

Postbus 7113
1007 JC Amsterdam
Strawinskylaan 1999
1077 XV Amsterdam
T +31 20 717 10 00
F +31 20 717 11 11

P. Sippens Groenewegen
T +31 20 71 71 903
F +31 20 71 71 335
piet.sippens@nautadutilh.com

Amsterdam, 27 juni 2007

OPENBARE VERSIE

Het college van de Onafhankelijke Post en
Telecommunicatie Autoriteit
Sector Telefonie
Zurichtoren
Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag

**per koerier, fax (070-315 3501) en
e-mail (Mobiël-MA@opta.nl)**

Geacht college,

PSG/sw – Vodafone/MTA

**Zienswijze Vodafone Libertel B.V. ten aanzien van het ontwerp Besluit van
het college van de OPTA inzake de relevante markten voor de
gespreksafgifte op individuele mobiele netwerken van 15 mei 2007
(OPTA/TN/2007/200849)**

Namens Vodafone Libertel B.V., gevestigd te Maastricht (verder: "Vodafone"),
voor wie ik als gemachtigde optreed met het recht van substitutie, zend ik u
hiermee tijdig de zienswijze van Vodafone ten aanzien van het ontwerpbesluit
van het college inzake de marktanalyse gespreksafgifte op de mobiele netwerken
van KPN, Orange, Tele2, T-Mobile en Vodafone d.d. 15 mei 2007
(OPTA/TN/2007/200849, verder: "het Ontwerpbesluit"). Desgewenst zal
Vodafone per omgaande een kopie van het Ontwerpbesluit nazenden.

Vertrouwelijkheid

De meegezonden bijlagen bevatten strikt vertrouwelijke informatie.

Inleiding

1. De tarieven voor gespreksafgifte op mobiele netwerken zijn in de
afgelopen jaren onderwerp geweest van debat. Regulering van de tarieven

Amsterdam

Brussel

Londen

Luxemburg

New York

Rotterdam

NautaDutilh N.V. is gevestigd te Rotterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24338323.
Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst tot opdracht met
NautaDutilh N.V. Op de overeenkomst zijn van toepassing de algemene voorwaarden van NautaDutilh N.V.
Deze algemene voorwaarden bevatten onder meer een beperking van aansprakelijkheid, zijn gedeponerd ter
griffie van de Rechtbank te Rotterdam, zijn in te zien op www.nautadutilh.com en worden op verzoek kosteloos
toegezonden.
ABN AMRO Bank 46.69.93.293; Fortis Bank 64.21.43.218; Postbank 50296; ten name van Stichting Beheer
Derdengelden Advocatuur NautaDutilh.

voor gespreksafgifte op mobiele telecommunicatienetwerken heeft voor een partij als Vodafone grote financiële gevolgen. Voor de mobiele operators die actief zijn in Nederland alsmede Tele2 is de onzekerheid over de mogelijke regulering van tarieven voor gespreksafgifte op mobiele netwerken aanleiding geweest om, binnen de door de Nederlandse Mededingingsautoriteit geschetste kaders, overleg te plegen over de over en weer te hanteren tarieven voor mobiele gespreksafgifte over een periode van drie (3) jaar. In het kader van het bereiken van overeenstemming tussen partijen heeft onder meer Vodafone een aantal standpunten moeten prijsgeven: dat heeft zij gedaan om de onzekerheid over een mogelijke en naar inhoud onbekende regulering, weg te nemen. Vodafone heeft daarbij standpunten prijs gegeven zonder dat zij meende daartoe gehouden te zijn maar om een bijdrage te leveren aan het bereiken van overeenstemming. Onderdeel van die overeenstemming is echter de voorwaarde dat betrokkenen bij het realiseren van het convenant (verder: "Convenant") niet gedwongen worden tot het toepassen van lagere tarieven voor mobiele gespreksafgifte dan die zijn opgenomen in het Convenant.

2. In dat kader hebben de partijen bij het Convenant verklaard in beginsel hun recht van beroep tegen een besluit van OPTA waarbij de tarieven van mobiele gespreksafgifte worden gereguleerd, prijs te geven, indien dat leidt tot zekerheid over de hoogte van de tarieven zoals opgenomen in het Convenant. Vodafone heeft derhalve het recht van beroep in ieder geval niet prijsgegeven voor het geval een besluit en/of mededeling van OPTA en/of beroepen van derden aanleiding kunnen geven tot lagere tarieven dan de tarieven die zijn opgenomen in het Convenant.
3. Vodafone meent daarom, nu zij zich om redenen als hiervoor beschreven kan verenigen met de gevolgen van het Ontwerpbesluit (doch uitdrukkelijk niet met de overwegingen die ten gronde liggen aan het Ontwerpbesluit), niet gehouden te zijn om haar zienswijze thans reeds in te dienen. Zekerheidshalve zal zij dat desalniettemin doen, zij het voorwaardelijk, voor het geval de OPTA en/of derden een besluit neemt respectievelijk rechtsmiddelen toepassen die aanleiding kunnen geven tot lagere tarieven voor gespreksafgifte op mobiele netwerken, dan de tarieven die zijn opgenomen in het Convenant. Vanzelfsprekend geeft Vodafone daarmee niet het recht prijs als belanghebbende in een dergelijke, door een derde mogelijk in te stellen bezwaar of beroep respectievelijk in het geval van een ander (ontwerp) besluit zoals hiervoor bedoeld, meer en/of andere bedenkingen en bezwaren aan te voeren.

4. Ten principale meent Vodafone dat zij niet beschikt over aanmerkelijke marktmacht voor de afwikkeling van gesprekken op haar mobiele netwerk. Het eventuele opleggen van ex ante verplichtingen is (mede) daarom noch noodzakelijk noch proportioneel. Vodafone verwijst voor haar bezwaren tegen het Ontwerpbesluit onder meer naar hetgeen zij heeft aangevoerd in haar zienswijze van 3 augustus 2006 (ingediend door haar toenmalige gemachtigde, mr P. Wit, advocaat te Amsterdam. Een kopie van laatstbedoelde zienswijze wordt als Bijlage 1 met de onderhavige zienswijze mee gezonden) en verzoekt het college de inhoud van de zienswijze van 3 augustus 2006 als hier herhaald en ingelast te beschouwen.
5. In aanvulling daarop voert Vodafone het volgende aan.

Verloop van de procedure

6. Vodafone maakt bezwaar tegen de korte termijn die haar is gegund om te reageren op de onderzoeksrapporten van Oxera inzake de kopersmacht en het Welvaartsmodel MTA regulering van Ecorys. Voor Vodafone is niet kenbaar hoe de door haar verstrekte informatie is gebruikt bij het samenstellen van de rapporten van Oxera en Ecorys. In het bijzonder is dit van invloed op de resultaten die aan het welvaartsmodel worden toegerekend, nu achteraf blijkt dat het welvaartsmodel een belangrijke rechtvaardiging voor OPTA is gebleken voor de in het Ontwerpbesluit te nemen maatregelen.
7. Een zorgvuldige procedure had met zich meegebracht dat belanghebbenden als Vodafone meer tijd zou zijn gegund om te reageren op de omvangrijke en complexe onderzoeksrapporten die ten grondslag worden gelegd aan een besluit dat grote financiële gevolgen heeft voor onder meer Vodafone. Voorts is het onzorgvuldig dat het BULRIC model (dat ten grondslag heeft gelegen aan het Ontwerpbesluit) als zodanig en evenmin de daarin opgenomen parameters, niet in het kader van deze marktanalyse onderwerp zijn geweest van consultatie. Een en ander is temeer onzorgvuldig, nu OPTA niet of nauwelijks (kenbaar) is ingegaan op de door Vodafone ter beschikking gestelde informatie en haar reacties op de onderzoeksrapporten.
8. Nu partijen door middel van Convenant over zijn gegaan zijn tot zelfregulering, is er geen noodzaak en dus geen deugdelijke wettelijke basis om desalniettemin over te gaan tot het opleggen van ex ante verplichtingen. Aangezien het Convenant onmiskenbaar tegemoetkomt aan iedere

mogelijke zorg ten aanzien van buitensporig hoge tarieven, is er voor OPTA geen grond om over te gaan tot enige vorm van tariefregulering. Dat leidt er tevens toe dat in het definitieve besluit het BULRIC model als zodanig geen rol meer hoeft te spelen. Omdat het Convenant zeker stelt dat buitensporige tarieven zich niet kunnen voordoen is de regulering zoals door het college in het Ontwerpbesluit voorzien, niet proportioneel.

Relevante markt

9. De markt voor mobiele gespreksafgifte, voor zover van een aparte markt al sprake zou kunnen zijn, is in ieder geval nauw verbonden met andere markten, waaronder die voor mobiele gespreksopbouw en gespreksdoorgifte (het zogenaamde transitverkeer). In het Ontwerpbesluit wordt onvoldoende rekenschap van deze onderlinge verbondenheid gegeven.

Aanmerkelijke marktmacht

10. Vodafone kan zich niet onafhankelijk gedragen van haar concurrenten, klanten en consumenten. Mobiele operators zijn onderling afhankelijk en kunnen niet eenzijdig prijsverhogingen doorvoeren zonder dat dit gepaard gaat met significante tegenreacties van andere marktpartijen.
11. Vodafone kan, zoals reeds gesteld, zich niet onafhankelijk gedragen van concurrenten, klanten of consumenten en heeft ook nimmer haar tarieven voor mobiele gespreksafgifte eenzijdig verhoogd.
12. KPN Mobiel heeft eind 2001 haar tarieven eenzijdig verlaagd en in een latere fase weer verhoogd. Dit veroorzaakte een kettingreactie aan tariefsverhogingen. Zo hebben achtereenvolgens T-Mobile, Tele2 mobiel, Orange en O2 hun tarieven in respectievelijk 2002 en 2003 verhoogd in reactie op de verhoging van KPN. Vodafone heeft er destijds voor gekozen om haar tarieven niet te verhogen, maar de verhogingen van anderen niet te accepteren. Uiteindelijk is de betwisting door Vodafone van de tarieven van KPN door KPN gehonoreerd en heeft Vodafone de verhogingen niet betaald. Dit geeft duidelijk aan dat het niet mogelijk is om onafhankelijk van andere partijen te acteren. Een neerwaartse beweging zal niet snel gevolg vinden, maar op een opwaartse beweging wordt direct gereageerd, zij het met verhogingen, zij het met betwistingen en/of procedures. Er is dus wel degelijk sprake van een zelfdisciplinerende werking in de markt als het om tariefsverhogingen gaat, mede vanwege de beschikbaarheid van de wettelijke dispuutregeling. De bovenstaande casus is uitvoerig besproken

met de onderzoeker van Oxera, maar is in het rapport volledig onderbelicht en niet op waarde geschat.

13. Uit het bovenstaande blijkt tevens dat KPN kennelijk in staat is de markt te besturen en door middel van disputen partijen te disciplineren. Het niet betalen van (te hoge) tarieven is een sterk machtsmiddel. Zeker als het een mobiele partij betreft die een financiële afhankelijkheid heeft van KPN omdat zij maandelijks meer geld van KPN moet ontvangen dan dat zij zelf aan KPN moet betalen. In het verlengde hiervan geldt eenzelfde machtsmiddel voor partijen die eenzijdige interconnectie bieden. De afnemende partij kan door te weigeren haar betalingsverplichtingen te voldoen de andere partij (commercieel) onder druk zetten. Deze moet immers op basis van de interoperabiliteitsverplichting gewoon blijven leveren.
14. Daarnaast is opvallend dat nieuwe toetreders tot zowel de vaste als mobiele markt, hoewel zij in beginsel relatief vrij zijn in het bepalen van hun tarieven, vrijwel altijd met zeer lage tarieven starten. Kennelijk is KPN in staat om kopersmacht uit te oefenen ten aanzien van deze partijen die graag toegang willen en is KPN in staat die toegang te onthouden zolang KPN niet met tarieven van de toetreders instemt. De door het college getrokken conclusie dat er geen sprake zou zijn van kopersmacht is daarom ongegrond.
15. Bovendien heeft OPTA in het Ontwerpbesluit niet of nauwelijks aandacht besteed aan de vraag of mobiele operators zich in hun onderlinge verhouding onafhankelijk kunnen gedragen, welke afhankelijkheid reeds is vastgesteld door het CBB in de uitspraak van 29 augustus 2006 (LJN nr AY7997). Ten onrechte heeft OPTA zich beperkt tot de vraag of vaste aanbieders voldoende kopersmacht kunnen uitoefenen, temeer nu OPTA zelf veronderstelt dat mobiele operators geen verschillende tarieven kunnen hanteren jegens verschillende “kopers”. Ook om deze reden is het Ontwerpbesluit ontoereikend gemotiveerd.
16. Bovendien is de analyse van Oxera, die aanneemt dat vaste aanbieders over onvoldoende buying power beschikken, slechts gebaseerd op theoretische aannames. Sinds de uitspraak van het CBB inzake Versatel (BA 4880) is sprake van een nieuwe situatie die door OPTA nader dient te worden onderzocht.
17. Meer in het algemeen is het Oxera rapport een onvoldoende analyse van de bestaande kopersmacht. Aangezien de analyse deels is gebaseerd op vragen

aan een veelheid van marktpartijen, kunnen de resultaten niet als betrouwbaar gelden. Het risico van strategische beantwoording van vragen is aanzienlijk en uit het Ontwerpbesluit blijkt niet dat OPTA zich daar rekenschap van heeft gegeven. Meer in het algemeen volgt uit de genoemde uitspraak dat per afzonderlijke operator bepaald dient te worden of sprake is van AMM. De OPTA heeft zich ten onrechte (wederom) beperkt tot een abstracte, theoretische analyse en zich niet uitgelaten over specifiek voor Vodafone relevante feiten en omstandigheden die tot de conclusie kunnen leiden dat Vodafone over AMM beschikt.

Toegang

18. Hoewel het college het risico van weigering tot het leveren van toegang signaleert is naar de mening van Vodafone onvoldoende aangevoerd door het college om aan te nemen dat het bestaande wettelijk kader niet toereikend is om het manifesteren van dit risico te voorkomen. Het opleggen van een aanvullende toegangsverplichting is daarom naar de mening van Vodafone onnodig en disproportioneel.

Discriminatie

19. Prijsdiscriminatie op het gebied van mobiele gespreksafgifte zou kunnen leiden tot concurrentie tussen mobiele gespreksafgifte en gespreksdoorgifte in de vorm van transit verkeer. Als gevolg van regulering zoals door OPTA voorzien wordt deze concurrentie onmogelijk gemaakt. Kleinere mobiele operators zouden door middel van de hiervoor bedoelde prijsdiscriminatie verkeer kunnen bundelen om gezamenlijk in te kopen en aldus hun onderscheiden efficiëntie te bevorderen. De enkele dreiging van non-discriminatie frustreert marktwerking tussen gespreksafgifte op mobiele netwerken en afwikkeling via transit. OPTA heeft zich in het Ontwerpbesluit beperkt tot een onderzoek naar mogelijke negatieve gevolgen van prijsdiscriminatie, en heeft de mogelijke concurrentiele voordelen ten onrechte niet nader onderzocht. Evenmin heeft OPTA voldoende onderbouwd waarom ex post toetsing onder het algemene mededingingsrecht en / of de wettelijke dispuutmogelijkheid niet zouden kunnen volstaan.

Tarief gespreksafgifte

20. De huidige tarieven zijn niet buitensporig hoog en van het handhaven van tarieven op een buitensporig hoog peil kan dan ook geen sprake zijn. Miskend wordt dat het toepassen van de huidige tarieven onmiskenbaar

voordeel biedt aan eindgebruikers nu een belangrijk deel van deze tarieven wordt aangewend voor subsidies op mobiele handsets. De thans door Vodafone toegepaste tarieven voor mobiele gespreksafgifte zijn in lijn met de kostprijs, een en ander zoals eerder door Vodafone in haar zienswijze van 3 augustus 2006 ook is aangegeven.

21. Het gebruik van een benchmark zonder toelichting op de eigenschappen van de markten in de geselecteerde landen is niet overtuigend. Lokale (prijsbepalende) aspecten kunnen immers van grote invloed zijn: daarbij kan worden gedacht aan geografische kenmerken, frequentieverdeling, het aantal abonnees, de kosten van arbeid en onroerend goed, betaalde vergoedingen voor het verkrijgen van frequenties etc.
22. Uit de benchmark volgt overigens dat het tarief zoals thans door Vodafone toegepast zich verdraagt met de tarieven in soortgelijke landen en bepaald niet als buitensporig kan worden aangemerkt. Het is merkwaardig dat weliswaar de in de benchmark opgenomen referentielanden als landen van de Europese Unie worden aangemerkt terwijl overigens daar Turkije (geen lid van de Europese Unie) ook in blijkt te zijn betrokken.
23. Ten onrechte wordt in het kader van de benchmark aangevoerd dat er in alle betrokken landen een onderzoek naar de onderliggende efficiënte kosten is uitgevoerd. Dat is niet juist. In Duitsland is het tarief op basis van een benchmark vastgesteld, waarna de rechter heeft geconcludeerd dat ex post toezicht in de relevante markt volstaat.
24. Tenslotte maakt Vodafone bezwaar tegen het feit dat de bronnen, de toegepaste selectiecriteria en de weergave van de gemiddelde tarieven niet verifieerbaar zijn, en voor zover Vodafone kan nagaan, onjuist.
25. OPTA laat in haar besluitvorming overigens na om naast Tele2 Mobiel alle andere MVNOs te reguleren. Op dit moment zijn er twee partijen die eigen tarieven publiceren (Scarlet en INMO) en zijn aan een derde partij mobiele nummers en netwerk codes toegekend (Elephant Talk). Verder zijn er nog een aantal partijen in oprichting. OPTA laat na een beleidsregel terzake de positie van MVNOs te stellen. Dit zorgt voor asymmetrie in regulering en onduidelijkheid in de markt.

Transparantie

26. OPTA heeft in het Ontwerpbesluit onvoldoende gemotiveerd waarom een transparantieverplichting passend en proportioneel is. In het bijzonder heeft

OPTA niet gemotiveerd welke concrete mededingingsproblemen zich voordoen, bijvoorbeeld door concreet aan te geven welke informatie niet zal worden verstrekt in het kader van interconnectie en gespreksafgifte. Veelzeggend in dit kader is dat de NMa in het bij het Ontwerpbesluit behorend advies in het geheel niet heeft gesproken van dergelijke mededingingsproblemen. Mede op basis daarvan heeft OPTA onvoldoende onderbouwd waarom niet kan worden volstaan met ex post toezicht of handhaving via reguliere geschillenbeslechting op het gebied van interconnectie.

BULRIC

27. Het in 2005 door OPTA toegepaste en ontwikkelde economisch kostprijs model BULRIC is achterhaald en niet passend, aangezien het kostenniveau van Vodafone leidend moet zijn bij het bepalen van redelijke tarieven. Een meer relevant en van recenter datum model (zoals gebruikt in het Verenigd Koninkrijk) was op zijn plaats geweest (voorzover er al moet worden toegekomen aan het berekenen van een kostprijsmodel gelet op de zelfregulering van marktpartijen). Een aantal belangrijke variabelen zijn niet betrokken in het BULRIC model: daarbij kan onder meer worden gedacht aan
 - 3G kosten zijn in het model buiten beschouwing gelaten
 - Het gebruiken van gedifferentieerde tarieven is niet in lijn met de theorie achter toetreding van een efficiënte operator
 - Het bewust weglaten van acquisitie en retentiekosten is onjuist en onvolledig onderbouwd.Vodafone verwijst verder naar haar eerdere bezwaren tegen het BULRIC model, opgenomen in Bijlage [vertrouwelijk].
28. In het geval dat Deutsche Telekom Orange zou overnemen, ontstaat een nieuwe situatie waarin de aanwezigheid van een delta tussen 1800 aanbieders en 900 aanbieders achterhaald is. Een eventuele overname in combinatie met het beschikbare 900 spectrum maakt het onderscheid tussen 900 en 1800 aanbieders volledig achterhaald. De delta zou in dat geval moeten verdwijnen, om marktverstoring te voorkomen.
29. Het bestaan van een delta verstoort de MVNO markt. MVNO's zullen een voorkeur hebben voor een netwerk waarvoor, vanwege de delta, een hoger afgiftetarief geldt. Voor zover de MVNO niet in staat is eigen afgiftetarieven te bepalen, zal zij het verschil in afgiftetarief in onderhandelingsresultaat willen terugzien. In die zin vormt het bestaan van een delta een verstoring van de eerlijke concurrentie op de markt voor

MVNO's. Vodafone heeft haar initiële MVNO propositie moeten aanpassen om te kunnen compenseren voor het verlies aan MTA inkomsten van de MVNO. In alle discussies die Vodafone tot op heden met potentiële MVNOs heeft gehad speelde de MTA delta steeds een nadrukkelijke rol in de commerciële gesprekken.

Welvaartseffecten

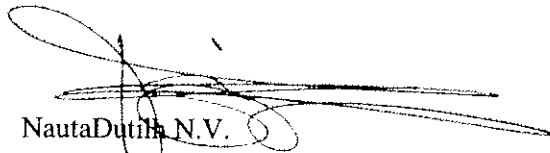
30. Voor het vaststellen van het bestaan van een welvaartseffect moeten zowel het producenten- als het consumentensurplus worden meegenomen. Dat artikel 1.3 Tw in een sub bij lid 1 bepaalt dat het bevorderen van de belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit een doelstelling is, impliceert geenszins dat de welvaartstoets eenzijdig kan worden ingevuld. De economische theorie waarin het welvaartseffect bestaat uit de combinatie van consumenten- en producentensurplus blijft ongewijzigd van kracht. Dat het bestaan van een welvaartseffect voor consumenten een noodzakelijke voorwaarde voor deze regulering is, spreekt voor zichzelf, maar dit kan niet betekenen dat het producentensurplus wordt gediskwalificeerd als medebepalende factor.¹ Ook het producentensurplus komt mede gezien het waterbedeffect en andere effecten (ontwikkelen nieuwe diensten etc.) immers ook ten goede aan de welvaart. (randnummers 614-615)
31. Indien de juiste economische theorie wordt gebruikt volgen uit het Ecorys model uiterst marginale welvaartseffecten (21 of 22 miljoen euro in 3 jaar, randnummer 645), waarbij bovendien nog een door OPTA erkende onzekerheidsmarges in het model zitten, die dit effect verder zouden kunnen verminderen (zie bijvoorbeeld randnummer 647 over het waterbedeffect). Op een totale markt is een dergelijk minimaal welvaartseffect onvoldoende grond voor het opleggen van enige tariefverplichting en geeft aan dat een tariefmaatregel niet proportioneel is.
32. Het gebruik van de wetenschappelijk correcte waarde voor de prijselasticiteit (mobiel originierend minimaal -0.3 en vast mobiel -0.05, rapport Nera) en het waterbed effect (0.75 zie rapport Nera) zou leiden tot een welvaartseffect van NEGATIEF 54 miljoen Euro. Vodafone betwijfelt dan ook ten eerste dat de welvaart door regulering zal stijgen. De argumenten die door OPTA worden aangedragen voor de gebruikte parameters zijn onvoldoende en afgeleid uit studies met statistisch onvolledige analyses. [vertrouwelijk].

Conclusie

Met het bestaan van het Convenant vervalt de noodzaak tot het opleggen van enige (verdere) verplichting. Ex post toezicht op grond van het bestaande wettelijk kader volstaat voor het waarborgen van redelijke tarieven.

Op grond van het voorgaande meent Vodafone dat het Ontwerpbesluit niet in stand kan blijven en dat het college het Ontwerpbesluit althans een daarop volgend besluit op de hierboven genoemde onderdelen zou moeten aanpassen.

Hoogachtend,



NautaDutilh N.V.
P. Sippens Groenewegen
Gemachtigde

Bijlagen

[vertrouwelijk]