

**Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
Aan de Staatssecretaris**

Reactie op het in consultatie gebrachte ontwerpbesluit 'Algemene richtlijnen concessiehouders Wet telecommunicatievoorzieningen BES' – hierna Reactie

Ontvanger van de Reactie ten deze is de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, gezeteld te 's-Gravenhage, Nederland, hierna te noemen (de) "Staatssecretaris".

Hierna volgt de Reactie op het d.d. 30 juni 2021 door de Staatssecretaris in consultatie gebrachte ontwerpbesluit '*Algemene richtlijnen concessiehouders Wet telecommunicatievoorzieningen BES*' – hierna Besluit te noemen. De sluitingsdatum voor onderhavige consultatie is 8 september 2021.

De Reactie op het Besluit laat zich onderverdelen in artikelsgewijs commentaar op de inhoud van het Besluit. Voorafgaand aan het artikelsgewijs commentaar zal inleidend de context van het Besluit, bestaande uit (o.a.) de (voor)geschiedenis, het beleid, de noodzaak en motivering, en het wettelijk kader worden besproken

1. Inleiding

1.1. Na de staatkundige wijzigingen van 10 oktober 2010 heeft het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) besloten om voor een periode van vijf (5) jaren te volstaan met het observeren van de telecommunicatiesector op Bonaire, Saba en Sint-Eustatius (BES) teneinde in deze zogenaamde transitieperiode vast te stellen of er verbeteringen gewenst zouden zijn op het gebied van beleid en/of regelgeving voor het telecommunicatiespeelveld BES. Na deze migratieperiode heeft er tot 1 januari 2020 niets noemenswaardig plaatsgevonden aan wijzigingen op het gebied van beleid en/of regelgeving. Tot op de dag van vandaag is er geen (nieuw) beleid of een visie voor de telecommunicatiesector BES ontwikkeld.

1.2. In een brief aan de Tweede Kamer van 10 september 2020 heeft de Staatssecretaris van EZK aangegeven dat EZK naar verdere modernisering van de telecommunicatieregelgeving op de BES streeft. In dit kader heeft begin 2020 reeds een wijziging plaatsgevonden van het Besluit opgedragen telecommunicatiediensten BES (BOT BES). Door deze wijziging wordt thans ook datadienstverlening gereguleerd. Als tweede stap wordt nu gekeken naar een herziening van de huidige concessies, om deze uniformer en toekomstgericht te maken. Dit heeft geleid tot het voorliggende Besluit.

2. (Geen) Beleid?

- 2.1. Geconstateerd wordt dat het bestaande beleid van voor 10-10-10 na 10 jaar nog steeds niet is aangepast, aldus nog van kracht is, en EZK sinds 2020 volstaat met het (willen) invoeren van op zichzelf staande (politieke) beslissingen om invloed uit te voeren op de telecommunicatiesector. Het is begonnen met genoemde wijziging van het BOT BES waardoor ook de datadienstverlening per 1 januari 2020 werd gereguleerd. Dit wijzigingsbesluit werd ook onder het mom van modernisering van bestaande regelgeving doorgevoerd met als belangrijkste doel om niet alleen het transport van spraak (telefonie) maar tevens het transport van data (internet) aan de opgedragen diensten toe te kunnen voegen. De(ze) zogenoemde *opgedragen diensten*, moeten door de houders van een concessie in beginsel aan eenieder tegen een vergoeding worden aangeboden. Door het transport van data onder te brengen bij de opgedragen diensten is internet een gereguleerde dienst geworden, kortgezegd inhoudende dat de toezichthouder eisen kan stellen aan de (o.a.) de kwaliteit, service en prijs van internet.
- 2.2. Als motivering voor het wijzigingsbesluit van 1 januari 2020 werd mede aangevoerd dat de afgelopen jaren de prijs-kwaliteitverhouding weliswaar is verbeterd voor zowel vast als mobiel internet, maar dat de verbeterde prijs-kwaliteitverhouding echter een beperkt effect had op het besteedbare inkomen, omdat de tarieven doorgaans gelijk zijn gebleven, of marginaal lager zijn geworden. Burgers en bedrijven zouden de tarieven als (te) hoog ervaren. De politiek heeft hier aandacht voor gevraagd en met de aanpassing van het BOT BES is invulling gegeven aan de wens van de politiek om stappen te kunnen zetten om aan de gevoelens van de burgers en bedrijven over de (te) hoge tarieven tegemoet te komen. Er heeft voor Bonaire alstoen geen enkel onderzoek plaatsgevonden naar de bestaande tarieven en/of dat de tarieven (te) hoog (zouden) zijn.
- 2.3. Autoriteit Consument & Markt (ACM) heeft wel een kostenbeoordeling van het vast internet op Saba en Sint-Eustatius uitgevoerd en haar conclusies vastgelegd in een rapport (ACM/UIT/534075). Een van de uitkomsten van het rapport was dat niet is vastgesteld dat er onredelijke prijzen worden gerekend aan de consument – ‘het kost wat het kost’. Bonaire enerzijds en Saba en Sint-Eustatius anderzijds zijn onvergelykbare gevallen – niet alleen geografisch en demografisch – maar ook het telecommunicatie landschap is in aanbod, kwaliteit en prijs zeer verschillend. Waarom heeft ACM toen geen kostenbeoordeling of vergelijkbaar onderzoek voor Bonaire uitgevoerd? ACM heeft de middelen en de mogelijkheden daartoe, maar er bestond geen aanleiding om een vergelijkbaar kostenonderzoek te doen. Niet vreemd, want Bonaire kent een zeer competitieve telecommunicatiemarkt met hoogwaardige netwerken en diensten. Er zijn twee operators op het vaste net en drie aanbieders van mobiele telecommunicatiediensten met evenzoveel netwerken.

3. Cherry picking en onzekerheid

- 3.1. Wordt met het voorliggende Besluit via de achterdeur getracht om blijvende invloed uit te oefenen op eindgebruikerstarieven voor opgedragen diensten met als inzet een positief effect te bereiken op het besteedbare inkomen? Een belangrijke aanpassing in het Besluit ziet namelijk toe op de manier van kostenregulering. Deze wordt versimpeld; aanbieders worden verplicht om de tarieven niet meer te laten stijgen dan de inflatie (consumentenprijsindex (CPI)). Wat is de reden dat de tarieven niet meer mogen stijgen dan met het CPI? Is er voor Bonaire een onderzoek naar de tarieven uitgevoerd en heeft dat conclusies opgeleverd welke een dergelijke ingrijpende maatregel rechtvaardigen?
- 3.2. De sinds 2020 ingebrachte wijzigingen voor de telecommunicatiesector hebben in hoofdzaak het oogmerk om controle uit te oefenen op de tarieven en deze, naar nu blijkt, te bevriezen. Onderbouwing of aanknopingspunten voor deze beslissingen, al dan niet in de vorm van beleid, ontbreken. Een ander speerpunt in het Besluit is het versterken van consumentenbescherming. De transparantieverplichting in het Besluit is daar een goed voorbeeld van. Wat EZK met de recente wijziging en het huidige Besluit voor ogen heeft komt neer op 'cherry picking', want de (andere) relevante onderwerpen voor de sector worden ontweken terwijl deze onderwerpen, direct en indirect, onlosmakelijk verbonden zijn met het kunnen leveren van kwaliteit, service en prijs. Te denken valt hierbij o.a. aan nummerportabiliteit, netneutraliteit, universele dienstverlening en verdeelmechanismen voor spectrum ten behoeve van nieuwe technologieën.
- 3.3. Nummerportabiliteit is de missing link om tot verdere marktwerking op Bonaire te komen. Het geeft de gebruiker de mogelijkheid om eenvoudig over te stappen naar een andere aanbieder met behoud van zijn nummer. De schaalgrootte op Bonaire (en BES) voor het implementeren van een platform om nummerbehoud mogelijk te maken, kunnen kostenverhogend werken, maar over de verdeling of bijdrage in die kosten kunnen de gebruiker, de concessiehouders en de overheid met elkaar in gesprek. Deze dienstverlening zou ook aangemerkt kunnen worden als universele dienstverlening waar subsidies op kunnen worden toegepast.
- 3.4. Netneutraliteit is in het Caribisch deel van Nederland een beladen onderwerp. In Nederland is beleid op dit punt in de wet vastgelegd. Bij volledige netneutraliteit mogen providers geen voorrang geven aan bepaald internetverkeer. Ook is het blokkeren of extra belasten van bepaalde internetdiensten niet toegestaan. Het opnemen van netneutraliteit betekent vrije toegang tot het internet, maar betekent ook dat bestaande operators concurrentie van eigen producten op de door hen aangelegde en gefinancierde netwerken moeten toestaan. Op Bonaire is netneutraliteit niet vastgelegd in beleid of regelgeving en dus niet van toepassing. Operators voorzien een uitdaging met de steeds grotere shift naar Over the Top

(OTT) diensten zoals Netflix, Hulu, Roku, Skype e.d. Deze OTT-dienstaanbieders maken gebruik van de netwerken van lokale en internationale concessiehouders alsook lokale internetaanbieders, terwijl zij geen lokale aanwezigheid hebben, en dus geen belastingen en/of content-rechten betalen en al helemaal niets aan de lokale bedrijven betalen. In Nederland zijn OTT-diensten gedwongen om een dienstenaanbieder te worden waardoor er wel een equal playing field is ontstaan. Op Bonaire worden de lokale concessiehouders en internetaanbieders "uitgewoond" door OTT-diensten met alle financiële gevolgen van dien. Niet alleen is er oneigenlijke concurrentie met de lokale producten, de operators moeten ook nog additionele (dure) internationale capaciteit inkopen om aan de OTT vraag van de gebruiker te kunnen voldoen. Nu BES qua toezicht direct onder Nederland valt zou op zijn minst verwacht kunnen worden, dat de Nederlandse aanpak van de OTT-dienstaanbieders ook voor BES zou worden ingevoerd, als men netneutraliteit voorstaat.

3.5. Daarnaast zijn er in de telecommunicatiesector ontwikkelingen gaande die vragen om leiding en visie om niet te worden overvallen met onvoorziene maatregelen en beslissingen. De zorgplicht continuïteit, persoonsbescherming, integriteit van netwerken, digitale weerbaarheid, de bijdrage in geval van crises, zullen een nog grotere (financiële) druk op de sector leggen. De sector heeft door het gebrek aan beleid en visie geen enkele zekerheid wat haar te wachten staat en deze onzekerheid is van invloed op het doen van (toekomstgerichte) investeringen.

4. Onderbouwing Besluit – niet passend

4.1. Uit de toelichting op het Besluit volgt dat er in Caribisch Nederland verschillende concessies zijn uitgegeven die toezien op de aanleg, instandhouding en exploitatie van telecominfrastructuur op Bonaire, Sint-Eustatius of Saba, en mogelijk verschillen zij onderling op een aantal punten van elkaar. Nergens wordt gesteld of duidelijk gemaakt om wat voor verschillen het zou gaan en of deze verschillen relevant zijn. De stelling dat deze vermeende variaties kunnen leiden tot onduidelijkheden en ongewenste verschillen tussen de vaste en mobiele concessies volgt uit niets. De conclusie dat deze verschillen weer kunnen zorgen voor aanvullende lasten voor aanbieders die zowel vaste als mobiele concessies hebben en voor meer toezicht kosten en daarom harmonisatie van de concessievoorwaarden gewenst zou zijn is totaal niet onderbouwd.

4.2. Juist is dat de Wet telecommunicatievoorzieningen BES (WTV BES) de mogelijkheid biedt om, in plaats van voorwaarden in individuele concessies, algemene richtlijnen te geven aan alle concessiehouders. Deze algemene richtlijnen hebben het karakter van een algemeen verbindend voorschrift, te vergelijken met een ministeriële regeling. Met onderhavig Besluit wordt getracht algemene richtlijnen te geven aan de concessiehouders. Voor het verfijnen van sommige vergelijkbare

bepalingen uit de verschillende concessies kan het Besluit nuttig en gerechtvaardigd zijn, waarover later meer in paragraaf 7, maar voor het inbrengen van nieuwe of wezenlijke veranderingen in bepalingen voor concessiehouders is onder het mom van harmonisatie geen plaats. Het is onbehoorlijk en niet acceptabel.

5. Regeldruk als ruilmiddel

5.1. Een belangrijke nieuwe aanpassing ziet toe op de manier van kostenregulering. Deze wordt versimpeld, stelt de toelichting. Aanbieders worden niet meer verplicht om een kostentoerekeningssysteem te hebben. Gesteld wordt dat dit systeem momenteel, ondanks de geldende voorwaarden, ook vaak niet operationeel zou zijn. Hiervoor in de plaats worden aanbieders verplicht om de tarieven niet meer te laten stijgen dan de inflatie (consumentenprijsindex (CPI)). Dit zou te rechtvaardigen zijn, omdat concessiehouders geen kostentoerekeningssysteem meer hoeven te hebben, en de kosten daarvan zouden opwegen tegen het accepteren van een bevrozing van de tarieven.

5.2. Lezing van de passage in de toelichting over de regeldruk en de bijbehorende bedragen maakt het onbegrijpelijk dat het niet mogen verhogen van de tarieven anders dan met CPI gelijk kan staan aan de gestelde kostenbesparingen van het kostentoerekeningssysteem. Het niet kunnen verhogen van de tarieven gaat volledig voorbij aan de realiteit van de Bonairiaanse telecommarkt. De geografische en demografische omstandigheden waarbij de kleine schaal en ligging leiden tot hoge inkoopkosten, zowel lokaal als internationaal, maken het aanleggen, onderhouden en exploiteren van netwerken relatief duur. De inkooprijzen van internationale capaciteit voor Bonaire zijn hoog omdat de rest van wereld alleen via Curaçao kan worden bereikt en het aan concurrentie ontbreekt. Wat voor de inkooprijzen van de onontbeerlijke internationale capaciteit geldt, is eveneens van toepassing op tv-content; deze kosten blijven doorstijgen zonder dat daar invloed op kan worden uitgeoefend. De markt wordt al geconfronteerd met de geschetste (kostbare) bijkomende telecomontwikkelingen in paragraaf 3.5, en is afhankelijk van allerlei (niet gereguleerde) aanbieders van wie zij op hun beurt diensten afnemen. Daarnaast houdt een bevrozing van de prijzen ook geen rekening met onvoorziene omstandigheden. De markt op Bonaire kent meerdere aanbieders en er is volop concurrentie. Het Besluit gaat eraan voorbij dat aanbieders beperkte mogelijkheden hebben om inkomsten te vergroten van het klantenbestand. Het bevrozen van de prijzen zal een averechts effect hebben op verlieslatende dienstverlening en een negatief effect hebben op de bedrijfsvoering.

5.3. In de drang grip op de prijzen te vergroten is in het Besluit het in de concessies vastgelegde te behalen rendement van 18% gewijzigd in de vage term 'redelijk'.

Als hier in de concessies al een verschil bestond, waarom heeft men dan op z'n minst niet het eerder vastgestelde percentage van 18 gecontinueerd en, nu daarvan wordt afgeweken, uiteengezet waarom het geen 18% meer kan zijn? Een uitleg wat onder 'redelijk' moet worden verstaan, ontbreekt ook.

6. Wettelijk kader

Het Besluit is mogelijk strijdig met de wet, dan wel met een of meer algemene rechtsbeginselen.

6.1. Het wettelijk kader waarbinnen een concessie of, zoals in casu, Algemene Richtlijnen, worden afgegeven bestaat uit (artikelen behorende bij) de WTV BES en het BOT BES. Artikel 7 WTV BES somt de uitgangspunten op voor het opstellen van voorwaarden van toepassing op Algemene Richtlijnen. Artikel 7 lid 3 WTV stelt de norm waaraan de voorwaarden en dus ook het Besluit getoetst dienen te worden. Artikel 7 lid 3 WTV BES luidt:

"De concessievoorwaarden bevatten alleen verplichtingen ten aanzien van de houder van de concessie te bereiken resultaat en niet ten aanzien van de wijze van bedrijfsvoering".

6.2. De toelichting bij artikel 7 lid 3 maakt duidelijk dat de houder van de concessie zelf moet kunnen bepalen op welke wijze de opgedragen taken worden uitgevoerd. *"De voorgestelde bepaling (artikel 7 lid 3) waarborgt de houder van de concessie de nodige vrijheid ter zake de wijze van bedrijfsvoering".* Met 'resultaat' in artikel 7 lid 3 WTV BES wordt bedoeld "performance" – de kwaliteit van de dienstverlening (bijvoorbeeld het tijdig aansluiten en opheffen van storingen). De voorwaarden dienen dus in dit licht te worden gezien; zij kunnen enkel en alleen verplichtingen bevatten welke gericht zijn op de kwaliteit van de dienstverlening en bijvoorbeeld dus niet op de prijs.

6.3. In dit verband is artikel 2 lid 4 WTV BES ook relevant:

"De houder van de concessie draagt er zorg voor dat de capaciteit, de kwaliteit en de eigenschappen van de telecommunicatie-infrastructuur voldoen voor een doelmatige verzorging van telecommunicatie"

Voor een doelmatige verzorging is nodig dat de capaciteit, kwaliteit en de eigenschappen van de telecommunicatie-infrastructuur voldoen aan de daaraan te stellen eisen. Met capaciteit wordt bedoeld de verwerkingscapaciteit van de infrastructuur en met kwaliteit wordt het vizier gericht op de kwaliteit van de gegevensoverdracht. Deze eisen aan de telecommunicatie-infrastructuur, inclusief de eigenschappen van de telecommunicatie-infrastructuur, hebben een technisch karakter en zijn als verplichting in de voorwaarden (en bijlagen) van de concessie verwerkt.

- 6.4. De Algemene Richtlijnen dienen derhalve ter realisering van een doelmatige verzorging van telecommunicatie, inhoudende dat er voorwaarden mogen worden gesteld aan de capaciteit, kwaliteit en eigenschappen van de telecommunicatie-infrastructuur van de concessiehouder en dat de concessiehouder verplicht is bepaalde diensten aan eenieder ter beschikking te stellen. De onderdelen a tot en met j van artikel 7 lid 2 WTV dienen vervolgens in het licht van de doelmatige verzorging van telecommunicatie, zoals samengevat hierboven, te worden gezien en hebben geen zelfstandige betekenis.
- 6.5. Artikel 3 WTV BES verplicht de houder van een concessie eenieder tegen een vergoeding bepaalde diensten ter beschikking te stellen. De nadruk ligt hier op de plicht dat de bepaalde diensten aan eenieder ter beschikking moeten worden gesteld. Dat voor het ter beschikking stellen van bepaalde diensten een vergoeding kan staan, is een vanzelfsprekende aanvulling maar onderstreept dat de prijs in principe door de ondernemer zelf dient te worden vastgesteld.
- 6.6. Artikel 7 lid 4 WTV BES sluit hierbij aan luidende: *"Een besluit tot vaststelling of wijziging van de concessievoorwaarden of Algemene Richtlijnen wordt genomen met inachtneming van een bedrijfsmatige en op de continuïteit gerichte exploitatie door de houder van de concessie"* Het Besluit voldoet zeer zeker niet aan het gestelde in artikel 7 lid 4 WTV BES. De bedrijfsvoering van de concessiehouders wordt hard geraakt door de verplichte bevrozing van de prijzen en er is ook geen onderzoek gedaan naar de gevolgen van het Besluit voor de concessiehouders.
- 6.7. Als sluitstuk dient, nadat is getoetst of de voorwaarden vallen binnen de wettelijke kaders, ook te worden beoordeeld of er een noodzaak is om een voorwaarde, of een deel daarvan, in de Algemene Richtlijnen op te nemen. Voor het bevrozen van de prijzen en het wijzigen van het rendementspercentage bestaat geen enkele (aantoonbare) noodzaak. De telecommunicatiemarkt op Bonaire is volledig geliberaliseerd met verschillende actieve concessiehouders voor verschillende telecommunicatiediensten met kwalitatief innovatieve netwerken en concurrerende dienstverlening.
- 6.8. EZK heeft er blijk van gegeven verplichtingen in de Algemene Richtlijnen op te nemen welke geen of onvoldoende wettelijke grondslag kennen, niet of onvoldoende rekening houden met de belangen van concessiehouders en geen noodzaak (meer) kennen. Daarnaast laat de motivering van het Besluit op verschillende punten te wensen over.

6.9. Artikel 8 WTV BES bepaalt dat Algemene Richtlijnen niet eerder dan een (1) jaar na de vaststelling van kracht kunnen worden tenzij concessiehouders met een eerdere inwerktrading instemmen of het algemeen belang een eerdere invoering dringend vordert. Van dit laatste is geen sprake. Als het tot vaststelling komt van het Besluit dan zouden de voorwaarden over het bevriezen van de prijzen niet eerder dan na minimaal vijf (5) jaar ingevoerd kunnen worden om concessiehouders voldoende tijd te geven om hun bedrijfsvoering en investeringen aan te passen.

7. Artikelsgewijs commentaar op de inhoud van het Besluit

- Artikel 1 – geen commentaar
- Artikel 2 – in de concessies is voor deze bepaling het woord – ‘in beginsel’ opgenomen. Er is geen reden of noodzaak om deze vrijheid te ontnemen, want indien een concessiehouder zou willen afwijken van het aanbieden van gelijke voorwaarden voor de dienstverlening zou daar een goede motivering voor moeten worden aangedragen.
- Artikel 3 – geen commentaar
- Artikel 4 – geen commentaar
- Artikel 5 – De concessiehouder wordt nu gedwongen aan alle verzoeken van (willekeurige) dienstenaanbieders mee te werken om voorzieningen ter beschikking te stellen ongeacht voor welke telecommunicatie dienstverlening de verzoeken gedaan worden. Er wordt hierbij afgeweken van dat het tot op heden moet gaan om voorzieningen voor opgedragen diensten. Motivering voor deze afwijking ontbreekt en gaat voorbij aan de grondslag voor het stellen van voorwaarden aan concessiehouders, waarbij het van nog groter belang is om het begrip ‘voorzieningen’ nader te omschrijven. Indien artikel 5 ongewijzigd zou blijven, dan zou afroming kunnen plaatsvinden door dienstenaanbieders in die gebieden/sectoren welke commercieel interessant zijn, terwijl de concessiehouder (ei)landelijke verplichtingen kent en eenieder tegen een vergoeding de opgedragen diensten moet aanbieden. Op basis van het non-discriminatie beginsel mag de concessiehouder niet differentiëren naar bijvoorbeeld segmenten in de markt aangezien dit tot marktverstoring zal leiden. Artikel 5 werkt juist deze marktverstoring in de hand. Het mag duidelijk zijn dat een doelmatige verzorging niet gebaat is bij de huidige formulering van artikel 5 omdat daarmee ook de kwaliteit en capaciteit van de telecommunicatie-infrastructuur (negatief) wordt beïnvloed.

- Artikel 6 – lid 3 bevat een kennelijke verschrijving. Aangenomen wordt dat men met artikel 5, artikel 4 voor ogen heeft.
- Artikel 7 lid 1 bevat een kennelijke verschrijving. Aangenomen wordt dat men niet artikel 4 en 5, maar artikel 5 en 6 voor ogen heeft.
- Artikel 7 lid 2 – 18% gewijzigd in redelijk – zie eerdere commentaar onder paragraaf 5.3. van dit Commentaar
- Artikel 8 – geen commentaar
- Artikel 9 – geen commentaar
- Artikel 10 – geen commentaar
- Artikel 11 en 12 – deze artikelen zijn naar hun aard en inhoud nieuw. De transparantieverplichting – zie onder paragraaf 3.2.
- Artikel 13 – geen commentaar
- Artikel 14 lid 2: alleen stijging met CPI voor individuele gebruikers maar ook van toepassing op door derden gevraagde voorzieningen – zie commentaar in onderhavige Reactie, in het bijzonder in paragraaf 5.1. en 5.2
- Artikel 15: Is het vorderen van de jaarrekening noodzakelijk voor de uitvoering van de taken van de toezichthouder? Een verklaring van een accountant zou voldoende moeten zijn.

Bonaire, 6 september 2021