

Het college van OPTA
T.a.v. mw. M. van Druten
Postbus 90420
2509 LK Den Haag

Verzonden per email (info-MA@opta.nl)

Plaats/datum : Utrecht, 31 augustus 2005
Betreft : zienswijze Tiscali op OPTA ontwerpbesluiten Breedband en Vaste Telefoonie
(openbare versie)

Tiscali b.v.
Papendorpseweg 83
3528BJ Utrecht
P.O. Box 8071
3503 RB Utrecht
The Netherlands
Tel: +31 (0)30 248 35 00
Fax: +31 (0)30 248 35 30

Geachte College,

In uw brief van 1 juli 2005 (uw kenmerk: OPTA/EGM/2005/201924), waarin u Tiscali informeert over de (voor)ontwerpbesluiten van OPTA met betrekking tot de markten Vaste Telefoonie, Breedband en Huurlijnen, biedt u tevens de gelegenheid tot het inbrengen van schriftelijke bedenkingen tegen deze ontwerpbesluiten.

Volgens voornoemd schrijven kunnen schriftelijke zienswijzen tegen de ontwerpbesluiten tot en met 31 augustus 2005 worden ingediend. Onderhavige zienswijze is derhalve tijdig ingediend.

In haar reactie d.d. 15 juli 2004 op de marktconsultaties van OPTA heeft Tiscali het college voorzien van de gevraagde informatie en heeft zij haar visie op de betreffende markten kenbaar gemaakt. Tevens heeft Tiscali op 13 december 2004 (alsmede op 11 februari 2005) OPTA een afschrift gezonden van haar concept klacht bij de Europese Commissie inzake het gebrek aan bitstroomtoegang in Nederland. Tiscali verwijst voor de toelichting op haar visie op de ontwerpbesluiten tevens naar deze input.

Zoals bekend maakt Tiscali sinds eind 2004 deel uit van de Associatie van Competitieve Telecomoperators (ACT). Het ACT zal eveneens haar schriftelijke zienswijze op de ontwerpbesluiten bij OPTA indienen.

Tiscali sluit zich derhalve voor haar reactie op de ontwerpbesluiten aan bij de zienswijzen van het ACT. In onderhavig schrijven wenst Tiscali haar positie ten aanzien van enkele onderwerpen echter nader toe te lichten.

Ontwerpbesluit Wholesale-breedbandtoegang

Tiscali is het fundamenteel oneens met de conclusies van OPTA ten aanzien van de marktafbakening alsmede de dominantieanalyse. OPTA beschouwt zowel DSL als kabel tot de markt voor wholesale-breedbandtoegang en concludeert vervolgens dat er op die markt geen sprake is van een dominante partij.

OPTA stelt het in randnummer 6 van het ontwerpbesluit als volgt: "Het college stelt vast dat de markt voor lage kwaliteit wholesale breedbandtoegang daadwerkelijk concurrerend is en dat geen partij op deze markt beschikt over een aanmerkelijke marktmacht." Er is derhalve volgens het ontwerpbesluit geen sprake van noodzakelijkheid van regulering op deze markt.

Zoals bekend heeft Tiscali begin 2003 een verzoek tot geschilbeslechting bij OPTA ingediend vanwege de aanhoudende leveringsweigering van KPN van de door Tiscali verzochte bitstroomtoegangsdienst. Deze procedure heeft uiteindelijk geleid tot een vonnis van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) naar aanleiding van hoger beroep van zowel OPTA als Tiscali tegen een eerder vonnis van de voorzieningenrechter te Rotterdam.

OPTA heeft steeds in haar besluiten alsmede gedurende de voorzieningenprocedure voor de Rechtbank Rotterdam respectievelijk bepaald en aangegeven dat KPN verplicht zou zijn een bitstroomtoegangsdienst aan te bieden. In haar pleitnotitie van 3 juli 2003 voor de voorzieningenrechter te Rotterdam stelt OPTA het nog als volgt:

Randnummer 1.4

“Tiscali is voor toegang tot het aansluitnet geheel afhankelijk van KPN.

Op zichzelf is het denkbaar dat KPN Tiscali *zg. ontbundelde toegang* verleent. In dat geval zou Tiscali toegang krijgen op het niveau van een lokale nummercentrale. Het aantal centrales is echter groot, terwijl het aantal potentiële klanten – dat elke dag op dit moment slinkt! – per nummercentrale klein is. Toegang op dat niveau is derhalve economisch niet haalbaar.”

Randnummer 5.2

“Een van de instrumenten voor technische innovatie is het stimuleren van mededinging op de markt van verlening van internetdiensten. Het oordeel van OPTA in dit geschil vormt van dit uitgangspunt de uitwerking. Doordat KPN de verplichting wordt opgelegd bitstroomtoegang aan te bieden, krijgt de telecoaanbieder de mogelijkheid te concurreren met KPN met breedbanddiensten. Deze bitstroomtoegangsdienst is voor de telecoaanbieder ook noodzakelijk om effectief te kunnen concurreren met KPN.”

Randnummer 5.10

“Naar het oordeel van OPTA is de gevraagde bitstroomtoegangsdienst onontbeerlijk voor Tiscali om de concurrentie met KPN aan te gaan. [...]”

Randnummer 5.14

“KPN merkt in haar verzoekschrift op dat niets Tiscali eraan in de weg staat een eigen DSL-infrastructuur op te zetten. Dit is echter evident geen reëel economische en haalbaar alternatief. Met het opzetten van een dergelijk netwerk zijn hoge investeringskosten gemoeid zoals het realiseren van een collocatiefaciliteit en een eigen transmissienet. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat KPN zo'n net heeft liggen én er sprake is van overcapaciteit op dat net. Dergelijke investeringen kunnen overigens slechts worden terugverdiend bij grote aantallen klanten per nummercentrale. Iets dat, gelet op de huidige marktomstandigheden en de enorme voorsprong die KPN heeft als gevolg van haar dominante en bevoorrechte positie op de lokale toegangsmarkt tot de eindgebruikers niet van Tiscali kan worden verwacht.”

In het hoger beroepschrift van OPTA d.d. 19 november 2003 gericht aan het CBB stelt OPTA het volgende:

p. 3, paragraaf 2

[...] Alhoewel het aansluitnet van KPN niet de enige technische infrastructuur is waarmee breedbandinternet kan worden geleverd aan de eindgebruiker, is er voor Tiscali geen reëel en economisch gelijkwaardig alternatief.

[...] Kabelexploitanten kunnen vooralsnog niet worden verplicht anderen toegang tot hun kabel te leveren. [...] Bovendien zijn de netwerken van andere bitstroomaanbieders dan KPN met name in de randstad gelokaliseerd en overlappen deze elkaar [...].”

Alleen al uit deze citaten blijkt dat OPTA in ieder geval het volgende concludeerde:

- Het reguleren van louter ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN is niet afdoende om concurrentie op de breedbandmarkt te bewerkstelligen;
- Ontbundelde toegang is in bepaalde gebieden van Nederland (met name de gebieden buiten de randstad waar alternatieve aanbieders geen dekking hebben) economisch niet haalbaar;
- De bitstroomtoegangsdienst is voor de telecomaandbieder noodzakelijk om effectief te kunnen concurreren met KPN;
- Deze noodzakelijkheid bestaat temeer vanwege de schaal- en breedtevoordelen die KPN heeft ten opzichte van de alternatieve aanbieders.

Opgemerkt zij overigens dat het ongegrond verklaren van de bezwaren van Tiscali en OPTA door het CBB uitsluitend berustte op een juridische grondslag. Het CBB is in het geheel niet toegekomen aan het beoordelen van de economische situatie op de breedbandmarkt, op basis waarvan OPTA nu juist wel steeds tot de conclusie kwam dat regulering van een bitstroomtoegangs aanbod noodzakelijk was.

De conclusies van OPTA in het ontwerpbesluit zijn dan ook volstrekt onbegrijpelijk en volledig in tegenspraak met het voorgaande. De marktsituatie van twee jaar geleden is immers niet wezenlijk anders dan de huidige situatie. Sterker nog, de positie van KPN is in de loop van de tijd alleen nog maar versterkt. Denk alleen al aan de inmiddels gerealiseerde landelijke dekking van KPN waardoor KPN in de buitengebieden een monopolie heeft en tevens alle gelegenheid heeft deze markt voor zich te winnen.

Tiscali verzoekt OPTA dan ook uitdrukkelijk de marktafbakening van de markt voor wholesale-breedbandtoegang in het ontwerpbesluit te herzien, zowel in de zin van productmarkt als geografische markt.

Nu er geen sprake is van andere vormen van wholesale-toegang die over andere infrastructures worden geleverd en die faciliteiten bieden die equivalent zijn met bitstroomtoegang, dient kabel niet tot deze markt te worden gerekend. Door de kabel wel te rekenen tot deze markt, is de marktafbakening van OPTA in strijd met de definitie van de Europese Commissie en vrijwel alle andere Europese landen.

Daarnaast is er sprake van een geografische marktafbakening, daar KPN in de buitengebieden de enige aanbieder van DSL aansluitingen is. De investeringen voor alternatieve aanbieders om ook in die gebieden gebruik te kunnen maken van ontbundelde toegang zijn simpelweg te hoog in vergelijking tot de bereikbare markt. Het kunnen creëren van een bepaald klantenbestand in die gebieden is noodzakelijk voordat er besloten kan worden te investeren in de verdere uitrol van het ontbundelde netwerk (de zogenaamde “ladder of investment”). De geografische afbakening zou gerealiseerd kunnen worden door het vaststellen van een bepaalde *addressable market* op een collocatie. Indien de *addressable market* op een collocatie kleiner of groter is dan dit vastgestelde aantal, dan dient er sprake te zijn van respectievelijk wel of geen verplichting tot levering van bitstroomtoegang.

Bovendien is bitstroomtoegang eveneens noodzakelijk om ook in de gebieden waar verdere uitrol economisch dan wel technisch niet mogelijk is DSL diensten te kunnen aanbieden.

Voor nadere onderbouwing en verdere behandeling van het reguleringsvraagstuk op deze markt verwijst Tiscali naar de zienswijze van het ACT op het ontwerpbesluit wholesale-breedbandtoegang.

Ontwerpbesluit Vaste Telefoon / aanwijzing AMM

Op de markten voor “gespreksafgifte op geografische nummers op een afzonderlijk vast netwerk” en “gespreksafgifte op 088-nummers op een afzonderlijk vast netwerk” heeft OPTA bepaald dat iedere aanbieder AMM heeft ten aanzien van afgifte op het eigen netwerk.

Ten aanzien van de AMM aanwijzing op de markt “gespreksafgifte op 088-nummers op een afzonderlijk vast netwerk” merkt Tiscali op dat zij geen 088-diensten en derhalve ook geen gespreksafgifte aanbiedt op deze 088-nummers. Deze AMM aanwijzing is dan ook niet juist. De opmerking van OPTA (randnummer 303 van het ontwerpbesluit) dat aanbieders van gespreksafgifte op geografische nummers *in staat zijn* om gespreksafgifte op 088-nummers te verzorgen is in het geheel niet relevant. Tiscali is immers op deze markt überhaupt geen aanbieder, laat staan dat Tiscali op deze markt haar positie zou kunnen misbruiken. Tiscali verzoekt OPTA deze aanwijzing op deze markt te herzien in die zin dat Tiscali niet wordt aangewezen als AMM.

Ten aanzien van de AMM aanwijzing op de markt “gespreksafgifte op geografische nummers op een afzonderlijk vast netwerk” merkt Tiscali het volgende op.

Hoewel de redenering van OPTA begrijpelijk is, repliceerbaarheid kan immers geen rol spelen, gaat OPTA er wel op voorhand vanuit dat er sprake zal zijn van misbruikelijk gedrag, welk gedrag OPTA in haar analyse niet aantoonbaar maakt. Daarnaast besteedt OPTA nauwelijks aandacht aan de proportionaliteit van de AMM aanwijzing voor kleinere marktpartijen. Tiscali is op deze markt een zeer kleine speler, zo niet de kleinste speler die thans in het ontwerpbesluit wordt aangewezen als AMM. De toerekening van netwerkkosten is derhalve anders dan in het geval van grote spelers met veel eindgebruikers. Tiscali dient hierin niet gereguleerd c.q. beperkt te worden.

Tiscali is van mening dat er in haar geval wel degelijk sprake is van een disciplinerende werking van de retailmarkt op deze wholesalemarkt. OPTA stelt (randnummer 343) dat gespreksafgifte in feite ook betekent dat een eindgebruiker de mogelijkheid heeft om gebeld te worden. Indien het bellen naar Tiscali, als nieuwe speler op de markt, door eindgebruikers als “duur” zal worden ervaren, zal dit hoe dan ook effect hebben op de afname van de Tiscali retail dienst. Temeer nu het hier gaat om een nieuwe (VoIP) dienst waarbij eindgebruikers extra alert zijn op de kosten. Tiscali is hierdoor al niet in staat om onredelijke tarieven voor gespreksafgifte te hanteren.

Overigens merkt OPTA in het ontwerpbesluit zelf op dat partijen altijd nog via het regime van “interoperabiliteit” de nodige verplichtingen opgelegd kunnen krijgen in geval van mededingingsbeperkende gedragingen dan wel het stellen van onredelijke voorwaarden. Ook hierom is de AMM aanwijzing van Tiscali niet proportioneel en zou derhalve achterwege dienen te blijven.

Tiscali verzoekt OPTA aan te sluiten bij haar redenering in de ontwerpbesluiten voor omroep, waarbij kleinere kabelmaatschappijen op wholesale niet als AMM binnen het eigen verzorgingsgebied zijn aangewezen. OPTA stelt immers dat kleine kabelmaatschappijen een beduidend andere positie innemen dan grote kabelmaatschappijen. Grotere kabelmaatschappijen hebben immers vanwege hun grotere bereik van eindgebruikers een sterkere positie ten opzicht van programma-aanbieders. Indien dit vertaald wordt naar grotere aanbieders van gespreksafgifte, dan hebben deze partijen ten opzichte van om interconnectie verzoekende partijen een sterkere positie dan kleinere aanbieders aangezien zij toegang bieden tot een veel groter aantal eindgebruikers. Kortom, AMM aanwijzing van Tiscali op de markt

“gespreksafgifte op geografische nummers op een afzonderlijk vast netwerk” dient eveneens achterwege te blijven.

Tenslotte vraagt Tiscali zich met betrekking tot de AMM aanwijzingen op de markten voor gespreksafgifte af hoe OPTA om gaat met nieuwe toetreders. Het kan immers niet zo zijn dat er een selectie van AMM aanwijzingen ontstaat simpelweg vanwege het moment van toetreding tot de betreffende markt. Indien OPTA bij haar standpunt blijft en de aanwijzingen ongewijzigd blijven, dan dient OPTA in ieder geval te bepalen dat ook nieuwe toetreders bij toetreding als AMM worden aangewezen. Tiscali verzoekt OPTA hiermee in haar ontwerpbesluit rekening te houden.

Voor het overige verwijst Tiscali, zoals eerder gesteld, naar de zienswijzen van ACT.

Hoogachtend,
Tiscali B.V.



Edwin Bogert
Legal Counsel