

BCPA maakt graag gebruik van de gelegenheid om te reageren naar aanleiding van het in consultatie gegeven Wetsvoorstel implementatie Telecomcode, onderdeel toegangsregulering replicatiebelemmeringen<sup>1</sup>.

In de eerste plaats merkt BCPA ten aanzien van het proces op dat het meer voor de hand zou hebben gelegen om de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/1972 (hierna: de Telecomcode)<sup>2</sup> in zijn geheel te laten plaatsvinden, en niet in verschillende onderdelen. BCPA gaat ervan uit dat marktpartijen later nog in de gelegenheid worden gesteld om aanvullende opmerkingen te maken indien het wetsvoorstel ter implementatie van de overige onderdelen van de Telecomcode daartoe aanleiding mocht geven.

Wat betreft het voorstel zelf merken wij op dat het op dit moment te vroeg is om te bepalen of BCPA al dan niet een voorstander is van de onderhavige aanvullende mogelijkheid om toegang te reguleren. Het bestaande AMM-instrument werkt al jaren na behoren. De vraag is wat voor effect het nieuwe instrument zal hebben.

BCPA is er in elk geval niet op voorhand gerust op dat de toepassing van dit nieuwe instrument zal bijdragen aan reguleringszekerheid. Artikel 61 lid 3 van de Telecomcode creëert immers een grijs gebied. Het is enerzijds duidelijk dat de beoordeling van de replicateerbaarheid van netwerkelementen een marktanalyse vergt die verschillend is van een analyse waarbij aanmerkelijke marktmacht wordt beoordeeld<sup>3</sup>, maar het is anderzijds niet duidelijk hoe een dergelijke analyse er uit zal zien. Het moge zo zijn dat het grijze gebied zal worden ingekleurd door BEREC, die richtsnoeren zal opstellen, maar het blijft zeer de vraag wat de toepassing van dit nieuwe instrument teweeg zal brengen.

Dit gezegd hebbende spreekt het vanzelf dat artikel 61 lid 3 van de Telecomcode dient te worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet. BCPA hoopt en verwacht dat de implementatie van de Telecomcode strak naar de letter zal geschieden en dat de wetgever niet de ruimte zoekt voor interpretatie. Dat zou niet bijdragen aan het doel van maximum harmonisatie, waar de deelnemers in BCPA als internationaal actieve aanbieders uitgesproken voorstander van zijn. De toelichting stelt dan ook terecht dat in het kader van toegang is gekozen om op Europees niveau te harmoniseren. BCPA heeft in dit verband enkele vragen en opmerkingen.

BCPA leest op pagina 6 van de toelichting, ten aanzien van de redelijkheid van een verzoek tot toegang, dat hiervan in de regel sprake zal zijn 'indien het verzoek betrekking heeft op netwerkelementen die de verzoeker daadwerkelijk nodig heeft om zelf diensten aan te kunnen bieden'. Deze passage lijkt ons wat kort door de bocht. De redelijkheid van een verzoek kan naar onze mening niet louter worden bepaald op basis van de wens van de verzoekende partij. Mogelijk is sprake van een misverstand. Het verband tussen deze passage en de Telecomcode is ons evenmin duidelijk. Het verdient wat BCPA betreft de voorkeur om deze passage te schrappen teneinde interpretatiegeschillen te voorkomen.

---

<sup>1</sup> Onderdelen van het wetsvoorstel ter implementatie van de Telecomcode voor zover dit betrekking heeft op toegangsregulering in geval van replicatiebelemmeringen, concept d.d. 4 april 2019

<sup>2</sup> Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek van elektronische communicatie (PbEU 2018, L 321)

<sup>3</sup> Zie overweging 154 bij de Telecomcode en pagina 10 van de Memorie van Toelichting

BCPA bestrijdt voorts de interpretatie van de Telecomcode waarbij het voor het opleggen van verplichtingen relevant zou zijn welk marktsegment het betreft. De betreffende tekst in de Memorie van Toelichting (pagina 10 bovenaan) loopt vooruit op de analyse die is voorbehouden aan de ACM. De Telecomcode spreekt zich op dit punt niet uit, en dat zou de Nederlandse wetgever dan ook niet moeten doen. BCPA doelt op de volgende passage in de Memorie van Toelichting:

*Voor het opleggen van de bedoelde verplichtingen is naar verwachting onder meer relevant welk marktsegment het betreft – in sommige marktsegmenten is het moeilijk om tot een rendabele business case te komen. Als bijvoorbeeld de eindgebruikers consumenten in een woonwijk zijn, kunnen de kosten van replicatie van het netwerk (de aansluitkosten) mogelijk minder goed worden terugverdiend dan bij het aansluiten van grootzakelijke gebruikers aangezien in zo'n geval de aansluitkosten vaak in de initiële contractduur kunnen worden terugverdiend.*

In de overweging 154 van de Telecomcode staat, meer in algemene zin, dat 'een adequate economische beoordeling van de marktvoorwaarden' moet plaatsvinden en dat 'uitgebreide toegangsverplichtingen' eerder nodig zijn in 'geografische gebieden waar de businesscase voor de uitrol van alternatieve infrastructuur risicovoller is', bijvoorbeeld vanwege de lage bevolkingsdichtheid of vanwege het beperkte aantal meergezinswoningen. Welke marktsegmenten die zou (kunnen) betreffen blijft buiten beschouwing. BCPA meent dat deze beoordeling aan de toezichthouder moet zijn voorbehouden. Het verdient wat BCPA betreft ook hier de voorkeur om deze passage te schrappen teneinde interpretatiegeschillen te voorkomen.

Wij wijzen tenslotte nog op enkele voorbeelden waarbij terminologie wordt bijgesteld ten opzichte van de oorspronkelijke tekst, zonder dat ons duidelijk is waarom dit gebeurt, maar waarbij niet valt uit te sluiten dat deze afwijkingen zullen leiden tot interpretatiegeschillen. Zo bevat artikel 6.3 lid 1 van het voorstel de passage 'indien naar haar oordeel replicatie van die kabels of bijbehorende faciliteiten ondoelmatig is' terwijl de Telecomcode in dit verband spreekt van 'omdat de replicatie van die netwerkelementen in economisch opzicht inefficiënt zou zijn'. De onderstrepingen wijzen naar de verschillen, die vragen om een verklaring. Artikel 61 lid 3 sub a van de Telecomcode spreekt over 'billijke, niet-discriminerende en redelijke voorwaarden'. Dit wordt in artikel 6.3 lid 6 sub b geformuleerd als 'billijke en non-discriminatoire voorwaarden', die kennelijk niet tevens 'redelijk' dienen te zijn.

Wij hopen dat u met het bovenstaande rekening zult willen houden bij het opstellen van het definitieve wetsvoorstel. Deze zienswijze bevat geen bedrijfsvertrouwelijke informatie.