

Vergaderjaar 2010–2011

**31 412**

## **Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de Nota frequentiebeleid 2005**

**Nr. 43**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN, LANDBOUW EN INNOVATIE**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 18 april 2011

In het plenair debat met betrekking tot het wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de nota frequentiebeleid 2005 van dinsdag 5 april jl., is door de leden Schaart (VVD) en Verburg (CDA) een amendement ingediend (kamerstukken 31 412, nr. 36) met betrekking tot artikel 3.24, vierde lid van de Telecommunicatiewet (medegebruik van antenne-opstelpunten). Ik heb uw Kamer tijdens het debat toegezegd nog schriftelijk op dit amendement te zullen reageren.

Op 15 april jl. is door de leden Schaart en Verburg een gewijzigd amendement (nr. 41) ingediend, ter vervanging van het amendement nr. 36. Met de wijziging is de in het amendement voorgestelde verplichting geschrapt, dat de vergoeding de kosten van de werkelijk afgenomen capaciteit weerspiegelt. Mijn bezwaren hebben echter in hoofdzaak betrekking op de voorgestelde «efficiëntie» van de verplichting, die in het amendement is gehandhaafd.

Bij het medegebruik van antenne-opstelpunten is op grond van artikel 3.24 een redelijke vergoeding verschuldigd. In het amendement wordt op wetsniveau verder uitgewerkt wat in dit verband dient te worden verstaan onder een redelijke vergoeding. Een vergoeding is, aldus het amendement, redelijk als «de vergoeding efficiënt, transparant en niet discriminatoir is.

#### *Positieve elementen van het amendement*

Ik sta positief tegenover de gedachte de regelgeving met betrekking tot de hoge antenne-opstelpunten nader in te vullen om zo meer duidelijkheid aan de markt te verschaffen.

Met name de in het amendement vervatte eisen met betrekking tot transparantie en non-discriminatie zullen een positieve invloed hebben op

de gang van zaken op de etherdistributiemarkt. Ik ben dan ook bereid om door middel van een nota van wijziging artikel 3.24 zo aan te passen dat het non-discriminatiebeginsel en de eis tot transparantie expliciet in de Telecommunicatiewet worden verankerd. Minder positief sta ik tegenover manier waarop in het amendement aan het concept van efficiënte kosten invulling wordt gegeven. Deze leidt, zoals ik hieronder nader zal toelichten, tot een onredelijke behandeling van de onderneming die de hoge antenne-opstelpunten exploiteert. Bovendien kleven aan de invulling van dit deel juridische bezwaren.

#### *Huidige handelwijze van OPTA bij medegebruik*

Zoals ook in het plenaire debat naar voren is gebracht, gaat OPTA bij de redelijke vergoeding bij het medegebruik van antenne-opstelpunten uit van kostenoriëntatie. Dat wil in dit verband zeggen: een vergoeding die is gebaseerd op de *daadwerkelijke* kosten plus een redelijk rendement. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft met deze invulling door OPTA ingestemd.

In mei 2010 heeft OPTA een aantal geschilbesluiten genomen inzake het medegebruik van de hoge antenne-opstelpunten van NOVEC. Hierbij heeft OPTA de door NOVEC toegepaste clustering van dezelfde typen masten (hoge antenne-opstelpunten) gevolgd. Bij dat model is een afzonderlijke categorie ingeruimd voor (hoge) masten, bestemd voor de distributie via de FM-band.

#### *Gevolgen invulling eis met betrekking tot efficiënte kosten*

OPTA wijst er op dat als NOVEC de niet bezette meters in haar masten niet mag doorberekenen in de tarieven voor het medegebruik, zij simpelweg niet in staat is om de kosten, die zij nu eenmaal maakt ten behoeve van de exploitatie van haar masten, te compenseren. NOVEC zal door de eis van efficiënte kosten, zoals bedoeld in het amendement, niet meer in staat zijn om het antenne-opstelpunt op economisch verantwoorde wijze te exploiteren. Met andere woorden, NOVEC zal, zoals ook OPTA heeft aangegeven, structureel verlies gaan leiden en uiteindelijk zijn bedrijfsactiviteiten moeten staken.

Ik merk verder op dat het effect van dit deel van het amendement *niet* is dat er een meer gelijk speelveld voor partijen als KPN en BP ontstaat. Immers, beide partijen profiteren in gelijke mate van de verwachte prijsverlaging. Dit komt omdat NOVEC, anders dan het amendement doet vermoeden, nu reeds gehouden is op grond van de bestaande medegebruikbepaling zijn klanten non-discriminatoir te behandelen.

#### *Juridische aspecten*

Voor ik inga op de meer specifieke juridische elementen, merk ik op dat de vraag welke kosten nu wel en welke kosten nu niet precies mogen worden meegerekend bij het medegebruik van hoge antenne-opstelpunten onderwerp van geschil is tussen OPTA en BP. Dit geschil ligt op dit moment voor ter beslechting bij het CBB. Het zou mijns inziens verstandig zijn het oordeel van het CBB af te wachten alvorens te beslissen om in de Telecommunicatiewet een andersluidende voorziening op te nemen.

Ten aanzien van het juridische kader merk ik het volgende op. Het uitgangspunt van de Europese richtlijnen op het terrein van de elektronische communicatie is dat aanbieders zelf mogen bepalen welke prijs ze voor hun diensten en producten vragen. De belangrijkste en meest verstreckende uitzondering op dit uitgangspunt is het regime met

betrekking tot aanmerkelijke marktmacht (AMM). Dit regime komt er op neer dat OPTA voorschriften kan geven met betrekking tot de door een aanbieder te hanteren tarieven. Deze voorschriften kunnen, afhankelijk van de ernst van de mededingingsproblemen op de markt, leiden tot de eis dat de tarieven kostengeoriënteerd moeten zijn. Dit kan op zijn beurt, wederom afhankelijk van de ernst van de problemen op de markt, leiden tot de eis dat alleen efficiënte kosten mogen worden meegenomen bij de vaststelling van het tarief. OPTA kan dit echter alleen als de betreffende aanbieder beschikt over een aanmerkelijke marktmacht. Om dit vast te stellen moet op eerste plaats een grondige analyse van de markt plaatsvinden. Overigens merk ik op dat OPTA tot nu toe, zelfs daar waar zij efficiënte kosten als uitgangspunt heeft genomen voor de vaststelling van tarieven, nooit zover is gegaan dat kosten van onvermijdbare leegstand niet kunnen worden meegerekend. In die zin gaat dit deel van het amendement dus verder dan OPTA onder het AMM-regime ooit is gegaan.

Artikel 3.24 is gebaseerd op artikel 12 van de Kaderrichtlijn. Dit artikel handelt over collocatie en gedeeld gebruik van netwerkelementen en zogenoemde bijbehorende faciliteiten. Het medegebruik van antenneopstelpunten is hiervan een voorbeeld. Artikel 12, tweede lid, bepaalt dat regelingen inzake gedeeld gebruik «een omslagregeling» kunnen bevatten «voor de kosten van het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom». Belangrijk te weten is dat artikel 12 van de Kaderrichtlijn, en daarmee ook artikel 3.24 van de Telecommunicatiewet, voor alle aanbieders geldt, dus ongeacht hun marktpositie. Een marktonderzoek maakt dan ook geen deel uit van artikel 12 Kaderrichtlijn respectievelijk artikel 3.24 Telecommunicatiewet. Het is, gezien de zojuist geschetste systematiek van richtlijnen, niet juist dat op basis van artikel 12 van de Kaderrichtlijn, dat geen rekening houdt met de marktpositie van betrokken spelers, een even stringent of zelfs stringenter kostenbeoordelingssysteem zou kunnen worden opgelegd dan kan na een uitvoerig marktonderzoek en het daarbij vaststellen van aanmerkelijke marktmacht.

Een ander aspect van het amendement is dat het de economische regels voor medegebruik op wetsniveau te gedetailleerd uitwerkt. Hierdoor is er in de praktijk geen mogelijkheid meer voor OPTA om rekening te houden met de concrete omstandigheden van het geval. Kenmerkend voor de Europese regels en de uitwerking daarvan in de Telecommunicatiewet, is nu juist dat dit wel kan. De mogelijkheid om rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van een zich voordoend geval vormt de kern van de regelgeving met betrekking tot AMM.

Het loslaten van dit uitgangspunt klemt des te meer nu het bij de regeling van het medegebruik gaat om een regeling die primair is ingegeven door eisen van ruimtelijke ordening (artikel 12 Kaderrichtlijn) en niet door eisen van marktwerking (artikel 8 e.v. Toegangsrichtlijn).

De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,  
M. J. M. Verhagen