



Voorontwerp van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de Telecomcode voor zover dit betrekking heeft op toegangsregulering in geval van replicatiebelemmeringen

Reactie van KPN

KPN
Postbus 25110
3001 HC Rotterdam
Contactpersonen: irisvanderhart@kpn.com en paul.knol@kpn.com

20 mei 2019

Inleiding

KPN heeft kennisgenomen van het in consultatie gebrachte voorontwerp voor implementatie van artikel 61 lid 3 EECC¹ in de Telecommunicatiewet en de toelichting daarop. KPN beseft dat Nederland weinig ruimte heeft ten aanzien van de implementatie van de bepaling. Het is bekend dat Nederland sterk heeft aangedrongen op deze bepaling in de aangenomen vorm, mede vanwege de gedachte dat het bewijzen van het bestaan van een risico van gezamenlijke aanmerkelijke marktmacht van KPN als VodafoneZiggo en daarmee het realiseren van toegangsregulering voor zowel KPN als VodafoneZiggo op basis van de geldende regels niet kansrijk zou zijn. Inmiddels heeft echter ACM onder die huidige regels zowel KPN als VodafoneZiggo aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht en aan beide toegangsverplichtingen opgelegd. Die verplichtingen komen overeen met de soort verplichtingen die volgens de toelichting op het voorontwerp ook onder het voorgestelde artikel 6.3 Tw vallen.

Het is dan ook van belang om – nog meer dan al is gedaan in het voorontwerp toelichting – duidelijk aan te geven hoe de beide regels zich tot elkaar verhouden. Het regelen van één feitelijke situatie met twee verschillende normen maakt de toepassing van de regels complex. Het is van belang dat vanuit de doelstellingen van de richtlijn wordt gemotiveerd hoe de richtlijnbeepaling vertaald wordt rekening houdend met de specifieke Nederlandse situatie en doelstelling. Die doelstelling is primair dat er – in concurrentie – netwerken met hoge capaciteit beschikbaar komen. In de huidige tekst en toelichting lijkt het teveel alsof het alleen gaat om een concurrerend aanbod van diensten, ook als dat ertoe zou leiden dat die primaire doelstelling niet wordt gestimuleerd. Teveel is de tekst geformuleerd alsof symmetrische toegangsregulering altijd het beste is voor de innovatie en concurrentie, terwijl de realiteit is dat alleen als investeringen mogelijk blijven klanten op lange termijn van de beste en meest innovatieve voorzieningen zijn verzekerd. Het wetsvoorstel houdt geen rekening met de business case van netwerkaanbieder/toegangsverlener, maar legt eenzijdig de nadruk op de positie van toegangzoekers zonder eigen netwerk. Als alle (nieuwe) netwerkaanbieders in een bepaald gebied symmetrische toegangsverplichtingen krijgen, kan dat gevolgen hebben voor de business case voor uitrol van nieuw toetredende en bestaande aanbieders.

Samenhang met verdere implementatie EECC ontbreekt

KPN begrijpt dat het Ministerie van EZK voor een aparte consultatie over deze ene bepaling heeft gekozen om het marktpartijen makkelijker te maken zich specifiek op dit – voor EZK belangrijke – onderwerp te kunnen richten en zich hierover uit te spreken. De consultatie voorkomt inderdaad dat deze vergaande bepaling ondersneeuwt in een consultatie over alle overige bepalingen van de EECC. Tegelijkertijd mist door het apart consulteren inzicht in de wijzigingen die in andere bepalingen worden aangebracht en die relevant kunnen zijn voor een goed begrip van het voorgestelde artikel 6.3. Te denken valt aan de artikelen 1.1, 1.3 en de bepalingen van de hoofdstukken 5, 5a, 6a en 6b, die in dit kader ook relevant zijn. Over de relatie met de eveneens ‘symmetrische’ onderhandelingsverplichtingen van hoofdstuk 5a Tw laat zich samenloop denken, waarbij het wenselijk is de verhouding van die artikelen verder te verduidelijken. Het is dan ook niet uitgesloten dat in de - voor deze zomer aangekondigde - consultatie van de overige onderdelen van de implementatiewetgeving zal moeten worden teruggekomen op hetgeen in deze reactie is opgenomen. KPN pleit er daarom voor dat het Ministerie

¹ Deze afkorting zullen we hierna gebruiken voor Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, *PbEU* 2018, L 321/36.

deze bepaling gewoon toevoegt aan het wetsvoorstel waarmee die overige bepalingen worden geïmplementeerd en dit niet apart indient voor advies bij de Raad van State en – later – de Tweede Kamer.

Achtergrond richtlijnbeeping

De regeling van artikel 61 lid 3 heeft primair de bedoeling een regeling te treffen ‘voor niet-repliceerbare bedrading, kabels en bijbehorende faciliteiten in gebouwen of tot aan het eerste concentratie- of distributiepunt en teneinde concurrentie ten behoeve van de eindgebruikers te bevorderen (overweging 152 EECC). Hiermee wordt voorkomen dat klanten beperkt worden in hun keuze voor aanbieders doordat zij slechts via een kabelnetwerk bereikt kunnen worden dat door anderen niet gebruikt of gerepliceerd kan worden. Het gaat daarbij om binnenuitnetwerken of netwerken tot het eerste concentratiepunt buiten de klantlocatie. Het voorstel van de Commissie voor deze bepaling betrof specifiek deze ‘bottleneck’ situatie. Het onderwerp raakt daarmee ook het doel van de Breedband kostenreductierichtlijn 2014/61/EU, op grond waarvan al medegebruik van voorzieningen kan worden gerealiseerd. In de Telecommunicatiewet is die regeling geïmplementeerd in hoofdstuk 5a.

Tijdens de onderhandelingen in de Raad en het Europees Parlement is de bepaling verder opgerekt en is bepaald dat toegang eventueel ook op een hoger netwerkniveau en eventueel zelf virtueel kan worden opgelegd. Die regels zijn in het voorontwerp neergelegd in lid 3 en volgende. Zoals ook aangegeven in de toelichting op het voorontwerp lijken die verplichtingen sterk op de verplichtingen die aan aangewezen aanbieders met aanmerkelijke marktmacht kunnen worden opgelegd op grond van hoofdstuk 6a. De toelichting erkent dat het onwenselijk zou zijn als voor bepaalde aanbieders verplichtingen bestaan uit twee niet identieke wettelijke kaders. Volgens KPN zou dat uitgangspunt nog duidelijker in de tekst van de bepaling moeten worden opgenomen, zoals we hierna zullen aangeven.

Marktachtergronden

De bepaling wordt geïntroduceerd op een moment waarop de markt in een nieuwe fase lijkt te komen. Meer dan eerder wordt breed geïnvesteerd in de uitrol van (lokale) glasvezelnetten en de ‘opwaardering’ van bestaande coax- en kopernetwerken naar ‘netwerken met zeer hoge capaciteit’. Niet alleen door de traditionele aanbieders, maar ook door een veelheid van nieuwe kapitaalkrachtige investeerders. Die ontwikkeling moet door de uitleg en de toepassing van de bepaling niet worden belemmerd. Vooral de toelichting van het voorontwerp gaat op veel plaatsen vooral in op de economische positie van de partijen die niet in netwerken investeren, maar wel diensten willen aanbieden aan eindgebruikers. In punt 3 van het meegezonden IAK en op p. 3 van de toelichting wordt aangegeven: *“Op grond van de nieuwe mogelijkheid tot regulering kunnen toegangsverplichtingen worden opgelegd in geval van replicatiebelemmeringen, ongeacht of een eindgebruiker in de bestaande situatie kan beschikken over één of meer netwerken. Indien er verscheidene netwerken zijn, kunnen in beginsel dezelfde verplichtingen (tegelijkertijd) aan alle aanbieders van die netwerken en aan andere rechthebbenden op de relevante kabels worden opgelegd.”* Dat lijkt haaks te staan op de doelstelling om uitrol van nieuwe netwerken centraal te stellen en komt neer op traditionele dienstenconcurrentie. Zie ook punt 4 IAK: *“Eindgebruikers (zowel consumenten als zakelijk) kunnen kiezen uit verschillende dienstenaanbieders en door de concurrentie ontstaan lagere prijzen en betere kwaliteit.”* De gedachte achter art. 61 lid 3 was primair om toegangsbelemmeringen op klantlocatie voor de uitrol van meerdere netwerken weg te nemen en niet om algemene toegangsregulering te creëren naast het aanmerkelijke marktmacht

kader. Een van de belangrijkste nieuwe doelstellingen van de EECC is het stimuleren van de uitrol van netwerken met zeer hoge capaciteit, dus zou het voor de hand liggen in de toelichting primair te benadrukken dat toepassing van de bepaling eraan moet bijdragen dat die uitrol wordt gestimuleerd. Beide doelen zullen in de besluitvorming van ACM een rol moeten spelen, maar anders dan in het verleden gaat het nu niet meer om het openen van markten en doorbreken van monopolies, maar om het stimuleren van de beschikbaarheid van dergelijke netwerken met behoud van concurrentie. Dat accent moet worden benadrukt. Op p. 5 van de toelichting wordt dit wel kort aangestipt, maar dit uitgangspunt zou centraal moeten staan.

Een belangrijke ontwikkeling in de markt is ook dat passieve (dat wil zeggen fysiek ontbundelde) toegang tot netwerken de afgelopen jaren – ook in besluiten van toezichthouders – niet meer als de meest logische vorm van toegang wordt gezien, omdat diverse technologieën daarmee niet goed verenigbaar zijn. De voortgaande ontwikkeling van virtualisering van netwerken (SDN/NFV) leidt ertoe dat aanbieders zo min mogelijk fysieke werkzaamheden aan hun netwerken hoeven te verrichten en daarmee een veel hogere graad van efficiëntie en kwaliteit kunnen bereiken. In het belang van de dienstverlening moet worden voorkomen dat verplichtingen worden opgelegd die dergelijke technologisch voortgang bemoeilijken of zelfs onmogelijk maken. Het verdient aanbeveling dit uitgangspunt veel duidelijker in de tekst – of in elk geval in de toelichting – van de bepaling op te nemen.

Het opleggen van verplichtingen in het kader van symmetrische toegang vergt een fundamentele heroverweging van de verplichtingen die de ACM in de loop van twintig jaar (procederen over) asymmetrische toegang heeft ontwikkeld. Tegen het huidige besluit voor de vaste wholesale breedband toegangsmarkt heeft KPN in haar beroep al aangevoerd: *“Daarnaast heeft de ACM niet onderbouwd op welke wijze de theorie van gezamenlijke AMM tot minder verplichtingen heeft geleid dan de theorie van enkelvoudige AMM waarop ULL 2015 was gestoeld. Aangezien de onderliggende theorie of harm in het WFA Besluit een volstrekt andere is dan die in ULL 2015, had de ACM met een schone lei moeten beginnen bij de beoordeling van de benodigde verplichtingen. In plaats daarvan gaat de ACM uit van de verplichtingen die zij ook in ULL 2015 heeft opgelegd, met slechts enkele wijzigingen. De ACM mist daarmee het fundamenteel andere karakter van het WFA besluit in vergelijking met ULL 2015.”* Dat geldt nog veel sterker voor verplichtingen die op grond van dit nieuwe en heel andere kader kunnen worden opgelegd. Het zou goed zijn dit in de toelichting te benadrukken.

Met name de voorschriften die de ACM sinds geruime tijd in marktanalysebesluiten heeft opgenomen over de uitfasering van oude diensten en netwerken zijn knellend en houden netwerkrationalisatie en netwerkinnovatie tegen. Er hoeven geen – en al helemaal niet in het kader van deze nieuwe bevoegdheid - uitfaseringsvoorschriften te worden opgelegd omdat leveranciers op grond van het burgerlijk recht al gehouden zijn om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van hun afnemers.

Voorgestelde tekst van artikel 6.3 Telecommunicatiewet

De wettekst sluit op de meeste punten aan bij de richtlijnbeepaling. Enkele formuleringen kunnen nog specifieker:

- In lid 1 zou ‘met het oog op de doelstellingen’ nauwkeuriger worden geformuleerd als: met het oog op het bevorderen van de doelstellingen. Nu er nog niet bekend is hoe artikel 1.3 komt te luiden moet KPN eventuele opmerkingen daarop aanhouden tot die tekst bekend is.

- In het voorstel wordt niet verwezen naar de komende BEREC *Guidelines on the criteria for a consistent application of article 61(3) (concentration point)*. Mogelijk wordt vertrouwd op het feit dat art. 1.3 lid 2 en 3 in algemene zin ACM al verplicht rekening te houden met ‘adviezen’ van BEREC, maar gezien de concrete invulling in art. 61 lid 3 EECC verdient specifieke vermelding hier aanbeveling.
- Hoewel dat aansluit bij de richtlijntekst, roept de formulering van de aanhef van het eerste lid de vraag op of het ‘redelijk verzoek’ aan ACM kan worden gedaan zonder voorafgaande onderhandelingen te starten met de aanbieder van het betrokken netwerk. Het uitgangspunt zou volgens KPN altijd moeten zijn dat marktpartijen eerst proberen door middel van te goeder trouw gevoerde onderhandeling tot overeenstemming te komen en pas bij gebreke daarvan ACM kunnen verzoeken verplichtingen op te leggen. Minimaal moet worden bepaald dat ACM geen verplichtingen kan opleggen zonder procedure van volledige hoor en wederhoor. Misschien dat dit zozeer voor zich spreekt dat dit niet in de wettekst is opgenomen, maar dan verdient het wel in de toelichting als uitgangspunt te worden beschreven. In de slotzin van lid 2 wordt gesproken over ‘risico’s voor die kosten die samenhangen met het betreffende netwerk’. Die formulering is niet helder. Te makkelijk kan daarin worden gelezen dat alleen de kosten die een toegangszoeker voor toegang tot het desbetreffende netwerk moet maken hier een rol spelen, maar die moeten worden afgewogen tegen kosten en – hiervoor al besproken – andere belangen van de toegangsverlener om zijn netwerk zo efficiënt mogelijk te exploiteren en de mogelijkheid innovaties daarin zonder onnodige belemmeringen te kunnen uitvoeren.
- Het uitgangspunt dat in de markt tot stand gekomen oplossingen altijd voorrang hebben boven opgelegde verplichtingen ontbreekt. Dat is wel het uitgangspunt van het Europese kader.
- De formulering van lid 3 legt de nadruk van de toetsing op doelmatigheid en economische haalbaarheid taalkundig alleen op de toegangszoeker, maar zou zoals hiervoor al aangegeven veel meer een belangenafweging moeten inhouden die de ontwikkeling van de aanleg van netwerken met zeer hoge capaciteit centraal stelt. In elk geval moeten ook die belangen in de tekst worden meegenomen. Het is niet alleen voor de in het achtste lid bedoelde aanbieders van kleinschalige en nieuwe netwerken van belang dat hun investeringen economisch en financieel levensvatbaar zijn, maar voor alle aanbieders.
- De in de toelichting (p. 3) verwoorde onwenselijkheid dat een aanbieder onder twee verschillende regimes verplichtingen voor hetzelfde krijgt opgelegd – die dan met grote kans op detail verschillend zijn en tot implementatie onzekerheid gaan leiden - is in de tekst van lid 4 verwoord dat ‘rekening moet worden gehouden met’ de verplichtingen van hoofdstuk 6a. Het is wenselijk dat wordt aangegeven dat de op grond van dit artikel opgelegde verplichtingen niet dezelfde vormen van toegang kunnen betreffen als die op grond van een besluit op grond van hoofdstuk 6a aan een aanbieder zijn opgelegd. Dat noodzaakt ACM ertoe haar besluiten consistent te maken en onnodige kostbare geschillen en procedures te voorkomen.
- Het uitgangspunt dat ACM binnen vijf jaar tot een nieuw besluit moet komen is juist, maar de bepaling laat in het midden wat er met het bestaande besluit gebeurt indien ACM dat niet doet. Gezien het uitgangspunt van de regeling zou het gevolg daarvan moeten zijn dat de verplichting vervalt, totdat ACM die eventueel opnieuw zal hebben opgelegd. Dat moet explicieter in de tekst worden verwoord. Standaard zou de noodzaak tot het opleggen van verplichtingen opnieuw geëvalueerd moeten worden en verlenging zonder volledige evaluatie zou niet aan de orde kunnen komen.

Voorgestelde Memorie van Toelichting

Zoals in het voorgaande al aangegeven ademt de toelichting vooral de sfeer dat ‘gebieden met twee of drie netwerken met vergelijkbare kenmerken’ (p. 2) onvoldoende zijn om een optimale dienstverlening te garanderen. De strekking van de toelichting maakt dat de drempel voor een positieve beoordeling van een redelijk verzoek erg laag is. Daarin staat bijvoorbeeld: *“Er zal naar verwachting niet snel sprake zijn van een efficiënte investering voor een startende aanbieder die met een beperkt aantal eindgebruikers een ongunstige verhouding tussen kosten en baten zal hebben.”* Het is gezien de recente uitrol van kleinschalige FttH netwerken de vraag of dat nog zo algemeen gesteld kan worden.

Daarbij zullen bovendien andere lezers uit veel andere EU-landen zich de ogen uitwrijven: op de meeste plaatsen is er al een optimale situatie als er één netwerk met hoge kwaliteit beschikbaar is. KPN begrijpt dat een situatie waarin over de beschikbare netwerken meerdere dienstverleners hun diensten kunnen aanbieden goed is. Daarom heeft KPN al vele jaren een open wholesale beleid, waarbij zij zowel op haar vaste als op haar mobiele netwerken toegang biedt aan dienstverleners onder ‘billijke en non-discriminatoire’ voorwaarden als bedoeld in lid 6 onder b. Wat KPN betreft is regulering dan ook nog steeds een uitzondering die alleen kan worden opgelegd als onverhoopt marktwerking toch niet tot stand komt. Zeker zolang op grond van hoofdstuk 6a zowel KPN als VodafoneZiggo al toegangsverplichtingen heeft zal echter in Nederland deze regeling alleen toepassing behoren te krijgen in de beperkte lokale gebieden waarin alleen andere – niet gereguleerde – aanbieders netwerken met hoge capaciteit hebben aangelegd en niet bereid zijn deze open te stellen voor anderen, wat in de praktijk overigens niet het geval is. De toonzetting van de toelichting moet daarop worden aangepast. De toelichting lijkt nog geheel geschreven vanuit de gedachte dat het niet denkbaar is dat aan zowel KPN als VodafoneZiggo op grond van hoofdstuk 6a toegangsverplichtingen kunnen worden opgelegd, maar dat lijkt vooralsnog een achterhaald uitgangspunt.