



OPTA

T.a.v. de heer K. Noorlag
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG

Amsterdam, 9 september 2005

Betreft: reactie Wanadoo op marktanalyses

Geachte heer Noorlag,

Wanadoo maakt graag van de gelegenheid gebruik te reageren op de ontwerpbesluiten van OPTA. Deze reactie is een aanvulling op de reactie van ACT van 31 augustus 2005, die mede namens Wanadoo is opgesteld. Al hetgeen in de ACT reactie reeds is gesteld, dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd. Voordat zij ingaat op de verschillende markten wil Wanadoo enkele algemene opmerkingen maken. Daarna zal Wanadoo nader ingaan op de specifieke marktanalyses.

Relaties tussen markten

Wanadoo is van mening dat OPTA niet altijd afdoende ingaat op relaties tussen markten. Zo is de markt voor ontbundelde toegang (markt 11 uit de aanbeveling relevante markten van de Europese Commissie) een essentiële input voor toetreding tot de markt voor wholesale breedband toegang (WBT). Voor deze markt is bijvoorbeeld essentieel het recente conflict tussen Wanadoo en KPN over het benaderen van klanten op basis van het agentuurmodel voor een overstap naar het eigen netwerk van Wanadoo. Later komt Wanadoo hier inhoudelijk op terug, maar dit voorbeeld geeft duidelijk aan dat relaties tussen markten een grote invloed kunnen hebben.

Een zelfde voorbeeld speelt bij Voice over Broadband (VoB). OPTA stelt hier dat de belangrijkste wholesale bouwsteen voor VoB ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk is. Naar de mening van Wanadoo is deze constatering niet juist. Voor het gebied buiten dekking van DSL aanbieders is namelijk de enige bruikbare wholesale input voor VoB, wholesale breedband toegang. OPTA besteedt in het geheel geen aandacht aan de betekenis van het ontbreken van een wholesale bitstream aanbod voor de concurrentiesituatie voor VoB diensten.

Wanadoo is van mening dat OPTA specifiek aan deze punten en in het algemeen aan de relaties tussen markten meer aandacht moet besteden.

Bundeling

In toenemende mate is er sprake van een gebundeld aanbod. Dit biedt een belangrijke uitdaging voor het toezicht. Met name op het gebied van de invulling van remedies is dit volgens Wanadoo van belang. Non-discriminatie en kostenoriëntatie zijn essentieel voor toezicht op een gebundeld aanbod. Wanadoo vraagt hiervoor specifieke aandacht van OPTA. Met name bij het aanbod van gebundelde diensten via volledig ontbundelde toegang is dit zeer relevant. Specifiek is Wanadoo zeer bezorgd over het ADSL Only

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

aanbod van KPN dat op korte termijn ook in combinatie met VoB diensten zal worden aangeboden. De invulling van non-discriminatie en kostenoriëntatie is hier bij gebrek aan een wholesale aanbod van zeer groot belang. Het spreekt overigens voor zich – zoals ook al uitvoerig belicht in de ACT reactie – dat Wanadoo van mening is dat OPTA moet zorgdragen voor een haalbaar wholesale alternatief.

Overige opmerkingen

Wanadoo is van mening dat het besluit van OPTA veel te lang op zich heeft laten wachten. Weliswaar is dit ook voor een belangrijk deel te wijten aan factoren buiten de invloed van OPTA, zoals de te laat tot stand gekomen wettelijke bevoegdheid, echter, Wanadoo meent dat ook de uitkomst van de marktanalyses van OPTA te lang op zich heeft laten wachten.

Wanadoo vindt verder dat niet alle relevante input van partijen is meegenomen in de ontwerpbesluiten. OPTA maakt onvoldoende gebruik van de beschikbare informatie, zoals feitelijk overstapgedrag tussen DSL en kabel, effecten van prijsverhogingen of – verlagingen etc. Hierdoor krijgt de analyse van OPTA vaak een hypothetische karakter. Daarnaast is Wanadoo van mening dat OPTA in een aantal cruciale gevallen tot een ander oordeel zou moeten komen als zij zich op de wel beschikbare feiten had gebaseerd. De belangrijkste voorbeelden hiervan zijn de feitelijke situatie ten aanzien van toegang tot de kabel, overstapdrempels tussen DSL en kabel en de dekkinggraad van DSL aanbieders.

Breedband

Wanadoo ziet een tendens van deregulering. Voor een deel kan dit worden gezien als het succes van het ONP-kader dat eind 1998 in de Telecommunicatiewet is geïmplementeerd. Over het algemeen is Wanadoo echter van mening dat deregulering plaatsvindt ondanks het toezichtskader uit de vorige Telecommunicatiewet. Gezien het feit dat slechts vooraf vastgestelde markten met een starre drempel op basis van marktaandeel onderhevig waren aan toezicht, is er geen concurrentietoezicht geweest op een groot aantal markten waaronder de wholesalemarkt voor (consumenten) breedband toegang.

Marktanalyses te laat

Het nieuwe Europese regelgevende kader zou hier de oplossing bieden. Voor zover Wanadoo kan inschatten heeft OPTA de flexibiliteit en nieuwe mogelijkheden in de 'nieuwe' Telecommunicatiewet op basis van deze richtlijn verwelkomd. Het eindresultaat van de marktanalyses stemt Wanadoo echter niet (geheel) tevreden. Voor de belangrijkste markt voor Wanadoo (wholesale breedband toegang, WBT) lijkt het erop alsof de marktanalyses te laat komen.

Geen bitstream voor consumenten breuk met verleden?

Wanadoo heeft altijd de indruk gehad dat OPTA van mening was dat naast zakelijke bitstream toegang op deze markt, KPN ook een verplichting tot consumenten bitstream toegang opgelegd zou moeten krijgen. Het feit dat dit nu niet gebeurt, wijt Wanadoo voor een belangrijk gedeelte aan de late uitvoering van de marktanalyses. Inmiddels heeft een aantal marktpartijen vergaande investeringen gedaan in een eigen netwerk gedaan die beter verdeeld en tot een grotere geografische dekking hadden geleid indien er een verplichting tot bitstream toegang voor KPN was geweest.

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

ULL is geen alternatief voor WBT

Het is voor Wanadoo wrang te moeten constateren dat de investeringen waartoe DSL netwerkaanbieders zich genoodzaakt zagen, nu tot de conclusie van OPTA leiden dat de markt voor WBT concurrerend zou zijn. Met name ook omdat de analyse van OPTA er vanuit gaat dat er vele alternatieven zijn om breedbanddiensten aan te bieden. Deze zijn er echter niet. Wanadoo heeft een netwerk uitgerold dat dekking biedt voor **[bedrijfsvertrouwelijk] ... [einde bedrijfsvertrouwelijk]** van de Nederlandse huishoudens. Wanadoo kan slechts terecht bij één aanbieder van breedband toegang: BbNed. Dat dit geen werkelijk alternatief is, blijkt alleen al uit de simpele constatering dat BbNed slechts voor 68% van de Nederlandse huishoudens toegang voor consumenten bitstream biedt. Voor de overige 32% van de huishoudens is er geen alternatief en zijn aanbieders dus aangewezen op KPN. OPTA overschat de dekking van de alternatieve DSL aanbieders. Zo stelt OPTA dat BbNed een dekkingsgraad van 90% zou hebben. Dit is feitelijk onjuist. **[bedrijfsvertrouwelijk] ... [einde bedrijfsvertrouwelijk]**

Het is verbazingwekkend te constateren dat OPTA van mening lijkt te zijn dat ontbundelde toegang een alternatief is om zonder toetredingsbarrières toe te treden tot de WBT markt. Deze conclusie heeft tot gevolg dat OPTA in 30-40% van Nederland een de-facto duopolie creëert van KPN en kabelaanbieders. Alleen een verplichting tot bitstream toegang kan een einde maken aan deze situatie. DSL aanbieders worden dan immers in staat gesteld een klantenbestand op te bouwen, waarna zij basis daarvan over kunnen gaan tot verdere uitrol van hun netwerk. Wanadoo benadrukt de absolute noodzaak van een financieel-economische onderbouwing in de dominantieanalyse van OPTA. Belangrijke factoren als de kosten voor het uitbreiden van dekking, de potentiële opbrengsten en de concurrentieverhoudingen in een bepaalde regio zouden daarin een belangrijke rol moeten spelen. Zo dient onder meer in de beoordeling te worden betrokken dat uitrol van een eigen netwerk in zeker 20% van Nederland op dit moment economisch niet haalbaar is.

Welke markt voor toegang?

OPTA lijkt er in haar analyse vanuit te gaan dat er op de markt voor WBT inderdaad vele partijen zijn die toegang bieden. Dit miskent de feitelijke situatie op de markt. Er zijn nauwelijks partijen die toegang bieden. Kabelaanbieders bieden geen vorm van toegang die vergelijkbaar is met bitstream (zie hieronder). Ook KPN, de grootste 'aanbieder' van WBT, biedt géén toegang tot haar netwerk. Wanadoo is van mening dat zonder nader bewijs van de ontwikkeling en de effecten van het wholesale aanbod dat KPN vlak voor de uitkomsten van de marktanalyses heeft gedaan er slechts een zeer beperkte betekenis kan worden gegeven aan het wholesale aanbod van KPN. De simpele constatering dat er een aanbod is, is niet voldoende om te constateren dat het aanbod onder concurrentiedruk tot stand is gekomen.

[bedrijfsvertrouwelijk] ... [einde bedrijfsvertrouwelijk]

Op basis van jurisprudentie is evident dat met bovenstaande factoren rekening gehouden moet worden. Belangrijkste punt dat uit deze jurisprudentie naar voren komt, is dat er weging moet worden gegeven aan het aanbod van de concurrerende aanbieders: kunnen zij wel een volwaardig alternatief bieden voor de dominante partij?

¹ (79) De zaak Hoffmann-La Roche tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 41, en zaak nr. C-62/86, Akzo tegen de Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r.o. 56 en 59.

„Een onderneming die gedurende langere tijd een zeer groot marktaandeel heeft, bevindt zich door de omvang van haar productie en aanbod — zonder dat de houders

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

van veel kleinere marktaandelen op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel zouden willen afwenden — in een positie van macht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag verzekert”, de zaak AAMS e.a. tegen de Commissie, aangehaald arrest, r.o. 51

Overigens verwijst de Europese Commissie ook expliciet naar deze jurisprudentie in haar richtsnoeren.¹

Kabel maakt geen onderdeel uit van de markt voor WBT

In aanvulling op de standpunten van ACT op de marktafbakening wil Wanadoo nader ingaan op het opnemen van kabel in de markt voor WBT. Wanadoo kan niet anders dan constateren dat het erop lijkt dat OPTA eerst de conclusie heeft getrokken dat ingrijpen niet gerechtvaardigd was en daarom vervolgens kabel heeft ‘toegevoegd’ aan deze markt.

Het belangrijkste voorbeeld van toegang tot kabelnetwerken dat OPTA aanhaalt is de toegang van Wanadoo tot het netwerk van Casema. De constatering dat hier sprake is van toegang tot een netwerk is onjuist. **[bedrijfsvertrouwelijk] ... [einde bedrijfsvertrouwelijk]**. De klant gaat namelijk een overeenkomst aan met Casema in plaats van met Wanadoo. In **bijlage 3** heeft Wanadoo de algemene voorwaarden opgenomen die Casema hanteert voor de Wanadoo Cable dienst. Casema bepaalt verder alle essentiële kenmerken van de Cable dienst (zoals prijs en snelheid), Wanadoo heeft daarover geen enkele zeggenschap.

Daarbij moet nog worden opgemerkt, dat de contractuele relatie tussen Wanadoo en Casema uitsluitend is voortgekomen uit de omstandigheid dat Wanadoo en Casema in de periode van 1998 tot januari 2003 tot het France Telecom concern hebben behoord en aldus zustermaatschappijen zijn geweest. Inmiddels is dat niet meer het geval. Als gevolg van de overname van Casema door de Carlyle Group in januari 2003 is de contractuele relatie tussen de beide bedrijven ingrijpend veranderd.

Wanadoo verzoekt OPTA haar constatering dat Casema toegang tot haar netwerk biedt aan Wanadoo te herzien. Wanadoo licht haar relatie met Casema graag nader toe indien dat nodig mocht zijn.

[bedrijfsvertrouwelijk] ... [einde bedrijfsvertrouwelijk]

Prijsdruk via retailmarkt is hypothetisch

Wanadoo heeft de indruk dat ook OPTA de vormen van toegang tot de kabel als onvoldoende vergelijkbaar met bitstream acht. Naar de mening van Wanadoo maakt de redenering van OPTA een theoretische indruk die geen recht doet aan de economische realiteit. Kortgezegd zou er via de retailmarkt prijsdruk op de wholesalemarkt bestaan. Wanadoo vindt het lastig deze redenering te volgen in een situatie waarin sprake is van leveringsweigering van KPN. Overigens is de redenering eveneens lastig te volgen indien wél betekenis wordt toegekend aan het wholesaleaanbod van KPN.

¹ Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (2002/C 165/03)

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

OPTA stelt daarom dat er sprake is van prijsdruk op wholesale toegang via DSL netwerken via de concurrerende werking van de retailmarkt.

Wanadoo is het zeer oneens met deze redenering, zeker ook omdat iedere empirische onderbouwing ontbreekt. Sterker nog, Wanadoo vindt dat het beschikbare empirisch bewijs tot de conclusie moet leiden dat er geen sprake van is prijsdruk van kabelaanbieders via de retailmarkt op de wholesalemarkt. Het is opmerkelijk dat het 'Rapport Breedbandinternet: de overstapmarkt in beeld' dat in opdracht van OPTA is opgesteld, maar niet openbaar is gemaakt ook sterke aanwijzingen geeft voor een beperkte substitutie tussen kabel en DSL voor klanten die al een breedband aansluiting hebben. Concreet gezegd komt dit er op neer dat klanten die eenmaal DSL hebben niet of nauwelijks overstappen naar internet via de kabel. Wanadoo is van mening dat OPTA op basis van bovengenoemde argumenten zijn conclusies moet herzien.

KPN creëert overstapdrempels

KPN belemmert op verschillende manieren overstappen van klanten. Zo zijn de processen voor telco-telco migratie en nummerportabiliteit duur, langdurig en foutgevoelig. Daarnaast ontbreken essentiële onderdelen van processen op klanten op een efficiënte manier qua kosten en proces, naar Wanadoo te migreren. Voorbeelden hiervan zijn het feit dat telco-telco migratie en nummerportabiliteit niet gecombineerd mogelijk zijn, een telco-telco migratie slechts mogelijk is naar een SLL poort en niet direct naar een ULL poort waardoor een extra en dure migratie nodig is.

Ook wil Wanadoo OPTA wijzen op een conflict dat zij met KPN heeft over migratie van klanten. Het gaat om klanten die via het agentuurmodel klant zijn bij Wanadoo en bij KPN. De pleitnota van Wanadoo bij het recente kort geding tussen Wanadoo en KPN over deze zaak, is bijgevoegd als **bijlage 5 (bedrijfsvertrouwelijk)**. Wanadoo verwijst u voor een verdere argumenten naar deze pleitnota. Dit is een aanzienlijke barrière voor Wanadoo om toe te treden tot de WBT toegangsmarkt, zeker omdat de rechter in kort geding KPN in het gelijk heeft gesteld. Het is voor Wanadoo zeer lastig klanten te migreren naar haar eigen netwerk. Het concept-besluit van OPTA is overigens een belangrijke overweging voor de rechter geweest KPN in het gelijk te stellen.

Conclusies

Wanadoo is van mening dat OPTA zijn ontwerpbesluit voor markt 12 moet herzien. De argumenten die hiervoor zijn aangedragen in de reacties van ACT en Wanadoo wijzen volgens Wanadoo onmiskenbaar naar een dominante positie van KPN. Wanadoo vindt dat de voornaamste fout in de analyse zit in de marktafbakening. Kabel maakt namelijk géén onderdeel uit van de relevante markt. Er is immers geen sprake van directe vraagsubstitutie. Ook zijn de conclusies ten aanzien van indirecte prijsdruk onjuist. KPN moet worden aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht en dient toegangsverplichting op basis van kostenoriëntatie te worden opgelegd.

Met vriendelijke groet,
Wanadoo Nederland BV

Bart Heinink
Regulatory Counsel

Openbare versie

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

Bijlage 1 **[bedrijfsvertrouwelijk]**

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

Bijlage 2 **[bedrijfsvertrouwelijk]**

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

Bijlage 3 Algemene voorwaarden Wanadoo Cable Internet

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

Bijlage 4 **[bedrijfsvertrouwelijk]**

Wanadoo Nederland B.V. Bedenkingen ontwerpbesluiten OPTA

Bijlage 5 **[bedrijfsvertrouwelijk]**