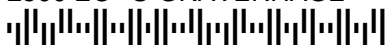


Openbaar

Ministerie van Economische Zaken
Directie ICT en Toepassing
De heer drs M.G.H. Verhagen
Postbus 20101
2500 EC 'S-GRAVENHAGE



Contactpersoon	Ons kenmerk	Uw kenmerk	Doorkiesnummer
drs. C.J. Muselaers	OPTA/AM/2009/201672		(070) 315 35 92
Datum	Onderwerp		Bijlage(n)
17 juli 2009	Zienswijze ten aanzien van flexibilisering en caps		

Geachte heer Verhagen,

Per brief van 25 juni 2009 heeft u, namens het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ) het college van de Onafhankelijk Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) gevraagd zijn zienswijze te geven op een tweetal beleidsvoornemens. EZ vraagt het college de proportionaliteit van deze beleidsvoornemens te beoordelen en vraagt of de beleidsvoornemens een bijdrage leveren aan de doelstellingen die ten grondslag liggen aan het beleid. Concreet zijn de beleidsvoornemens als volgt door EZ geformuleerd:

1. Het Nationaal Frequentieplan wordt gewijzigd. De bestemmingen van de 900, 1800, 2100, en 3500 MHz banden worden techniekneutraal. Op verzoek van de vergunninghouder wordt diens vergunning in een van deze banden om niet geflexibiliseerd. Bepalingen in die vergunningen die een techniek voorschrijven worden geschrapt. Verder blijft de inhoud van de vergunningen gelijk.
2. Bij de verdeling van het 2,6 GHz spectrum wordt ruimte gecreëerd voor nieuwkomers op de markt voor mobiele communicatie door aan de zittende partijen op die markt individuele caps op te leggen. Voor de berekening van de caps wordt rekening gehouden met het huidige bezit van spectrum van partijen in de 900, 1800 en 2100 MHz band.

In de brief van 25 juni stelt EZ dat de volgende doelstellingen aan haar beleid ten grondslag liggen:

- het faciliteren van efficiënt spectrumgebruik;
- het zorgen dat de consument een zo ruim mogelijke keuze in (breedbandige) mobiele communicatietoepassingen krijgt.

Het college zal in deze brief een afzonderlijke zienswijze formuleren op beide beleidsvoornemens. Het college zal daarbij in paragraaf 1 en 2 ingaan op de proportionaliteit van de beide beleidsvoornemens en beoordelen of de beleidsvoornemens elk afzonderlijk een bijdrage leveren aan de genoemde doelstellingen. In conclusie, in paragraaf 3, zal het college de proportionaliteit van beide beleidsvoornemens in gezamenlijkheid beoordelen.

1 Flexibilisering bestaande vergunningen

Conform artikel 14, lid 1 van de Machtigingsrichtlijn dienen lidstaten erop toe te zien dat de rechten, voorwaarden en procedures die van toepassing zijn bij algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren, slechts in objectief gerechtvaardigde gevallen en op proportionele wijze kunnen worden gewijzigd.¹ Op verzoek van EZ heeft SEO Economisch Onderzoek samen met 2knowit (hierna samen: SEO) onderzocht of aan deze voorwaarde is voldaan. SEO komt tot de conclusie dat flexibilisering waarschijnlijk enige concurrentieverstoring op de markt voor mobiele communicatie teweeg brengt, omdat partijen, naar mate zij meer frequentieruimte bezitten, naar verwachting meer van flexibilisering zullen profiteren. Per saldo worden de licht negatieve markteffecten volgens SEO echter meer dan voldoende gecompenseerd door maatschappelijke baten, in de vorm van spectrumefficiëntie en een breder en kwalitatief hoogstaander dienstenaanbod. Daarbij stelt SEO dat de druk op de vraag naar spectrum verminderd, evenals de noodzaak om vanuit strategische overwegingen spectrum te kopen bij de 2,6 GHz verdeling.

Het college volgt de analyse van SEO en deelt de conclusie dat de licht negatieve markteffecten in voldoende mate gecompenseerd worden door de maatschappelijke baten. Hierbij merkt het college op dat maatschappelijke baten, in de vorm van een innovatief, breder en kwalitatief hoogstaander dienstenaanbod, naar zijn mening als positieve markteffecten aangemerkt kunnen worden. Dit neemt niet weg dat het college wel zorgen heeft ten aanzien van de mogelijk negatieve markteffecten. Zoals ook SEO signaleert, neemt het college waar dat bestaande spelers op de Nederlandse mobiele communicatiemarkt hun positie hebben versterkt, bijvoorbeeld door de overnames van Telfort door KPN en van Orange door T-Mobile. Een verdere afname van concurrentie als gevolg van negatieve markteffecten veroorzaakt door flexibilisering is daarom ongewenst. Zoals het college in paragraaf drie zal bespreken kunnen aanvullende maatregelen, zoals het hanteren van een individuele cap voor KPN, T-Mobile en Vodafone bij de verdeling van frequentieruimte in de 2,6 GHz band, er voor zorgen dat negatieve markteffecten van flexibilisering worden gecompenseerd door positieve markteffecten als gevolg van toetreding door nieuwkomers.

Ondanks dat ook het college signaleert dat de concurrentie op de Nederlandse mobiele communicatiemarkt is verminderd, wil het college benadrukken dat hij op deze markt op dit moment geen aanmerkelijke marktmacht heeft vastgesteld. Ook het feit dat de Europese Commissie de overnames van Telfort door KPN en van Orange door T-Mobile heeft goedgekeurd en dus geoordeeld heeft dat deze concentraties de mededinging niet significant beperken, geeft aan dat de Nederlandse mobiele communicatiemarkt op dit moment als voldoende concurrerend kan worden beschouwd.

Ten aanzien van de flexibilisering van bestaande vergunningen wil het college tot slot enkele kanttekeningen plaatsen bij enkele conclusies van SEO. Het college deelt de visie van SEO dat door flexibilisering de druk op de vraag naar spectrum kan verminderen. Hieraan voegt SEO toe dat ook de noodzaak om vanuit strategische overwegingen spectrum te kopen bij de 2,6 GHz verdeling afneemt.

¹ Machtigingsrichtlijn 2002/20/EG, artikel 14, lid 1.

Het college wil onderstrepen dat hij, ook na flexibilisering van bestaande vergunningen, de prikkel tot strategische verwerving onverminderd aanwezig acht. Ondanks dat de schaarste door flexibilisering feitelijk afneemt, kunnen partijen nog steeds de prikkel hebben om de schaarste in de praktijk in stand te houden door frequentieruimte die wordt verdeeld strategisch te verwerven. Door het hanteren van caps kan de mogelijkheid tot strategische verwerving deels worden weggenomen.

2 Individuele caps

Ten aanzien van de vergunningverlening in de 2,6 GHz band heeft het college twee maal eerder advies uitgebracht. Daarnaast heeft het college eenmaal een aanvullende zienswijze aan EZ doen toekomen. In zijn eerste advies van 27 juli 2007 heeft het college uitgesproken dat bij voorkeur een beperkt aantal kavels per partij wordt uitgegeven, zodat meerdere marktpartijen frequentieruimte kunnen verwerven en kunnen toetreden.² Het aantal te verwerven kavels per partij zou in ieder geval beperkt moeten worden tot de frequentieruimte die noodzakelijk is voor het inrichten voor een landelijk dekkend netwerk van voldoende kwalitatief niveau. In zijn tweede advies van 15 augustus 2008 heeft het college geoordeeld dat een tweetal beleidsaanpassingen die EZ voorstelde, het verlagen van de cap van 80 MHz naar 40 MHz en een stringentere ingebruiknameverplichting, de doelstellingen van EZ dichterbij brengen.³

Per brief van 21 januari 2009 heeft het college naar aanleiding van de motie Van Dam⁴ een nadere toelichting op zijn eerdere adviezen gegeven.⁵ Het college heeft daarbij gesteld dat het uitvoeren van de motie, voor zover het gaat om het beperken van UPC en Ziggo, volgens hem een viertal negatieve gevolgen zou kunnen hebben. De overweging in de motie dat het wenselijk is dat de veiling leidt tot een toename van concurrentie op markten voor communicatiediensten wordt door het college ondersteund. Het college stelt daarom dat het zich kan voorstellen dat de bestaande spelers KPN, T-Mobile en Vodafone op enigerlei wijze worden beperkt ten opzichte van nieuwkomers. Om tegemoet te komen aan de motie Van Dam heeft EZ het beleidsvoornemen opnieuw aangepast ten einde ruimte te bieden aan drie nieuwkomers door de bestaande spelers op de mobiele elektronische communicatiemarkt gedeeltelijk te beperken. Deze aanpassing is ter beoordeling aan SEO voorgelegd.

Voor KPN, T-Mobile en Vodafone geldt volgens SEO dat de caps, van respectievelijk 20, 20 en 30 MHz, hen niet ernstig in hun mogelijkheden beperken. Daarvan uitgaande en aangenomen dat als gevolg van dit beleidsvoornemen toetreding door nieuwkomers zal plaatsvinden, acht het college deze aanpassing van het beleidsvoornemen proportioneel. Bovendien brengt de aanpassing van het beleidsvoornemen dan de realisatie van de doelstellingen van EZ dichterbij. SEO plaatst hierbij als kanttekening dat er mogelijke belemmeringen voor toetreding zijn voor met name partijen zonder mobiele klantenbasis die nog netwerkinvesteringen zullen moeten plegen. Het college deelt deze visie

² Adviesaanvraag vergunningverlening 2,6 GHz frequentieband, 27 juli 2007, kenmerk: OPTA/BO/2007/201434.

³ Advies vergunningverlening 2,6 GHz, 15 augustus 2008, kenmerk: OPTA/AM/2008/201770.

⁴ Motie Van Dam, Kamerstukken TK 2008-2009, 18 december 2008, 24095, nr. 229.

⁵ Zienswijze motie vergunningverlening 2,6 GHz, 21 januari 2009, kenmerk: OPTA/AM/2009/200090.

van SEO en herhaalt hierbij, in lijn met zijn advies van 15 augustus 2008 en zijn brief van 21 januari 2009, dat of een nieuwkomer de mededinging ook daadwerkelijk zal bevorderen, mede afhankelijk is van het antwoord op de vraag of de nieuwkomer ook daadwerkelijk een businesscase heeft.

Ten aanzien van de bepaling van de individuele caps wil het college de volgende kanttekening plaatsen. In zijn brief aan EZ van 21 januari 2009 heeft het college gesteld dat er slechts drie spelers zijn die met behulp van reeds verworven spectrum mobiele communicatiediensten op landelijke schaal aan eindgebruikers kunnen leveren. In de Concept Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 2,6 GHz (pagina 63, laatste alinea) leidt EZ hieruit af dat de frequentieruimte in de 3,5 GHz band niet vergelijkbaar is met frequentieruimte in de 2,6 GHz band. Het college maakt graag van deze gelegenheid gebruik om zijn standpunt ten aanzien hiervan te verhelderen.

De beschreven stelling van het college is vooral gebaseerd op het feit dat Worldmax geen landelijk netwerk heeft uitgerold op basis waarvan mobiele communicatie diensten aan eindgebruikers worden aangeboden. Als speler op de genoemde markt is Worldmax om die reden aan te merken als nieuwkomer. Dit betekent dat Worldmax geen dusdanige positie heeft op de markt die een prikkel geeft om over te gaan tot strategische verwerving. De prikkel om frequentieruimte strategisch te verwerven met als oogmerk om anderen uit te sluiten ontstaat immers pas op het moment dat er sprake is van een zekere mate van marktmacht. Zonder marktmacht kan een speler namelijk geen waarde voor zichzelf creëren door frequentieruimte uit strategisch oogmerk ongebruikt 'op de plank te laten liggen'.

Ondanks dat het college geen onderzoek heeft uitgevoerd naar de vergelijkbaarheid van frequentieruimte in de 3,5 GHz en frequentieruimte in de 2,6 GHz band, kan volgens het college gesteld worden dat het niet proportioneel zou zijn om Worldmax gelijk te behandelen als KPN, T-Mobile en Vodafone. Overigens sluit het college niet uit dat frequentieruimte in de 3,5 GHz band niet te vergelijken is met frequentieruimte in de 2,6 GHz band.

3 Voorwaardelijkheid

EZ komt, in navolging van SEO, voor beide beleidsvoornemens op zichzelf tot de conclusie dat de baten van het voornemen opwegen tegen de kosten. EZ voegt daar aan toe dat de compenserende kracht die uitgaat van de individuele cap bijdraagt aan de conclusie dat de verstoringen van de marktverhouding, veroorzaakt door flexibilisering, niet zodanig zijn dat extra maatregelen genomen moeten worden. De individuele caps gelden daarom, zoals ook SEO stelt, als voorwaardelijk om de maatschappelijke baten van flexibilisering te realiseren. Omgekeerd maakt flexibilisering het introduceren van een cap voor de huidige vergunninghouders aanvaardbaar. Flexibilisering leidt namelijk tot een afnemende spectrumbehoefte van MNO's.

Het college heeft reeds aangegeven dat ook hij tot de conclusie komt dat beide beleidsvoornemens op zichzelf proportioneel zijn en een bijdrage leveren aan de doelstellingen die ten grondslag liggen aan het beleid. Vanwege het belang dat het college, op basis van zijn doelstelling zoals geformuleerd in artikel 1.3, lid 1a van de Tw, hecht aan het bevorderen van concurrentie bij het leveren van

elektronische communicatiediensten, onderstreept het college dat vooral de combinatie van beide maatregelen maakt dat de baten opwegen tegen de kosten en dat een bijdrage wordt geleverd aan de doelstellingen.

Hoogachtend,

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Plv. afdelingshoofd afdeling Markten

mw. drs. C.M.I. Cramer