrenten een aanzienlijk marktaandeel. Dit kwam begin 1997 tot uitdrukking in haar poging (die uiteindelijk mislukte) om een aantal „peering"-relaties eenzijdig te beëindigen.

(130) Sinds de fusie tussen MCI en WorldCom heeft MCI WorldCom zijn nummer één positie weten te handhaven. Naar de mening van veel concurrenten heeft het concern bijna een machtspositie. Dit wordt bevestigd door het feit dat MCI WorldCom aanzienlijk hogere prijzen kan vragen (20-100 %) dan haar concurrenten en Sprint, zonder dat haar leidende positie daardoor in gevaar komt […]* ([37]) […]* ([38]) […]* ([39]). Voor de hier behandelde transactie kan de kwestie van de afzonderlijke dominantie van MCI WorldCom evenwel open worden gelaten, omdat het onderzoek van de Commissie heeft uitgewezen dat de nieuwe onderneming die met de fusie zou ontstaan, een dominante machtspositie zou hebben.

(131) In hun antwoord op de vraag naar het bestaan van een prijsverschil met de concurrentie zeggen de partijen in hoofdzaak dat AT & T soortgelijke prijzen als MCI WorldCom in rekening brengt. Als de vergelijking echter wordt uitgebreid tot andere marktpartijen dan alleen AT & T, komen aanzienlijke prijsverschillen aan het licht.

(132) De door de fusiepartners verstrekte informatie laat ook zien dat [40-80]* % van het verkeer dat over de netwerken van de twee partijen gaat, intern verkeer is (d.w.z. verkeer dat niet afkomstig is van of gaat naar „peers"). Dit percentage is bij geen van de concurrenten hoger dan 30 %-35 %. Bovendien geleiden zelfs de drie grootste concurrenten van de fusiepartners meer dan 15 % van hun verkeer naar de gefuseerde onderneming. Uit deze cijfers blijkt dat de fusiepartners veel onafhankelijker zijn dan hun concurrenten en dat de afhankelijkheid van de concurrenten al aanzienlijk is. Er blijkt ook uit dat MCI WorldCom door de fusie een van zijn grootste concurrenten kwijtraakt. De cijfers onderstrepen verder het belang van een klantenbestand.

(133) Dit wordt ook bevestigd door de cijfers die door de fusiepartners zijn verstrekt over het percentage „multihomed" klanten dat zij hebben. […]*.

([37]) […]*.
([38]) […]*.
([39]) […]*.

(134) De kracht van MCI WorldCom, en in mindere mate van Sprint, staat in contrast met de ontwikkeling van Cable & Wireless. Dit netwerk is het resultaat van de afstoting van de internetactiviteiten van MCI, wat in 1998 gebeurde. Sinds de afstoting is het relatieve aandeel van het interne verkeer verminderd en de marktpositie van het bedrijf verslechterd. Voor deze verslechtering bestaan waarschijnlijk meerdere redenen. Eén daarvan is dat op de markt het idee bestaat dat de overdracht niet compleet was en de aangeboden diensten achteruit zijn gegaan.

(135) Een vergelijking van de percentages intern verkeer op de respectieve netwerken van de „top-level"-providers brengt ook de reeds bestaande onevenwichtigheden in omvang en afhankelijkheid tussen de marktpartijen aan het licht. De andere providers verkrijgen een veel kleiner gedeelte van hun connectiviteit van hun klanten, waardoor zij voor het aanbieden van universele connectiviteit veel afhankelijker van „peering"-overeenkomsten zijn (vooral met MCI WorldCom en Sprint) dan MCI WorldCom en Sprint.

(136) De respondenten in het onderzoek van de Commissie erkennen over het algemeen dat het grote netwerk van de gefuseerde onderneming en het feit dat dit netwerk rechtstreeks toegang biedt tot het grootste aantal hosts en klanten alsook tot belangrijke websites, ook voor hun eigen prestatie van wezenlijk belang is, omdat hun klanten een verbinding met dat netwerk zouden wensen. Aangezien de gefuseerde onderneming het grootste klantenbestand zou hebben, zou zij ook connectiviteit met het grootste deel van het internet kunnen bieden […]* ([40]) […]* ([41]).

(137) Er is gesteld dat het niet belangrijk is om op faciliteitenbasis te opereren omdat er een overvloed aan capaciteit valt te huren. Ten eerste is dit in strijd met de eigen voorspellingen van MCI WorldCom ([42]). […]* ([43]). Verder is uit het onderzoek van de Commissie gebleken dat de kosten van transit de laatste jaren weliswaar aanzienlijk zijn gedaald, vooral in Europa, maar dat die daling niet altijd even sterk is geweest als de daling van de kosten van het leasen van infrastructuur. internetconnectiviteit levert dus iets extra op. Dat extra is groter voor de grotere, gevestigde netwerken met meer routes. Om geen capaciteit te hoeven huren of transit te moeten kopen, hebben de grotere Europese ISP's nu hun eigen circuits naar de Verenigde Staten gelegd, om op die manier de transitkosten te verminderen. Zij kopen echter nog steeds transit van de „top-level"-providers in de Verenigde Staten.

([40]) […]*.
([41]) […]*.
([42]) John Sidgmore bij Spring internet World 2000: *„UUNet chair says industry concerned over capacity"* („Voorzitter UUNet zegt dat industrie bezorgd is over capaciteit"), Reuters, 4 april 2000.
([43]) […]*.

(138) De partijen stellen ook dat het hebben van een groot netwerk geen garantie voor kwaliteit is. Dit is zowel in strijd met de resultaten van het onderzoek van de Commissie als met informatie die de Commissie door de partijen is verstrekt. […]* ([44]). Zoals hierboven gezegd, blijkt het belang van „private peering" uit het feit dat grote zakelijke klanten particuliere interconnectiepunten wensen ([45]), omdat dit de betrouwbaarheid van de verbinding vergroot. Aangezien alleen de grootste „top-level"-providers onderling overeenkomsten op basis van „private peering" hebben gesloten, is de omvang van het netwerk en de architectuur ervan van invloed op de betrouwbaarheid. […]* ([46]). Uit het onderzoek van de Commissie is ook gebleken dat de door UUNet aangeboden dienst nu al van een zodanige kwaliteit is dat de internetafdeling van MCI WorldCom in haar serviceovereenkomst een latentietijd kan garanderen die veel korter is dan die van welke concurrent ook. Dus behalve het grootste klantenbestand zou de gefuseerde onderneming ook over een van de grootste netwerken beschikken, dat zich uitstrekt over ten minste […]* landen, en een tot dusver nog niet door de concurrenten te evenaren niveau van dienstverlening.

b) **Effect van de groei van het internet sinds 1998**

(139) Het internet is de laatste paar jaar ongekend gegroeid. Volgens de partijen heeft deze snelle groei geleid tot een aanzienlijk aantal nieuwkomers op de markt en een stijging van het aanbod, wat op de providers van connectiviteit een concurrentiedruk uitoefent. Daarnaast zou door het toegenomen gebruik van diensten op het gebied van „multi-homing" en „content delivery" het verkeer zijn omgeleid van de „top-level"- naar de kleinere netwerken. Nog belangrijker is de suggestie dat er een verandering in de verkeersstromen zou hebben plaatsgevonden, in de zin dat deze minder op de Verenigde Staten zouden zijn geconcentreerd en er meer sprake zou zijn van regionaal en in het bijzonder Europees verkeer. Als oorzaken worden genoemd de vergroting van het netwerkoppervlak en de toename van het aantal lokale websites in andere delen van de wereld.

(140) Het is echter onwaarschijnlijk dat providers van connectiviteit, en de vice-voorzitter van MCI WorldCom, John Sidgmore, erkent dit, in staat zullen zijn om de capaciteit van hun netwerken voldoende te vergroten om aan de stijgende vraag te voldoen. Aangezien meer mensen op het internet zijn aangesloten, via snellere computers en lokale hogesnelheidsverbindingen, worden ook meer data naar de ruggengraatnetwerken verzonden. Het verkeer wordt verder nog vergroot door het toegenomen gebruik van bijvoorbeeld multimediatoepassingen. „UUNet denkt dat de vraag met een factor acht tot tien zal stijgen. Dus alleen al om aan de huidige vraag te voldoen moeten wij de capaciteit met 800 tot 1 000 procent vergroten". Hij gaf toe bezorgd te zijn niet over voldoende netwerkcapaciteit te beschikken om de stijgende vraag aan te kunnen ([47]).

(141) In tegenstelling tot wat de partijen beweren, heeft de snelle groei van het internetverkeer hen niet verhinderd om aanzienlijke marktaandelen op de markt voor „top-level"- of universele connectiviteit te behouden. Deze snelle groei heeft, in tegenstelling tot de beweringen van de partijen, niet geleid tot een vermindering van de concentratiegraad aan de aanbodzijde van die markt. Ofschoon het aantal aanbieders van toegang tot het internet en het aantal netwerkproviders aanzienlijk is gestegen, laat het marktonderzoek zien dat het aantal „top-level"-providers nog steeds beperkt is. Dit is te wijten aan de grote hindernissen waarvoor nieuwkomers op deze markt zich gesteld zien. Universele connectiviteit kan slechts via overeenkomsten op basis van „peering" zonder betaling worden bereikt, als de desbetreffende provider een voldoende groot klantenbestand en zijn netwerk in geografisch opzicht een voldoende groot bereik heeft. Aangezien de „top-level"-providers met het internet meegroeien, wordt het voor derde partijen zelfs nog moeilijker om voldoende groot te zijn om met hen een regeling op basis van „peering" te kunnen treffen.

(142) Het merendeel van de nieuwe internetproviders die de markt betreden, zijn kleine lokale of regionale aanbieders van internettoegang en netwerkproviders die voor het verwerven van universele connectiviteit transit van de „top-level"-providers moeten kopen. De „top-level"-providers die de markt hebben betreden (Cable & Wireless en AT & T) hebben dat gedaan door de overname van bestaande netwerken (Cable & Wireless kocht na de fusie tussen MCI en WorldCom het internetbedrijf van het eerstgenoemde concern, en AT & T kocht Global Network van IBM (IGN)), maar hebben de fusiepartners geen noemenswaardig percentage van de markt kunnen afpakken.

(143) Hoewel de partijen aanvoeren dat de markt nu minder op de Verenigde Staten is geconcentreerd en de Europese „content" enorm is toegenomen, hebben zij zelf vastgesteld dat de vijftig belangrijkste websites wereldwijd op servers in de Verenigde Staten staan. Dit is ook in overeenstemming met de bevinding van de Commissie dat bij de Europese eindgebruikers, ondanks de grotere Europese „content", een krachtige vraag om toegang tot de Amerikaanse websites bestaat. Als gevolg hiervan gaat, ondanks de vermindering van het verkeer van de EU naar de Verenigde Staten, nog steeds 50 %-80 % van het uit de EU afkomstige verkeer naar dat land. Uit het onderzoek van de Commissie is ook duidelijk geworden dat, indien Europese toegang- en netwerkproviders zulke diensten aan hun klanten willen aanbieden, zelfs de grotere Europese providers, in strijd met wat de partijen aanvoeren, nog steeds afhankelijk zijn van transit van een of meer van de „top-level"-providers.

([44]) […]*.
([45]) Zie verder paragraaf 23, boven.
([46]) […]*.
([47]) John Sidgmore in Spring internet World 2000: „*UUNet chair says industry concerned over capacity*" („Voorzitter UUNet zegt dat industrie bezorgd is over capaciteit"), Reuters, 4 april 2000.

(144) Het onderzoek van de Commissie heeft ook laten zien dat ondanks het toegenomen gebruik van „multi-homing" en „distributed content", de marktaandelen van de „top-level"-providers niet wezenlijk zijn veranderd, omdat alle nieuwkomers en gebruikers van deze technieken, of zij nu in Europa of de Verenigde Staten zijn gevestigd, connectiviteit van de „top-level"-providers moeten kopen.

c) **Kenmerken van de markt na de fusie**

(145) Met de fusie tussen MCI WorldCom en Sprint zou een „top-level"-provider worden gecreëerd die zich door zijn grootte voor een belangrijk deel onafhankelijk van concurrenten en afnemers zou kunnen gedragen. Gezien het mondiale karakter van de markt zijn de gevolgen hiervan voor verbruikers in Europa even groot als voor verbruikers in andere regio's.

(146) Door de fusie ontstaat een superprovider van wereldwijde internetconnectiviteit. Deze superprovider zal door zijn absolute en relatieve grootte een inherent sterke marktpositie hebben. Door zijn grootte zal hij de prijzen kunnen controleren die concurrenten en klanten moeten betalen. Ook zal hij zal zich in een positie bevinden waarin hij technische ontwikkelingen kan controleren. De superprovider zal zich op een dergelijke manier kunnen gedragen omdat hij de markt zijn wil kan opleggen, vooral door de dreiging van het selectief verslechteren van het aanbod aan internetconnectiviteit van de concurrenten (zie verder de overwegingen 152-164) en ook doordat hij nieuwe technische ontwikkelingen om geavanceerde internetdiensten mogelijk te maken kan sturen (zie verder de overwegingen 147-151).

1. *Mogelijkheid tot het beheersen van technische ontwikkelingen*

(147) Het netwerk van de gefuseerde onderneming zal deze in staat stellen om diensten aan te bieden van een kwaliteit die concurrenten alleen zullen mogen reproduceren wanneer zij daartoe met de gefuseerde onderneming een overeenkomst bereiken. Dit wordt steeds belangrijker voor de nieuwe, geavanceerde internetdiensten. Voice over IP of videobeelden kunnen pas over het internet worden verstuurd nadat zij zijn gecomprimeerd ([48]).

(148) „Packet switching" ([49]) is een techniek waarbij bij elkaar horende data in afzonderlijke pakketten worden verdeeld en via de meest efficiënte beschikbare route naar de plaats van bestemming worden verzonden, waarbij de afzonderlijke pakketten niet noodzakelijkerwijs via dezelfde route getransporteerd hoeven te worden. Voor een kwalitatief goede dienstverlening is het belangrijk dat de data vervolgens in de juiste volgorde en op het gewenste moment weer worden samengevoegd. Als niet is overeengekomen dat bepaalde soorten data bij het transport over het internet prioriteit hebben, bestaat het inherente risico dat het beeld of geluid pas naar de computer van de gebruiker wordt verstuurd als alle pakketten zijn aangekomen (wat tot vertraging leidt) of dat een gedeelte van het beeld of geluid verloren gaat.

(149) Voor een kwalitatief goede dienstverlening voor geavanceerde internetdiensten zoals „voice over IP", videoconferencing en internetbankieren, is de betrouwbaarheid van de verbinding erg belangrijk. Om een hoog serviceniveau te kunnen garanderen, moeten providers van internetconnectiviteit overeenstemming bereiken over een protocol, een soort standaard die garandeert dat de kwaliteit van diensten niet vermindert wanneer data over verschillende netwerken worden getransporteerd. Momenteel bestaan er voor zulke geavanceerde diensten nog geen algemeen aanvaarde protocollen. De gefuseerde onderneming zou zich derhalve in een ideale positie bevinden om deze protocollen te ontwikkelen en alleen op haar netwerk aan te bieden of op haar netwerk in een veel betere kwaliteit aan te bieden, tenzij de concurrenten akkoord gaan met bepaalde voorwaarden. Door de omvang van de gefuseerde onderneming, zowel in absolute als relatieve zin, zou zij de voorwaarden kunnen opleggen voor de toekomstige kwaliteit van zulke protocollen. De partijen zelf bevestigen dit in hun verklaringen. […]* ([50]).

(150) Het verkeer van de gefuseerde onderneming zou voor meer dan [40-80]* % intern verkeer zijn. Voor alle andere netwerkproviders is dit percentage niet hoger dan 32. De andere „top-level"-providers zullen ongeveer 20 % van hun verkeer naar het netwerk van de gefuseerde onderneming verzenden, terwijl de gefuseerde onderneming op haar beurt minder dan [0-5]* % van haar totale verkeer naar de netwerken van de andere „top-level"-providers zal hoeven verzenden.

(151) Belangrijke nieuwe diensten die bijdragen aan de groei van het internetverkeer zoals „voice over IP", rechtstreekse videoconferencing en geavanceerde oplossingen op het gebied van e-handel, zijn slechts beschikbaar wanneer op de netwerken waarover deze diensten worden getransporteerd, een voldoende hoog serviceniveau kan worden bereikt. Dit is het geval als al het verkeer, van begin tot eind, op het interne netwerk blijft. […]* ([51]). Bovendien is het zo dat bij het passeren van een interconnectiepunt steeds het risico bestaat dat een of meerdere pakketten zoekraken of vertragingen optreden, waardoor de dienst wellicht niet kan worden aangeboden. Het hoge percentage intern verkeer van de gefuseerde onderneming zal de onderneming er eerder toe brengen de interconnectie met andere netwerken in kwaliteit achteruit te laten gaan en de prikkels wegnemen om de invoering van netwerkoverschrijdende kwaliteitsnormen te ondersteunen om aldus de aantrekkelijkheid van het eigen netwerk te versterken.

([48]) Om over het internet verstuurd te kunnen worden, moet het analoge audiosignaal eerst in een digitaal signaal worden omgezet. Vervolgens wordt het gecomprimeerd en verstuurd. De kwaliteit van het signaal is afhankelijk van het aantal bits dat voor de codering is gebruikt.

([49]) „Packet switching" is de methode die wordt gebruikt om data over het internet te transporteren. Daarbij worden alle data in kleinere pakketten verdeeld. Elk pakket bevat het adres van de afzender en de ontvanger. Daardoor kunnen pakketten van vele verschillende bronnen over dezelfde lijn worden getransporteerd en door elkaar geraken zonder dat er problemen ontstaan, omdat zij door de routers die zij onderweg tegenkomen aan die hand van die adressen kunnen worden gesorteerd en doorgeleid, elk zonodig via een ander pad. Daardoor kunnen providers van internetconnectiviteit (en hun gebruikers) dezelfde lijnen op hetzelfde moment gebruiken.

([50]) […]*.

([51]) […]*.

2. *Macht tot prijsverhoging*

(152) Gezien de omvang van het gecombineerde netwerk van de fusiepartners en het belang van intern verkeer, zal de nieuwe onderneming ook ongehinderd de prijs van de verbindingen van haar klanten kunnen verhogen. Van de concurrentie zal, uit vrees voor een selectieve verslechtering van de interconnectie met het netwerk van de fusiepartners, geen remmende invloed uitgaan. De gefuseerde onderneming zal zich in de unieke positie bevinden dat zij zowel de kwaliteit van haar eigen verbindingen als die van haar concurrenten en klanten zal kunnen controleren. De reden hiervoor is dat zij, in tegenstelling tot andere „top-level"-providers, voor haar connectiviteit slechts voor een klein deel afhankelijk zal zijn van de concurrentie.

3. *Mogelijkheid om de markt haar wil op leggen*

(153) Men zou kunnen aanvoeren dat de gefuseerde onderneming het zich niet kan veroorloven om zich niet concurrerend op te stellen, omdat „iedereen universele connectiviteit nodig heeft" en zelfs de nieuwe onderneming daarvoor voor een deel afhankelijk is van haar concurrenten. Met de fusie zal de nieuwe onderneming zich echter in een positie manoeuvreren waarin zij de markt haar wil kan opleggen, omdat voor de concurrentie steeds de dreiging van selectieve verslechtering van de connectiviteit zal bestaan. De onderneming kan daardoor zowel de aanbodzijde, feitelijke en potentiële concurrenten, als de vraagzijde van de markt, de afnemers, controleren.

(154) Een niet-dominante provider van connectiviteit zou teveel afhankelijk zijn van het netwerk en klantenbestand van zijn concurrenten om een verslechtering van de kwaliteit van de aangeboden connectiviteit te riskeren. Een verslechtering van het interconnectiepunt tussen twee concurrenten van ongeveer gelijke grootte, zou voor beide nadelig zijn. De twee providers zouden de kwaliteit van hun aanbod zien verslechteren voorzover hun connectiviteit afhankelijk is van het netwerk van de ander. Als reactie op een dergelijke verslechtering zouden de klanten van beide providers waarschijnlijk naar een andere overstappen. Wanneer de twee netwerken niet even groot zijn, dan is het grotere netwerk voor zijn connectiviteit minder afhankelijk van het kleinere dan omgekeerd. Een verslechtering zou dan nadeliger zijn voor het kleinere netwerk, omdat het kleinere netwerk voor het bereiken van universele connectiviteit afhankelijker is van het grotere netwerk dan omgekeerd.

(155) Maar tenzij de verslechtering zo gering is dat zij voor de klanten van het grotere netwerk niet valt waar te nemen, of wordt gecompenseerd door specifieke voordelen van dat netwerk (zoals de omvang ervan en de mate waarin het connectiviteit van de klanten biedt), zou de provider van het grotere netwerk zich desalniettemin voor het feit zien gesteld dat zijn connectiviteitsaanbod minder concurrerend is geworden dan dat van andere netwerken waarvan de kwaliteit niet is verslechterd. Het is niet duidelijk of het internetnetwerk van MCI WorldCom of Sprint al vóór de fusie zoveel groter was dan dat van de concurrentie dat men toen al in een positie verkeerde dat met het verslechteren van de „peering"-verbinding met de concurrenten, winst kon worden gemaakt. Met het fuseren van de internetactiviteiten van MCI WorldCom en Sprint zal nu in ieder geval wel een situatie ontstaan waarin de fusiepartners over een gecombineerd netwerk beschikken dat in absolute ([30-55]* % van het internet en meer dan [40-80]* % intern verkeer) en relatieve zin ([verschillende]* keren groter dan de tweede op de markt) zo groot is, dat het onafhankelijk van de voormalige „peers" kan opereren door de kwaliteit van hun connectiviteit selectief te verslechteren. Alleen al de dreiging daarvan zal voldoende zijn om de gefuseerde onderneming de controle te geven over zowel de technologische ontwikkelingen op de markt als de prijzen van de concurrentie.

(156) Indien de gefuseerde onderneming zou besluiten tot een capaciteitsvermindering bij de particuliere interconnectiepunten (die door „top-level"-providers het meest worden gebruikt voor de interconnectie van hun netwerken) of, beter gezegd, de capaciteit ondanks een stijgende behoefte niet zou vergroten, dan zou de achteruitgang in kwaliteit voor de andere „top-level"-providers of de klanten van de gefuseerde onderneming niet direct merkbaar zijn. De concurrent die het doelwit van de actie is, en zijn klanten, zouden daarentegen wel onmiddellijk de gevolgen ervan ondervinden. Volgens derden — concurrenten en afnemers — alsook volgens de interne documenten van de aanmeldende partijen, eisen afnemers een hoog serviceniveau. De reactie van de klanten van het verslechterde netwerk zou bijgevolg zijn dat zij een alternatief proberen te vinden voor de kwalitatieve achteruitgang van de geboden connectiviteit, hetzij via „multi-homing" en/of door naar een andere provider van connectiviteit te stappen.

(157) Ten eerste: Uit het onderzoek van de Commissie is gebleken dat „multi-homing" wordt gebruikt als back-up en om te zorgen voor zekerheid door overmaat (redundantie) alsook voor het garanderen van universele connectiviteit. Ook laat het onderzoek zien dat rechtstreekse toegang tot afnemers het serviceniveau verbetert (kortere latentietijd en kleiner risico van verlies van „pakketten"). Voor de afnemers van de gefuseerde onderneming zou het bijgevolg economisch niet interessant zijn om het overgrote deel van hun verkeer naar het verslechterde netwerk om te leiden als zij klant kunnen blijven van de gefuseerde onderneming, die hen immers voorziet van rechtstreekse connectiviteit en rechtstreekse toegang tot een groter klantenbestand. Hetzelfde argument kan worden toegepast op de klanten van de „top-level"-concurrent wiens netwerk kwalitatief is achteruitgegaan. Wanneer zij het serviceniveau dat door de gefuseerde onderneming wordt geboden, vergelijken met dat van hun eigen provider, zullen zij tot de conclusie komen dat zij er baat bij hebben om het overgrote deel van hun verkeer naar het netwerk van de gefuseerde onderneming om te leiden. Daar komt nog bij dat alleen al de dreiging (mogelijkheid) dat de gefuseerde onderneming ook de netwerken van de andere concurrenten in kwaliteit achteruit doet gaan, de voorkeur van de klanten van de getroffen provider zal doen uitgaan naar de gefuseerde onderneming boven andere concurrenten, omdat eerstgenoemde veruit het grootste netwerk zal hebben en rechtstreekse toegang tot het grootste aantal afnemers zal kunnen garanderen. Dat neemt niet weg dat zelfs wanneer de techniek van „multi-homing" veel wordt gebruikt, de verslechtering van connectiviteit ertoe zal leiden dat het verkeer van de andere „top-level"-netwerken naar het netwerk van de dominante provider zal worden verplaatst en diens voorsprong op andere „top-level"-providers voor wat betreft de omvang van het klantenbestand, nog groter zal worden. Het waarschijnlijk eindresultaat zou zijn dat de voormalige „top-level"-concurrenten klant van de gefuseerde onderneming worden, omdat zij niet langer in aanmerking zouden komen voor het sluiten van een overeenkomst op basis van „peering".

(158) Ten tweede: Het voeren van een beleid gebaseerd op uitgebreide „peering" en het uitgebreid kopen van transit zou de mededinger extra belasten, omdat nieuwe en aanvullende overeenkomsten gesloten zouden moeten worden. Dat zou zowel een tijdrovende als kostbare aangelegenheid zijn. Nog belangrijker is dat de kwaliteit van de connectiviteit (en dus het serviceniveau) zelfs nog verder zou verminderen, omdat het verkeer niet meer rechtstreeks naar de klant van de gefuseerde onderneming zou gaan, maar andere netwerken zou moeten passeren. In tegenstelling tot wat de aanmeldende partijen in hun verklaring beweren, heeft het passeren van een groot aantal trajecten („hops") wel degelijk gevolgen voor de prestatie en zal dit tot vertragingen leiden (met het aantal „hops" neemt ook de latentietijd toe). […]* ([52]) […]*. Ondanks de verklaring van Sprint trokken de aanmeldende partijen in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar het bestaan van een relatie tussen het aantal „hops" en het geboden serviceniveau in twijfel. Derde partijen legden tijdens de hoorzitting echter bewijs voor waaruit blijkt dat dit verband er wel is. Dit zal er op zijn beurt weer toe leiden dat de klanten van de provider met het verslechterde netwerk, het grotere netwerk aantrekkelijker vinden. De getroffen provider zal het veel moeite kosten om het vertrouwen van de vertrokken klanten weer terug te winnen.

(159) Daarnaast zou de gefuseerde onderneming de verbinding met de concurrentie (andere „top-level"-providers) in kwaliteit achteruit kunnen laten gaan wanneer deze weigeren een regeling te treffen waarbij zij voor de verbinding moeten betalen (hetzij een overeenkomst op basis van betaalde „peering" of het kopen van transit). De getroffen mededinger zou deze nieuwe kosten dan moeten doorberekenen aan zijn klanten en die op hun beurt aan hun klanten. Door de hogere verbindingskosten zouden de klanten van die provider dan ofwel naar een andere provider van connectiviteit overstappen of het merendeel van hun verkeer naar het netwerk van een andere „top-level"-provider omleiden om de kosten laag te houden. Gezien de omvang van het netwerk van de gefuseerde onderneming (en de grootte van zijn klantenbestand), zou de nieuwe onderneming voor deze klanten de beste en meest voor de hand liggende keuze zijn.

(160) De mededinger die het doelwit is van bovenbeschreven actie zou even weinig keuzemogelijkheden hebben als wanneer zijn interconnectie werd verslechterd door het terugbrengen van de capaciteit. Zoals in de bovenstaande overweging al is aangetoond, zou bij een selectieve verslechtering van de connectiviteit van een concurrent, een overstap naar de gefuseerde onderneming voor diens afnemers de meest logische keuze zijn, omdat de nieuwe onderneming nu al tot zeer veel afnemers rechtstreeks toegang biedt, meer dan welke concurrent ook. Selectieve verslechtering van connectiviteit zou zodoende voor de nieuwe onderneming een manier kunnen zijn om de klanten van een concurrent voor zich te winnen. Aangezien afnemers universele connectiviteit en een hoog serviceniveau eisen, zouden ook nieuwe afnemers de gefuseerde onderneming boven andere prefereren.

(161) De „top-level"-provider wiens diensten door toedoen van de gefuseerde onderneming in kwaliteit achteruit zijn gegaan, kan slechts op twee manieren tot tegenactie overgaan: „singlehomed" klanten van de gefuseerde onderneming overtuigen om naar zijn netwerk over te stappen, althans, en dat zal waarschijnlijk het vaakst gebeuren, om ook bij hem connectiviteit te kopen („multi-homing"), of beginnen met het sluiten van een groot aantal nieuwe „peering"- en transitovereenkomsten, om ervoor te zorgen dat bestaande klanten blijven. Anders zullen deze klanten (klanten op groothandelsniveau en grote zakelijke klanten) waarschijnlijk besluiten om hun verkeer naar het netwerk van de gefuseerde onderneming te verplaatsen, of tenminste om ook bij de gefuseerde onderneming connectiviteit te kopen.

(162) Zelfs als het volgen van een strategie gericht op verslechtering van connectiviteit niet alleen het serviceniveau van de concurrent maar ook dat van de gefuseerde onderneming zelf zou verminderen, dan is het toch de concurrent die de grootste schade zou leiden, omdat zijn klanten de aansluiting op een groter gedeelte van het internet zouden kwijtraken dan de klanten van de gefuseerde onderneming. Het percentage van het verkeer waarvoor een dergelijke strategie gevolgen zou hebben, zou groter zijn voor het kleinere netwerk (het verkeer van de gefuseerde onderneming zal voor [40-80]* % intern verkeer zijn, terwijl dat percentage voor de concurrentie maximaal 32 is. De kleinere netwerken zijn dus naar verhouding afhankelijker van de gefuseerde onderneming dan omgekeerd).

(163) Zelfs als de klanten van de provider wiens netwerk in kwaliteit achteruit is gegaan, bij die provider zouden blijven, zouden zij eerder geneigd zijn tot „multi-homing" dan de klanten van de gefuseerde onderneming, omdat hun provider geen universele connectiviteit van dezelfde kwaliteit zou kunnen aanbieden. Aangezien het verslechterde netwerk kleiner is, zou de klant een goede reden hebben om ook connectiviteit te kopen van een provider met een groter netwerk, c.q. de gefuseerde onderneming, omdat die een rechtstreekse verbinding van goede kwaliteit met het grootste aantal afnemers kan garanderen. Het effect van de verslechtering van connectiviteit zou zodoende nog versterkt worden, omdat de klanten van de gefuseerde onderneming veel meer mogelijkheden zouden hebben om diensten/„content" die vanaf een punt op het netwerk van de provider worden aangeboden te vervangen door diensten/„content" die van een server op een ander netwerk komen. Nogmaals, het resultaat zou zijn dat de gefuseerde onderneming klanten zou winnen en het verkeer op haar netwerk zou zien groeien, terwijl de getroffen concurrent in beide gevallen een afname zou zien.

(164) Ook als men ervan uit zou gaan dat klanten van de gefuseerde onderneming en die van de provider met het verslechterde netwerk, voor wat betreft „multi-homing" op dezelfde wijze op de verslechtering van connectiviteit reageren, dan nog is het zeer waarschijnlijk dat de gefuseerde onderneming van de verslechtering profiteert en haar machtspositie kan bestendigen. Zelfs bij aanzienlijke „multi-homing" zou de verslechtering van connectiviteit leiden tot een verplaatsing van verkeer van de netwerken van andere „top-level"-providers naar dat van de gefuseerde onderneming en zou het voordeel van de onderneming over haar concurrenten wat betreft het aantal klanten dat een directe verbinding heeft, nog verder worden vergroot. Daarmee zouden zowel haar marktpositie worden versterkt als haar inkomsten vergroot. Vandaar dat gevoeglijk geconcludeerd kan worden dat „multi-homing" geen afschrikking is voor het voeren van een strategie gericht op verslechtering van de connectiviteit van concurrenten.

([52]) […]*.

4. *Potentiële concurrentie*

(165) In hun verklaring voor de Federal Communications Commission ([53]) stelden de aanmeldende partijen dat de fusie de krachtige concurrentie tussen de providers van ruggengraatdiensten niet zal verminderen, omdat de hinderpalen voor uitbreiding en toetreding verwaarloosbaar zijn en buiten de controle van de fusiepartners liggen. Maar ook al is een groot aantal nieuwkomers met het aanbieden van internetconnectiviteit begonnen en is de netwerkcapaciteit belangrijk uitgebreid, de toetreding van nieuwkomers tot de markt van „top-level"-connectiviteit is nog steeds niet noemenswaard. De kleine veranderingen die aan de aanbodzijde van die markt hebben plaatsgevonden (toetreding van Qwest, Level 3, Global Crossing en AT & T) zijn het gevolg van het feit dat bestaande netwerken van eigenaar zijn veranderd en niet van de aanleg van nieuwe netwerken. De concentratiegraad op de markt is dus niet veranderd.

(166) Omdat alleen die providers in aanmerking komen voor een „peering"-relatie met de gefuseerde onderneming welke over een netwerk beschikken dat in omvang vergelijkbaar is met dat van de nieuwe onderneming, zou een potentiële nieuwkomer er zeker van moeten zijn dat hij een zeer groot deel van de toekomstige groei van het internetverkeer naar zich toetrekt. Voor het verwerven van klanten zouden zij in eerste instantie steeds afhankelijk zijn van de gefuseerde onderneming. Zelfs wanneer een nieuwkomer een aanzienlijk klantenbestand zou opbouwen, zou het voor de gefuseerde onderneming voldoende zijn om tegen hem dezelfde strategie te voeren als tegen een feitelijke concurrent. Op die manier zou kunnen worden verhinderd dat de potentiële concurrent op een gegeven moment de „peering"-status c.q. de status van „top-level"-provider bereikt, door met een verslechtering van connectiviteit te dreigen of de prijs voor transit hoog genoeg te houden zodat de nieuwkomer onvoldoende marktaandeel kan verwerven. De gefuseerde onderneming heeft die mogelijkheid omdat kleinere, al dan niet „top-level"-netwerken, voor het verwerven van wereldwijde connectiviteit van haar afhankelijk zijn.

(167) Zelfs als potentiële concurrenten hun krachten zouden bundelen, zouden zij niet in een betere situatie verkeren dan andere concurrenten of klanten, omdat zij niet zonder de connectiviteit van de bestaande „top-level"-providers kunnen, als zij tenminste zeker willen zijn dat hun klanten niet naar een andere provider overstappen. Potentiële concurrenten zouden zich voor dit probleem gesteld zien ongeacht of zij nu in Europa of een ander deel van de wereld zijn gevestigd. Daarnaast zou iedere nieuwkomer moeten concurreren met bestaande „top-level"-providers, die waarschijnlijk al even actief zouden zijn in het aantrekken van nieuwe klanten om hun status van „top-level"-provider te behouden. Potentiële klanten zouden dus op twee fronten strijd moeten leveren: aan de ene kant met de bestaande „top-level"-providers, die met de gefuseerde onderneming concurreren en hun klantenbestand intact moeten zien te houden om voor haar een aantrekkelijke „peer" te blijven, en aan de andere kant met de gefuseerde onderneming zelf, die er niets voor zal voelen om haar machtspositie door een potentiële concurrent te laten ondermijnen.

([53]) Verklaring van Sprint en MCI WorldCom aan de FCC, *Reply to Comments and Petitions to Deny Application for Consent to Transfer Control*, 20 maart 2000, blz. 89 e.v.

5. *De reactie van de afnemers*

(168) Gezien het belang van aansluiting op de gecombineerde netwerken van de fusiepartners, zouden de eigen klanten van de gefuseerde onderneming evenmin in staat zijn om tegen een prijsstijging of verslechtering van connectiviteit in actie te komen. Zoals vermeld in overweging 130, accepteren de afnemers van MCI WorldCom nu al prijzen die meer dan 20 % boven die van de concurrentie liggen, omdat de onderneming al vóór de fusie over een groot direct en indirect klantenbestand beschikt en zij haar klanten schriftelijk een korte latentietijd garandeert.

(169) Een Europese ISP verklaarde dat het voor hem „onvermijdelijk zou zijn" om voor het kopen van transit over te stappen van zijn huidige „top-level"-provider naar de gefuseerde onderneming, of tenminste om ook van de nieuwe onderneming transit te kopen („multi-homing"). De afnemers van kleinere ISP's zouden dit eisen, als voorwaarde voor het kopen van de diensten van die ISP's, om rechtstreeks toegang te hebben tot de afnemers van de gefuseerde onderneming. Dus als de kleinere ISP's niet al het merendeel van hun transit van een van de fusiepartners kopen, dan zullen zij dat volgens het onderzoek van de Commissie zeker na de fusie doen, vanwege het grote directe en indirecte klantenbestand dat de nieuwe onderneming zal hebben.

(170) Wanneer de gefuseerde onderneming zou besluiten om de prijzen te verhogen, zouden de afnemers als tegenactie naar een andere provider kunnen overstappen om zo een tegenwicht tegen de macht van de gefuseerde onderneming te vormen. Maar tenzij de afnemers als een blok kunnen optreden (en er zijn geen aanwijzingen dat het klantenbestand voldoende geconcentreerd is om dit mogelijk te maken), zal geen afnemer in zijn eentje van provider willen veranderen, met het risico van een slechtere dienstverlening, als hij er niet zeker van is dat een voldoende aantal andere afnemers dezelfde stap zet. Het risico van een slechtere verbinding met de gefuseerde onderneming zou te groot zijn. Bovendien zullen afnemers die op het netwerk van de gefuseerde onderneming zijn aangesloten, niet snel naar een provider met een kleiner netwerk overstappen, omdat zij dan voor het verwerven van volledige connectiviteit nog steeds indirect van de gefuseerde onderneming afhankelijk zouden zijn.

(171) Volgens de partijen vergroot de ontwikkeling van „distributed content" (in het bijzonder „mirroring" en „caching") de onderhandelingsmacht van afnemers zoals website- en „content"-providers jegens providers van connectiviteit. De partijen voeren aan dat eerstgenoemde providers gemakkelijk van provider zouden kunnen veranderen of een deel van het verkeer naar hun eigen netwerk zouden kunnen verplaatsen.

(172) „Distributed content" heeft tot doel om door het beperken van de hoeveelheid verkeer die over het internet gaat, het tempo te versnellen waarin de afnemer de door hem opgevraagde informatie ontvangt. De noodzaak voor de aanbieders van informatie om toegang te hebben tot zoveel mogelijk eindgebruikers, wordt met „distributed content" echter niet weggenomen. Het is dus moeilijk om zicht te krijgen op het effect dat het toegenomen gebruik van zulke diensten op de keuze van de provider van connectiviteit zou kunnen hebben. Als kwaliteit het allerbelangrijkste is, dan zullen afnemers onverminderd voor het gecombineerde netwerk kiezen, dat hen immers toegang geeft tot een gedeelte van het internet dat qua omvang door geen enkele provider wordt geëvenaard. Uit het onderzoek van de Commissie is ook duidelijk geworden dat website-providers bij voorkeur met een enkele provider werken die wereldwijd, in diverse datacentra, collocatie-/hostingfaciliteiten kan bieden. Dit vereenvoudigt het beheer van het klantenbestand, de facturering en het opstellen van de contracten met de klanten. Aangezien de gefuseerde onderneming het grootste klantenbestand zou hebben, zouden website-providers die gebruik maken van „mirroring" of vergelijkbare technieken, dezelfde behoefte als elke andere afnemer hebben om toegang tot deze afnemers te hebben. Zodra dat is bereikt, is de mededingingssituatie dezelfde als in de context van „multi-homing".

(173) De fusie zal dus een sneeuwbaleffect creëren, omdat de gefuseerde onderneming in een betere situatie zal verkeren dan welke van zijn concurrenten ook om via nieuwe klanten de toekomstige groei van het internetverkeer naar zich toe te trekken, omdat het voor elke nieuwe klant aantrekkelijk is om een rechtstreekse verbinding te hebben met het grootste netwerk en het bijbehorende klantenbestand, en het aanbod van de concurrentie naar verhouding weinig aantrekkelijk is: de concurrenten van de gefuseerde onderneming zitten voortdurend met de dreiging dat de verbinding met het grootste netwerk in kwaliteit achteruit zal gaan of zelfs geheel verbroken. Als gevolg hiervan zou de fusie de nieuwe onderneming de mogelijkheid geven om haar marktaandeel zelfs nog verder te vergroten.

(174) Een groter gebruik van „multi-homing" en diensten op het gebied van „content delivery" staat dat niet in de weg. Ondanks het grotere gebruik van zulke technieken zouden alle marktpartijen, gevestigd of nieuwkomer, een directe of indirecte verbinding met de gefuseerde onderneming willen hebben, om universele connectiviteit te garanderen. Gezien de sterkere marktpositie die de nieuwe onderneming door zijn grotere klantenbestand en wereldomspannend netwerk zal hebben, zullen noch feitelijke of potentiële concurrenten noch afnemers een tegenactie kunnen ondernemen.

Het antwoord van de partijen

(175) In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar stellen de partijen dat de Commissie in de beschouwingen die ten grondslag hebben gelegen aan de conclusie dat de gefuseerde onderneming dominant zou zijn, heeft verzuimd in voldoende mate rekening te houden met andere factoren dan marktaandelen.

(176) Volgens de partijen heeft de Commissie verzuimd om in aanmerking te nemen dat a) er maar weinig tijd voor nodig is om een internetruggengraatnetwerk op te zetten en de markt te betreden en dat de kosten die zijn verbonden aan het beheer en de bouw van een dergelijk netwerk zijn verminderd, b) klanten van „top-level"-providers wereldwijze ondernemingen met toegang tot marktinformatie zijn, waarvan niet te verwachten valt dat zij enigerlei vorm van achteruitgang in de connectiviteit zullen accepteren, c) innovatie van fundamenteel belang is om gelijke tred te kunnen houden met de almaar groeiende vraag naar diensten van hoge kwaliteit, d) de relevante markt wordt gekenmerkt door sterk fluctuerende marktaandelen.

(177) Benadrukt moet worden dat het antwoord van de partijen in strijd is met alle verklaringen die door Sprint zijn gedaan in de loop van het onderzoek van de fusie tussen WorldCom en MCI, waarin Sprint stelde dat de combinatie van deze twee ondernemingen zou resulteren in een concern dat door zijn grootte, zowel in absolute als relatieve zin, in staat zou zijn om de „peering"-verbindingen met de concurrentie (inclusief Sprint) te verslechteren.

Hinderpalen voor toetreding

(178) In overweging 166 is uitgelegd dat ondernemers die de relevante markt willen betreden, zich voor betrekkelijk grote hinderpalen zien gesteld. Het onderzoek van de Commissie laat zien dat de gevestigde „top-level"-provider wellicht in de beste positie verkeert om de toekomstige groei naar zich toe te halen. MCI WorldCom heeft door zijn uitgebreide uitwerk, zijn grote klantenbestand en de grote verkeersstroom die over zijn netwerk gaat, zijn leiderspositie weten te behouden, ondanks het feit dat de markt de laatste twee jaar steeds verder is gegroeid. Een nieuwkomer die de positie van MCI WorldCom als marktleider wil aanvallen, heeft niet alleen een uitgebreid netwerk nodig, maar ook een omvangrijk klantenbestand. Zonder een omvangrijk klantenbestand en grote verkeersstromen zou een nieuwkomer geen overeenkomst op basis van „peering" met „top-level"-providers kunnen sluiten.

(179) De partijen stellen in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar dat dit geen belemmering voor het betreden van de markt is. Daarbij gaan zij er echter vanuit dat het internet geen hiërarchische structuur heeft, een uitgangspunt dat zowel in strijd is met de bevindingen van de Commissie in deze procedure als met de verklaringen van Sprint zelf. Willen „top-level"-providers hun marktpositie handhaven, dan moeten zij voortdurend met alle andere „top-level"-providers een „peering"-overeenkomst hebben. Zo niet, dan degraderen zij naar het niveau van secundaire provider. Sprint heeft dit in een verklaring aan de Commissie erkend […]* ([54]).

([54]) […]*.

De reactie van de afnemer

(180) Vervolgens stellen de partijen dat een strategie gebaseerd op verslechtering van connectiviteit op het internet contraproductief zou zijn, omdat providers van internetconnectiviteit juist concurreren op basis van het verstrekken van kwalitatief goede verbindingen. Een dergelijke strategie zou volgens de partijen even schadelijk zijn voor de klanten van de gefuseerde onderneming als voor die van de provider die het doelwit van de strategie is, en doordat de volledige uitvoering van een dergelijke strategie veel tijd vergt, zou de gefuseerde onderneming een deel van haar marktaandeel verliezen. De partijen stellen verder dat de verslechtering gemakkelijk zou zijn vast te stellen.

(181) Ook stellen de partijen dat wanneer de gefuseerde onderneming zou beginnen aan een beleid van selectieve verslechtering van connectiviteit, de nadelige gevolgen daarvan groter zouden zijn voor de gefuseerde onderneming dan voor de concurrentie. De klanten van de getroffen onderneming zouden weliswaar een goede reden hebben om over te stappen naar een andere provider, maar dat zou dan niet de gefuseerde onderneming zijn maar een van haar grootste concurrenten, omdat alleen die een niet-aangetaste dienst zouden bieden. De partijen stellen dat een dergelijk beleid ertoe zou leiden dat de algehele kwaliteit van de onderneming inferieur zou worden aan die van haar concurrenten.

(182) De Commissie is het niet eens met deze analyse. In overweging 164 is al gezegd dat wanneer de gefuseerde onderneming zou besluiten om de verbetering van particuliere interconnectiepunten te vertragen, dat niet noodzakelijkerwijs belangrijke gevolgen zou hebben voor haar eigen klanten. De eigen verklaringen van de partijen ondersteunen deze opvatting ([55]). In combinatie met haar uitgebreide netwerk zou het grote klantenbestand de gefuseerde onderneming in staat stellen de kwaliteit van haar dienstverlening te handhaven, omdat er geen noodzaak zou bestaan om de elektronische informatie van klanten via andere netwerken te transporteren. Zou dat wel nodig zijn, dan zouden problemen ontstaan met betrekking tot latentietijd, betrouwbaarheid en prestatie in het algemeen.

(183) Omdat de gefuseerde onderneming van elke kleinere concurrent afzonderlijk maar marginaal afhankelijk zal zijn, terwijl diezelfde concurrenten voor hun connectiviteit wel voor een groot deel afhankelijk zullen zijn van de nieuwe onderneming, zou de kwaliteit van de dienstverlening van MCI WorldCom/Sprint niet noemenswaard worden verminderd door het volgen van een strategie gericht op selectieve verslechtering van connectiviteit. Wanneer de gefuseerde onderneming de connectiviteit van een van haar vier grootste concurrenten in kwaliteit achteruit zou laten gaan, dan zou dat slechts gevolgen hebben voor ongeveer [0-10]* % van het totale door haar gegenereerde verkeer. Voor elk van de grootste concurrenten, daarentegen, zou meer dan [10-20]* % van het verkeer van en naar het netwerk van de gefuseerde onderneming (niet-intern verkeer) daarvan de gevolgen ondervinden. Ervan uitgaande dat een dergelijke actie de kwaliteit van de verbinding tussen de twee „peers" met 50 % zou verminderen, zou de kwaliteit van de door MCI WorldCom aangeboden dienst met één en de kwaliteit van de door de kleinere concurrent aangeboden dienst met zeven procentpunten verminderen.

(184) Daar komt nog bij dat ongeveer [40-80]* % van het verkeer dat over de „backbone" van de gefuseerde onderneming zal stromen, intern verkeer zal zijn. Dit betekent dat elke klant van de gefuseerde onderneming toegang zou kunnen hebben tot [40-80]* % van het internet zonder dat men gebruik zou hoeven maken van het netwerk van een „peer". Bijgevolg zou [40-80]* % van de kwaliteit van de dienstverlening te allen tijde gegarandeerd zijn. Opgemerkt moet worden dat de aanmeldende partijen de juistheid in twijfel trekken van de omvang van het interne verkeer zoals dat door de Commissie is gemeten. Volgens hen zou onder intern verkeer alleen het verkeer tussen de „eindklanten" van de fusiepartners moeten worden verstaan en niet tussen wederverkopers van internetconnectiviteit die toevallig klant van MCI WorldCom/Sprint zijn. Deze stelling is bij nader onderzoek niet houdbaar, omdat het erom gaat dat de klanten van de gefuseerde onderneming rechtstreeks toegang zouden hebben tot [40-80]* % van het internet, zonder een interconnectiepunt te hoeven passeren. Bij een verslechtering van de verbinding met een „peer" zou dit percentage niet minder worden.

(185) De snelle groei van het internetverkeer zou de gefuseerde onderneming in staat stellen om haar strategie gericht op verslechtering van connectiviteit uit te voeren door zich te concentreren op het ontwikkelen van het eigen netwerk en klantenbestand in plaats van de interconnecties met de netwerken van de concurrentie te verbeteren. Men heeft die mogelijkheid vooral omdat het klantenbestand in vergelijking met dat van de concurrentie zo groot is. Als het inderdaad zo zou zijn als de partijen stellen en de uitvoering van een dergelijke strategie gemakkelijk door de afnemers zou zijn vast te stellen, dan zouden zowel de klanten van de gefuseerde onderneming, de klanten van de concurrentie alsook potentiële afnemers juist nog eerder geneigd zijn om te kiezen voor MCI WorldCom als hun hoofdprovider van connectiviteit. Dit geldt waarschijnlijk met name voor grote afnemers die te maken hebben met ISP's en aanbieders van informatie, die steeds een verbinding van hoge kwaliteit met hun sites en klanten moeten hebben. Goed geïnformeerde afnemers reageren waarschijnlijk sneller op een verslechtering van connectiviteit dan afnemers die minder goed zijn geïnformeerd. Eerstgenoemde afnemers zouden ook in een betere positie verkeren om van de voordelen te profiteren die een rechtstreekse verbinding met het grote aantal klanten van de gefuseerde onderneming heeft.

(186) De partijen stellen in hun antwoord dat verslechtering van connectiviteit door middel van „multi-homing" kan worden voorkomen. Volgens de partijen zou een klant de verslechtering van connectiviteit gemakkelijk ongedaan kunnen maken door gebruik te maken van een rechtstreekse verbinding, zodat het verslechterde interconnectiepunt niet meer gepasseerd zou hoeven worden.

(187) Zoals echter al in overweging 36 is verklaard, kan met „multi-homing" niet altijd worden voorkomen dat het verkeer een netwerk met een verslechterde verbinding passeert. Weliswaar kan de route van het uitgaande verkeer in zekere mate worden beïnvloed om passage van een verslechterd netwerk te voorkomen, voor het retourverkeer is dat nauwelijks mogelijk. Een klant kiest

([55]) […]*.

in die situatie waarschijnlijk de veiligste weg en geleidt zijn verkeer om het verslechterde interconnectiepunt heen door een rechtstreekse verbinding met de gefuseerde onderneming te maken. Op die manier heeft hij een directe verbinding met haar klanten. Als hij zou besluiten om daarnaast ook nog een overeenkomst aan te gaan met een andere provider van connectiviteit, dan zou die overeenkomst waarschijnlijk secundair zijn aan de overeenkomst met de gefuseerde onderneming, zijn hoofdprovider, en worden gebruikt als back-up.

(188) De partijen stellen dat wanneer de gefuseerde onderneming bovenop het verslechteren van de dienstverlening ook nog eens de transitprijzen zou verhogen, de uitstroom van haar klanten naar andere „top-level"-providers alleen nog maar groter zou worden. Die andere providers zouden immers een betere kwaliteit tegen een lagere prijs bieden.

(189) De partijen gaan er hierbij vanuit dat de gefuseerde onderneming de bovenbeschreven strategie blindelings en aselect zou toepassen. De onderneming zal echter in staat zijn om haar acties (verslechtering van connectiviteit en/of prijsverhoging) selectief te richten op potentiële concurrenten die de markt willen betreden. Het onderzoek van de Commissie laat zien dat een potentiële concurrent zonder connectiviteit van de klanten van de gefuseerde onderneming, zijn concurrentievermogen zou verliezen (en geen universele connectiviteit zou kunnen aanbieden). Als de potentiële concurrent geen transit van de gefuseerde onderneming zou kopen, zou hij ofwel klant moeten worden of een „peering"-overeenkomst moeten sluiten. Het is echter allerminst zeker dat de gefuseerde onderneming zou instemmen met een dergelijke overeenkomst. Een andere mogelijkheid is dat de gefuseerde onderneming bestaande afnemers haar wil oplegt met de dreiging van ofwel verslechtering van connectiviteit of hogere prijzen. Gelet op de afhankelijkheid van potentiële concurrenten en afnemers van een verbinding met de gefuseerde onderneming, zou deze strategie succesvol op geselecteerde ondernemingen kunnen worden toegepast zonder noemenswaardig risico van een verslechtering van de marktpositie. Met andere woorden, het is bijzonder onwaarschijnlijk dat de gefuseerde onderneming de markt haar wil zou trachten op te leggen door het toepassen van een uniforme prijsstijging of een uniforme verslechtering van verbindingen.

(190) Bovendien stelt een groot klantenbestand in combinatie met een groot netwerk een provider van connectiviteit in staat om hogere kwaliteitsstandaarden te hanteren dan een provider met een kleiner netwerk, die de elektronische informatie van zijn klanten via externe netwerken moet transporteren, waardoor problemen ontstaan met betrekking tot latentietijd, betrouwbaarheid en performance in het algemeen.

Het effect van innovatie

(191) De partijen stellen in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar ook dat zowel afnemers als eindgebruikers de mogelijkheid hebben om een interconnectiepunt dat in kwaliteit achteruit is gegaan, middels nieuwe technieken zoals „caching" en andere opslagtechnieken te omzeilen.

(192) De Commissie deelt deze opvatting niet, omdat dit slechts in beperkte mate het geval is. Het klopt dat deze technieken steeds meer worden gebruikt voor het bestrijden van congestie en lange latentietijden. Maar zij kunnen niet voor alle soorten informatie worden gebruikt. Bovendien is het voor volledige connectiviteit nog steeds nodig om de netwerken van de „top-level"-providers te passeren. Hoe dan ook, sommige van deze technieken worden ook gebruikt door „top-level"-providers om de congestie te verminderen en de informatie dichter bij hun klanten te brengen.

(193) De partijen betwisten dat de gefuseerde onderneming in staat zou zijn om technische ontwikkelingen te beheersen. Volgens de partijen zou geen enkele ISP afzonderlijk standaarden voor het internet kunnen opleggen op netwerkniveau.

(194) Aangezien innovatie een steeds belangrijkere rol in de toekomstige ontwikkeling van het internet zal spelen, zal een dominante marktpartij met een groot klantenbestand echter in de beste positie verkeren om het tempo van een dergelijke innovatie te bepalen. De techniek die door de dominante partij wordt gebruikt, wordt dan de facto de standaard, aangezien al haar klanten die techniek zullen overnemen.

Het fluctueren van marktaandelen

(195) De partijen stellen ook dat marktaandelen sterk fluctueren. Zoals beschreven in het hoofdstuk over de berekening van de marktaandelen, is het marktaandeel van MCI WorldCom in de periode tussen de twee procedures echter opmerkelijk stabiel gebleven. Wat de aandelen van de andere marktpartijen betreft, laat AT & T een stijging zien en alle andere concurrenten een daling.

Conclusie

(196) Uit het bovenstaande volgt dat de aangemelde concentratie, indien die niet wordt gewijzigd, zal leiden tot een onderneming die in absolute (meer dan [30-55]* % van de markt) en relatieve zin ([verschillende]* keren groter dan de naaste concurrent) dermate groot is, dat zij onafhankelijk van concurrenten en afnemers zal kunnen opereren. De onderneming zal bijvoorbeeld de prijzen voor afnemers kunnen verhogen en de industrie haar eigen standaarden kunnen opleggen. Het vermogen van de gefuseerde onderneming om op elk gewenst moment door middel van een selectieve verslechtering van connectiviteit de kwaliteit van de dienstverlening van haar concurrenten te verminderen, zal haar in staat stellen de markt haar wil op te leggen. Vandaar dat geconcludeerd kan worden dat de aangemelde transactie zal leiden tot het ontstaan of de versterking van een machtspositie op de markt voor „top-level"- of universele internetconnectiviteit.

MONDIALE TELECOMMUNICATIEDIENSTEN

Huidige marktkenmerken

a) **Concurrentieparameters**

(197) Mondiale telecommunicatiediensten worden op maat aan multinationale ondernemingen geleverd. Vanwege het hoge technische karakter van deze diensten is het kenmerkend voor de markt dat klanten aanbestedingen organiseren waarvoor providers van mondiale telecommunicatiediensten wordt verzocht offertes uit te brengen.

(198) Om een geloofwaardig bieder te zijn moet een kandidaat aan hoge kwaliteitseisen voldoen (zo moet hij bijvoorbeeld bewijzen dat zijn netwerk een mondiaal bereik heeft, dat het netwerk betrouwbaar is en door voldoende verkoop- en technisch personeel wordt ondersteund om elke fout in de verleende dienst te herstellen, enz.). Het bleek dat het merk/kwaliteitsbeeld ook een essentieel concurrentieonderdeel is. Het feit dat een provider al een aanzienlijk aantal klanten voor mondiale telecommunicatiediensten heeft en ook verschillende toonaangevende klanten, lijkt voor afnemers een doorslaggevende factor te zijn om te besluiten of een bieder geloofwaardig is. Afnemers bevestigden dat de prijs pas relevant werd in de tweede fase van het biedproces nadat men zich ervan overtuigd had dat het kwaliteitsniveau van de dienst afdoende was.

(199) Uit het marktonderzoek is gebleken dat deelname aan dergelijke aanbestedingen duur is en veel tijd en middelen kost. Kennis betreffende eerdere aanbestedingen is van groot belang om een concurrerende offerte in te dienen, aangezien er belangrijke informatie over recente marktprijzen en het biedgedrag van rivalen uit op te maken is. Dergelijke informatie stelt de marktdeelnemer in staat om in de eerste fase een prijs te bieden die voor de potentiële klant binnen de acceptabele marge ligt waarna tijdens de onderhandelingen in de tweede fase de prijs nader kan worden uitgewerkt.

b) **Toetredingsdrempels**

(200) Volgens de aanmeldende partijen zijn de toetredingsdrempels tot de markt van mondiale telecommunicatiediensten laag. Bewijs afkomstig van zowel de aanmeldende partijen als derden suggereert echter dat dit niet het geval is. De biedkosten kunnen variëren van een paar duizend USD tot meer dan 500 000 USD voor sommige inschrijvingen. Het kan een jaar duren voor het hele biedproces is voltooid en van de kant van de aanbieder zijn hier een flink aantal personeelsleden bij betrokken. Deelname aan de markt leidt dan ook tot hoge verzonken kosten. Volgens één derde partij kan een echte mondiale exploitant per jaar een paar honderd complexe en nog veel meer eenvoudige verzoeken om offertes in te dienen verwachten. Met deze hoeveelheid en frequentie van verzoeken om offertes en de kosten van inschrijving lijken de kosten van toetreding tot de markt van mondiale telecommunicatiediensten hoog te zijn. Zelfs als nieuwe toetreders bereid zijn de eenmalige inschrijvingskosten te maken, zullen ze daarnaast nog een andere moeilijkheid moeten overwinnen, namelijk het ontbreken van een bestaand klantenbestand waarmee ze de afnemer ervan kunnen overtuigen dat ze een geloofwaardige kandidaat op de markt zijn. Bovendien moeten zij ondersteunend en verkooppersoneel in hun organisatie hebben dat voldoende ervaring heeft om de ingediende offerte uit te voeren.

(201) Volgens één derde partij moet er voor toetreding tot de markt een keuze worden gemaakt tussen het opbouwen van het netwerk op basis van gehuurde lijnen, wat de snelle, maar duurdere manier is, of het opzetten van een eigen netwerk, waarmee de kosten in de toekomst beheersbaar blijven, maar waarmee meer tijd is gemoeid. Toetreding wordt dan ook op twee manieren bemoeilijkt in die zin dat nieuwe toetreders die voor een snelle toetreding kiezen en dus afhankelijk zijn van gehuurde lijnen — ervan uitgaande dat zij de tweede fase van het biedproces kunnen bereiken — niet in staat zijn qua kosten te wedijveren met al op de markt opererende concurrenten met gevestigde netwerken, terwijl het opbouwen van een nieuw netwerk toetreding tot de markt verder zal uitstellen. Er dient ook te worden opgemerkt dat Equant, een van de marktdeelnemers, kort geleden heeft aangekondigd dat het voornemens is een eigen netwerk op te bouwen in plaats van vezelcapaciteit te huren. Klanten hebben ook uitgelegd dat zij liever zaken doen met providers die over hun eigen faciliteiten beschikken, aangezien deze directe controle hebben over de onderliggende kabels en daardoor de kwaliteit van hetgeen zij aanbieden beter beheersen.

(202) […]* Als het een sterke onderneming als Sprint zo veel tijd kost om bedrijfsactiviteiten buiten de VS op te bouwen indien de fusie zou mislukken, is dit voor nieuwe toetreders die niet beschikken over het VS-netwerk, de merknaam en het grote klantenbestand van Sprint nog een veel grotere opgave.

(203) […]*.

(204) […]* ([56]).

([56]) […]*.

(205) Concluderend blijkt uit de voorgaande overwegingen dat, in tegenstelling tot hetgeen de aanmeldende partijen in hun verklaringen beweren, de drempels voor toetreding tot de markt voor nieuwe spelers hoog zijn. Om wezenlijk te kunnen toetreden moeten toetreders op een aanzienlijk aantal contracten inschrijven, hetgeen duur is. Om dergelijke contracten in de wacht te slepen moeten deze bedrijven een netwerk hebben dat voldoet aan de hoge eisen die in de verzoeken om offertes door de afnemers worden gesteld om de tweede fase van een biedproces te bereiken en dit netwerk moet over het algemeen uitgebreid zijn om aan de behoeften van de afnemer te voldoen en om de kosten van dienstverlening laag te houden. Zelfs als nieuwe toetreders aan deze behoeften kunnen voldoen, missen zij de biedervaring van de bestaande marktspelers. Door deze biedervaring zouden nieuwe toetreders over informatie omtrent oude prijzen van concurrenten, vermoedelijke kosten en gedrag kunnen beschikken, wat nodig is om daadwerkelijk te kunnen concurreren.

c) **Marktdeelnemers**

(206) Voorafgaande aan de fusie waren er aan aanbodzijde drie grote leveranciers met een aantal kleinere concurrenten. De drie grote leveranciers waren de Concert Alliantie (bestaande uit BT, AT & T en de door hen samen beheerde dochteronderneming Concert), MCI WorldCom en de Global One Alliantie (bestaande uit France Télécom, Deutsche Telekom, Sprint en de door hen samen beheerde dochteronderneming Global One). Deze drie leveranciers hadden een grote klantenportefeuille. Ze konden deelnemen aan de meeste verzoeken van klanten om offertes in te dienen en konden alle mogelijke mondiale telecommunicatiediensten verstrekken. De kleinere spelers, waaronder Cable & Wireless en Equant, konden slechts inschrijven op enkele verzoeken, ze wonnen slechts zelden belangrijke biedingen en waren niet altijd in staat om alle diensten te verstrekken. Een belangrijk concurrentievoordeel van de drie belangrijkste spelers was dat ze door deelname aan een groot aantal biedingen (er zijn er een paar honderd per jaar) informatie konden verzamelen betreffende de kosten en prijzen van de meeste mondiale telecommunicatiediensten waar vraag naar was.

(207) In de BT/AT & T-beschikking oordeelde de Commissie dat er een beperkt aantal daadwerkelijke of potentiële concurrenten op de markt van mondiale telecommunicatiediensten waren. Dit zijn onder andere BT/Concert, AT & T/AUCS/Unisource/WorldPartners, Global One, Equant, Cable & Wireless alsmede andere potentiële lokale en op IT gebaseerde bedrijven. In dezelfde beschikking oordeelde de Commissie dat er aan de vraagzijde een korte lijst van bedrijven was waarvan sommige klanten van mondiale telecommunicatiediensten zeiden dat ze altijd in aanmerking kwamen bij het uitschrijven van een verzoek om offertes (BT/ Concert, AT & T/AUCS/Unisource/WorldPartners, Global One, Equant en Cable & Wireless) ([57]).

([57]) Sinds het ontstaan van BT/AT & T, is de WorldPartners Alliantie daadwerkelijk verdwenen en is Unisource met AUCS tot Infonet gefuseerd.

(208) De door derden aan de vraagzijde beschikbaar gestelde informatie betreffende hun biedgeschiedenis over het afgelopen jaar voor het verkrijgen van mondiale telecommunicatiediensten bevestigde dat het over het algemeen dezelfde korte lijst van leveranciers was die op deze verzoeken inschreef, namelijk Equant, MCI WorldCom, BT, AT & T, C & W en Global One.

(209) In hun aanmelding specificeren de partijen niet welke ondernemingen op of buiten de markt zijn. In plaats daarvan vergelijken ze het oordeel van de Commissie in de BT/AT & T-beschikking met het oordeel van de Federal Communications Commission (FCC) inzake dezelfde transactie ([58]). De beschikking van de FCC „identificeerde een aantal andere bedrijven die zich opwerpen als belangrijke providers van mondiale telecommunicatiediensten". Deze bedrijven zijn onder andere de Regional Bell Operating Companies (RBOC's) en „[n]ew carriers" zoals Qwest, IXC en Level 3 alsmede Global Crossing/Frontier, GTS (dat in 1999 Esprit Telecom overnam) en Colt. De analyse van de partijen van de aanmelding heeft alleen betrekking op potentiële concurrentie, de aanmeldende partijen bestrijden de lijst van feitelijke concurrenten die in BT/AT & T wordt vermeld niet. In andere aan de Commissie verstrekte documenten identificeerden de partijen ook andere toetreders zoals Deutsche Telekom, Infonet, Telecom Italia en Telefónica.

(210) De beweringen van de partijen dat er een groot aantal potentiële concurrenten zijn die gemakkelijk tot de markt zouden kunnen toetreden worden zowel door hun eigen verklaringen als door het onderzoek van de Commissie tegengesproken. Beide bevestigen de in de BT/AT & T-zaak gemaakte analyse.

(211) In een verklaring ([59]) in het kader van de BT/AT & T-procedure die betrekking had op dezelfde soort producten als in de huidige zaak, stelde MCI WorldCom dat: […]* ([60]) […]*.

(212) Bovendien in documenten die in de loop van het onderzoek aan de Commissie ter beschikking werden gesteld ([61]), […]*.

(213) Bij het goedkeuren van de BT/AT & T-operatie hanteerde de Commissie de meest nauwe marktdefinitie om een zo nauwgezet mogelijke analyse van de operatie te maken. Ondanks dat de aanmeldende partijen er niet in slaagden het aantal concurrenten op de markt in belangrijke mate te weerleggen, is het nodig vast te stellen of de actoren op de markt het afgelopen jaar zijn veranderd alsmede het effect van deze operatie te meten.

([58]) CO-formulier, blz. 39.
([59]) Antwoord van 23 november 1998 op een verzoek om informatie van de Commissie.
([60]) D.w.z. BT/AT & T/Concert.
([61]) […]*.

(214) Zoals in de beschikking betreffende BT/AT & T werd voorzien, bestaat Unisource niet meer in de oude vorm en lijkt de WorldPartners-alliantie ten dode opgeschreven. AUCS, de vroegere joint venture AT & T-Unisource, is nu onderdeel van Infonet. Sommige multinationale ondernemingen identificeerden AUCS/Infonet als leveranciers voor sommige aanbestedingen. Daarnaast noemde een andere onderneming AUCS/Infonet als concurrent bij bepaalde aanbestedingen, maar voornamelijk voor kleine en middelgrote ondernemingen in Europa, en niet als een echte mondiale speler. Dit wordt ook bevestigd door de door de bedrijven op de markt verstrekte winst- en verliesgegevens waar Infonet zelden te voorschijn kwam als de winnaar of verliezende bieder voor de contracten waarvoor aan de Commissie informatie ter beschikking was gesteld.

(215) De Commissie heeft ook een aantal andere potentiële nieuwe toetreders tot de markt onderzocht die door de aanmeldende partijen waren geïdentificeerd. Hiertoe behoorden, zoals hierboven vermeld, de regional Bell operating companies (RBOC's), Qwest, Global Crossing/Frontier, IXC, Level 3, GTS (dat in 1999 Esprit Telecom overnam) en Colt. De Commissie stelde echter in haar mededeling van punten van bezwaar dat deze ondernemingen, met uitzondering van Qwest, die hierna in overweging 216 nader wordt bekeken, nauwelijks voorkwamen op de door de grootste leveranciers beschikbaar gestelde winst- en verlieslijsten en ook niet in de beoordeling van de afnemers in antwoord op vragen van de Commissie. Sommige afnemers leken veel van de bovengenoemde ondernemingen zelfs niet te kennen omdat er bij hun naam in de tabel van mogelijke concurrenten geen commentaar of een vraagteken stond. Bovendien identificeerde de door WorldCom en Sprint verstrekte interne analyse geen van de bovengenoemde ondernemingen, met uitzondering van Qwest, als een serieuze concurrent op de datamarkten: voorzover ze als concurrenten werden beschouwd, waren ze in de analyse ondergebracht in de „andere" categorie. Ten slotte omschreef Berge Ayvazian, de president en algemeen directeur van Yankee Group, een groot adviesbureau op het gebied van telecommunicatie, twee van de concurrenten als: „concurrenten van het tweede echelon zoals Qwest en Level 3" ([62]).

(216) Zoals hierboven in overweging 215 is vermeld, is van de potentiële concurrenten die door de aanmeldende partijen zijn geïdentificeerd Qwest de meest overtuigende kandidaat voor feitelijke toetreding tot de markt van mondiale telecommunicatiediensten. Volgens de door MCI WorldCom en een derde partij verstrekte winst- en verliesgegevens begint men Qwest als een concurrent voor sommige inschrijvingen te beschouwen. […]* ([63]) […]*. In hun analyse van de potentiële concurrenten op deze markt merkten de partijen bovendien op dat Qwest met KPN een joint venture vormt met *„aanzienlijke Europese „long haul" glasvezelverbindingen en expertise"*. Van alle mogelijke nieuwe toetreders tot de markt sinds de BT/AT & T-beschikking, lijkt Qwest dan ook de meest geloofwaardige.

(217) Ondanks het bovenstaande bewijs heeft de Commissie met het oog op de afwijkende interpretaties over het aantal spelers op de markt voor deze analyse haar opvatting over de spelers op de markt verruimd en aangenomen dat sommige van de marginale spelers zich op de markt bevinden. Daarna werd beoordeeld of deze na de concentratie (MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie ([64])) enige invloed van betekenis kunnen uitoefenen op de belangrijkste spelers op de markt, of dat de twee belangrijkste spelers na de fusie alleen dan wel samen een machtspositie innemen.

(218) In brieven aan de Commissie in de loop van de procedure verschaften zowel MCI WorldCom als Sprint informatie betreffende hun beoordeling van de spelers op de markt op basis van een lijst van de dienstlijnen die zij op de markt verstrekken. Dit heeft de volgende algemene resultaten opgeleverd:

Bedrijf	MCI WorldCom's mening		Sprint's mening	
	Aantal aangeboden diensten	Beoordeling (van 1 (beste) tot 5 (slechtste)	Aantal aangeboden diensten	Beoordeling (van 1 (beste) tot 5 (slechtste)
MCI WorldCom	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Sprint	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Concert	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
AT & T	[...]*	[...]*	—	—
BT	[...]*	[...]*	—	—
Global One	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Cable & Wireless	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Equant	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Qwest/KPN	—	—	[...]*	[...]*
Infonet	—	—	[...]*	[...]*
SBC	—	—	[...]*	[...]*

([62]) http://www.yankeegroup.com/webfolder/yg21a.nsf/yankeetoday/A+View+From+the+Top. Onze president en algemeen directeur, Berge Ayvazian, bespreekt de voorgestelde fusie van MCI WorldCom en Sprint.

([63]) […]*.

([64]) D.w.z. Concert zelf, samen met haar moedermaatschappijen AT & T en BT.

Bedrijf	MCI WorldCom's mening		Sprint's mening	
	Aantal aangeboden diensten	Beoordeling (van 1 (beste) tot 5 (slechtste)	Aantal aangeboden diensten	Beoordeling (van 1 (beste) tot 5 (slechtste)
Deutsche Telekom	—	—	[...]*	[...]*
France Télécom	—	—	[...]*	[...]*

(219) De bovenstaande analyse die is gebaseerd op de mening van de partijen over de dienstlijnen toont aan dat zowel MCI WorldCom/Sprint als de Concert Alliantie na de fusie een compleet dienstenpakket zullen aanbieden. Enkele andere bedrijven bieden een zelfde dienstenpakket aan, maar volgens de aanmeldende partijen hebben zij niet zo'n goed totaalpakket op de markt.

Het effect van de concentratie

(220) Bij BT/AT & T was de Commissie van mening dat de marktaandelen in dat geval (binnen een marge van 39 %-47 % — zie overwegingen 106-108 van de BT/AT & T-beschikking) op zichzelf niet wezen op een totstandkoming van een machtspositie. Dit kwam door de aanwezigheid van aanzienlijke concurrenten voor de Concert Alliantie, zoals Sprint/Global One en MCI WorldCom alsmede in mindere mate Equant en C & W, die men in staat achtte op gelijke voet te concurreren met de joint venture. Men was van mening dat deze spelers bij het bieden voor een contract op verzoek van een klant gezamenlijk een remmende invloed uitoefenden op de aanmeldende partijen. De afnemers waren er immers van verzekerd dat er genoeg aanbieders aanwezig waren om handhaving van de concurrentie te garanderen. Dit kon zijn omdat de spelers door de afnemer werden verzocht ook een offerte in te dienen of omdat de partijen beseffen dat zij bij afnemers met verstand van zaken niet hun eigen voorwaarden zouden kunnen opleggen omdat de afnemer in dat geval de andere potentiële verstrekkers ook zou verzoeken een offerte in te dienen.

(221) Op het moment van de aangemelde concentratie verloor de Global One Alliantie twee van haar leden, wat een tweeledig effect heeft op de mededinging. In de eerste plaats verliest Global One door de opname van Sprint in de MCI WorldCom groep, die een directe concurrent is van Global One, haar distributiepartner en daarmee haar aanwezigheid in de Verenigde Staten. In de tweede plaats heeft de beëindiging van de gemeenschappelijke onderneming Global One en de verkoop van de activa aan France Télécom tot een soortgelijk effect in Duitsland geleid, maar er is geen causaal verband tussen de aangemelde concentratie en de terugtrekking van Deutsche Telekom uit Global One.

(222) Het belang van Sprint voor de marktpositie van Global One wordt onderstreept door interne documenten van de partijen. […]*.

(223) Op de vraag of ze van leverancier zouden veranderen, toonden bestaande en potentiële klanten van Global One een zekere loyaliteit ten opzichte van hun leverancier. Ze verklaarden echter wel tijdens het huidige contract en bij contractvernieuwing grondig te zullen onderzoeken of Global One in staat is dekking in de VS te bieden. Tijdens het onderzoek van de Commissie antwoordden bijna alle bestaande of potentiële klanten dat zij Global One, na de overname door France Télécom, als een speler uit de middenmoot beschouwden na MCI WorldCom en de Concert Alliantie. Dit was gedeeltelijk te wijten aan het plotselinge ontbreken van dekking in de VS.

(224) Het tweede effect van de aangemelde concentratie is een gevolg van de samenvoeging van de klanten van Sprint in de Verenigde Staten met die van MCI WorldCom. Deze combinatie zal de toch al sterke positie van de laatste op de markt van mondiale telecommunicatiediensten versterken.

(225) In hun aanmelding en in de loop van de procedure voerden de aanmeldende partijen aan dat de bestaande klanten van Sprint die gebruik maken van de diensten van Global One bij Global One zullen blijven en niet bij Sprint. Volgens hen zijn dergelijke klanten op een of andere manier aan het Global One netwerk gebonden. Dit werd echter niet door het marktonderzoek bevestigd. Dit wordt tegengesproken door de analyse van beide partijen over de toekomst van Global One.

(226) […]* Er wordt over het algemeen verwacht dat Global One door de fusie een aanzienlijk deel van haar huidige klanten zal verliezen, met name door het in overweging 221 aangegeven ontbreken van dekking in de VS.

(227) Dit tweede effect van de waarschijnlijke overstap van klanten van Global One naar de gefuseerde onderneming wordt door Sprint bevestigd in een aan de Commissie verstrekt document […]* ([65]). Een multinationale onderneming legde bijvoorbeeld uit dat Global One niet in de VS is vertegenwoordigd en geen bijzonder sterke mondiale tegenwoordigheid heeft, maar wel zeer goed is vertegenwoordigd in Europa, het Midden-Oosten en Afrika (EMEA) en een goed dienstenpakket biedt. Een ander verklaarde dat zij hun relatie met Global One waarschijnlijk niet zullen voortzetten, maar dat zij de verdere ontwikkelingen omtrent het bedrijf afwachten.

([65]) […]*.

(228) De operatie zal er dan ook toe leiden dat Global One zal wegvallen als daadwerkelijke vooraanstaande concurrent op de markt van mondiale telecommunicatiediensten door het ontbreken van bereik in de VS en de verwachte overstap van een aanzienlijk deel van haar klanten in de VS naar de gefuseerde onderneming. De analyse gaat er dan ook verder van uit dat, hoewel Global One op de markt zal blijven, zij voortaan slechts een nichespeler zal zijn die slechts op een beperkt aantal contracten zal kunnen inschrijven door het ontbreken van haar eigen tegenwoordigheid in de VS en de daaruit voortvloeiende afhankelijkheid van Sprint, in ieder geval op de korte termijn.

a) **Marktaandeelanalyse**

(229) In een tijdens de loop van het onderzoek aan de Commissie verstrekt document ([66]) gaf Sprint haar visie op de marktaandelen in de VS voor datadiensten (die zij definieerde als „IP" (internetprotocol), „Frame Relay" en „ATM" (Asynchronous Transfer Mode)), alsmede de totale buitenlandse markt (de markt bestaande uit datapakketten, particuliere lijnen, internationale spraaktelefonie, lokale en interlokale lijnen). Sprint verstrekte marktaandelen voor de twee markten. […]*. In 1999 had Sprint voor datadiensten een marktaandeel van [5-15]* %, MCI WorldCom [35-45]* % en AT & T [15-25]* % met Qwest [0-10]* % en de rest gezamenlijk [20-30]* %. Voor de bredere groep van diensten had Sprint een marktaandeel van [5-15]* %, MCI WorldCom [30-40]* %, AT & T [30-40]* %, Qwest [0-10]* % en de rest gezamenlijk [20-30]* %. Deze, door een van de aanmeldende partijen verstrekte cijfers, tonen aan hoe sterk de positie van de gefuseerde bedrijven op de markt van mondiale telecommunicatiediensten is.

(230) De twee belangrijkste methoden die de Commissie hanteerde om de markt te meten waren:

Methode A: door middel van de totale opbrengsten van producten op de markt van mondiale telecommunicatiediensten;

Methode B: door middel van het analyseren van de totale verkopen van de bedrijven op de markt van mondiale telecommunicatiediensten tegenover ongeveer 200 grote bedrijven die telecommunicatiediensten afnemen (zoals dat ook bij BT/AT & T is gebeurd).

(231) Daarnaast analyseerde de Commissie de perceptie van de bedrijven op de markt door klanten en concurrenten.

(232) De aannames achter de tabellen om methode A en B te berekenen waren gebaseerd op de aanwezigheid op de markt van een groter aantal bedrijven dan bij BT/AT & T, met inbegrip van bedrijven waarvan de aanmeldende partijen in hun aanmelding beweerden dat zij feitelijke of potentiële concurrenten op de markt waren. BT was niet in staat de Commissie tijdig van cijfers te voorzien, waardoor de cijfers die aan BT zijn toegeschreven, zijn gebaseerd op cijfers uit het BT/AT & T-onderzoek. Deze cijfers zijn waarschijnlijk een onderwaardering van de marktpositie van BT.

(233) Er werden nog drie andere aannames gedaan, die alle drie gunstig zijn voor de aanmeldende partijen en de Concert Alliantie. Ten eerste bleef Global One gehandhaafd als marktspeler, terwijl alles erop wijst dat de huidige klanten van Global One in groten getale naar Sprint zullen migreren of naar andere providers zullen overstappen en er waarschijnlijk weinig nieuwe potentiële klanten voor Global One zullen kiezen tot zij in de VS en Duitsland is vertegenwoordigd. Ten tweede kreeg Qwest, hoewel dat zij geen cijfers kon verstrekken voor het onderzoek van de Commissie, een marktaandeel van 5 %, hetgeen aanzienlijk groter is dan het door Sprint geraamde marktaandeel dat het bedrijf in de VS heeft. Ten slotte, hoewel Infonet geen cijfers heeft verstrekt, is het cijfer voor AUCS verdubbeld in verband met de verkopen van Infonet op deze markt. Hierdoor wordt aan Infonet een marktaandeel van 5 % toegekend, hetzelfde als Qwest. Deze schatting is hoog in die zin dat Sprint in haar in overweging 216 genoemde analyse Infonet, in tegenstelling tot Qwest, niet als een belangrijke concurrent identificeert.

(234) In het licht van de bovenstaande informatie is het waarschijnlijk dat de volgende tabellen in methode A en B een beeld van de markt geven dat zowel voor MCI WorldCom/Sprint als de Concert Alliantie gunstiger is dan de werkelijkheid.

1. *Methode A*

(235) Voor methode A werden de totale opbrengstcijfers verzameld van de bedrijven op de markt over de verkopen van een lijst van diensten. Deze definitie was mondiale netwerkdiensten ([67]).

Leverancier	Marktaandeel (%) (door afronding is het totaal misschien niet exact 100 %)
MCI WorldCom/Sprint ([68])	[25-35]*
Concert Alliantie	25-35

([66]) […]*.

([67]) Mondiale netwerkdiensten worden gedefinieerd als internationale netwerkdiensten (waaronder spraak- en datadiensten (b.v. X.25, „Frame Relay" & ATM)), hulpdiensten (b.v. internationale 800-diensten, telefoonkaarten, enz.) en particulier geleasde circuit (IPLC)-diensten. Professionele diensten of bij klanten aanwezige apparatuur is niet bij de definitie inbegrepen. Voor bovenstaande definitie zijn op zichzelf staande diensten zoals internationale IDD, langeafstands- of lokale verbindingen alleen meegerekend als ze deel uitmaken van een groter pakket mondiale netwerkdiensten.

([68]) MCI WorldCom: [15-25]* %, Sprint [0-10]* %. Bij het Sprint-cijfer zijn haar huidige klanten voor Global One-diensten inbegrepen gezien de waarschijnlijke terugval van Global One.

Leverancier	Marktaandeel (%) (door afronding is het totaal misschien niet exact 100 %)
Global One/France Télécom	15-25
Equant	< 5
Cable & Wireless	< 5
Qwest	5
AUCS/Infonet	5-15
Level 3	< 5
Deutsche Telekom	< 5
Colt	< 5
Williams	< 5

2. *Methode B*

(236) Vervolgens verzamelde de Commissie cijfers van de bedrijven op de markt om uit te zoeken wat de opbrengst van mondiale netwerkdiensten van elk bedrijf was. Deze methode die ook werd toegepast in het BT/AT & T-onderzoek, behelsde het verzamelen van cijfers van elke leverancier op de markt betreffende hun verkopen aan een lijst van ongeveer 200 bedrijven die wereldwijd de voornaamste internationale afnemers van telecommunicatiediensten vormden. Deze lijst werd samengesteld uit een bredere lijst van de belangrijkste 2000 bedrijven volgens dezelfde meting. Deze 200 bedrijven vertegenwoordigden minstens 35 % van de telecommunicatie-uitgaven van de 2000 bedrijven. De diensten waren dezelfde als die in methode A zijn gebruikt.

(237) Toen zij werden gevraagd commentaar te leveren op de lijst identificeerden de aanmeldende partijen de bedrijven op de lijst als grote multinationale ondernemingen en zij beschouwden de lijst als een acceptabel berekeningsmodel voor de markt. Weer werd een soortgelijke analyse als in methode A toegepast.

Leverancier	Marktaandeel (%)
MCI WorldCom/Sprint ([69])	[30-40]*
Concert Alliantie	35-45

([69]) MCI WorldCom: [30-40]* %, Sprint [0-10]* %. Bij het Sprint-cijfer zijn alle huidige klanten inbegrepen gezien de waarschijnlijke terugval van Global One.

Leverancier	Marktaandeel (%)
Global One/France Telecom	5-15
Equant	< 5
Cable & Wireless	< 5
Qwest	5
AUCS/Infonet	< 5
Level 3	< 5
Deutsche Telekom	< 5
Colt	< 5
Williams	< 5

(238) De cijfers in de bovenstaande tabel lijken te bevestigen wat Sprint al eerder vaststelde, namelijk dat de aanmeldende partijen en de Concert Alliantie de voornaamste spelers op de markt zijn met een grote voorsprong op andere actoren op de markt.

(239) Deze marktaandeelcijfers worden bevestigd door de winst- en verliesanalyses die de Commissie ontving van de partijen en derden en de concurrerende bieders voor het verstrekken van diensten aan de belangrijkste 200 bedrijven.

b) **Perceptie van de leveranciers**

(240) De hierboven in overweging 237 aangegeven marktaandelen weerspiegelen de bij inschrijvingen gewonnen en verloren contracten, maar niet noodzakelijkerwijs het vermogen om in de toekomst inschrijvingen te winnen. Zij geven een indicatie omtrent toekomstige marktmacht, maar de biedmarkt is ook gebaseerd op de perceptie van de afnemer en het vermogen van leveranciers om kosten te maken en mee te kunnen blijven dingen bij het inschrijven voor contracten.

(241) Om zich een beeld te kunnen vormen van de perceptie van de afnemers en de concurrenten op de markt vroeg de Commissie aan derden om de spelers op de markt van mondiale telecommunicatiediensten een cijfer te geven variërend van 1 (slechtste) tot 5 (beste) voor een aantal factoren. Deze factoren waren onder andere: aanwezigheid in de VS ([70]), mondiale aanwezigheid,

([70]) Zoals in de analyse van Global One in de overwegingen 221-226 werd vastgesteld, is de tegenwoordigheid in de VS belangrijk voor leveranciers van mondiale telecommunicatiediensten in verband met het aantal multinationale ondernemingen die hun hoofdkwartier in de VS hebben.

dienstencapaciteit, faciliteitenbasis, merknaam en klantenportefeuille. Een aantal respondenten verstrekten kwalitatieve in plaats van kwantitatieve analyses die de kwantitatieve analyse bevestigden dat de sterke firma's op de markt MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie waren met daarna Equant, Cable & Wireless en Global One als spelers die zich ondanks wat zwakke punten toch nog op de markt bevonden. Van derden die een kwantitatieve analyse verstrekten, werden de volgende resultaten verkregen:

Leverancier	Klantencijfer	Concurrentencijfer
MCI WorldCom	3,7	4,3
Concert Alliantie	4,3	4,7
Global One/France Télécom	3,2	3,7
Equant	3,1	4,0
Cable & Wireless	2,9	3,6
Qwest	2,9	3,6
AUCS/Infonet	2,6	3,6
Level 3	2,6	3,0
Deutsche Telekom	2,2	2,9
Colt	1,1	2,7
Williams	—	2,6
GTS	—	2,5

(242) Uit de tabel blijkt dat afnemers en concurrenten over het algemeen consistent zijn in hun beoordeling van de ondernemingen, hoewel concurrenten de bedrijven consequent hogere cijfers geven dan afnemers, wellicht door hun grotere kennis van de markt. De twee grootste spelers op de markt — MCI WorldCom en de Concert Alliantie — scoren het hoogste bij zowel de afnemers als de concurrenten. Zij worden gevolgd door een aantal bedrijven die elkaar qua cijfer weinig ontlopen. Deze groep wordt aangevoerd door Global One en Equant.

(243) Er dient te worden opgemerkt dat de bovenstaande tabel een gemiddelde aangeeft van de verschillende cijfers die aan iedere onderneming werden toegekend. Alleen MCI WorldCom en de Concert Alliantie kregen van bijna alle respondenten consequent hoge cijfers voor alle criteria.

(244) De tabel lijkt ook aan te tonen dat de spelers waarvan de aanmeldende partijen beweren dat zij bezig zijn tot de markt toe te treden door zichzelf of door hun klanten in feite niet als belangrijke spelers worden beschouwd. Dit bevestigt de mening van de Commissie dat zij in haar marktanalyse het begrip markt ruim heeft gemeten.

c) **Conclusie**

(245) Uit de marktaandeelanalyse en de hierboven weergegeven beoordelingen van klanten en concurrenten, werd in de mededeling van punten van bezwaar geconcludeerd dat er slechts twee spelers zijn die kunnen deelnemen aan een groot aantal inschrijvingen. Dit lijkt te gelden voor zowel de 200 belangrijkste multinationale ondernemingen als voor de andere componenten van de vraagzijde aangezien de marktaandelen die eruit voortvloeien zowel in absolute als in relatieve zin consistent zijn.

d) **Het antwoord van de partijen op de mededeling van punten van bezwaar**

(246) De partijen beweren dat de stijging van het marktaandeel als gevolg van de fusie minimaal is. Dit komt omdat Sprint door haar betrokkenheid bij Global One weinig activiteiten ontplooit op het gebied van mondiale telecommunicatiediensten, en de stijging van het marktaandeel die aan Sprint kan worden toegeschreven als gevolg van de fusie slechts […]*[0-10]* % tot […]* % bedraagt. De partijen betogen dat deze stijging het niet rechtvaardigt een procedure in te leiden op grond van de concentratieverordening.

(247) Er dient te worden opgemerkt dat het de taak van de Commissie is om te onderzoeken of de aangemelde operatie een machtspositie in het leven zou kunnen roepen of versterken. Een stijging van het marktaandeel van de partijen is een van de indicatoren waarnaar wordt gekeken om de veranderingen in de marktmacht van de aanmeldende partijen te beoordelen. In de mededeling van punten van bezwaar werd gesteld dat deze stijging, samen met het verdwijnen van een potentiële tak in de VS voor elke concurrent op de relevante markt, bijdraagt aan het in het leven roepen van de gezamenlijke machtspositie zoals die in de mededeling van punten van bezwaar is geïdentificeerd.

(248) Vervolgens beweren de partijen dat er geen causaal verband bestaat tussen de concentratie en de verandering van eigenaarschap en beheer van Global One. Ze zeggen dat het besluit om de eigendomstructuur van Global One te veranderen ruim voor het besluit van Sprint om met WorldCom te fuseren was genomen. Voorts zijn zij van mening dat de mededeling zich niet richt op de kleine stijging van het marktaandeel die aan Sprint kan worden toegeschreven, maar in plaats daarvan op de gevolgen van een andere operatie die al door de Commissie was beoordeeld.

(249) De Commissie accepteert dat er geen causaal verband bestaat tussen deze operatie en het uiteenvallen van Global One (zie overweging 221 hierboven). Het uiteenvallen van Global One is echter relevant voor het beoordelen van de concurrentie op de markt. De Commissie heeft een verplichting om rekening te houden met de feiten op de markt en voorspellingen te doen over hoe de markt zich in de toekomst zal ontwikkelen. De terugval van Global One is wel degelijk een feit na de verandering van eigenaarschap en het verlies van haar partner in de VS, Sprint.

(250) De partijen verwezen vervolgens naar de BT/AT & T-beschikking waar men van mening was dat er op de markt voor mondiale telecommunicatiediensten „aanzienlijke concurrenten" waren en dat de markt „uiterst concurrerend en snel verschuivend" was en dat afnemers „goed ontwikkeld" waren en „krachtig genoeg om hun eisen te kunnen opleggen". Ze wezen ook op het aantal serieuze potentiële concurrenten die de Commissie in die beschikking aangaf. Daarnaast wezen ze op de beschikking van de FCC betreffende de BT/AT & T-zaak in oktober 1999 waarin deze organisatie evenmin significante bezwaren uit het oogpunt van de mededinging opmerkte. Zij waren van mening dat een wijziging van de marktstructuur die door de Commissie in haar mededeling van punten van bezwaar was geïdentificeerd niet in zo'n kort tijdsbestek had kunnen plaatsvinden.

(251) Zoals hierboven in de overwegingen 206-218 is uiteengezet, houdt de Commissie niet alleen alle ondernemingen als marktdeelnemers aan die de Commissie in de BT/AT & T-beschikking als marktspelers in aanmerking nam (en die volgens MCIWorldCom tijdens de BT/AT & T-procedure de marktspelers vormden samen met het inmiddels niet meer bestaande UniSource), maar ook andere ondernemingen waarvan de partijen beweerden dat ze zich ook op de markt bevonden (waarvan sommige nauwelijks voorkwamen op de winst- en verlieslijsten die de Commissie ter beschikking stonden).

(252) In hun antwoord beweerden de partijen dat de Commissie de mate van concurrentie op de markt van mondiale telecommunicatiediensten had onderschat. Wat betreft de feitelijke concurrenten stelden zij in de eerste plaats dat Equant en Cable & Wireless mondiale concurrenten op de markt bleven. In de tweede plaats wezen zij op Infonet, Level 3 en Teleglobe als belangrijke nieuwe spelers. Voorts argumenteerden zij dat Global One een sterke positie blijft innemen op de markt door het opbouwen van haar tegenwoordigheid in de VS door middel van nieuwe investeringen en een mogelijke alliantie met een onderneming in de VS samen met het behoud van haar huidige klantenportefeuille in de VS en het in de wacht slepen van enkele klanten van Sprint waar Sprint distributeur is van de nieuwe dienst van Global One. Volgens de partijen bevestigen klanten de mening dat Global One een belangrijke speler blijft zelfs na het verbreken van de relatie met Sprint.

(253) De partijen hebben kritiek op de mededeling van de Commissie waarin staat dat de in de BT/AT & Tbeschikking geïdentificeerde potentiële concurrenten nauwelijks voorkwamen op de winst- en verlieslijsten die aan de Commissie waren verstrekt. Volgens de partijen komen alleen feitelijke concurrenten en niet potentiële concurrenten op dergelijke lijsten voor. Daarnaast wijzen de partijen op de RBOC's en Global Crossing in het bijzonder als belangrijke potentiële concurrenten.

(254) In hun antwoord citeren de partijen veelvuldig de BT/AT & T-beschikking betreffende potentiële concurrenten. Sinds die beschikking van maart 1999 zijn alleen de ondernemingen die de Commissie had geïdentificeerd als op de markt zijnde, zoals Qwest, Williams en GTS, zich gaan mengen in biedingen. Dit suggereert dat de rol van de andere ondernemingen die in de BT/AT & T-beschikking als potentiële concurrenten waren geïdentificeerd minder geloofwaardig is dan destijds werd aangenomen.

(255) Het laatste punt van kritiek dat de partijen op de analyse van de Commissie hebben is dat in de mededeling de marktmacht van de gecombineerde onderneming werd overschat. De partijen wezen met name op wat volgens hen de vier voornaamste gebreken waren in de gehanteerde methodologie. Ten eerste kwam de toegepaste meting van het marktaandeel van mondiale netwerkdiensten niet overeen met de marktdefinitie en was het marktaandeel van Concert overtrokken. Ten tweede wezen zij erop dat methode B onjuist was aangezien er geen rechtvaardiging is waarom de steekproef van 200 ondernemingen, die uit een ruimere steekproef van 2000 ondernemingen was genomen, als representatief kan worden beschouwd voor alle multinationale ondernemingen die klanten zijn. Ten derde waren zij van mening dat het aan Sprint toegeschreven marktaandeel te hoog was aangezien er in de mededeling werd aangenomen dat Sprint al haar klanten voor Global-One-diensten zal behouden. Ten slotte beweerden zij dat de Commissie de Concert Alliantie voor het berekenen van het marktaandeel niet als één enkele onderneming kan behandelen aangezien BT, AT & T en Concert voor sommige contracten met elkaar concurreren.

(256) De Commissie merkt op dat de steekproef van 200 ondernemingen een alternatieve methode is voor het meten van de markt ten opzichte van de op totale opbrengsten gebaseerde methode. Het punt over het Sprint-marktaandeel is al eerder in paragraaf 249 aan de orde gekomen. Wat het bij elkaar optellen van de marktaandelen van de Concert Alliantie betreft, is het bij elkaar optellen van de marktaandelen van een groep ondernemingen die aan joint venture-overeenkomsten zijn gebonden volkomen consistent met normale mededingingsrechtelijke analyses. Er dient ook te worden opgemerkt dat de leden van de Concert Alliantie dezelfde Concert-producten distribueren.

Het ontstaan van een dubbele machtspositie

a) **Ontbreken van enkelvoudigedominantie**

(257) Gezien de in overwegingen 235 en 237 gegeven marktaandeelinformatie en de mogelijkheid om op grote schaal op nieuwe contracten in te schrijven wordt niet verwacht dat MCI WorldCom/Sprint of de Concert Alliantie een enkelvoudige machtspositie kan bemachtigen. Als een van de ondernemingen zou trachten alleen marktmacht uit te oefenen dan is de ander door haar eigen aanwezigheid op de markt in staat deze poging te verijdelen. De Commissie stelde zich in de mededeling van punten van bezwaar echter op het standpunt dat de twee ondernemingen gezamenlijk een marktpositie zouden hebben om een gezamenlijke machtspositie op de markt van mondiale telecommunicatiediensten te kunnen innemen.

b) **Criteria voor parallel gedrag**

(258) In veel voorafgaande zaken betreffende gezamenlijke machtsposities heeft de Commissie de volgende reeks van criteria toegepast om de waarschijnlijkheid van het doen ontstaan of versterken van een gezamenlijke machtspositie vast te stellen. Deze criteria zijn de volgende: i) het product in kwestie moet homogeen zijn; ii) marktaandelen moeten stabiel en symmetrisch zijn; iii) drempels voor toetreding; iv) kostensymmetrie; v) de vraag moet stagneren en onelastisch zijn en vi) er moeten weinig technologische veranderingen zijn.

(259) Deze criteria zijn in de meeste gevallen belangrijke hulpmiddelen bij het behandelen van de vier fundamentele vragen met betrekking tot het analyseren van zaken betreffende een gezamenlijke machtspositie op grond van de concentratieverordening, te weten:

a) zijn er doorslaggevende redenen voor parallel gedrag voor de marktspelers?

b) is het gemakkelijk voor marktspelers om toezicht te houden op het concurrentiegedrag van de andere marktspelers?

c) is er druk op de marktspelers om af te wijken van het parallelle gedrag?

d) kan de vraag het parallelle gedrag intomen?

(260) Samenvattend kwam de mededeling van punten van bezwaar tot het volgende oordeel over de criteria. Aangezien mondiale telecommunicatiediensten al naar gelang de behoeften van de klant op maat worden gemaakt, lijken ze op het eerste gezicht niet homogeen te zijn. Mondiale telecommunicatiediensten worden echter uit dezelfde basisonderdelen samengesteld en de strijd die leveranciers leveren om bepaalde klandizie is gebaseerd op dezelfde behoeften van de klant. Het is moeilijk de symmetrie en stabiliteit van marktaandelen te beoordelen aangezien deze markt recent is en in de afgelopen twee jaar gekenmerkt wordt door wisselende allianties (waarvan deze fusie slechts de meest recente is) en concentraties. De drempels voor toetreding zijn zeker hoog aangezien een marktdeelnemer moet beschikken over uitgebreide infrastructuur en verzonken kosten moet maken door deelname aan aanbestedingsprocedures. Op waardebasis groeit de vraag aanzienlijk ook al is de groei op volumebasis (d.w.z. het aantal klanten met behoefte aan mondiale telecommunicatiediensten) een stuk kleiner. De vraag is niet erg prijsgevoelig aangezien kwaliteit bepalend is op deze markt. Er vinden technologische veranderingen plaats op de markt, maar de invloed hiervan is voor alle spelers gelijk.

(261) De mededeling van punten van bezwaar beredeneerde dat op een markt zoals de detailverkoop van brandstof (zie de zaken Exxon/Mobil en TotalFina/Elf), de mededinging om prijzen draait en de markt met individuen als prijsnemers werkt. In dat geval is het relevant om naar de in overweging 258 genoemde reeks van criteria te kijken ([71]). Er waren in die zaken genoeg prikkels om samen te werken omdat alle marktdeelnemers benzine kochten op een groothandelsmarkt en symmetrische marktaandelen hadden. De homogeniteit van brandstof en de volledige doorzichtigheid van prijzen maakten het eenvoudig voor de marktspelers om toezicht te houden op het concurrentiegedrag van hun concurrenten. De extra raffinagecapaciteit maakte het eenvoudig om actie te ondernemen tegen valsspelers. Een lage vraagprijselasticiteit en de wijdverbreidheid maakten het voor de vraagzijde erg moeilijk om parallel gedrag te pareren.

(262) De mededeling van punten van bezwaar stelde dat op de Duitse markt van gastransmissie over lange afstanden (zie de zaak Exxon/Mobil), de Commissie bezwaar maakte zelfs als aan weinig criteria uit de in overweging 258 genoemde reeks van criteria werd voldaan. De bezwaren waren niet gebaseerd op prijsafspraken, maar op het geografisch opsplitsen van de markt. Door vroegere kartelvorming hadden marktdeelnemers (met één uitzondering) elk een territorium waarin zij een sterke marktpositie innamen. Alle marktdeelnemers hadden er evenveel belang bij hun stevige marktpositie in hun eigen territorium te handhaven. Daarnaast maakte deze geografische afbakening van territoria het betrekkelijk eenvoudig om toezicht te houden op het gedrag van concurrenten en als iemand de grens zou overschrijden dan werd zo'n actie met een soortgelijke actie gepareerd.

([71]) Zaken M.1383 Exxon/Mobil van 29 september 1999 en M.1628 TotalFina/Elf van 9 februari 2000.

(263) In deze zaak functioneert de markt op basis van aanbestedingen waar providers feitelijk in de eerste fase van het biedproces worden geselecteerd op hun vermogen op maat gemaakte, ingewikkelde diensten van hoge kwaliteit te bieden die slechts door een beperkt aantal providers kunnen worden geleverd. Aangenomen dat de drempels voor toetreding hoog zijn (zoals eerder in overweging 205 werd gesteld, is het niet genoeg om de mogelijkheid te hebben het netwerk en misschien ook de diensten te verstrekken, maar is het ook noodzakelijk een goede staat van dienst te hebben) zou het parallelle gedrag — indien aanwezig — zich concentreren rond het biedproces en het vermogen concurrerende diensten aan te bieden aan de bedrijven die deze diensten vragen. In zo'n geval gaan geheime afspraken niet over prijzen, maar over wie welke aanbesteding wint (en wie welke aanbestedingen heeft gewonnen).

c) **Veranderingen in de stimulans om te concurreren**

1. *Twee hoofdrolspelers en een rij volgers*

(264) In de mededeling van punten van bezwaar werd gesteld dat, aangezien het tijdstip van de aangemelde fusie samenviel met de aanzienlijke vermindering van de concurrentiepositie van Global One, deze zou leiden tot een markt met twee hoofdrolspelers (MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie) gevolgd door kleinere concurrenten. Door toevoeging van het marktaandeel van Sprint aan dat van MCI WorldCom, wordt de marktpositie van de gefuseerde onderneming sterker. Na de fusie zouden de beide hoofdrolspelers dan ook eendere concurrentiekenmerken hebben en aanzienlijke voordelen hebben ten opzichte van de rest van de concurrenten.

(265) Ten eerste zullen zij, zoals uit de marktaandeelanalyse blijkt, ongeveer gelijke klantenportefeuilles (gezamenlijk vormen zij ongeveer 60 tot 80 % van de markt) en marktposities hebben.

(266) Ten tweede beweerde de mededeling van punten van bezwaar dat zij een gelijke kostenbasis zouden hebben in termen van de onderliggende infrastructuur. De aanmeldende partijen beweerden voortdurend dat er voldoende capaciteit op de marktplaats beschikbaar is. Een logisch gevolg hiervan is dat de kosten van het verstrekken van netwerkcapaciteit worden ingetoomd door de prijzen die op de marktplaats voor beschikbare capaciteit worden berekend. Zoals de partijen hebben uiteengezet, zijn de netwerkkosten voor het verstrekken van meer uitgebreide diensten een functie van de onderliggende netwerkkosten. Aangezien de functies met gelijke inbreng gelijk zijn, volgt hieruit dat beide spelers gelijke netwerkkosten hebben. Daarnaast stelt de grootte van hun netwerk en het belang van hun dienstenaanbod beide eenheden in staat te profiteren van schaalvoordelen die hun kleinere concurrenten niet hebben. MCI WorldCom/Sprint noch de Concert Alliantie hoeven de verzonken kosten te maken voor het uitbouwen van mondiale netwerken, het verlenen van ondersteunende diensten of het aanstellen van verkoopteams om de markt te betreden. Zoals hierboven in de overwegingen 200-205 is aangegeven, is het een kostbaar proces waarbij het jaren duurt voordat zelfs een bestaande speler die zich kort geleden uit een alliantie heeft teruggetrokken (bijvoorbeeld Sprint of Global One) op een geloofwaardige basis kan herintreden op de markt. De overige kostencategorieën hebben betrekking op telecommunicatieapparatuur of arbeid. De mededeling van punten van bezwaar stelde dat beide functies van exogene marktplaatsen zijn en daarom voor beide hoofdrolspelers gelijk zijn. Gezien de grootte van beide ondernemingen is het waarschijnlijk dat de kosten van apparatuur en arbeid voor hen lager zijn dan voor kleinere ondernemingen, waardoor hun concurrentievoordeel nog groter wordt.

(267) Ten derde zullen zowel de gefuseerde onderneming als de Concert Alliantie profiteren van gelijke omvang en kwaliteit van de dienstenportefeuille, die groter en beter is dan wat de belangrijkste concurrenten kunnen bieden. Deze bewering wordt gestaafd door de in de overwegingen 229-244 uiteengezette marktaandeelanalyse en het marktonderzoek. Beide ondernemingen hebben een breed scala aan diensten die ze aan grote multinationale klanten kunnen aanbieden. Andere bedrijven hebben ook een breed scala aan diensten, maar bij MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie worden de meeste van hun diensten constant hoog gewaardeerd, terwijl andere bedrijven duidelijke zwakke punten hebben.

(268) Ten vierde werd in de mededeling van punten van bezwaar beweerd dat zowel de gefuseerde onderneming als de Concert Alliantie grote naamsbekendheid hebben waardoor de kwaliteit en de betrouwbaarheid van die leveranciers over het algemeen hoog wordt ingeschat. Zowel de gefuseerde onderneming als de Concert Alliantie opereren in een groot deel van de wereld op „faciliteitenbasis" en kunnen dientengevolge de kwaliteit van hun netwerk goed beheersen en hebben een groot geografisch bereik. Kleinere concurrenten kunnen ook goede mondiale netwerken hebben, maar op de marktplaats worden hun netwerken als „dun" gezien, met misschien te weinig bandbreedte om in de toekomst aan de toenemende vraag van de klant te kunnen voldoen. Daarnaast beschikken ze over de nodige technische ondersteuning en verkoopdiensten om hun klanten wereldwijd van dienst te kunnen zijn.

(269) Ten slotte, in tegenstelling tot de andere spelers op de markt, hebben de gefuseerde onderneming en de Concert Alliantie door hun deelname aan de meeste aanbestedingen veel meer volledige informatie over hun concurrenten en de verschillende aanbestedingen dan de kleinere concurrenten die niet overal op kunnen inschrijven. Volgens de door de Commissie verkregen winst- en verliesgegevens zijn of MCI WorldCom/Sprint of de Concert Alliantie aanwezig bij de meeste biedprocedures. Zo komen MCI WorldCom/Sprint of de Concert Alliantie in de van BT ontvangen winst- en verliesgegevens over inschrijvingen in een groot deel van het totale aantal inschrijvingen als winnaar uit de

bus. Wat betreft de van C & W ontvangen gegevens horen MCI WorldCom en de Concert Alliantie tot de concurrenten bij een eveneens zeer groot aantal van de door C & W verloren inschrijvingen. In de eigen winsten verlieslijsten van MCI WorldCom kwamen de kleinere spelers nauwelijks voor als winnaars of voornaamste concurrenten die kans maakten om op de laatste korte lijst te staan. Integendeel, Sprint of de Concert Alliantie kwamen bij de helft van de door MCI WorldCom verloren inschrijvingen als winnaar uit de bus. Volgens de door AT & T verstrekte winst- en verliesgegevens waren of MCI WorldCom of Sprint de voornaamste concurrenten bij de door hen gewonnen aanbestedingen.

(270) Daarnaast dient te worden opgemerkt dat MCI optreedt als distributeur van de diensten van Concert als onderdeel van de ontbindingsovereenkomst met BT, terwijl Sprint doorgaat met het distribueren van de diensten van Global One en voor een overgangsperiode de contracten van Global One in de Verenigde Staten zal afhandelen. Hierdoor ontstaat er meer doorzichtigheid op de markt wat betreft de identiteit van de afnemers en de aard van de diensten waar ze gebruik van maken voor het moment waarop het volgende verzoek om offertes in te dienen wordt uitgeschreven.

(271) In de mededeling van punten van bezwaar werd geconcludeerd dat er door de fusie op de markt van mondiale telecommunicatiediensten grote gelijkenis zou ontstaan tussen MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie.

2. *Het biedspel*

(272) In de mededeling van punten van bezwaar werd verder beweerd dat de door de fusie ontstane nieuwe marktstructuur zich leent voor stilzwijgende coördinatie tussen MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie gezien de manier waarop zij beide aan inschrijvingen deelnemen.

(273) Er zijn twee mogelijke biedsituaties. De eerste situatie is die van inschrijvingen voor hernieuwing of opwaardering van telecommunicatiediensten waarvan of de gefuseerde onderneming of de Concert Alliantie de gevestigde provider is. De mededeling van punten van bezwaar stelde dat er in dat soort gevallen voor de andere concurrenten geen stimulans zou zijn de positie van de gevestigde provider te betwisten. Dit wordt verder versterkt door het kostenvoordeel dat de gevestigde provider heeft (de kosten om naar een andere provider over te stappen kunnen oplopen tot 20 %) en er bestaat ook een begrijpelijke nervositeit bij klanten over andere gevolgen van de overstap (het veranderen van netwerkconnecties van de ene leverancier naar de andere, het draaiende houden van het netwerk tijdens de overstap, enz.). Zo verklaarde één klant dat in het geval dat men niet gelukkig was met de leverancier, het verschil in prijs en prestatie met de gevestigde provider aanzienlijk moest zijn om de kosten van migratie naar een nieuwe provider te compenseren. De tweede situatie is die waarin noch de gefuseerde onderneming noch de Concert Alliantie de gevestigde provider is (namelijk voor een nieuwe klant voor mondiale telecommunicatiediensten of een nieuwe dienst voor een bestaande klant van mondiale telecommunicatiediensten).

i) MCI WorldCom/Sprint of de Concert Alliantie als de gevestigde leverancier

(274) In het geval dat de gefuseerde onderneming of de Concert Alliantie de gevestigde leverancier is voor een contract dat moet worden vernieuwd, beweerde de mededeling van punten van bezwaar dat de ander een drijfveer zou hebben om deel te nemen aan het biedproces, maar niet in die mate dat men daarmee de positie van de gevestigde leverancier in gevaar zou brengen. Deelname aan het biedproces zou verschillende voordelen voor de andere oligopolist opleveren. Ten eerste zou het verdere informatie verschaffen die bij toekomstige inschrijvingen van pas zou kunnen komen. Daarnaast wordt hierdoor het beeld versterkt dat men een concurrerende bieder is, terwijl alleen al door de aanwezigheid derden minder kans krijgen om serieuze kandidaten in het biedproces te worden.

(275) Door in de tweede fase niet hevig op de prijs te concurreren, stimuleert de andere concurrent de gevestigde leverancier om zich in de omgekeerde situatie op dezelfde wijze te gedragen. Gezien de veelvuldigheid van inschrijvingen is de kans groot dat een dergelijke situatie zich snel zal voordoen. Door te helpen de hogere prijzen te handhaven, zorgt de andere provider er bovendien voor dat de marktplaats met prijsinformatie wordt gevoed die een soortgelijke strategie bij andere inschrijvingen, waar hij de leverancier is, niet in gevaar zal brengen

ii) Nieuwe klant of een derde als gevestigde leverancier

(276) In het geval van inschrijvingen waarbij noch de gefuseerde onderneming noch de Concert Alliantie de gevestigde leverancier is, beweerde de mededeling van punten van bezwaar dat beide eenheden gelijke kansen hadden de aanbesteding te winnen en zouden weten dat ze zouden profiteren van voordelen die kleinere concurrenten niet hebben.

(277) De mededeling van punten van bezwaar beschreef de volgende strategie. Hun eerste strategie zou dus zijn om een offerte in te dienen met een pakket op maat gemaakte diensten dat in principe alleen door hen beide kan worden aangeboden, met andere woorden om in de eerste fase van het biedproces voornamelijk te concurreren op andere dan prijsfactoren. Ten tweede is hun waarschijnlijke prijsstrategie om aanvankelijk binnen een zekere prijsmarge te blijven (hoewel prijsstelling in de eerste fase bij het indienen van een offerte niet het belangrijkste punt is). De marge zou aan de bovenkant zijn gebaseerd op uit eerdere biedingen verkregen informatie waarbij een van hen de gevestigde leverancier was. Aan de onderkant zou de marge de maximumprijs zijn waarmee zij er zeker van zouden zijn dat ze andere bieders (indien aanwezig) uitsluiten.

(278) De mededeling van punten van bezwaar stelde dat het in het voordeel van zowel de gefuseerde onderneming als de Concert Alliantie zou zijn dergelijke aanbestedingen te winnen en informatie te vergaren. Dit zou bij de afnemers hun reputatie als leiders versterken, terwijl het tegelijkertijd de drempels voor toetreding en uitbreiding zou verhogen voor de andere feitelijke of potentiële concurrenten die verzonken kosten zouden moeten maken, die zij konden financieren uit inkomsten van een reeds bestaande klantenportefeuille. Asymmetrie in informatie over oude biedgeschiedenis ten gunste van MCI WorldCom/Sprint en/of de Concert Alliantie zet elke onderneming ertoe aan om de kortetermijnwinst door prijsverhogingen op te offeren om een reputatie op te bouwen met het doel op de lange termijn constant hogere prijzen te kunnen berekenen.

d) **Duurzaamheid van het parallelle gedrag**

1. *Stimulans om niet af te wijken*

(279) In de mededeling van punten van bezwaar werd gesteld dat zowel MCI WorldCom/Sprint als de Concert Alliantie goede redenen zouden hebben om niet af te wijken van het hierboven in overweging 273 uiteengezette parallelle gedrag in een situatie waarin aanbestedingen veelvuldig voorkomen. Door onafhankelijk, maar parallel gedrag neemt elk van de twee bedrijven het risico dat de ander lager biedt in de laatste fase van het biedproces en dat men de eerste inschrijving verliest. Omdat de identiteit van de winner echter onmiddellijk bekend is, wordt de vals spelende firma direct onthuld als een niet meewerkend bedrijf. Aangezien er veel aanbestedingen zijn, stelt de firma zich bloot aan vergeldingsacties en verliest daarmee de kans op extra winst die in de toekomst uit parallel gedrag zou kunnen worden behaald. Als de horizon lang genoeg is (d.w.z. als er genoeg aanbestedingen zijn waar beide leiders kunnen samenwerken) is het verlies van toekomstige winst groter dan de onmiddellijke baten van vals spelen. Aangezien beide firma's gelijke kansen hebben op deelname aan aanbestedingen en deze te winnen, hebben ze meer baat bij samenwerking. In de gegevens van BT staat dat MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie in 1999 aan meer dan 70 aanbestedingsprocedures hebben deelgenomen.

(280) Uit de beschikbare winst- en verliesinformatie en de informatie betreffende de markt voor de aan de belangrijkste 200 bedrijven verstrekte diensten blijkt dat ondernemingen de identiteit van de gevestigde leverancier van diensten aan deze grote multinationale ondernemingen kennen. Zo verwoordde Sprint het als volgt: „Het accountteam kent de gevestigde leveranciers waarschijnlijk en kan ze opnoemen. Omdat AT & T en MCI WorldCom in een betrekkelijk hoog aantal aanbestedingen de gevestigde leveranciers zijn, worden zij waarschijnlijk vaker genoemd dan concurrenten die minder vaak de gevestigde leverancier zijn." ([72]). Dientengevolge is het eenvoudig om afwijkingen van het parallelle gedrag te ontdekken.

(281) Volgens de mededeling van punten van bezwaar zou het hierboven in paragraaf 273 beschreven scenario voor sommige contractcategorieën leiden tot prijzen die hoger liggen dan vanuit concurrentieel oogpunt aanvaardbaar is en tot prijzen die dichter bij het marktpeil liggen bij andere aanbestedingen. Men zou kunnen redeneren dat de hogere prijzen niet te handhaven zijn omdat de klanten die ze betalen op de lagere prijzen die gangbaar zijn in de bedrijfstak zouden worden gewezen. De mededeling van punten van bezwaar was van mening dat dit om de volgende redenen niet aannemelijk was. Ten eerste zijn dergelijke diensten gedifferentieerd en is het voor de klanten moeilijk op basis van prijzen vergelijkingen te trekken. Zelfs als de basiselementen van de kosten bekend zijn, zijn andere klanten niet op de hoogte van de specifieke behoeften van een bepaalde klant. Ten tweede wordt ervan uitgegaan dat de twee belangrijkste spelers zouden zijn gemotiveerd om te concurreren als een van hen de gevestigde leverancier is. Zoals hierboven in overweging 275 is uiteengezet, is dit niet het geval. Het is ook niet zo dat kleinere spelers zich kunnen veroorloven de strijd met de gevestigde leverancier aan te knopen daar zij te maken krijgen met de overstapkosten voor de klant en de concurrentienadelen dankzij minder informatie, kosten en kwaliteit.

(282) Een ander argument is dat de stijgende marktwaarde voor het verstrekken van mondiale telecommunicatiediensten een stimulans zou zijn om af te wijken van het parallelle gedrag. De mededeling van punten van bezwaar kwam op dit punt met het volgende tegenargument. Als de groei in het aantal klanten wordt vertaald, is deze veel lager, aangezien er niet veel nieuwe ondernemingen met behoefte aan mondiale telecommunicatiediensten zijn. Aangezien de gefuseerde onderneming en de Concert Alliantie bovendien evenveel kansen hebben om nieuwe aanbestedingen te winnen, wordt de stabiliteit van hun parallelle gedrag niet ondermijnd door het feit dat zij elkaar bij deze aanbestedingen zouden beconcurreren. Het zou hun positie als dominante oligopolisten eerder nog versterken, aangezien het op deze manier voor de kleinere spelers nog moeilijker wordt om belangrijke klanten te krijgen en het de reputatie van de twee alleen maar ten goede zou komen.

2. *Kleinere concurrenten en nieuwe toetreders zullen het parallelle gedrag niet kunnen bestrijden*

(283) De mededeling van punten van bezwaar noemde drie hoofdredenen waarom het erg onwaarschijnlijk is dat de kleinere concurrenten in staat zullen zijn met succes tegen de twee leiders te bieden.

([72]) […]*.

(284) Ten eerste, omdat ze niet dezelfde veelzijdige kwaliteiten hebben als de twee belangrijkste spelers op de markt. Volgens hun concurrenten beschikken MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie over een uitstekend mondiaal bereik, een betrouwbaar mondiaal netwerk met volop bandbreedte op de belangrijkste markten; hun productaanbod is uitstekend, ze bieden zowel oudere technologieën waar nog steeds vraag naar is als de nieuwere technologieën waar de potentiële toetreders op lijken te steunen.

(285) Ten tweede hebben concurrenten niet hetzelfde kostenvoordeel en de prijsinformatie waarover MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie beschikken. Kostenvoordeel en prijsinformatie zijn essentieel om een actieve inschrijver te zijn met een geloofwaardige kans om aan het eind van het biedproces als de winnaar uit de bus te komen. De biedkosten zijn namelijk hoog en het inschrijven op contracten zonder een dergelijk voordeel is uitermate moeilijk vol te houden. Concurrenten beschikken in feite niet over dezelfde geavanceerde prijsinformatiesystemen, normatieve kostprijsbepaling gekoppeld aan schaal- en toepassingsvoordelen als de aanmeldende partijen en de Concert Alliantie. Ten slotte voerde de mededeling van punten van bezwaar aan dat ze niet dezelfde grotere klantenportefeuille hebben die van essentieel belang is om de kosten te beheersen en om toegang te hebben tot relevante informatie betreffende de kosten van rivalen door middel van de geschiedenis van biedprijzen. Deze bewering wordt bevestigd door de beoordelingen van MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie door concurrenten die constant goed zijn, terwijl geen enkele andere concurrent een dergelijke constante beoordeling krijgt.

(286) Het is zelfs waarschijnlijk dat de kleinere concurrenten er belang bij hebben om de door de twee belangrijkste spelers afgegeven prijssignalen te volgen. Als ze een prijzenoorlog zouden ontketenen om klanten te winnen, ervan uitgaande dat ze in staat zouden zijn de tweede fase van de aanbestedingsprocedure te bereiken, zouden ze het risico lopen dat de twee oligopolisten uiterst concurrerende prijzen zouden bieden die de kleinere spelers op den duur uit de markt zouden drukken. De twee leiders zouden dit kunnen volhouden omdat kleinere spelers aan een veel kleiner aantal aanbestedingen deelnemen dan zij. Het herhaaldelijk verliezen van transacties zou het al snel onrendabel maken op de markt te blijven. De twee leiders zouden ook vergeldingsacties kunnen richten op ongeacht welke kleinere concurrent door krachtig te concurreren op aanbestedingen waar deze de gevestigde leverancier is.

(287) Een nieuwe toetreder die van plan is in te schrijven krijgt te maken met de kracht van de twee belangrijkste spelers, die altijd een aanzienlijk concurrentievoordeel hebben. Een nieuwe concurrent moet grote investeringen doen in netwerkcapaciteit, aanwezigheidspunten en verkoopteams, verzonken kosten maken die MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie al hebben gemaakt. De nieuwe toetreders zouden daarom in ieder geval voor de eerste reeks aanbestedingen niet beneden hun gemiddelde totaalkosten inschrijven, terwijl de gevestigde leveranciers bereid zouden zijn hun prijs tot hun gemiddelde variabele kosten te laten zakken. Een nieuwe potentiële bieder zou efficiënter dan de gevestigde leverancier kunnen zijn, maar de laatste zou altijd lager kunnen bieden en zodoende potentiële toetreding kunnen tegenhouden. De mededeling van punten van bezwaar is dan ook van mening dat MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie op die manier in staat zullen zijn om het bestaande contract tegen niet-concurrerende voorwaarden te vernieuwen.

(288) De mededeling van punten van bezwaar stelde ook dat toetreding verder kan worden ontmoedigd door de lange tijdsduur van aanbestedingsprocedures. Zelfs als nieuwe toetreders denken een kans te maken op het winnen van een contract, moeten zij rekening houden met de tijd die zal verstrijken voordat zij enige inkomsten ontvangen.

(289) In de mededeling van punten van bezwaar werd verder geopperd dat de vergeldingsmogelijkheden toenemen door de aanwezigheid van MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie als concurrenten op een aantal verschillende markten. Hieronder vallen de markt voor „top level"-internetconnectiviteit, interlokale en internationale telefoondiensten in de Verenigde Staten en Europa en de eigendom van internationale vezelcapaciteit. Deze activiteiten op andere markten maken het voor de gezamenlijk dominante ondernemingen mogelijk de discipline op de markt voor mondiale telecommunicatiediensten te handhaven doordat de mogelijkheid om op een andere markt strafmaatregelen te treffen erdoor toenemen.

(290) In de mededeling van punten van bezwaar werd dan ook in het licht van het bovenstaande geconcludeerd dat het uiterst onwaarschijnlijk is dat kleinere concurrenten noch nieuwe toetreders tot de markt dit parallelle gedrag zullen kunnen tegenhouden.

3. *Klanten zullen niet in staat zijn het parallelle gedrag te bestrijden*

(291) In de mededeling van punten van bezwaar werd gesteld dat de vraagzijde geen duidelijke middelen ter beschikking staan om dergelijk parallel gedrag te voorkomen. In de mededeling van punten van bezwaar werd aangevoerd dat afnemers die om wat voor reden dan ook overwegen van leverancier te veranderen voor een aantal dure keuzes worden gesteld. Ze kunnen terugkeren naar zelfvoorziening, hetgeen, zelfs als het mogelijk zou zijn — hetgeen zoals uit antwoorden van klanten blijkt onwaarschijnlijk is —, duur en tijdrovend zou zijn. De afnemers gaven echter aan dat „de onderneming behoefte heeft aan deze diensten; er is dus geen

discussie of we ze al dan niet zullen kopen." of „in het geval van een uniforme prijsstijging van een individuele dienst, zouden we waarschijnlijk gedwongen zijn een dergelijke dienst te blijven kopen". De toenemende geavanceerdheid van de diensten die aan de multinationale ondernemingen worden aangeboden en de aanzienlijke tijd, kosten en complicaties die gepaard gaan met het veranderen van leverancier in combinatie met het dalende aantal daadwerkelijke spelers op de markt leidt tot afname van de invloed die de afnemer op de leverancier uitoefent.

(292) Volgens de mededeling van punten van bezwaar heeft een klant die ervoor zou kiezen om van MCI WorldCom/Sprint of de Concert Alliantie over te stappen naar een andere provider het alternatief een contract af te sluiten met een kleinere en inferieure provider, en te proberen zelf wat dienstenintegratie te doen waarmee extra kosten gemoeid zijn en waardoor de betrouwbaarheid van het netwerk gevaar zou lopen. Dit is voor klanten een krachtige bijkomende stimulans om bij een van de twee bedrijven te blijven.

e) **Het antwoord van de partijen op de mededeling van punten van bezwaar**

Biedproces

(293) De partijen wezen op vier aspecten van de door de Commissie gemaakte analyse van de concurrerende biedmarkt die zij onjuist vonden. Ten eerste bestaan niet alle biedprocessen uit twee fasen. Sommige afnemers hanteren een „sudden death"-procedure, waarbij de aanbesteding wordt gegund nadat de offertes zijn ontvangen, zonder de in overweging 78 genoemde tweede fase van de gunningsprocedure. Ten tweede beweerden de partijen dat de Commissie bij de aanbestedingsprocedure onvoldoende belang toekent aan prijsstelling en dat sommige afnemers in hun antwoord hebben aangegeven dat prijsstelling belangrijk is. Ten derde zijn de partijen het niet met de Commissie eens dat het om op de markt van mondiale communicatiediensten als geloofwaardige bieder te opereren noodzakelijk is een faciliteitenbasis te hebben en dat afnemers dit niet van leveranciers eisen.

(294) Aan de andere kant zou stilzwijgende coördinatie mogelijk blijven zelfs als het biedproces uit één in plaats van twee fasen zou bestaan. Alle voordelen van asymmetrie van informatie, meer biedervaring en lagere kostenbasis zouden net zo effectief zijn in andere biedstructuren, aangezien de koper impliciet of expliciet een eerste, op kwaliteit gebaseerde selectie van de bieders moet maken.

De totstandkoming van een gezamenlijke machtspositie

(295) De partijen gaven vier hoofdredenen waarom de fusie geen gezamenlijke machtpositie van MCI WorldCom/Sprint en de Concert Alliantie tot stand zal brengen. Ten eerste zal, zoals hierboven in overweging 248 is uiteengezet, de fusie slechts een minimaal effect op de markt en het gecombineerde marktaandeel van de onderneming hebben. Ten tweede, zoals ook al eerder is vermeld, zijn de partijen niet van mening dat de Concert Alliantie als een onderneming met een gezamenlijk marktaandeel kan worden beschouwd. Ten derde stelden de partijen dat er geen economische basis is voor het begrip gezamenlijke machtspositie op de na de fusie ontstane markt voor mondiale telecommunicatiediensten. De partijen zetten uiteen dat met name op biedmarkten leveranciers prijsdiscriminatie kunnen toepassen op klanten. Daarnaast kunnen firma's met een klein marktaandeel zoals bijvoorbeeld Equant en Cable & Wireless het gedrag van bedrijven met een groter marktaandeel wel degelijk intomen. Ten slotte is er geen rechtsgrond om te concluderen dat een gezamenlijke machtspositie in het leven zou worden geroepen.

(296) Met betrekking tot de rechtsgrond voor een analyse van een gezamenlijke machtspositie citeren de partijen onder andere het arrest Kali und Salz en zij stellen dat als de Commissie concludeert dat er sprake is van een gezamenlijke machtspositie, er aan de vraagzijde sprake moet zijn van een matige groei, een niet-elastische vraag en onvoldoende compenserende macht van de afnemers. Aan aanbodzijde moet er een hoge concentratiegraad zijn met een hoge mate van transparantie van de markt voor een homogeen product, een ver ontwikkelde productietechnologie, hoge markttoetredingsdrempels en leveranciers met financiële banden en contacten met veel markten. De partijen beweerden dat de mededeling van punten van bezwaar zich alleen richtte op het bestaan van homogeniteit, hoge toetredingsdrempels, markttransparantie, niet-elastische vraag en stagnerende groei, ver ontwikkelde productietechnologie en vergelding, maar dat zij niet in staat was dit te bewijzen. Volgens de partijen wordt in de mededeling daarnaast een belangrijke factor over het hoofd gezien, namelijk de in Gencor/Lonrho geïdentificeerde compenserende afnemersmacht.

(297) De partijen beschuldigen de Commissie ervan een foute karakterisering van de aanbodzijde van de markt van mondiale telecommunicatiediensten te geven. Ten eerste stellen zij dat de Commissie geen accurate voorstelling geeft van het heterogene karakter van de aan de klanten verstrekte producten. Ten tweede beweren zij dat de kostenanalyse van de Commissie zichzelf tegenspreekt en dat de verschillende kostenmodellen van leveranciers uiteenlopen. De partijen betwisten de analyse van de Commissie over de homogeniteit van de markt van mondiale telecommunicatiediensten, aangezien zij van mening zijn dat geen enkel pakket identiek is en ieder pakket wordt aangepast aan de behoefte van de klant.

(298) Wat betreft de hoge toetredingsdrempels beweren de partijen dat noch de merknaam, de bestaande klantenportefeuille, de biedkosten, de in eerdere aanbestedingen

opgedane ervaring, noch de faciliteitenbasis hoge drempels voor toetreding tot de markt van mondiale telecommunicatiediensten vormen.

(299) De partijen zetten uiteen dat de hoeveelheid informatie die de bieders tijdens het biedproces ter beschikking staat veel minder is dan de mededeling beweert.

(300) In hun antwoord beweerden de partijen dat de markt snel groeit, en dat, in tegenstelling tot wat de mededeling van punten van bezwaar beweert, de vraag gevoelig is voor de prijs. De partijen stelden dat de technologische veranderingen snel plaatsvinden en dat klanten erom zullen vragen als zij er zeker van zijn dat de nieuwe technologie aan hun behoeften voldoet. De partijen concludeerden dat iedere mogelijkheid voor vergelding zou betekenen dat de markt voor mondiale telecommunicatiediensten als een kartel opereerde.

(301) Ten slotte beweerden de partijen dat de mededeling geen melding maakt van de compenserende macht van de afnemers van mondiale telecommunicatiediensten, terwijl hier wel sprake van is in verband met de grootte van de bedrijven, hun kennis van zaken en uitwisseling van informatie en de lengte van de contracten. De partijen gaven aan dat de afnemers goed geïnformeerd zijn en over compenserende macht beschikken. Zij wezen met name op de aanwezigheid van adviseurs die namens de afnemers optreden en de neiging van ondernemingen om gebruik te maken van meer dan één leverancier met de mogelijkheid om tegen lagere kosten van de een naar de ander over te stappen dan bij een nieuw biedproces het geval zou zijn.

Conclusie

(302) De Commissie erkent dat zij niet in staat was het ontbreken van concurrentiedruk door feitelijke concurrenten zoals Equant of Cable & Wireless op de gefuseerde onderneming en de Concert Alliantie aan te tonen. Een belangrijk gevolg van de aanwezigheid van een dergelijke concurrentiedruk is dat de vraag tegenwicht kan bieden aan iedere vorm van parallel gedrag door de twee belangrijkste spelers. De afnemers zouden zelfs kunnen helpen bij het creëren van andere belangrijke spelers door contracten met de bestaande kleinere concurrenten af te sluiten. Een van de voornaamste factoren die moet worden onderzocht om de totstandkoming van een gezamenlijke machtspositie te bewijzen, namelijk het ontbreken van de mogelijkheid voor de vraag om tegenwicht te bieden tegen de positie van de mogelijke oligopolisten, kon dan ook niet worden aangetoond. Ongeacht het belang van de andere argumenten die de partijen in hun antwoord naar voren brachten, besloot de Commissie haar bezwaar met betrekking tot de markt voor het verstrekken van mondiale telecommunicatiediensten niet verder voort te zetten.

C. *INTERNATIONALE SPRAAKTELEFONIE*

(303) Wat de markt voor internationale spraaktelefonie betreft, heeft de Commissie een aantal kritische opmerkingen ontvangen van in de VS en Europa gevestigde bedrijven dat de fusie een machtspositie in het leven zou roepen op de markt voor internationale spraaktelefonie als gevolg van de belangrijke positie die de partijen samen met AT & T innemen op de markt op detailhandelsniveau of de langeafstandsmarkt op groothandelsniveau in de VS.

(304) Bij het beoordelen van de door derden aan de orde gestelde concurrentiekwesties kwam de Commissie tot de conclusie dat als er enige kans bestond op het ontstaan of versterken van een machtspositie op de markt voor internationale spraaktelefonie in de zin van artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening, dit het gevolg zou zijn van een machtspositie op de binnenlandse detailhandelsmarkt en/of de langeafstandsmarkt op groothandelsniveau in de VS. Het is echter onzeker dat er een machtspositie kan tot stand worden gebracht of worden versterkt als gevolg van een machtspositie op een andere markt. Om deze reden kan niet worden gesteld dat de fusie tussen de partijen op de langeafstandsmarkten in de VS onmiddellijke, grote en afzienbare effecten op de Europese Gemeenschap zal hebben.

(305) Een Europees telecommunicatiebedrijf („carrier") heeft de keus uit twee manieren om telefoongesprekken tussen Europa en de VS te transporteren.

— Bij de eerste manier spreekt de Europese „carrier" die het telefoongesprek transporteert met een „carrier" in de VS af dat men het verkeer overdraagt op een denkbeeldig punt in het midden van de Atlantische Oceaan (half-circuit). Hierover vinden zakelijke onderhandelingen plaats en over het algemeen is er slechts sprake van financiële verrekening als één partij meer minuten verstuurt dan de andere partij. Een voorwaarde sine qua non voor een dergelijke transactie is dat wordt aangenomen dat iedere „carrier" minstens evenveel minuten naar de ander zal brengen.

— Bij de tweede manier is de Europese „carrier" eigenaar van een compleet transatlantisch circuit en sluit hij een contract af met een Amerikaanse „carrier" om de telefoongesprekken op Amerikaans grondgebied te transporteren en op hun bestemming te brengen.

(306) In beide gevallen zal het telefoongesprek dezelfde route volgen als het in de VS belandt. Het wordt eerst door een exploitant van langeafstandsverbindingen overgebracht naar een lokale of regionale centrale waarna het gesprek uiteindelijk door een lokaal telefoonbedrijf op zijn bestemming wordt gebracht. Eindgebruikers kopen normaal gesproken de telefoondiensten die via het lokale net lopen van lokale centrales en diensten voor langeafstandsverbindingen (waaronder internationale) van exploitanten van langeafstandsverbindingen.

(307) AT & T, MCI WorldCom en Sprint zijn de duidelijke leiders aan de detailhandelkant van de markt van langeafstandsverbindingen. De oorzaak hiervan lijkt voornamelijk te liggen in hun grote naamsbekendheid onder eindgebruikers. Deze drie bedrijven zijn ook de enige exploitanten met een netwerk dat het hele Amerikaanse grondgebied bestrijkt. Een aantal andere bedrijven hebben netwerken die een groot deel van de VS bestrijken terwijl enkele andere slechts het langeafstandstransport doorverkopen. Deze verscheidenheid van exploitanten van langeafstandsverbindingen heeft geresulteerd in een langeafstandsmarkt op groothandelsniveau die over het algemeen als concurrerend wordt omschreven.

(308) Door de voorgestelde fusie tussen MCI WorldCom en Sprint daalt het aantal topspelers in de bedrijfstak van langeafstandsverbindingen in de VS van drie naar twee. Een aantal klagers zet uiteen dat de transactie hierdoor zou leiden tot een stijging van de prijzen van internationale telefoongesprekken tussen de Verenigde Staten van Amerika en Europa. Er zijn twee theorieën aan de Commissie voorgelegd.

(309) Volgens de eerste theorie zouden AT & T en MCI WorldCom/Sprint na de fusie hun unieke dekking van het Amerikaanse territorium op de langeafstandsmarkt als hefboom kunnen gebruiken om een collectieve machtspositie op de groothandelsmarkt van langeafstandsverbindingen te verwerven. Zij zouden hun voorwaarden kunnen opleggen aan Europese „carriers" die hun internationale telefoongesprekken met hen willen regelen of die de gesprekken die zij naar de VS transporteerden via hun langeafstandsverbindingen zouden willen laten overbrengen.

(310) Het lijkt echter onwaarschijnlijk dat de fusie dit vermeende effect zal bewerkstelligen. De partijen hebben aangetoond dat slechts in 12 lokale gebieden (de zogenaamde LATA's) het aantal langeafstandsspelers door de fusie tot twee zou worden teruggebracht. Deze gebieden (bijvoorbeeld delen van het middenwesten van de Verenigde Staten en Alaska) zijn dunbevolkt en vertegenwoordigen minder dan een procentpunt van het totale aantal interlokale telefoongesprekken in de VS. Bovendien hebben zelfs de klagers geaccepteerd dat het moeilijk zou zijn voor AT & T of MCI WorldCom/Sprint om hun aanbod van interlokale diensten naar deze afgelegen streken te bundelen met die naar de rest van het Amerikaanse grondgebied. Dit oordeel gaat er echter van uit dat de langeafstandsmarkt(en) op detailhandelsniveau concurrerend blijft/blijven. Als dat niet het geval zou zijn, zou het kunnen gebeuren dat de partijen hun machtspositie op de langeafstandsmarkt op detailhandelsniveau zouden misbruiken door hun concurrenten op groothandelsniveau uit de markt te drukken door het internaliseren van hun huidige aankopen op de groothandelmarkt en door ander gedrag.

(311) De tweede theorie richt zich op de markt van langeafstandstelefonie op detailhandelsniveau. De concentratie zou leiden tot het ontstaan van een dubbele machtspositie van AT & T en MCI WorldCom/Sprint op die markt. Dankzij deze positie zouden beide spelers het grootste deel van de internationale, met Europese „carriers" uit te wisselen telefonieminuten kunnen bemachtigen. Dit zou beide spelers een sterke onderhandelingspositie tegenover de Europese „carriers" opleveren en hen in staat stellen hun voorwaarden op te leggen tijdens onderhandelingen.

(312) Zolang de langeafstandsmarkt op groothandelsniveau echter concurrerend blijft, hebben de Europese „carriers" de keuze de gesprekken via hun eigen transatlantische circuit te laten lopen om ze vervolgens via de langeafstandsmarkt op groothandelsniveau direct over de lange afstand te laten overbrengen in plaats van over regelingen te onderhandelen.

(313) Hieruit volgt dat om te bepalen of de fusie de concurrentie op de internationale markten van spraaktelefonie zal belemmeren, de Commissie eerst moet vaststellen dat de nieuwe onderneming met AT & T een gezamenlijke machtspositie zou verwerven op de langeafstandsmarkt(en) op detailhandelsniveau en ten tweede dat AT & T, MCI WorldCom en Sprint in staat zouden zijn die machtspositie uit te breiden tot de langeafstandsmarkt op groothandelsniveau. Omdat er niet genoeg redenen zijn om aan te nemen dat een dergelijke uitbreiding in de nabije toekomst zal plaatsvinden heeft de Commissie in het kader van de concentratieverordening geen jurisdictie over dit aspect van de transactie.

(314) Aangenomen dat er sprake was van een machtspositie op de langeafstandsmarkt op detailhandelsniveau, lijkt het moeilijk te voorspellen dat dit zich automatisch zou vertalen in een machtspositie op de groothandelsmarkt. De vraag op de groothandelsmarkt komt niet alleen van detailhandelaren, maar ook van klanten zoals grote ondernemingen of toonaangevende buitenlandse exploitanten. Zelfs als de gefuseerde onderneming en AT & T beide zouden besluiten hun activiteiten verticaal te integreren en niet langer op de groothandelsmarkt te kopen, zouden de resterende vraag en aanbod elkaar nog steeds in evenwicht houden. De partijen zouden waarschijnlijk opzettelijk misbruik van hun machtspositie op de langeafstandsmarkt op detailhandelsniveau moeten maken om een machtspositie op de groothandelsmarkt te bewerkstelligen. Er kan dan ook niet geconcludeerd worden dat de machtspositie die de partijen op de langeafstandsmarkt op detailhandelsniveau hebben verworven onmiddellijke en te voorziene effecten op de internationale markt van spraaktelefonie zal hebben.

(315) Om deze redenen had de Commissie in het kader van de concentratieverordening geen jurisdictie om de effecten van de fusie op de langeafstandsmarkten in de VS te onderzoeken.

VI. **VERBINTENISSEN**

(316) Op 8 juni 2000 dienden de aanmeldende partijen bij de Commissie een verbintenis in met betrekking tot het afstoten van het Sprint Internetbedrijf. De tekst van deze verbintenis is bijgevoegd bij de [vertrouwelijke versie van de huidige beschikking]*. Op 27 juni 2000 trokken de partijen de ingediende verbintenis in.

A. *SAMENVATTING VAN DE VOORGESTELDE VERBINTENIS*

1. ACTIVITEITEN

(317) De partijen stelden voor de openbare internetactiviteiten van Sprint (hierna „Sprint Internet" genoemd) af te stoten. Hieronder vielen de volgende dienstlijnen.

Specifieke toegang tot het internet

(318) Ook bekend als SprintLink, biedt deze dienst snelle continue toegang tot het internet via het ruggengraatnetwerk van Sprint met snelheden variërend van 56 Kbps tot 2,5 Gbps (OC-48). De SprintLink-dienst is wereldwijd via 320 aanwezigheidspunten (POP's) in de VS en 6 POP's in Europa verkrijgbaar.

Telefonische toegang tot het internet

(319) Ook bekend als DialNet, biedt deze dienst 56 Kbps en via ISDN geschakelde telefonische toegang en daarmee verband houdende diensten aan ISP's en particuliere klanten die worden verbonden met de netwerken van Sprint via meer dan 450 POP's overal in de VS. De diensten van DialNet worden ook verkocht aan meer dan […]* zakelijke klanten en ondernemingen in de Verenigde Staten als „IP Dial", een dienst voor toegang op afstand, die ondernemingen in staat stelt hun mobiele werknemers overal ter wereld te voorzien van beveiligde telefonische toegang tot intranetten, extranetten en het internet.

„Internet Virtual Private Network"

(320) De „internet Virtual Private Network" (IVPN)-dienst van Sprint Internet is een geavanceerde netwerkprotocoldienst die bedrijven in staat stelt continue, snelle en veilige verbindingen tot stand te brengen met geografisch verspreide werknemers, klanten, partners en leveranciers via de netwerken van Sprint via specifieke of telefonische toegang tot het internet.

„Web Hosting"

(321) Deze diensten stellen bedrijven in staat hun internetinhoud en -toepassingen te beheren op een gezamenlijke infrastructuur die door Sprint Internet wordt beheerd op haar netwerkknooppunten en datacentra.

Beveiligingsdiensten

(322) Dergelijke diensten zijn bedoeld om het internetverkeer en de interne netwerken van klanten te beschermen tegen ongeautoriseerde toegang. Zo biedt Sprint Internet volledig geïntegreerde „managed firewall"-diensten en diensten voor authenticatie van gebruikers, zoals SecureID- en ACE/Server-software, met een pakket beheerde IP-beveiligingsoplossingen.

2. ACTIVA

(323) Tot de voorgestelde verbintenis behoren alle VS en internationale routers, servers, modems, ports, domeinnaam- en authenticatieservers voor internettoegang, „web hosting-servers", servers voor telefonische netwerktoegang en andere apparatuur die volgens de partijen nodig is voor de exploitatie van Sprint Internet.

(324) Waar nodig hebben de partijen aangeboden om gezamenlijke systemen, infrastructuur en personeel ter beschikking te stellen aan de koper van de afgestoten onderneming. […]*.

(325) […]*.

(326) De partijen stellen voor om, als de koper dat verkiest, een of meer ondersteunende netwerkspecifieke overeenkomsten af te sluiten om, volgens de partijen, volledige uitvoering te geven aan de voorgestelde afstoting. […]*.

(327) Het gaat hier om de volgende overeenkomsten:

— Overeenkomst inzake netwerkfaciliteiten […]*.

— Overeenkomst inzake netwerktransport […]*.

— Overeenkomst inzake lokale toegang […]*.

3. PERSONEEL

(328) Volgens de partijen heeft Sprint Internet ongeveer […]* gespecialiseerde werknemers, waaronder […]* bedrijfs- en technische deskundigen en meer dan […]* verkoop- en verkoopondersteunend personeel, verspreid over de VS en Europa. De partijen zetten uiteen dat deze deskundigen ervaring hebben in het ontwikkelen, ontwerpen, op de markt brengen, verkopen, leveren, integreren, beheren en onderhouden van internetnetwerkinfrastructuur en -diensten, die nodig zijn voor het exploiteren van Sprint Internet.

(329) Wat betreft het verkooppersoneel beweren de partijen dat Sprint Internet momenteel van diverse verkoop- en verkoopondersteunende kanalen gebruik maakt om aan de vraag te beantwoorden. Tot deze kanalen behoren een […]*.

(330) In december 1999 riep Sprint een […]* in het leven. Volgens de partijen worden deze diensten vaak gekocht door werknemers op directieniveau en hebben ze een belangrijk effect op de wijze waarop een onderneming zich van de concurrentie onderscheidt. […]*.

(331) Ten slotte zetten de partijen ook uiteen dat in 1999, […]*.

(332) De fuserende partijen hebben zich verbonden voor een overeengekomen periode na de verkoop geen werknemers in dienst te nemen die van Sprint naar de koper zijn overgegaan zonder daarvoor eerst toestemming aan de koper te hebben gevraagd. Daarnaast zullen noch WorldCom/Sprint noch de koper voor een overeengekomen periode na de verkoop van Sprint Internet geen werknemers die zich met bepaalde internetactiviteiten bezighouden van de ander weglokken zonder diens toestemming.

4. KLANTEN

(333) De partijen zijn voornemens het hele internetklantenbestand van Sprint over te dragen, met inbegrip van ISP's, kleine klanten met zakelijke internettoegang, grote commerciële klanten, overheidsklanten en providers van „web hosting".

(334) Klanteninformatie zoals klantenlijsten en bestaande historische gegevens met betrekking tot de verstrekking van internetdiensten aan dat klantenbestand en alle bestaande geassocieerde contracten voor de klanten van Sprint Internet op groot- en kleinhandelsniveau zouden aan de koper worden overgedragen.

(335) Voor sommige contracten is voor de overdracht toestemming van de klant nodig. Voor deze contracten zou Sprint een redelijke poging doen de nodige toestemming te verkrijgen en zou daarnaast waar nodig een extra stimulans hiertoe aanbieden. Voor contracten waarvoor geen benodigde toestemming zou worden verkregen, verbindt MCI WorldCom/Sprint zich ertoe het verkeer op het afgestoten netwerk te houden en de daarmee verband houdende inkomsten aan de koper over te dragen.

(336) De aanmeldende partijen verbinden zich ertoe geen enkele bestaande klant van Sprint Internet weg te lokken die op het moment van de verkoop niet ook een bestaande klant van de internetdienst van MCI WorldCom is, met het doel die klant de dienst voor toegang tot het internet te verstrekken die hij van het Sprint Internet koopt. […]*. Er is geen specifiek wervingsverbod voor andere internetdiensten dan het verstrekken van toegang op maat.

(337) Daarnaast verbinden de partijen zich ertoe geen stappen te zullen ondernemen die voor de verkoop leiden tot de overdracht van bedrijfsactiviteiten voor internetdiensten van Sprint naar MCI WorldCom of voor dergelijke activiteiten meer dan normaal met „multi-homing" te werken op de MCI WorldCom-netwerken, met andere woorden dat zij transit van meer dan één aanbieder kopen

5. HET OPZETTEN VAN EEN AUTONOME ONDERNEMING

(338) […]*.

B. *BEOORDELING*

(339) Gezien de sterke groei van het internet en het belang dat klanten aan de kwaliteit van de diensten hechten, moet elk bedrijf dat men van plan is af te stoten in een positie zijn om vanaf de datum van overdracht van eigenaarschap volledig en daadwerkelijk te kunnen concurreren. Elke moeilijkheid waarmee de afgestoten onderneming wordt geconfronteerd zou tot een beperking van de groei en daarmee al snel tot een relatieve verlaging van het marktaandeel leiden. Een combinatie van de hieronder uiteengezette onzekerheden maakt het hoogst onwaarschijnlijk dat de afgestoten onderneming op korte of middellange termijn enige concurrentiedruk op de partijen kan uitoefenen. Daarnaast werpt de tekst van de verbintenissen talloze vragen op die de onzekerheden wat betreft de doeltreffendheid van deze voorgestelde oplossing alleen nog maar groter maken.

(340) De voorgestelde verbintenissen roepen om ten minste zes redenen twijfels op: i) de reikwijdte van de afgestoten diensten is te nauw; ii) de afgestoten onderneming zou niet sterk genoeg zijn om de klanten te behouden; iii) er bestaan veel onzekerheden omtrent de ervaring en de vakkennis van het personeel dat zal worden overgedragen; iv) de afgestoten onderneming zal van MCI WorldCom/Sprint afhankelijk blijven voor de voortgang van de exploitatie en elke poging om zelfstandig te worden zou kostbaar en tijdrovend zijn; v) het zou moeilijk zijn om toezicht te houden; en vi) er bestaat onzekerheid over sommige over te dragen activa.

1. REIKWIJDTE VAN DE AF TE STOTEN DIENSTEN IS TE NAUW

(341) De voorgestelde verbintenissen hebben betrekking op de verkoop van de activiteiten die in verband staan met de verkoop van de internetdiensten met „toegang op maat", de verkoop van internetdiensten met telefonische toegang, de verkoop van „web-hosting"-diensten, de verkoop van „firewall"-diensten en de verkoop van „internet Virtual Private Network"-diensten. Alle diensten die de partijen van plan zijn af te stoten lopen over het openbare internet. Er zijn echter andere diensten die gebruik maken van het internetprotocol (de zogenaamde IP-diensten) die de partijen niet van plan zijn af te stoten. De partijen beweren dat alleen de IP-diensten die via het openbare internet lopen moeten worden afgestoten.

(342) Het internetprotocol (IP) dat wordt gebruikt om de gegenereerde gegevens over te brengen wordt echter ook gebruikt om gegevens over te brengen voor „internet Virtual Private Network"-diensten (intranetten, extranetten, „Voice over"-IP, enz.) alsmede andere geavanceerde diensten. Over het algemeen maken dergelijke diensten geen gebruik van het openbare internet, maar soms worden ze gedeeltelijk via het openbare internet overgebracht.

(343) Bovendien wordt bij het verstrekken van zowel openbare internetdiensten als andere via IP overgebrachte diensten gebruik gemaakt van een deel of alle onderliggende netwerkfaciliteiten (transmissiefaciliteiten alsmede routers, schakelaars en modems die met de onderliggende transmissiefaciliteiten zijn verbonden). Deze onderliggende internetnetwerkinfrastructuur wordt ook gebruikt voor de telecommunicatiebehoeften van Sprint (spraak en gegevens).

(344) Tijdens het onderzoek van de Commissie hebben derden uiteengezet dat intranetten en extranetten en andere via IP overgebrachte geavanceerde diensten in het af te stoten pakket dienen te worden opgenomen om te garanderen dat de afgestoten onderneming een volledig concurrerende kracht zou zijn. Ten eerste beweerden zij dat wordt verwacht dat deze diensten het grootste groeigebied van aan internet gerelateerde diensten zullen vormen (een groeipercentage van meer dan 200 % tussen 1999-2000). Ten tweede kopen klanten dergelijke diensten meestal van dezelfde provider die de toegang tot het internet verstrekt. En Ten slotte kopen klanten ook dienstenpakketten met hierin zowel internetdiensten als andere diensten zoals ATM en particuliere lijndiensten. Aangezien de marktmacht van een provider van „top-level"-internetconnectiviteit zowel betrekking heeft op netwerk als klantenbestand, zou deze bij een afstoting allesomvattend moeten zijn.

(345) Bij de verklaringen die Sprint tijdens de WorldCom/MCI-procedure in 1998 aan de Commissie gaf, nam Sprint inderdaad dit standpunt in. […]* ([73])

(346) Met betrekking tot WorldCom/MCI stelde de Commissie dat het om drie redenen niet nodig was om de geavanceerde IP-diensten bij de afstoting te betrekken. Ten eerste merkte de Commissie op dat sommige op IP gebaseerde VPN's op andere onderliggende protocollen zoals X25, „Frame Relay" of ATM kunnen zijn gebaseerd en dat de internetcomponent van het VPN heel klein zou kunnen zijn. Ten tweede zette de Commissie uiteen dat het verstrekken van intranet- of extranetdiensten over het algemeen minder complex en in principe gemakkelijker was dan het exploiteren van een openbaar internetnetwerk, waardoor er niet de speciale vaardigheden nodig zijn die voor het internet in het algemeen vereist waren. Ten derde betwijfelde de Commissie of het aanbieden van diensten zoals intranet of extranet een ingang kan bieden voor het aanbieden van internetdiensten.

(347) Uit het marktonderzoek dat de Commissie in de huidige zaak heeft verricht, bleek dat deze conclusies niet meer van toepassing zijn. De trend in de industrie is het gebruik van het internetprotocol te optimaliseren door het op elkaar plaatsen van lagen protocollen op de onderliggende faciliteiten zoveel mogelijk te beperken. Dit wordt geïllustreerd door de technologische keuzes van Sprint en derden. Ongeacht het onderliggende transportprotocol (IP, „Frame Relay" of ATM) zijn de toepassingen en diensten op IP gebaseerd. […]* ([74]). Wat betreft de complexiteit van het verstrekken van geavanceerde, op IP gebaseerde diensten bleek uit de verklaringen van de partijen zelf en uit de gegevens van derden dat dergelijke diensten over het algemeen op maat worden gemaakt al naar gelang de behoeften van de klant en dat ze per definitie complex zijn. Ten slotte dient wat betreft het verband tussen het aanbod van openbare internetdiensten en op IP gebaseerde geavanceerde diensten te worden opgemerkt dat alle leidende providers van toegang tot het internet beide categorieën van diensten aanbieden. Volgens zowel derden als Sprint kopen afnemers steeds meer een pakket van diensten en producten en end-to-end-oplossingen.

([73]) […]*.
([74]) […]*.

2. DE AFGESTOTEN ONDERNEMING ZOU NIET STERK GENOEG ZIJN OM HAAR KLANTEN TE BEHOUDEN

(348) […]*.

Klanten voor internet en telecommunicatiediensten

(349) […]*. Derden hebben uiteengezet dat het combineren van de verbindingen met een klantenlocatie, bundeling van internet en telecommunicatiediensten schaalvoordelen biedt.

(350) Volgens de op de door Sprint verstrekte cijfers gebaseerde berekeningen van de Commissie is ongeveer […]* % van de internetopbrengsten van Sprint over het jaar 1999 afkomstig van klanten die alleen internetdiensten van Sprint kopen. De gefuseerde onderneming zal dan ook met […]* % (in termen van opbrengst) van de klanten in contact blijven. Als deze contracten ten einde lopen […]*, bestaat de kans dat deze klanten terugkeren naar de gefuseerde onderneming. De partijen hebben getracht deze kwestie aan te pakken door een wervingsverbod in de voorgestelde verbintenis voor te stellen. In overweging 358 e.v. wordt dit voorstel beoordeeld.

(351) Op dezelfde manier, met uitzondering van het contract van Sprint met […]*, werd […]* % van de internetomzet van Sprint gegenereerd door klanten ([…]* % in klantenaantallen) die minstens zoveel aan internetdiensten uitgeven als aan andere van Sprint gekochte telecommunicatiediensten.

(352) Dit betekent dat MCI WorldCom/Sprint ook na de voorgestelde afstoting de kennis over de behoeften van de klanten, de technische specifieke kenmerken, enz. zou behouden. Bij dit behoud van de kennis over klanten komen nog twee andere factoren.

(353) Ten eerste […]*.

(354) Ten tweede zal MCI WorldCom/Sprint in ieder geval contactpersonen nodig hebben om te voldoen aan de overgebleven telecommunicatiebehoeften van de meeste internetklanten […]*. Aangezien de voorgestelde afstoting gestructureerd is, lijkt het erop dat een aanzienlijk aantal relatiebeheerders of ander personeel met kennis over de klant niet zal worden overgeplaatst. Dit geldt zeker voor de klanten die meer aan telecommunicatiediensten dan aan internetdiensten uitgeven ([…]*). Sprint zou daarom kennis over de internetbehoeften van klanten behouden en relaties met de meeste van de afgestoten zakelijke klanten blijven onderhouden.

MCI WorldCom- en Sprint-klanten die met „multi-homing" werken

(355) […]*. Op basis van de door de partijen verstrekte informatie die ze als onvolledig omschrijven, lijkt het dat […]* % van de […]* aan internet gerelateerde opbrengsten van Sprint over 1999 wordt gegenereerd door klanten die ook internetdiensten van MCI WorldCom kopen. […]*.

(356) Het gevolg […]* van „multi-homing" bij Sprint Internet en MCI WorldCom is dat naast de algemene kennis over de klant waarover Sprint beschikt met betrekking tot de andere telecommunicatiediensten, de gefuseerde onderneming aan veel afgestoten klanten internetdiensten zou blijven verstrekken. De partijen hebben verklaard dat het voor een afnemer heel eenvoudig is een andere bestaande provider van internetdiensten te kiezen. Iedere waargenomen beperking in het vermogen van de afgestoten onderneming om diensten van topkwaliteit te verstrekken zou waarschijnlijk door de klanten worden afgestraft en ertoe kunnen leiden dat zij zich tot MCI WorldCom/Sprint zouden wenden. Aangezien de gefuseerde onderneming via de bestaande commerciële relatie kennis zal kunnen nemen van de nieuwe behoeften van de „multi-homed" klanten, zou het voor de gefuseerde onderneming eenvoudiger zijn concurrentievoordeel ten opzichte van de afgestoten onderneming te behalen.

Earthlink

(357) Na AOL is Earthlink een van de grootste aanbieders in de VS van telefonische toegang tot het internet op detailhandelsniveau. Sprint heeft een langdurige relatie met Earthlink in de vorm van rechten over […]* % van het aandelenkapitaal van Earthlink en uitgebreide leverantieovereenkomsten op het gebied van internet. Earthlink vertegenwoordigde […]* % van de totale internetopbrengsten van Sprint in 1999. De voorgestelde verbintenis zou tot overdracht van de internetcontracten leiden, maar geen betrekking hebben op het aandeel dat Sprint in het kapitaal van Earthlink heeft. Als de grootste aandeelhouder in Earthlink zal Sprint grote invloed hebben op het vernieuwen van het overgedragen contract. Dit zou het langdurige karakter van de relatie van Earthlink met de afgestoten onderneming in gevaar kunnen brengen.

Ontbreken van bescherming van het afgestoten bedrijf

(358) Er zou kunnen worden beweerd dat de partijen een niet-concurrentiebeding zouden kunnen voorstellen om de afgestoten onderneming ertegen te beschermen dat de klanten terugkeren naar MCI WorldCom/Sprint. De partijen hebben een dergelijk volledig niet-concurrentiebeding niet opgenomen in hun voorgestelde verbintenis, maar slechts een beperkte verbintenis om geen internetklanten van Sprint te werven.

(359) […]*.

(360) Er dient te worden opgemerkt dat Sprint de aandacht van de Commissie op dit potentiële probleem in de WorldCom/MCI-procedure had gevestigd […]* ([75]). […]* ([76]).

(361) Een extra probleem dat kan ontstaan heeft te maken met klanten die contracten ondertekenden waarbij hun goedkeuring is vereist in geval van overdracht naar een andere rechtspersoon dan Sprint. Volgens de partijen en op basis van een beperkt aantal willekeurige contracten, is dit een […]* deel van de internetopbrengsten van Sprint. […]*.

(362) Het lijkt er dan ook op dat het internetklantenbestand van de afgestoten onderneming waarschijnlijk aanzienlijk zal inkrimpen als de voorgestelde afstoting zou worden geaccepteerd. Hierdoor zou haar concurrentiepositie op de markt aanzienlijk kleiner worden.

3. ER BESTAAN VEEL ONZEKERHEDEN OMTRENT DE ERVARING EN DE VAKKENNIS VAN HET PERSONEEL DAT ZAL WORDEN OVERGEDRAGEN

(363) Volgens Sprint houdt […]* van het personeel dat wordt toegewezen aan het toekomstige internetbedrijf zich al bezig met internetactiviteiten. De overige […]* houden zich er slechts gedeeltelijk mee bezig.

(364) Er bestaan twijfels omtrent de ervaring van de meeste van de aangewezen personeelsleden (tot dusver zijn alleen de waarschijnlijk aangewezen personeelsleden geïdentificeerd). Zo hebben veel van de geselecteerde personen […]* ervaring op het gebied van internet. Dit is waarschijnlijk dankzij de […]* teams die zich bezighouden met de verkoop van internetproducten.

(365) De twijfels zijn nog groter wat betreft het personeel dat zich slechts gedeeltelijk bezighoudt met internetdiensten. Dit personeel moet nog worden geïdentificeerd. De volgende tabel geeft aan hoeveel personeelsleden van elk Sprint Internetonderdeel zich al bezighouden met internet of hoeveel personeel gedeeltelijk is betrokken bij internetactiviteiten. De tabel laat het aantal personeelsleden per bedrijfsonderdeel zien dat in de plaats zal komen van personeelsleden die zich slechts een deel van hun tijd met internetkwesties bezighouden. Naast de exploitatie- en technische onderdelen zal […]* van het personeel in alle andere bedrijfsonderdelen bestaan uit personeel dat zich voorheen niet volledig met internetactiviteiten bezighield.

	Toegewezen	FTE		Totaal	% FTE
			[...]*	[...]*	[...]*
[...]*			[...]*	[...]*	[...]*

([75]) […]*.
([76]) […]*.

	Toegewezen	FTE		Totaal	% FTE
[...]*			[...]*	[...]*	[...]*
[...]*			[...]*	[...]*	[...]*
[...]*			[...]*	[...]*	[...]*
[...]*			[...]*	[...]*	[...]*
[...]*			[...]*	[...]*	[...]*
[...]*			[...]*	[...]*	[...]*
[...]*			[...]*	[...]*	[...]*
			[...]*	[...]*	[...]*
Totaal			[...]*	[...]*	[...]*

N.B.: FTE betekent Full-Time Equivalent, een denkbeeldig cijfer dat staat voor het aantal mensen dat voltijds zou moeten werken om het personeel te vervangen dat slechts een deel van hun tijd met internetactiviteiten bezig was.

(366) Het is algemeen bekend dat iedere afstoting te maken krijgt met culturele aanpassingsproblemen. Gezien de formeel geïntegreerde structuur van Sprint Internet is het waarschijnlijk dat dergelijke problemen zich twee keer zullen voordoen; de eerste keer bij het selecteren van de personeelsleden die aan Sprint Internet worden toegewezen en vervolgens nog een keer op het moment dat de afgestoten onderneming in de organisatie van de koper wordt geïntegreerd. Aangezien elk bedrijfsonderdeel van essentieel belang is voor het goed functioneren van de voor afstoting voorgestelde onderneming, worden de onzekerheden vermenigvuldigd doordat ieder onderdeel afhankelijk is van „FTE"-personeel.

(367) Als men het aantal personeelsleden van de voorgestelde afstoting vergelijkt met concurrenten, lijkt het […]* getal dat door de partijen is ingediend aanzienlijk lager. AT & T, GTE-Genuity, Cable & Wireless en uiteraard UUNet gaven zelfs getallen aan van om en nabij of meer dan 2 000 personeelsleden. Hierdoor kunnen vraagtekens gezet worden bij het voorgestelde aantal over te plaatsen personeelsleden. Het verschil zou door weglatingen kunnen worden verklaard. Zo lijkt er geen […]* personeel bij inbegrepen te zijn. Het verschil zou ook kunnen worden verklaard door het feit dat, aangezien de afgestoten onderneming onder andere niet op faciliteitenbasis zal opereren, zij voor de voortgang van haar activiteiten in grote mate van MCI WorldCom/Sprint afhankelijk zal blijven. […]* ([77]). Dit laatste aspect wordt in de volgende overwegingen behandeld.

(368) In de beschikking betreffende WorldCom/MCI stelde de Commissie dat het aantal werknemers voor een groot deel zou afhangen van de identiteit van de koper en de mate van betrokkenheid in dezelfde soort internetactiviteiten als MCI. Om die reden had de verbintenis het aantal over te plaatsen werknemers opengelaten als punt van onderhandeling tussen de verkoper en de koper.

(369) Zoals uit de verklaringen van Cable & Wireless aan FCC naar voren kwam, stuitte de aankoop van Internet MCI op een aantal problemen, waaruit blijkt dat het voor een potentiële koper in geval van een gedwongen afstoting niet eenvoudig is het aantal personeelsleden te beoordelen en te kunnen bepalen welke mensen nodig zijn om van het afgestoten bedrijf een daadwerkelijke en directe concurrent te maken. Dit is met name het geval bij het afstoten van een geïntegreerd bedrijf waar de informatie niet direct voorhanden is. Een en ander wordt bevestigd door het door de Federale Handelscommissie („FTC") verrichte onderzoek naar remedies ([78]). De Commissie kan dan ook niet vertrouwen op onderhandelingen tussen de aanmeldende partijen en een derde partij om het geschikte aantal over te plaatsen personeelsleden te bepalen.

4. DE AFGESTOTEN ONDERNEMING ZAL VAN MCI WORLDCOM/SPRINT AFHANKELIJK BLIJVEN VOOR DE VOORTGANG VAN DE EXPLOITATIE EN ELKE POGING OM ZELFSTANDIG TE WORDEN ZOU KOSTBAAR EN TIJDROVEND ZIJN

(370) De internetactiviteiten van Sprint […]* binnen Sprint, veel van de ondersteunende diensten […]* door Sprint verstrekt. […]*.

(371) De klanten van Sprint Internet met specifieke toegang zijn met het netwerk van Sprint verbonden via een particuliere lijn naar de lokale centrale die op zijn beurt is verbonden met een van de meer dan 320 aanwezigheidspunten (POP's) van Sprint. Deze POP's zijn […]*. Van de POP wordt de klant via een kabelverbinding („backhaul") verbonden met een ruggengraatknooppunt (waaronder routers en schakelaars). Een „backhaul"-lijn hoort niet bij het ruggengraatnetwerk. Dezelfde architectuur wordt toegepast bij diensten met telefonische toegang.

(372) Het is belangrijk om op te merken dat alle bovenstaande activa (POP's, „backhaul"-lijnen en ruggengraatnetwerk) voor meerdere doelen bruikbaar zijn. Dit heeft twee gevolgen. Ten eerste betaalt Sprint Internet slechts een interne overdrachtsprijs voor het gebruik van deze faciliteiten in plaats van afhankelijk te zijn van marktprijzen die normaal gesproken aanzienlijk hoger zijn. Zoals in overweging 140 is uiteengezet, heeft John Sidgmore, vice-voorzitter van MCI WorldCom, daarnaast kort geleden verklaard dat er een tekort is aan beschikbare capaciteit op de markt. Dit wordt bevestigd door verklaringen van derden. Ten tweede is het ruggengraatnetwerk opgezet om zoveel mogelijk toepassingsvoordelen te behalen uit de bestaande telecommunicatiefaciliteiten van Sprint.

([77]) […]*.

([78]) Federale Handelscommissie, Een onderzoek naar het afstotingsproces van de Commissie (1999), www.ftc.go v/os/1999/9908/index.htm#6.

(373) Dezelfde bedrijfskeuzes zijn toegepast op de operationele ondersteunende diensten […]*.

(374) De partijen bieden aan om overeenkomsten voor ondersteunende diensten te sluiten met elke koper om de voortgang van deze gedeelde diensten te garanderen tijdens de overgangsperiode die de koper nodig heeft voor het opzetten van of het migreren naar zijn eigen systemen of processen.

(375) De voorgestelde verbintenissen voorzien in ondersteunende overeenkomsten voor de volgende diensten: plaatsing van internetapparatuur in het bedrijfspand van Sprint ([…]*), netwerktransportcapaciteit ([…]*), lokale toegangsovereenkomsten (geen tijd- of prijsbepaling op commerciële voorwaarden), andere operationele diensten (klantendienstrapport, orderinschrijving, factureringdiensten, netwerkbeheer, netwerkvoorziening en andere diensten die normaal gesproken zijn vereist). […]*.

(376) Uit het onderzoek van de Commissie en de aankoop van Internet MCI door Cable & Wireless blijkt echter dat het bijzonder ingewikkeld kan zijn dergelijke overeenkomsten op te stellen en dat de uitvoering ervan en het toezicht erop moeilijk kunnen zijn. De koper zou bovendien in grote mate van de gefuseerde onderneming afhankelijk zijn voor de voortgang van vroegere internetactiviteiten van Sprint. Dit zal een negatieve uitwerking hebben op de kostenbasis en de kwaliteit van dienstverlening van de afgestoten onderneming.

(377) Zo dient er bijvoorbeeld te worden opgemerkt dat het internetgedeelte van GTE, tegenwoordig Genuity genaamd, net is afgescheiden van het moederbedrijf en op de markt is gebracht. Om Genuity in staat te stellen een ware concurrent te blijven, zal de nieuwe onderneming een eigen netwerk hebben en niet voor de onderliggende faciliteiten van een derde afhankelijk zijn.

Collocatie

(378) Derden hebben uiteengezet dat om volledig doeltreffend te zijn een collocatieovereenkomst de koper in staat moet stellen de vertrouwelijkheid van zijn bedrijfsacties te beschermen (veranderingen van apparatuur, vrije toegang, enz.), er genoeg ruimte moet zijn voor uitbreiding van de apparatuur in verband met toekomstige groei en elektromagnetische storing van kabels op schakelaars moet worden voorkomen.

(379) Om de afgestoten onderneming in staat te stellen doeltreffend en onafhankelijk van de gefuseerde onderneming door te gaan met het exploiteren van de afgestoten apparatuur beweerden derden dat er in een collocatieovereenkomst gedetailleerde bepalingen moeten worden opgenomen betreffende de ruimte die beschikbaar is gesteld om plaats te bieden aan de overgedragen activa. Personeel van de afgestoten onderneming moet bijvoorbeeld, onafhankelijk van de gefuseerde onderneming, toegang kunnen hebben tot de apparatuur en apparatuur kunnen inzetten en/of repareren. Het is niet zeker dat binnen alle aanwezigheidspunten (POP's) van Sprint een dergelijke ruimte gemakkelijk beschikbaar is.

(380) Daarnaast verklaarden derden dat de koper in staat zou moeten zijn om de faciliteiten binnen de POP's van Sprint uit te breiden (onder andere het recht om bestaande installaties binnen het bedrijfspand van Sprint te verbinden met nieuwe installaties in andere bedrijfspanden en het recht om kruisverbindingen te maken tussen faciliteiten). Het is niet duidelijk dat er ruimte en personeel beschikbaar zouden zijn voor een dergelijke uitbreiding.

(381) Daarnaast vestigden zij de aandacht van de Commissie op het feit dat er geen richtsnoeren zijn voor prijsstelling van dergelijke collocatiediensten en dat zij over het algemeen collocatieovereenkomsten met een concurrent vermijden.

(382) Voor iedere koper van Sprint Internet zou er voor een overgangsperiode vanaf de datum dat de overeenkomst wordt gesloten collocatie in het bedrijfspand van Sprint moeten plaatsvinden totdat klanten, apparatuur en netwerk volledig naar de eigen faciliteiten van de koper zijn gemigreerd. De meeste derde partijen […]* schatten dat dit een langdurig proces is dat twee tot vier jaar kan duren (zie verder hieronder). Dit houdt in dat de koper over een lange periode voor collocatie afhankelijk zal zijn van de gefuseerde onderneming. Tijdens die periode zou de gefuseerde onderneming kunnen profiteren van vertrouwelijke commerciële informatie betreffende de acties van de afgestoten onderneming, zij zou de groei van de afgestoten onderneming kunnen beperken door eenvoudigweg gebrek aan ruimte of door de beschikbare ruimte in de eerste plaats te gebruiken om aan de eigen groei tegemoet te komen en zij zou kosten kunnen opleggen die moeilijk te controleren zijn voor de koper.

(383) Daarnaast zou het iedere koper, gezien de omstandigheden van een gedwongen afstoting, aan de nodige informatie en tijd ontbreken om optimaal te onderhandelen over collocatieovereenkomsten en zou hij zijn genoodzaakt de door Sprint voorgestelde ontwerpovereenkomst te aanvaarden.

Netwerktransportovereenkomsten en lokale toegangsovereenkomsten

(384) Via dergelijke overeenkomsten zouden de onderliggende kabelfaciliteiten het bedrijfspand van de klant met een POP verbinden, de POP met het ruggengraatnet („backhaul") verbinden en de door het ruggengraatnet gebruikte kabels worden geleverd.

(385) Deze overeenkomsten roepen dezelfde vragen op als de collocatieovereenkomsten. Derden zetten uiteen dat het moeilijk is een prijs vast te stellen voor het verstrekken van dergelijke diensten. Ten eerste worden deze diensten momenteel intern binnen Sprint geleverd. De kosten van het verlenen van deze diensten profiteren van toepassingsvoordelen die voortvloeien uit het meervoudig gebruik van de netwerkfaciliteiten. Daardoor is de actuele kostprijs van gebruik aanzienlijk lager dan welke marktprijs dan ook. Ten tweede schijnen sommige van de onderliggende diensten niet tegen commerciële tarieven beschikbaar te zijn. Dit is met name het geval bij de kabels met de grootste capaciteit (zoals OC-48) die momenteel worden aangelegd in verband met het groeiend verkeer.

(386) Daarnaast zal de afgestoten onderneming van MCI WorldCom/Sprint afhankelijk zijn om tegemoet te komen aan de groeiende verkeersvraag (om meer capaciteit, verbindingen, enz.). De gefuseerde onderneming zou profiteren van vertrouwelijke commerciële informatie over de afgestoten onderneming waardoor zij in staat zou zijn de groei en netwerkkosten van de afgestoten onderneming te controleren.

(387) Ten slotte werd uiteengezet dat dergelijke overeenkomsten zeer complex van aard zijn. Het zou elke koper aan de nodige informatie en tijd ontbreken om optimaal over dergelijke overeenkomsten te kunnen onderhandelen en hij zou afhankelijk zijn van de door Sprint voorgestelde ontwerp-overeenkomsten.

Migratie

(388) Er kan worden gesteld dat de hierboven aangeduide manco's verbonden aan het afsluiten van collocatieovereenkomsten, netwerktransportovereenkomsten en lokale overeenkomsten met de grootste concurrent op de markt door een snelle overgang naar de faciliteiten van de koper kunnen worden vermeden.

(389) In de beschikking betreffende WorldCom/MCI nam de Commissie nota van de mening van derden dat de koper van Internet MCI afhankelijk zou zijn van de verkoper en dat dit geen oplossing op de lange termijn zou bieden. Er werd ook opgemerkt dat men over faciliteiten moet beschikken om een succesvolle provider van internetconnectiviteit te zijn. Een koper die permanent faciliteiten van een concurrent moet huren zou afhankelijk zijn van die concurrent. De Commissie concludeerde dat een acceptabele koper in een positie zou moeten zijn dat hij of zijn verkeer min of meer onmiddellijk kan migreren naar een bestaand alternatief netwerk of dat hij zelf binnen afzienbare tijd zijn eigen netwerk kan opbouwen om daar vervolgens naartoe te migreren. De Commissie trachtte daarom te beoordelen of afspraken voor collocatie en andere netwerkdiensten voldoende tijd boden voor migratie van het verkeer naar een nieuw netwerk. Op basis van de verklaringen van derden concludeerde zij dat een periode van twee jaar waarin preferentiële voorwaarden werden aangeboden voldoende zou zijn om de betreffende activiteiten naar het alternatieve netwerk over te brengen en om dat netwerk totaal onafhankelijk van MCI te laten opereren.

(390) Zowel derden en eerdere migraties door derden als de partijen zelf tonen echter aan dat migratie van een internetbedrijf een uiterst complexe aangelegenheid is waarmee tussen de twee en vier jaar gemoeid is.

(391) De constructie van een internetruggengraatnetwerk verloopt trapsgewijs. Ten eerste moet de exploitant van het ruggengraatnetwerk de architectuur van zijn netwerk definiëren. Ten tweede moet hij nieuwe aanwezigheidspunten (POP's) bouwen. Ten derde moet hij het overgangsnetwerk uitbouwen om de POP's te verbinden. Ten vierde moet hij operationele ondersteuningssystemen ontwikkelen of migreren. Hierna kan het proces van het migreren van de klanten beginnen.

(392) Het meest tijdrovende gedeelte van het hele proces is het migreren van de klanten. Het grootste probleem waar een provider van internetconnectiviteit mee te maken krijgt als hij van het ene naar het andere netwerk wil migreren, is hoe hij tijdens het migratieproces zijn klanten tevreden kan houden. Om die reden heeft men bij migraties in het verleden in plaats van een plotselinge vervanging van verbindingen voor een geleidelijke aanpak gekozen waarbij tijdens een overgangsperiode met dubbele verbindingen naar elke klant wordt gewerkt. Om de verbinding naar de klant te veranderen moet de leverancier nieuwe lokale centrales leveren en de hulp van de klant inroepen om nieuwe apparatuur te installeren of de verbindingen van de lijnen te veranderen.

(393) Dit is een arbeidsintensief proces. Zoals hierboven is uiteengezet, is het niet zeker dat de afgestoten onderneming genoeg personeel heeft voor de dagelijkse bedrijfsactiviteiten. Zelfs als de koper (op eigen kosten) een groot aantal extra personeel zou inhuren voor het migreren van klanten, zou het proces van het migreren van klanten een zeer langdurige aangelegenheid worden. In alle gevallen zou de tijd, de aandacht en de kosten die met de migratie gepaard gaan ten laste van de koper komen.

(394) Dit betekent dat de netwerkkosten van de afgestoten onderneming worden bepaald door onderhandeling met MCI WorldCom/Sprint totdat de koper na een periode van minstens twee jaar zijn netwerken naar andere faciliteiten heeft kunnen migreren.

Operationele ondersteunende diensten

(395) De meeste operationele ondersteunende diensten van Sprint Internet […]*. De partijen verklaren dat het eenvoudig zal zijn om de specifieke internettaken binnen hun systemen te isoleren. Zij verbinden zich er echter toe dergelijke diensten aan de afgestoten onderneming te verstrekken, maar niet om systemen aan de koper over te dragen.

(396) John Sidgmore, de vice-voorzitter van MCI WorldCom, benadrukte kort geleden het belang van dergelijke diensten: „het echte succes zal niet bepaald worden door transmissiesnelheden — het wordt bepaald door efficiënte exploitatie, internetmarketing en facturering." ([79])

(397) De afhankelijkheid van de afgestoten onderneming van de gefuseerde onderneming brengt een aantal risico's met zich mee. Ten eerste zou de gefuseerde onderneming kunnen profiteren van vertrouwelijke commerciële informatie die zij via de geïntegreerde systemen kan bemachtigen. Ten tweede zal de afgestoten onderneming slechts beperkt in staat zijn om de operationele ondersteunende diensten te innoveren omdat zij daarvoor overeenstemming moet bereiken met de voornaamste concurrent, MCI WorldCom/Sprint.

(398) Het opbouwen van nieuwe systemen is een langdurig en kostbaar proces en zal waarschijnlijk meer dan een jaar in beslag nemen. De partijen schatten zelf dat het een jaar zou duren voor de migratie van systemen zou zijn voltooid ([80]).

Conclusie

(399) Uit de bovenstaande ontwikkelingen lijkt het erop dat het ontbreken van faciliteiten en systemen bij de onderneming die de partijen voorstellen af te stoten grote risico's met zich meebrengt ten aanzien van efficiëntie en concurrentievermogen van de afgestoten onderneming die geruime tijd van haar voornaamste concurrent afhankelijk zou zijn.

(400) John Sidgmore, vice-voorzitter van MCI WorldCom, verklaarde kort geleden dat *„als je je eigen netwerk bezit, je de kosten* en *de kwaliteit beter beheerst en je zelf kunt beslissen wanneer je nieuwe producten en diensten introduceert."* ([81])

(401) Sprint zette in 1998 uiteen dat het Internet MCI-bedrijf op dezelfde wijze in MCI was geïntegreerd als de integratie van Sprint Internet. […]*.

5. TOEZICHT HOUDEN ZOU BUITENGEWOON MOEILIJK, ZO NIET ONMOGELIJK ZIJN

(402) Er kan worden gesteld dat er een vertrouwenspersoon zou kunnen worden benoemd om toezicht te houden op de juiste uitvoering van de collocatie-, netwerktransport-, lokale toegangs- en andere overeenkomsten inzake operationele ondersteunende diensten en erop toe te zien dat de gefuseerde onderneming de ontwikkeling en onafhankelijkheid van de afgestoten onderneming op geen enkele wijze kan belemmeren.

(403) Een dergelijke taak zou echter buitengewoon ingewikkeld zijn en het zou moeilijk zijn om toezicht te houden op de verbintenissen. Hiervoor zou veel personeel en vaardigheid zijn vereist en de vertrouwenspersoon zou grote bevoegdheid moeten hebben. Zelfs als aangenomen wordt dat een vertrouwenspersoon met dergelijke talenten zou kunnen worden gevonden, worden de onzekerheden omtrent de effectiviteit van de verwezenlijking van de corrigerende maatregel aanmerkelijk vergroot door de hoge mate van complexiteit van de taak.

6. ANDERE KWESTIES

(404) […]* Een verbintenis om de „peering" voort te zetten betekent bovendien niet automatisch dat de nodige uitbreiding van capaciteit op de relevante „peer"-punten zal plaatsvinden. Hierdoor nemen de onzekerheden betreffende de commerciële levensvatbaarheid van de voorgestelde afstoting toe.

(405) In de voorgestelde verbintenis zijn bepalingen opgenomen betreffende het gebruiksrecht van intellectuele eigendomsrechten en andere overdraagbare vergunningen en machtigingen die in handen van Sprint waren. Derden hebben verklaard dat intellectuele eigendomsrechten van het allergrootste belang zijn op een door innovatie gestuurde markt. Intellectuele eigendomsrechten maken het mogelijk te innoveren door bijvoorbeeld de reikwijdte van de onderliggende intellectuele eigendom verder uit te breiden. Hierdoor worden de twijfels of de afgestoten onderneming wel onmiddellijk in staat zal zijn een daadwerkelijke concurrent te zijn, alleen maar groter.

7. CONCLUSIE

(406) Samenvattend zou de voorgestelde verbintenis de economische grondslag van de afgestoten onderneming aanzienlijk hebben veranderd doordat de afgestoten onderneming wordt gescheiden van de bredere activiteiten van Sprint, zoals de onderliggende infrastructuur en de operationele ondersteunende diensten en door de onvermijdelijke arbitraire selectie van het personeel dat zal worden overgeplaatst.

(407) In paragraaf 180 van het jaarverslag van 1999 over het mededingingsbeleid van de Commissie wordt gesteld dat, indien een probleem op het vlak van concurrentie van dien aard is dat tot in bijzonderheden uitgewerkte, moeilijk in elkaar zittende verbintenissen noodzakelijk zijn om het probleem uit de weg te ruimen, de Commissie nauwkeurig moet overwegen of het aanvaarden van dergelijke gecompliceerde verbintenissen uit het oogpunt van de mededinging een werkelijk bevredigend resultaat zal opleveren dan wel of de operatie dient te worden verboden.

(408) De toekomstige groei van het bedrijf zal daarnaast worden ingetoomd door de noodzaak om van de gefuseerde onderneming afhankelijk te blijven voor het verstrekken van extra middelen tijdens een overgangsperiode van tussen de twee en vier jaar totdat de koper in staat zou zijn het afgestoten bedrijf naar zijn eigen

([79]) Thematoespraak tijdens de „Supercomm 2000"-conferentie die op 7 juni 2000 in Atlanta werd gehouden.
([80]) […]*.
([81]) […]*.

faciliteiten te migreren. Deze migratie die noodzakelijk is voor het concurrentievermogen van de afgestoten onderneming zal eveneens aanzienlijke migratiekosten met zich meebrengen die door de koper moeten worden gedragen.

(409) Om de bovenstaande redenen concludeert de Commissie dat de voorgestelde verbintenis niet geschikt zou zijn geweest om met voldoende zekerheid wat betreft de effecten ervan een onmiddellijke en daadwerkelijke concurrentiepositie op de betreffende markt voor het verstrekken van „top-level"-internetconnectiviteit te herstellen.

VII. **CONCLUSIE**

(410) In het licht van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de fusie van MCI WorldCom en Sprint zou leiden tot de totstandkoming van een machtspositie […]* of de versterking van een machtspositie […]* op de markt voor het verstrekken van „top-level"- of universele connectiviteit, waardoor de concurrentie op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk zou worden belemmerd in de zin van artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening. De op 8 juni 2000 door de partijen ingediende verbintenis zou geen oplossing hebben geboden [voor de bezorgdheid van de Commissie uit het oogpunt van de concurrentie]*. De Commissie is dan ook van oordeel dat de aangemelde concentratie onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-overeenkomst.

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De aangemelde concentratie die de fusie tussen MCI WorldCom en Sprint betreft, wordt onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-overeenkomst verklaard.

Artikel 2

Deze beschikking is gericht tot:

MCI WorldCom Inc.
1801 Pennsylvania Avenue
NW, Parkway
Washington, DC 20006
USA

Sprint Corporation
2330 Shawnee Mission
Westward
Kansas 66205
USA.

Gedaan te Brussel, 28 juni 2000.

Voor de Commissie
Mario MONTI
Lid van de Commissie

BIJLAGE

VERBINTENIS DIE DOOR DE PARTIJEN OP 8 JUNI 2000 IS INGEDIEND EN OP 27 JUNI 2000 IS INGETROKKEN

[…]*.