

**Marktanalyse gespreksafgifte op de mobiele netwerken van KPN, Orange, tele2, T-Mobile en Vodafone.**

Reactie van Versatel Nederland BV op het ontwerp besluit  
Amsterdam 27 juni 2007

## **Algemene opmerkingen.**

VT heeft kennis genomen van het ontwerpbesluit "Marktanalyse gespreksafgifte op de mobiele netwerken van KPN, Orange, Tele2, T-Mobile en Vodafone" (hierna: Ontwerpbesluit) gepubliceerd op 15 mei 2007 en ter inzage gelegd op 16 mei 2007. Versatel is van mening dat het Ontwerpbesluit in zijn huidige vorm onrechtmatig is omdat het in strijd is met de wet (waaronder de Telecommunicatiewet en de Algemene Wet Bestuursrecht alsmede Europese wetgeving) en een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Door middel van dit schrijven geeft zij dienaangaande tijdig haar schriftelijke zienswijze op het Ontwerpbesluit.

OPTA heeft in het Ontwerpbesluit de relevante markten afgebakend als de wholesalemarkt voor gespreksafgifte op het mobiele netwerk van de verschillende Nederlandse mobiele operators. Ten aanzien van de dominantieanalyse heeft OPTA vastgesteld dat er op die markten sprake is van toetredingsdrempels en er derhalve onvoldoende druk van potentiële concurrentie is om een dominantie positie te voorkomen. Datzelfde geldt mutatis mutandis voor de vaststelling dat het dupliceren van de infrastructuur zinloos is.

OPTA concludeert vervolgens dat de mobiel aanbieders prikkels hebben tot mededingingsbeperkende gedragingen zoals toegangsbelemmerende gedragingen en het hanteren van buitensporige tarieven. OPTA heeft vervolgens geconcludeerd dat er onvoldoende sprake is van kopersmacht in die zin dat de aanwezigheid van afnemers met een sterke onderhandelingspositie van invloed kan zijn op de mate waarin een onderneming zich onafhankelijk van zijn afnemers kan gedragen. Hierna, bij ons commentaar op specifieke onderdelen van het Ontwerpbesluit zal daar nog nader op worden ingegaan.

Tenslotte heeft OPTA onder andere tariefregulering en een non-discriminatieverplichting opgelegd. Voor de invulling van de tariefmaatregel is OPTA voornemens om aansluiting te zoeken bij de door de mobiele partijen in mei 2007 gesloten vaststellingsovereenkomst inzake de tarieven die de mobiele partijen elkaar onderling in rekening zullen brengen. Die tarieven (van € 0,10 naar € 0,07 in juli 2009 (KPN/Vodafone), van € 0,124 naar € 0,007 in juli 2009 (Telfort, Tele2) en van € 0,123 naar € 0,081 in juli 2009 (Orange / T-Mobile)) wijken qua niveau significant af van hetgeen OPTA als efficiënt kostengeoriënteerde tarief op basis van het FL-LRIC model heeft vastgesteld (€ 0,054). Bovendien is OPTA akkoord gegaan met het door de mobiele operators zelf vastgesteld "glijpad" van 2 jaar om tot die zelf bepaalde MTA-tarieven te komen. OPTA heeft die zelfreguleringstarieven die tussen de mobiele operators zijn overeengekomen vervolgens voor de hele markt (dus voor zowel mobiele als vaste operators) als te gelden tarief opgelegd. Daarnaast heeft OPTA aan die tarieven een non-discriminatie voorwaarde gesteld. Hiermee liggen de mobiele terminating tarieven vast en zijn verder voor een periode van 3 jaar niet meer individueel onderhandelbaar.

Het voornaamste bezwaar van Versatel is het feit dat OPTA de marktanalyse van de mobiele gespreksafgifte volledig heeft uitgevoerd zonder rekening te houden met de marktanalyse van de FTA-tarieven althans zonder die FTA-markt (en analyse) er bij te

betrekken. In zowel de CBB uitspraak inzake de marktanalyse MTA als in CBB-uitspraak inzake de marktanalyse FTA is door het CBB nadrukkelijk een verbinding gelegd tussen de positie van vaste aanbieders en die van mobiele aanbieders. In het MTA- besluit diende OPTA volgens het CBB meer rekening te houden met de positie van vaste aanbieders en uit te gaan van een markt zonder regulering. In het FTA besluit is de ex-ante regulering die OPTA aan Versatel had opgelegd inzake de FTA-tarieven die zij aan aanbieders anders dan KPN in rekening worden gebracht vernietigd en dient OPTA op dat punt een nieuw FTA-besluit te nemen. Daar zal OPTA de positie van Versatel en de mobiele operators ten aanzien van het FTA-tarief nader moeten beoordelen. Gezien de samenhang en wisselwerking tussen de MTA- en FTA-dienstverlening had OPTA dan ook de nieuwe besluitvorming (na vernietiging van de eerdere besluiten door het CBB) gelijktijdig ter hand moeten nemen om zodoende concludente conclusies te kunnen trekken in beide besluiten over de positie van Versatel enerzijds en de mobiele operators anderzijds waar het gaat om de vaststelling van het FTA-tarief c.q. het MTA-tarief. Dat zal OPTA thans alsnog moeten doen. Wordt het Ontwerpbesluit immers definitief, dan is er in de relatie tussen Versatel en de mobiele operator (gezien het vastgelegde MTA-tarief en de non-discriminatie) geen enkele onderhandelingsruimte meer nu de mobiele operators gebonden zijn aan de marktbrede non-discriminatoire MTA-tarieven. OPTA dient in ieder geval de relevante onderdelen van het FTA-uitspraak in de besluitvorming mee te nemen. Beiden markten kunnen niet geïsoleerd van elkaar beoordeeld worden. Uit het nu gepubliceerde concept blijkt niet dat OPTA die samenhang heeft meegenomen in haar beoordeling. Het is dan ook tot op heden onzorgvuldig voorbereid en bovendien heeft OPTA onvoldoende onderzoek gedaan naar alle voor de besluitvorming relevante feiten en omstandigheden. Het enkele feit dat de FTA-uitspraak van het CBB enkele dagen voor de bekendmaking van het Ontwerpbesluit bekend werd gemaakt, maakt dat niet anders. OPTA had de bekendmaking van het Ontwerpbesluit immers eenvoudigweg kunnen en moeten opschorten. Nu ze dat niet heeft gedaan, zal deze omissie – voordat het Ontwerpbesluit gefinaliseerd wordt – alsnog goedge maakt moeten worden.

Een en ander had er toe moeten leiden (en zal er alsnog toe moeten leiden) dat OPTA niet klakkeloos akkoord gaat met de zelfregulering van de mobiele operators die haar nu is voorgelegd (en waar zij voornemens is een stempel op te zetten door middel van een marktanalysebesluit). Versatel is primair van mening dat die zelfreguleringstarieven onrechtmatig zijn nu de daarin opgenomen tarieven een weerspiegeling zijn van inefficiënte kosten. OPTA heeft immers vastgesteld dat een het MTA-tarief van efficiënt opererende mobiele operator maximaal 5,6 Eurocent bedraagt. In aanmerking nemend dat de mobiele operator sedert 2002 op de hoogte zijn van het feit dat de tarieven die zij vragen ver boven dat efficiënte niveau zit, is door OPTA onvoldoende gemotiveerd waarom het hanteren van tarieven per 1 juli 2007 die twee keer zo hoog zijn als passend kan worden gekwalificeerd. In het Ontwerpbesluit spreekt OPTA over een “overwinst” die al 10 jaar bestaat. Niet valt daarom in te zien (en onvoldoende is gemotiveerd) waarom het MTA-tarief pas in 2009 maximaal gedaald is en bovendien aldan nog steeds 2 cent boven het tarief van een efficiënt opererende operator zit. Het welvaartsmodel dat OPTA heeft ontwikkeld is daar in ieder geval onvoldoende voor. Zelfregulering als thans voorgesteld had slechts tussen de mobiele operators onderling een rol kunnen spelen maar dient niet marktbreed te worden opgelegd (althans niet zonder instemming van vaste operators als Versatel).

Als OPTA al akkoord kan gaan met de zelfreguleringsvoorstellen – en derhalve haar marktanalyse-verplichtingen MTA baseren op een afspraak tussen marktpartijen waarin een additionele overgangstermijn wordt gegund aan de mobiele operators ten aanzien van de efficiënte tarifiering van de MTA-dienst – dan had OPTA subsidiair op zijn minst een reciproque overgangsregime ten aanzien van de de FTA-dienst (van in casu Versatel) als goedkeuringsvoorwaarde moeten stellen. Met andere woorden: OPTA had als voorwaarde moeten stellen dat de mobiele operators eenzelfde (dus reciproque) tarifiering van de FTA-tarieven van in ieder geval Versatel (en mogelijk andere vaste operators zonder AMM) zouden accepteren waarin een vergelijkbaar overgangsregime in tarifiering is opgenomen. Er is thans immers sprake van een (mogelijke) asymmetrische regelgeving tussen de mobiele operators en (in casu) vaste operator Versatel die in strijd is met het doel en strekking van de regulering. Die asymmetrie kan OPTA uiteraard rechttrekken in het nog te nemen FTA-besluit, doch zekerheid bestaat daarover niet. Die zekerheid had (gezien de hiervoor genoemde samenhang tussen FTA- en MTA markten) in de zelfregulering verankerd moeten worden. Kortom, de convenant afspraken hadden moeten worden uitgebreid tot de verhouding vast-mobiel, Het is overigens in dat kader ook uiterst onzorgvuldig dat vaste operators als Versatel niet door OPTA betrokken zijn bij de voorbereiding van de “zelfregulering” die OPTA voornemens is marktbreed op te leggen.

Ook voorstelbaar zou zijn dat OPTA de MTA-tariefregulering in de vorm van een price cap had gegoten. Daarmee was de onderhandelingsruimte tussen Versatel en de mobiele operators enigszins bewaard gebleven.

OPTA zal pas tot deze conclusies kunnen komen als ze de MTA-markt analyseert en reguleert in samenhang met de FTA-regulering. Dat zal dus – zoals aangegeven – alsnog moeten gebeuren.

De Versatel reacties op het Oxera onderzoek en het Ecorys rapport maken deel uit van deze reactie. Tevens wordt in een aantal randnummers verwezen naar het Versatel kostenmodel voor terminating diensten. Ook dit model wordt – indien OPTA dat wenst - als bedrijfsvertrouwelijke bijdrage aan deze reactie toegevoegd. Voor het overige bevat deze reactie geen bedrijfsvertrouwelijke informatie.

## **Opmerkingen bij de randnummers in het rapport.**

Naast de algemene opmerkingen in het voorwoord wil Versatel hieronder op diverse onderdelen nader ingaan.

RN. 314. OPTA gaat hier in op de mogelijkheden van tarief differentiatie. OPTA geeft aan dat het moeilijk is het netwerk te herkennen van waaruit het gesprek voortkomt. In de voetnoot bij dit randnummer geeft OPTA aan dat het alleen Versatel is geweest die heeft aangegeven dat een herkenning van het originerende netwerk mogelijk is op basis van de *call detail records*. Dat mag dan alleen door Versatel zijn aangegeven maar T-Mobile heeft er nooit een geheim van gemaakt dat het tariefdifferentiatie (met medewerking van de KPN transitdienst) heeft toegepast, waarbij het haar tarieven voor KPN vast gelijk hield maar hogere tarieven in rekening bracht voor de alternatieve vaste partijen. Uit het vonnis wat in een andere context door OPTA wordt aangehaald in voetnoot 145 blijkt dit duidelijk. Later heeft T-mobile dit in de behandeling van de MTA beroepen onder het oude kader in het pleidooi meegenomen. De vaststelling door OPTA dat het technisch niet mogelijk is prijsdiscriminatie / differentiatie toe te passen, berust dus op een onjuiste feitelijke grondslag.

RN.315. In het Oxera onderzoek heeft Versatel dit al aangegeven. In de vragenlijst van Oxera geeft Oxera aan dat er vanuit gegaan mag worden dat de terminating tarieven op basis van OPTA's beleidsregels inzake de vertraagde reciprociteit de kosten van een vaste aanbieder reflecteren. Versatel heeft tijdens het Oxera onderzoek, tegen dit standpunt bezwaar gemaakt. In de eerdere FTA procedures dat heeft geleid tot het besluit van OPTA van 1 juli 2003 (en nadien tot een besluit van 2 november 2004) tussen KPN en Versatel heeft Versatel een volledig kostenmodel voor de vaste terminating tarieven bij OPTA neergelegd. Daaruit had OPTA af kunnen leiden dat de tarieven op grond van de beleidsregels de werkelijke (en efficiënt gemaakte) kosten van Versatel niet dekken. Overigens is dit in de behandeling van de procedure inzake de vaste terminating tarieven ook door een andere aanbieder verklaard. OPTA's opmerking over de kostenverschillen tussen vaste en mobiele aanbieders zijn, voor zover wij weten niet door OPTA onderzocht en worden verder niet in het Ontwerpbesluit toegelicht. De niet gemotiveerde suggestie dat sprake zou zijn van grote verschillen tussen de kosten die vaste aanbieders hebben (volgens OPTA relatief laag) en die mobiele operators hebben (relatief hoog) wordt door Versatel bestreden, daar waar het om mobiele en nieuwe vaste aanbieders gaat die een omvangrijk netwerk moesten uitrollen. Ter onderbouwing van die stelling kan Versatel – indien gewenst - het kostenmodel van Versatel (wat reeds in het bezit is van OPTA) als bedrijfsvertrouwelijke bijlage bij deze zienswijze overleggen. Ook op dit punt berust het Ontwerpbesluit op onjuiste feitelijke grondslag.

RN. 317. OPTA gaat hier ongemotiveerd voorbij aan het belangrijke gegeven dat de mobiele aanbieders in het lage vaste terminating (FTA) tarief (vergeleken met het hoge MTA- tarief) niet, althans niet volledig tot uitdrukking (hebben) laten komen in hun retail tarieven. Terwijl de vaste partijen gedwongen waren de terminating tarieven onder kostprijs aan te bieden op grond van de beleidregels konden de mobiele partijen het extra voordeel wat dit opleverde voor zichzelf benutten. Het is dan ook onjuist dat dat OPTA in dit randnummer gelijkelijk spreekt over de vaste en mobiele aanbieders. Zowel het Oxera onderzoek als het Ecorys onderzoek gaan op dit punt onvoldoende in.

RN 318. Dit randnummer verdient een nadere toelichting. Het is mogelijk dat aanbieders in antwoord op de vragenlijst hebben aangegeven nooit een lager tarief te vragen dan de kostprijs, doch zonder kostenmodel dat dit kan bevestigen, is OPTA niet in staat de juistheid van deze antwoorden te verifiëren en in de juiste context te plaatsen. Ook op dit punt heeft derhalve onvoldoende onderzoek plaatsgevonden. Versatel heeft in het verleden voor haar FTA dienstverlening een kostenmodel gemaakt en aan OPTA ter hand gesteld. Uit dit model blijkt dat Versatel altijd een tarief heeft gevraagd wat ver onder haar werkelijke (en efficiënte) kostprijs lag.

RN. 338. Versatel staat op het standpunt dat het gebruik van vaste terminating tarieven niet een volledig afdoend middel is zonder enige vorm van regulering. Maar van dat laatste is echter geen sprake.. Er is immers altijd de mogelijkheid van geschilbeslechting. Echter de huidige ex ante regulering van de mobiele tarieven en de ex-ante regulering van de FTA tarieven voor verkeer afkomstig van mobiele netwerken zoals deze gold tot 11 mei 2007 maakt en maakte onderhandelingen onmogelijk. Hierdoor is het niet mogelijk om te onderzoeken of het mogelijk is afspraken te maken waar alle betrokkenen tevreden mee kunnen zijn en de belangen van de eindgebruikers voldoende behartigd worden. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de algemene opvatting onder de mobiele partijen is dat het recente covenant waarschijnlijk niet tot stand zou zijn gekomen als een vaste partij (als Versatel) ook had kunnen mee-onderhandelen. Gelet op het feit dat de mobiele partijen belang hadden bij het covenant omdat daarmee de (lagere) Bulric gebaseerde tarieven uit het eerste besluit vermeden konden worden, geeft dit al aan dat er wel degelijk een effect uit kan gaan van (mee) onderhandelen met de mobiele aanbieders.

RN 354. De differentiatie van de vaste partijen richting de mobiele partijen is in de observatie van OPTA niet ingezet als middel of dreiging met als resultaat meer competitieve tarieven voor mobiele gespreksafgifte. OPTA verzuimt echter te onderzoeken wat daar de oorzaak van is en trekt derhalve ten onrechte de conclusie dat dit mechanisme niet werkt. Versatel kan namelijk uit ervaring aangeven dat de mobiele partijen in het door OPTA genoemde tijdvak, niet geïnteresseerd waren in directe interconnecties met een vaste partij zoals Versatel. Versatel heeft in 2004 en 2005 daarom getracht met KPN te onderhandelen over de mogelijkheid van gedifferentieerde tarieven via de KPN transitdienst. KPN weigerde echter elke medewerking waardoor wat mogelijk een pressiemiddel op de mobiele terminating tarieven zou kunnen zijn al in geschillen met KPN zou stranden. Hoewel gedifferentieerde tarieven mogelijk waren zowel in technische als in juridische zin, zie ook onze opmerkingen bij randnummer 314 is het niet mogelijk gebleken dit, in die periode, te realiseren. Daarmee is echter niet gezegd dat dit mechanisme niet werkt. Op dit punt heeft OPTA derhalve onvoldoende en onvolledig onderzoek gedaan en te snel de ongefundeerde en niet juist gemotiveerde conclusie getrokken dat het in rn 345 beschreven mechanisme niet zou werken.

RN 434, 436 en 455. OPTA geeft in RN 434 aan dat de dreiging van regulering wel degelijk een neerwaarts effect gehad heeft op de mobiele tarieven. In Randnummer 436 geeft OPTA echter weer aan dat geschilbeslechting dit effect niet heeft gesorteerd. Dat lijkt Versatel echter een onjuiste onderscheiding.. Immers de "vrijwillige" verlagingen van de MTA tarieven in 2003 vonden plaats in een periode waarin beide dreigingen speelden voor de MO's. Sterker nog, de verlagingen zijn door OPTA vervolgens "gegoten" in een geschilbesluit. Er was dus zowel de dreiging van een ingrijpen en er waren diverse geschilprocedures. Naar ons idee hebben beiden bijgedragen aan de verlaging van de tarieven en is het niet juist het effect in het geheel op het conto van de dreiging van ingrijpen te schrijven. De conclusie die OPTA trekt in RN 455 is wat ons betreft dan ook voorbarig, ongefundeerd en niet goed gemotiveerd.

## **Nawoord**

Versatel heeft er, na de uitspraak van het CBb inzake de MTA tarieven bij OPTA op aangedrongen om de mogelijkheid te onderzoeken van directe onderhandelingen tussen de mobiele aanbieders en de vaste aanbieders. OPTA heeft, naar aanleiding van de uitspraak van het CBB, de relatie tussen de vaste aanbieders en de mobiele aanbieders nader aan een onderzoek onderworpen. Daarbij heeft OPTA de mogelijkheid van werkelijke onderhandelingen tussen, op dat moment niet gebonden partijen, met de mogelijke dreiging van ex-ante regulering niet willen benutten. Daarmee heeft OPTA een belangrijke mogelijkheid voor vrijwillige tariefregulering tussen niet aangewezen vaste en mobiele partijen geblokkeerd.

Op grond van het voorgaande verzoekt Versatel uw college om de analyse op de markt voor mobiele gespreksafgifte opnieuw en verder uit te voeren en af te zien van het voornemen om – ongeclausuleerd – akkoord te gaan met de zelfregulering (convenant) van de mobiele operators.