

Consultatieverslag

Toegangsregulering in geval van replicatiebelemmeringen

Het concept van het wetsvoorstel betreffende het onderwerp toegangsregulering in geval van replicatiebelemmeringen is van 18 april tot en met 20 mei 2019 geconsulteerd.¹ Er zijn acht reacties op dit onderdeel gegeven. Hiervan waren er vier afkomstig van individuele aanbieders van elektronische communicatienetwerken; twee waren afkomstig van aanbieders van elektronische communicatienetwerken gezamenlijk en twee waren afkomstig van individuele burgers. Later is gekozen om dit voorstel samen te voegen met de concept-wetstekst betreffende de onderdelen overstappen en geografisch onderzoek. Hieronder is een samenvatting en reactie op de consultatie van het wetsvoorstel rond toegangsregulering te vinden.

Sommige respondenten plaatsen kanttekeningen bij de wijze van consultatie en menen dat een integraal wetsvoorstel waarmee de gehele Telecomcode wordt geïmplementeerd de voorkeur verdient omdat dit dwarsverbanden tussen het onderwerp van dit wetsvoorstel en andere onderwerpen van de Telecomcode beter zichtbaar maakt.

Deze memorie van toelichting is daarom aangevuld met een motivering van de separate implementatie van dit onderdeel in het licht van de marktomstandigheden in Nederland. Zoals toegelicht is er geen sprake van een zodanige samenhang met andere onderwerpen van de Telecomcode dat dit in de weg staat aan een afzonderlijk wetsvoorstel.

Meerdere respondenten geven aan dat zij zich (goeddeels) kunnen vinden in het wetsvoorstel. Een respondent geeft aan dat het voor de Nederlandse markt met het duopolie op toegangsnetwerken noodzakelijk is een dergelijke regime te hebben om concurrentie op de eindgebruikersmarkten mogelijk te maken. Er wordt anderzijds door enkele respondenten de zorg geuit dat onzeker is hoe de nieuwe bevoegdheden toegepast zullen worden en tevens opgemerkt dat in de toelichting ten onrechte vooruit wordt gelopen op de toepassing van de nieuwe bevoegdheden door de ACM. Ook bekritiseert een respondent de veronderstelling in de toelichting dat wordt ingezet op een concurrerend aanbod van diensten en dat symmetrische toegangsregulering altijd het beste is voor de innovatie en concurrentie.

De regering onderkent het belang van het behouden van de concurrentie op de retailmarkt zoals respondenten in hun reactie hebben benadrukt. Zij zet zich, onder andere met dit wetsvoorstel, in om te zorgen dat voldoende concurrentie blijft bestaan. Het is aan de ACM om de nieuwe bevoegdheden op een zorgvuldige manier toe te passen en daarbij een afweging te maken tussen de verschillende doelstellingen en te beoordelen of regulering op lange termijn hieraan bijdraagt. De richtsnoeren van BEREC en de wijze waarop de ACM haar bevoegdheden toepast, bieden handvatten om onzekerheid over de reikwijdte en strekking ervan zoveel mogelijk te beperken. De regering onderstreept dat niet wordt beoogd met deze toelichting de wettelijk voorziene bevoegdheid van de ACM in te perken, maar wel om de beleidsmatige invalshoek kenbaar te maken. In het geval toegangsregulering op grond van een AMM-aanwijzing niet mogelijk is, kan regulering overeenkomstig dit wetsvoorstel een belangrijk vangnet vormen.

Een aantal respondenten geven aan dat het aanbeveling verdient in het wetsvoorstel expliciet naar de richtsnoeren van BEREC te verwijzen. Een respondent meent dat het niet wenselijk is om in deze toelichting uitgebreid in te gaan op aspecten die in de BEREC-richtsnoeren aan de orde zullen komen. Een aantal respondenten bepleit bovendien een bepaalde invulling van de richtsnoeren. De BEREC-richtsnoeren waaronder de richtsnoeren die voor dit wetsvoorstel relevant zijn, bevatten geen wettelijke norm maar een leidraad voor de uitleg en toepassing van bepaalde begrippen van de Telecomcode en dus van de bepalingen van dit wetsvoorstel. De ACM dient op grond van artikel 1.3 van de wet zoveel mogelijk rekening te houden met de richtsnoeren. Waar nodig wordt in deze toelichting naar de richtsnoeren verwezen. Dat bepaalde aspecten worden uitgewerkt in de richtsnoeren staat er niet aan in de weg dat in deze toelichting – binnen de wettelijk voorziene bevoegdheid van de ACM – de beleidsmatige invalshoek van het wetsvoorstel wordt aangeduid. Het is niet mogelijk om vooruit te lopen op wat BEREC in zijn richtsnoeren zal opnemen. Het is uiteindelijk aan de ACM om alle relevante aspecten te betrekken bij haar afweging om, tegen de

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/telecomreplicatie>

achtergrond van de doelstellingen uit de Telecomcode, al dan niet verplichtingen aan een individuele partij op te leggen.

Enkele respondenten geven aan dat gegeven de doelstellingen van de Telecomcode meer aandacht moet worden besteed aan de uitrol van nieuwe netwerken. Een respondent geeft aan dat het gezien de recente uitrol van kleinschalige glasvezelnetwerken aannemelijk is dat er geen belemmering is voor het uitrollen van een nieuw netwerk.

De regering is met de bedoelde respondenten van oordeel dat de uitrol van nieuwe netwerken belangrijk is voor eindgebruikers. Niet voor niets is dit opgenomen in de doelstellingen van de Telecomcode. Dit wetsvoorstel heeft slechts betrekking op een onderdeel van de Telecomcode. Hierbij speelt de doelstelling van de uitrol van nieuwe netwerken een rol in die zin dat de ACM bij de toepassing van bevoegdheden rekening moet houden met de doelstellingen van de Telecomcode. Door in het (naar aanleiding van deze zienswijze aangepaste) wetsvoorstel te verwijzen naar de desbetreffende bepaling van de Telecomcode, wordt gewaarborgd dat de ACM bij de toepassing van de voorgestelde bepalingen ook rekening houdt met het belang van en de ontwikkelingen rond de aanleg van netwerken met zeer hoge capaciteit.

Veel respondenten gaan in op de verhouding tussen het met dit wetsvoorstel beoogde regime en het bestaande AMM-regime. Opgemerkt wordt onder meer dat duidelijker zou moeten worden gemaakt wat de verhouding is tussen beide regimes. Sommigen menen dat het niet passend is om op basis van beide regimes te worden gereguleerd, terwijl anderen menen dat het wenselijk is om dezelfde verplichtingen via beide regimes te kunnen opleggen. Ook wordt bepleit dat de mogelijkheden van beroep tegen een AMM-besluit en de gevolgen van een eventueel slagen van dat beroep worden meegewogen bij de toepassing van het regime van dit wetsvoorstel. Voorts wordt gevraagd hoe de verhouding tussen beide regimes is in de periode dat het regime van dit wetsvoorstel is ingevoerd maar de implementatie van de Telecomcode voor het overige nog niet is gerealiseerd.

Naar aanleiding van deze opmerkingen is de toelichting aangevuld. In paragraaf 4.5 wordt, kort samengevat, toegelicht dat het AMM-regime en het regime van dit wetsvoorstel naast elkaar staan en op basis van verschillende criteria worden toegepast. Het is aan de ACM om af te wegen welke reguleringsbevoegdheid in een concrete situatie gebruikt kan worden. Dit is niet anders tijdens de periode voorafgaand aan de volledige implementatie van de Telecomcode. Ook dan dient de ACM rekening te houden met eventueel bestaande AMM-verplichtingen.

Een respondent meent dat de ACM aanvullend de bevoegdheid dient te krijgen om via een 'verkorte procedure' (z nder Europese notificatie) een (voorlopige) spoedbeslissing te nemen, overeenkomstig de procedure van artikel 6b.3 van de wet.

Naar aanleiding van deze zienswijze is het wetsvoorstel op dit punt aangevuld, met een wijziging van artikel 6b.3.

Een respondent verzoekt om in de toelichting aandacht te besteden aan de relatie met de bepalingen van hoofdstuk 5a van de wet.

Naar aanleiding van deze zienswijze wordt in paragraaf 4.5 van de toelichting ingegaan op het verband tussen dit wetsvoorstel en het regime van hoofdstuk 5a.

Enkele respondenten hebben opmerkingen over het in het wetsvoorstel opgenomen vereiste van een redelijk verzoek. Hierbij wordt door een respondent aangegeven dat het uitgangspunt zou moeten zijn dat voorafgaand aan een dergelijk verzoek eerst tussen partijen moet worden onderhandeld over toegang en dat in elk geval voor de bepaling van de redelijkheid beide partijen gehoord zouden moeten worden.

Een verzoek kan worden beschouwd als redelijk indien de verzoeker de betreffende kabels of bijbehorende faciliteiten daadwerkelijk nodig heeft voor het aanbieden van diensten. Het verdient de voorkeur als aanbieders zonder overheidsingrijpen tot een onderhandelde oplossing komen en artikel 6.1 van de wet voorziet ook in een onderhandelingsverplichting. Voor het geval de onderhandelingen geen resultaat hebben, kan de partij die het aangaat ingevolge dit wetsvoorstel aan de ACM een verzoek doen om op grond van artikel 6.3, eerste lid, verplichtingen op te leggen. De ACM zal zich vervolgens informeren over alle relevante omstandigheden en partijen hebben in elk geval in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure gelegenheid hun zienswijze op het

voorgenomen besluit te geven. De artikelsgewijze toelichting bij het eerste lid van artikel 6.3, is naar aanleiding van de reactie over het 'redelijk verzoek' aangevuld. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de voorkeur voor een onderhandelde oplossing ook geldt voor hogere netwerkniveau's, waarvoor de ACM op grond van het derde lid van artikel 6.3 op basis van een eigen analyse verplichtingen kan opleggen.

Sommige respondenten hebben vragen over de uitzondering voor ondernemingen die alleen actief zijn op wholesale markten en zij vragen om deze partijen aan te wijzen. Ook vraagt een respondent wat wordt verstaan onder publieke financiering. Ook wordt er op gewezen dat de bepaling waarin staat dat de nationale regelgevende instanties de vrijstelling kunnen uitbreiden tot andere ondernemingen die onder billijke, niet-discriminerende en redelijke voorwaarden toegang tot een netwerk met zeer hoge capaciteit aanbieden, niet is overgenomen in het wetsvoorstel. Het is aan de ACM om in het kader van de toepassing van artikel 6.3 te beoordelen of in het concrete geval de uitzondering voor ondernemingen die alleen actief zijn op wholesale markten, van toepassing is. Op de criteria hiervoor, vermeld in het zesde en zevende lid, wordt ingegaan in het artikelsgewijze deel van deze toelichting. Het is bijgevolg niet mogelijk vooraf de betreffende aanbieders aan te wijzen. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk wel verplichtingen op te leggen aan wholesale aanbieders, ook al wordt voldaan aan de in het zesde lid bedoelde criteria, indien het betreffende netwerk met zeer hoge capaciteit met openbare middelen is bekostigd. Maatstaf is dus dat het netwerk op enigerlei wijze is betaald uit de algemene middelen, ongeacht door welke overheid. Zoals vermeld in het artikelsgewijze deel van deze toelichting, bij het zesde lid, van artikel 6.3, dient de ACM te bepalen of het opleggen van verplichtingen als bedoeld in dit wetsvoorstel proportioneel en noodzakelijk is. Als reeds vrijwillig toegang wordt verleend zal de ACM dit meewegen in haar beoordeling over het al dan niet opleggen van verplichtingen op grond van artikel 6.3. Daarmee heeft de ACM reeds een basis om ook indien het niet gaat om wholesale aanbieders te besluiten om geen verplichtingen op te leggen.

Een respondent bepleit ten aanzien van de uitzondering van het achtste lid van artikel 6.3 dat netwerken met een lokaal karakter altijd binnen de definitie van 'klein' vallen en dat als nieuw netwerk wordt aangemerkt een netwerk dat in de afgelopen tien jaar is aangelegd. Een andere respondent meent dat deze uitzondering slechts dient te gelden voor op zichzelf staande, lokale projecten.

De toepassing van deze begrippen is aan de ACM, die daarbij de BEREK-richtsnoeren moet betrekken waarin de criteria worden uiteengezet aan de hand waarvan de begrippen "nieuw" en "klein" moeten worden ingevuld. Het ligt in de rede dat het bij een nieuw netwerk gaat om een nieuw aangelegd netwerk (en dus niet om een netwerk dat al tien jaar geleden is aangelegd) en dat het geen uitbreiding van een bestaand netwerk betreft maar een op zichzelf staand project. De artikelsgewijze toelichting over het achtste lid van artikel 6.3 is naar aanleiding van de inbreng van de respondenten op dit punt aangevuld.

Een aantal respondenten wijst erop dat er interpretatieverschillen kunnen ontstaan door het gebruik van andere woorden dan in de richtlijn, bijvoorbeeld voor het begrip 'in economisch opzicht inefficiënt', 'hoge en niet-tijdelijke economische of fysieke belemmeringen', 'economisch haalbaar', 'redelijk en billijk'. Zij vinden dit onwenselijk met het oog op de BEREK-richtsnoeren.

Met het wetsvoorstel wordt beoogd artikel 61, derde lid, van de Telecomcode volledig en nauwkeurig te implementeren. Omdat de in de Telecomcode gebruikte terminologie afwijkt van die van de wet, is voor bepaalde onderdelen gekozen voor een andere bewoording. Bij nader inzien verdient het de voorkeur in het wetsvoorstel voor het in de Telecomcode gebruikte begrip "in economisch opzicht inefficiënt" te hanteren "economisch inefficiënt" en het wetsvoorstel is bijgevolg in dat opzicht aangepast. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat verder de in het wetsvoorstel gebruikte begrippen knelpunten zullen opleveren bij de toepassing van de BEREK-richtsnoeren. De tekst van het wetsvoorstel komt materieel overeen met de relevante passage van de Telecomcode. In de artikelsgewijze toelichting zijn verschillen in bewoordingen waar nodig toegelicht.

Enkele respondenten wijzen op het belang van proportionele en transparante verplichtingen. Proportionaliteit en transparantie zijn inderdaad van belang bij het opleggen van verplichtingen. Dat de verplichtingen objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend dienen zijn, vloeit

voort uit artikel 6.4 van de wet zoals gewijzigd door dit wetsvoorstel. In bepaalde gevallen kan het niet wenselijk zijn om tot regulering over te gaan. Als bijvoorbeeld meerdere nieuwe netwerken naar dezelfde adressen worden uitgerold, wat bij in sommige gebieden het geval is, kan dat een indicatie zijn dat er geen sprake is van replicatiebelemmeringen. Het feit dat een enkel nieuw netwerk wordt aangelegd, is echter nog niet voldoende om te onderbouwen dat er géén sprake is van hoge drempels

Sommige respondenten vragen om verduidelijking ten aanzien van de opslag van risicofactoren bij het berekenen van de toegangskosten. Hoofddlijn is dat de wijze waarop de toegangskosten worden toegerekend worden ingevuld hetzelfde kan zijn als bij kostendoorberekening in het geval van verplichtingen die aan een AMM-ondernemingen worden opgelegd. Dit betekent dat de vermogenskosten worden betrokken, met inbegrip van bepaalde risicofactoren. De artikelsgewijze toelichting bij het tweede lid van artikel 6.3 is op dit punt aangevuld.

Twee respondenten hebben tegengestelde opmerkingen over de oplegging van actieve of virtuele toegangsverplichtingen. De ene respondent bepleit dat deze alleen onder strikte voorwaarden opgelegd kunnen worden en de andere dat eerder een actieve dan een passieve toegangsverplichting zou moeten worden opgelegd omdat anders de technologisch innovatie wordt bemoeilijkt.

Ingevolge het wetsvoorstel kan de oplegging van actieve of virtuele toegangsverplichtingen pas aan de orde zijn als dat technisch of economisch gerechtvaardigd is. Bij de beoordeling of dat het geval is, is ook de stand van de technologische innovatie een relevante factor.

Een respondent heeft vragen over de geldigheidsduur van de besluiten.

Het wetsvoorstel voorziet in besluiten die in beginsel gelden voor onbepaalde tijd. Wel is voorzien in artikel 6.3, negende lid, dat na vijf jaar door de ACM wordt beoordeeld of er redenen zijn om het besluit te wijzigen of in te trekken.