

Vergaderjaar 2009–2010

**31 412**

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

**Nr. 15**

### **BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN ECONOMISCHE ZAKEN**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 29 oktober 2009

Hierbij zend ik u de antwoorden op de vragen die zijn gesteld door de vaste commissie voor Economische Zaken van uw Kamer inzake de problematiek op de markt voor etherdistributiediensten. Deze vragen werden mij toegestuurd op 17 juni 2009 (2009Z10 694/2009D30 040). Tevens ontvangt u, conform het verzoek voor de vaste commissie, een afschrift van het antwoord op de brief van Broadcast Partners (hierna: BP) van 8 juni 2009.<sup>1</sup>

Alvorens de vragen te beantwoorden, maak ik van de gelegenheid gebruik vooraf enkele inleidende opmerkingen te maken en in te gaan op de motie van de leden Atsma en Elias (Kamerstukken II, 2008/09, 24 095, nr. 249) over de gewenste interpretatie van de artikelen 3.11 en 3.12 van de Telecommunicatiewet.

De door BP aangesneden problematiek heeft betrekking op de markt voor de verspreiding van FM radio-omroep. Het gaat hier om een relatief kleine markt met een geringe omzet en een zeer beperkt aantal spelers. Naast BP is immers op dit moment alleen KPN Broadcast Services (hierna: KPN) actief op de relevante omroepdistributiemarkt. Hier komt nog bij dat feitelijk alleen van een markt sprake is gedurende de relatief korte periode waarin de omroepen de verspreiding via de ether van hun programma's aanbesteden. Een gevolg hiervan is dat de kosten van overheidsingrijpen, zoals ook door OPTA in haar besluit wordt opgemerkt, al snel de maatschappelijke baten van dat ingrijpen zullen overstijgen. Hoewel van toepassing op alle markten, zal OPTA met name in de etherdistributiemarkt ervoor moeten zorgen dat zij niet meer maatregelen treft dan strikt noodzakelijk is om tot een level playing field te komen.

Om op deze markt actief te zijn, moet een aanbieder de beschikking hebben over masten hoger dan 100 meter. Deze masten zijn vrijwel allemaal eigendom van het staatsbedrijf Novec (onderdeel van TenneT) en bevinden zich op betonnen torens van Alticom. Beide bedrijven zijn niet

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

actief op de markt waarop KPN en BP tot nu toe als enige aanbieders actief zijn: de markt voor transport van FM radioprogramma's via de ether.

Zowel KPN als BP zijn dus beide even afhankelijk van Novec en Alticom. Novec en Alticom vallen onder de werking van artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet (Tw). Dat betekent dat beide bedrijven tegen een kostengeoriënteerd (door OPTA op verzoek van partijen controleerbaar) tarief moeten voldoen aan alle redelijke verzoeken om toegang tot hun infrastructuur/voorzieningen. Hoewel 3.11 Tw niet expliciet een verplichting tot non-discriminatie oplegt, ligt het beginsel van non-discriminatie wel besloten in artikel 3.11 en in de wijze waarop door OPTA aan dit artikel toepassing wordt gegeven. Broadcast Partners wordt in principe dan ook niet anders behandeld dan KPN (voorheen Nozema Services) en is sprake van een gelijk speelveld. Wel verwijs ik naar het antwoord op vraag 11 met betrekking tot de «knipovereenkomst» tussen Novec en Nozema Services (thans KPN).

Hiermee is echter nog geen compleet beeld geschetst. Dat komt doordat BP in veel gevallen geen medegebruik vraagt aan Novec of Alticom maar aan KPN. In de masten van Novec hangen de voor de FM radio-uitzendingen noodzakelijke antennes die via kabels zijn verbonden met de zendapparatuur. Artikel 3.11 TW maakt het in het geval van omroep ook mogelijk medegebruik van antennes en antennesystemen (antennes en kabels/apparatuur tot aan de zender) te vragen. In veel gevallen zijn deze antennes/antennesystemen eigendom van KPN. Ook voor dit medegebruik geldt dat dit tegen een kostengeoriënteerd tarief moet plaatsvinden. Omdat zowel BP als KPN op dezelfde (distributie)markt actief zijn, bestaat het gevaar dat KPN aan de omroepen een prijs vraagt voor het uitzenden van hun programma's die nauwelijks verschilt, of zelfs gelijk of lager is, dan de (kostengeoriënteerde) prijs die BP voor het medegebruik van de antennesystemen moet betalen. In dat geval zou BP niet met KPN kunnen concurreren. OPTA heeft echter vastgesteld dat van een dergelijke situatie geen sprake is. Feitelijk is daarom ook hier sprake van een gelijk speelveld. Mocht KPN zich in de toekomst anders gedragen dan beschikt OPTA met het regime van hoofdstuk 6a TW, het aanmerkelijke marktmachtsregime, over adequate mogelijkheden hiertegen op te treden. Mocht daarbij sprake zijn van misbruik van een economische machtspositie dan kan ook nog door de NMa worden opgetreden.

Verder heb ik, zoals u bekend is, onlangs een gesprek met BP gehad. Naar aanleiding van dat gesprek en op mijn verzoek heeft BP mij per brief enige aanvullende informatie verstrekt. Een afschrift van deze brief is door BP aan de Kamer gezonden. In de bijlage bij de brief geeft BP een overzicht van een aantal landen van de Europese Unie waar, naar de opvatting van BP, adequate maatregelen met betrekking tot de etherdistributiemarkt zijn genomen. Ik merk hier het volgende over op. In alle door BP genoemde gevallen gaat het om maatregelen die, met goedvinden van de Commissie, door de buitenlandse tegenhangers van de OPTA zijn genomen op grond van het aanmerkelijke marktmachtsregime (in Nederland het regime van hoofdstuk 6a Tw). Derhalve maatregelen die zijn opgelegd op basis van een marktanalyse en (dus) na het doorlopen van de hieronder bij het antwoord op vraag 1 besproken drie-criteria-toets wanneer dat was vereist. OPTA zou, als zij dat nodig acht ook in Nederland dergelijke maatregelen kunnen opleggen. Overigens speelden een deel van de door BP genoemde voorbeelden zich af op een tijdstip waarop de omroepdistributiemarkt nog was opgenomen in de aanbeveling relevante markten van de Europese Commissie. Hierdoor hoefde de drie criteria-toets alleen te worden doorlopen indien de toezichthouder *geen* maatregelen nodig achtte voor de betreffende markt of, indien de toezichthouder een andere markt (ruimere of beperktere) wenste af te bakenen dan die

genoemd in de aanbeveling. Omdat de omroepdistributiemarkt sinds 17 december 2007 niet meer in de aanbeveling is opgenomen, moet OPTA altijd met behulp van de drie-criteriatoets aantonen dat regulering *wel* nodig is.

OPTA heeft geen maatregelen genomen omdat zij dat na een analyse van de markt, en (dus) na het toepassen van de drie-criteriatoets, tot de conclusie is gekomen dat geen (extra) maatregelen nodig zijn. De Commissie onderschrijft het besluit van OPTA gelet op het feit dat zij bij de toepassing van artikel 7 van de Kaderrichtlijn (het vetorecht) heeft ingestemd met het besluit. In OPTA's beslissing *will* ik niet treden. Als BP het met dit oordeel niet eens is zal zij zich tot de (onafhankelijke) rechter moeten wenden. Ik voeg hier nog aan toe dat het in Nederland zwaar aangezette regime van medegebruik maakt dat OPTA minder snel maatregelen op grond van hoofdstuk 6a Tw zal kunnen opleggen dan wanneer was gekozen voor een minder verstrekkende uitwerking van het medegebruik in artikel 3.11 en 3.12 Tw. Immers hoe meer er al los van het bestaan van aanmerkelijke marktmacht is geregeld, hoe minder snel het op grond van de drie-criteriatoets het nodig zal zijn dit regime toe te passen.

In de motie van de leden Atsma en Elias van 1 juli jl. (TK 24 095, nr. 249) wordt de regering gevraagd de artikelen 3.11 en 3.13 van de Telecommunicatiewet zo te interpreteren dat een gelijk speelveld wordt gestimuleerd en dat ook aan OPTA kenbaar te maken. Voor mijn reactie op deze motie verwijs ik naar mijn antwoord op de vragen 1 en 3. Samengevat komt het er op neer dat artikel 3.11 kan bijdragen aan een gelijkspelveld, maar dat de verplichtingen die op grond van artikel 3.11 kunnen worden opgelegd minder uitgebreid en verstrekkend zijn, dan verplichtingen die na een uitgebreide marktanalyse kunnen worden opgelegd aan een partij met aanmerkelijke marktmacht. Dat hangt samen met de achterliggende Europese wetgeving, waarop respectievelijk artikel 3.11 en hoofdstuk 6a zijn gebaseerd. Wat artikel 3.13 betreft geef ik in mijn antwoord op vraag 3 aan dat dat artikel is gebaseerd op artikel 5, vierde lid van de Toegangsrichtlijn. Deze laatste bepaling ziet op eind-tot-eindverbindingen en interoperabiliteit. Het opleggen van toegangsverplichtingen buiten deze context is naar mijn oordeel strijdig met dwingende Europese wetgeving.

### **Antwoorden op de gestelde vragen**

1

*U bent van mening dat de artikelen 3.11 tot en met 3.13 van de Telecommunicatiewet niet bedoeld zouden zijn om concurrentie te bevorderen (Kamerstukken II, vergaderjaar 2008–2009, 31 412, nr. 6). Uit het in de voetnoot van deze brief aangehaalde amendement blijkt echter dat de Kamer met dat amendement juist «het daadwerkelijk tot stand brengen van concurrentie op de markt voor omroepzendernetwerkdiensten» tot doel had, hetgeen ook het geval is bij artikel 3.13 Tw. Bent u bereid de in de brief genoemde mening te herzien en in lijn te brengen met de oorspronkelijke bedoelingen van de genoemde wetsartikelen?*

De in artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet opgenomen verplichting tot medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen en antennes zijn te beschouwen als vormen van toegang in zin van de Europese richtlijnen op het terrein van de elektronische communicatie. Voor toegangsverplichtingen (en de verplichtingen die daarmee verband houden zoals maatregelen met betrekking tot de toegangstarieven, non-discriminatie etc.) geldt in de regel dat die alleen kunnen worden opgelegd aan partijen van wie op grond van een onderzoek van de relevante markt is vastgesteld dat zij beschikken over een aanmerkelijke marktmacht (zie artikel 8, derde lid, van richtlijn 2002/19/EG, Toegangs-

richtlijn). Bovendien kunnen de verplichtingen alleen worden opgelegd indien de Europese Commissie (per geval) met de marktafbakening en de vaststelling van de aanmerkelijke marktmacht heeft ingestemd (het veto-recht). Hierbij is van belang dat de Commissie ten aanzien van markten die niet voorkomen in aanbeveling 2007/879/EG (hierna: aanbeveling relevante markten), zoals alle relevante omroepdistributiemarkten, verlangt dat de zogenoemde drie-criteriatoets wordt doorlopen. Deze toets maakt deel uit van het marktonderzoek en dient er toe om op snelle wijze vast te stellen of het nodig is om op de betreffende markt ex ante regulering toe te passen. Blijkt uit de test dat ex ante marktregulering niet nodig is, dan zal de Commissie geen toestemming geven om maatregelen op te leggen.

Op de regel, dat verplichtingen met betrekking tot toegang alleen aan partijen met marktmacht mogen worden opgelegd, bestaan enkele belangrijke uitzonderingen. De eerste, en die is bij artikel 3.11 aan de orde, is te vinden in artikel 12 van richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn). Dit artikel gaat over collocatie en gedeeld gebruik van faciliteiten en geeft lidstaten de mogelijkheid om gedeeld gebruik van faciliteiten (zoals antenne-opstelpunten, antennesystemen, maar ook kabelgoten) voor te schrijven ongeacht de marktpositie van een onderneming «wanneer ondernemingen geen toegang hebben tot haalbare alternatieven vanwege de noodzaak om het milieu, de volksgezondheid of de openbare veiligheid te beschermen of om stedenbouwkundige en planologische redenen». Dit is geïmplementeerd in artikel 3.11 en 3.12 Tw.

Artikel 12 van de Kaderrichtlijn en artikel 3.11 Tw zijn dus niet bedoeld om machtsposities aan te pakken. Wel hebben de artikelen een (beoogd) positief effect op de mededinging. Het maakt het immers voor partijen eenvoudiger om tot de markt toe te treden. Verder, zo blijkt uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB), spelen de (machts)verhoudingen op de markt een rol bij de concrete invulling van de in 3.11 Tw opgenomen verplichting dat het tarief voor medegebruik redelijk moet zijn. Is de afhankelijkheid van de medegebruik vragende partij van de voorzieningen groot, dan mag OPTA uitgaan van kostenoriëntatie. Uit de jurisprudentie valt tevens af te leiden dat OPTA bij de nadere invulling van kostenoriëntatie een zekere vrijheid heeft. Van belang is vooral, zo geeft het CBB aan, dat OPTA de nadere invulling in een bepaald geval goed weet te onderbouwen.

Omdat de medegebruikverplichtingen niet gericht zijn op het aanpakken van aanmerkelijke marktmacht, zijn de verplichtingen die op grond van artikel 12 Kaderrichtlijn aan het medegebruik kunnen worden verbonden minder uitgebreid/verstrekkend dan de verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan partijen met een aanmerkelijke marktmacht. Zo kan non-discriminatie of boekhoudkundige scheiding niet op grond van artikel 12 Kaderrichtlijn, en daarmee ook niet op grond van op 3.11 Tw, worden opgelegd. Deze maatregelen kunnen in principe wel worden opgelegd op grond van hoofdstuk 6a van de Tw waarin het regime voor partijen met een aanmerkelijke marktmacht is te vinden. Dat kan overigens alleen als de markt-omstandigheden zodanig zijn dat zulke maatregelen ook passend zijn. Zoals ik ook in de inleidende opmerkingen aangaf, is hiermee niet gezegd dat het beginsel van non-discriminatie geen rol speelt bij medegebruik. Indien een bepaald verzoek om medegebruik van een bepaalde partij redelijk is, zal immers eenzelfde verzoek van een andere partij die in een vergelijkbare positie verkeert eveneens redelijk zijn. Datzelfde geldt mutatis mutandis voor het kostengeoriënteerde tarief.

De tweede belangrijke uitzondering op de regel dat toegangsverplichtingen alleen kunnen worden opgelegd aan partijen met een aanmerkelijk

marktmacht is te vinden in artikel 5 van richtlijn 2002/19/EG (Toegangsrichtlijn). Op artikel 5 van de Toegangsrichtlijn wordt bij vraag 3 ingegaan, omdat het vierde lid van dit artikel volgens de toelichting bij het amendement waarmee artikel 3.13 is geïntroduceerd (Kamerstukken II, 2002/03, 28 851, nr. 47), de basis is voor artikel 3.13 Tw.

2

*De Kamer heeft zich herhaaldelijk uitgesproken voor het realiseren van die dienstenconcurrentie en het vestigen van een gelijk speelveld tussen de verschillende operators. Zij achtte de artikelen 3.11 tot en met 3.13 Tw. in dat verband essentieel om aan dat doel bij te dragen en de juridisering in deze markt, door onder meer vele klachtprocedures, tegen te gaan. Hoe beoogt u die doelstellingen (alsnog) te realiseren? Kunt u beschrijven welk concreet beleid en doelgericht toezicht u daarbij voor ogen hebt om dienstenconcurrentie te optimaliseren?*

Concurrentie, zowel – waar mogelijk – op infrastructuurniveau als op het niveau van diensten, en het realiseren van een gelijk speelveld staan bij het beleid van Economische Zaken voorop. Artikel 3.11 Tw draagt daar aan bij omdat dit artikel het voldoen aan (redelijke) verzoeken om medegebruik tegen een redelijk, dat wil zeggen kostengeoriënteerd, tarief verplicht stelt. Het is echter denkbaar dat verdergaande of andersoortige maatregelen nodig zijn om daadwerkelijke mededinging te realiseren. Op grond van hoofdstuk 6a van de Tw kan OPTA dan de betreffende markt onderzoeken. Als uit dat onderzoek blijkt dat verdergaande maatregelen nodig zijn, kan zij de aanbieder(s) met aanmerkelijke marktmacht de nodige verplichtingen opleggen. OPTA kan daarbij kiezen uit een breed scala van verplichtingen, zoals diverse vormen van tariefregulering (zonodig met efficiëntiekortingen), non-discriminatie en het opleggen van een gescheiden boekhouding. Herhaald zij dat de maatregelen wel moeten passen bij de marktomstandigheden. Zijn bijvoorbeeld de geconstateerde problemen op de markt op te lossen met een relatief lichte tariefmaatregel zoals een tariefplafond, dan mag geen kostenoriëntatie op basis van efficiënte kosten worden opgelegd. Verder moet, zoals al aangegeven bij het antwoord op vraag 1, de afbakening van de relevante markt en de vaststelling van de aanmerkelijke marktmacht dan door de Europese Commissie zijn goedgekeurd.

Tot slot merk ik op dat betwijfeld kan worden of artikel 3.11 een bijdrage kan leveren aan het terugdringen van het aantal klachtenprocedures. Immers ook over de toepassing van 3.11 kunnen (en zijn) geschillen ontstaan over voor partijen belangrijke details.

3

*Is het juist dat de OPTA artikel 3.13 in klachtprocedures niet wil toepassen omdat u van plan bent om het artikel uit de wet te schrappen? Deelt u de mening dat zolang de Kamer daar niet mee ingestemd heeft, het artikel geldende wetgeving is, dat door OPTA toegepast kan en moet worden en dat het verwijderen van het artikel in het geheel niet zeker is, nu de Kamer zich daarover nog niet uitgesproken heeft? Bent u gegeven uw politieke en beleidsmatige verantwoordelijkheid bereid om deze kwestie met de OPTA te bespreken, opdat het artikel alsnog wordt toegepast ingeval OPTA daartoe verzocht wordt? In 1999 stelde de OPTA zich op het standpunt, dat artikel 3.11 Tw. bedoeld was om, naast ruimtelijke ordening, ook het belang van mededinging te dienen. Anno 2009 oordeelt zij dat het artikel juist geen mededingingsdoelstellingen dient.*

Waarschijnlijk wordt hier bedoeld op het feit dat OPTA geen concrete toegangsmaatregelen wil nemen op grond van artikel 3.13 Tw. Dat is inderdaad het geval. OPTA handelt hiermee in overeenstemming met

dwingende Europese regels. Artikel 3.13 Tw bepaalt dat OPTA op eigen initiatief in concrete gevallen maatregelen kan nemen die zij voor het verwezenlijken van de doelstellingen van het Europese kader (bevordering mededinging, consumentenbescherming etc.) noodzakelijk acht. Artikel 3.13 Tw (zie verwijzing bij vraag 1) beoogt hiermee artikel 5, vierde lid, van de Toegangsrichtlijn te implementeren. Dit laatste artikel heeft echter geen betekenis buiten de context van de in artikel 5 geregelde interoperabiliteit. Onder interoperabiliteit moet in dit verband worden begrepen de mogelijkheid voor een eindgebruiker van een bepaald netwerk om te kunnen communiceren met eindgebruikers van andere netwerken en andersom (de zogenoemde eind-tot-eindverbindingen). Bij interoperabiliteit en eind-tot-eindverbindingen gaat het er om dat – bijvoorbeeld – KPN-abonnees kunnen telefoneren met Vodafone-abonnees. Van interoperabiliteit zoals hier bedoeld is, in het geval van BP echter geen sprake. Artikel 5, vierde lid, van de Toegangsrichtlijn is overigens in het Nederlandse recht omgezet in artikel 6.2 van de Tw. Daar is bepaald dat OPTA op verzoek of op eigen initiatief de verplichting op kan leggen om eind-tot-eindverbindingen (interoperabiliteit) tot stand kan brengen. Artikel 3.13 heeft daarom naast artikel 6.2 van de Tw geen praktische betekenis. Een ruimere invulling zou in strijd zijn met de Europese richtlijnen. Vandaar dat voorgesteld wordt artikel 3.13 Tw te schrappen.

4

*Deelt u de mening dat die inconsistentie in toezicht ongewenst is en dat de verschillende uitleg niet goed te begrijpen is, noch aansluit bij de (parlementaire) bedoelingen die de wetgever bij het artikel had? Zo ja, bent u bereid de OPTA hierop te attenderen? Zo neen, bent u bereid om de doelstellingen van het artikel zodanig nader te belichten of uit te breiden dat concurrentiebevordering onmiskenbaar een doelstelling van het artikel is en verdere discussie daarover uitgesloten wordt?*

Zie het antwoord op de vragen 1 en 3.

5

*In de bovengenoemde brief aan de Kamer schrijft u onder meer ook dat concurrerende aanbieders in belangrijke mate afhankelijk zijn van de antennesystemen van KPN. De OPTA concludeerde in 2005 dat KPN door die positie in staat is zichzelf te bevoordelen boven andere aanbieders van transmissiediensten. Het aanbestedingsregime verlangt per definitie een gelijk speelveld tussen aanbieders die met elkaar concurreren; dat vraagt dus afstemming tussen het aanbestedingsbeleid en het telecom- en marktordeningsbeleid van het ministerie van Economische Zaken. Op welke wijze heeft u die afstemming tussen de beleidsterreinen geborgd? Hoe zijn bijvoorbeeld de eerder geconstateerde risico's op bevoordeling van de eigen bedrijfsvoering door KPN uitgesloten?*

De Tw biedt OPTA alle mogelijke middelen om een gelijk speelveld te bewerkstelligen. Als OPTA de effecten van het regime van 3.11 en 3.12 Tw daartoe onvoldoende vindt kan zij aanvullende of verdergaande maatregelen treffen op grond van hoofdstuk 6a Tw. Wel zal OPTA op grond van marktonderzoek moeten vaststellen dat er geen sprake is van daadwerkelijke concurrentie. Dit is het (mijns inziens terechte) uitgangspunt van de Europese en de nationale wetgeving. Immers de voor een betrokken partij zeer ingrijpende en vergaande maatregelen die OPTA kan opleggen, zoals verplichte toegang, non-discriminatie, tariefvoorschriften gebaseerd op een (fictieve) efficiënte aanbieder, zijn alleen te rechtvaardigen als de betreffende partij aanmerkelijke marktmacht heeft en er daarom sprake is van een ongelijk speelveld. De Europese regels bepalen dat dat niet op voorhand mag worden aangenomen. Het moet blijken uit objectief, gedegen en (door de rechter) toetsbaar onderzoek van de situatie op de

markt. En juist om dit onderzoek objectief en deskundig te laten verlopen is OPTA als onafhankelijke toezichthouder opgericht. Tenslotte wijs ik er op, zoals ook in de inleiding is opgemerkt, dat OPTA heeft vastgesteld dat KPN haar distributiediensten niet «onder de kosten» aanbiedt.

6

*Bent u er mee bekend, dat KPN bijna of volledig afgeschreven antennes wil afbreken als haar concurrent een aanbesteding wint, maar diezelfde antennes zelf wel aan de desbetreffende omroep aanbiedt? Is het juist dat die antennes in het verleden direct of indirect met publieke middelen werden betaald en zo ja, deelt u dan de mening dat KPN daardoor oneerlijk en concurrentiebeperkend voordeel kan putten uit publieke financiering? Beschikt OPTA over instrumenten die KPN verhinderen om tot afbraak van antennes over te gaan? Beschikt OPTA omgekeerd over instrumenten die KPN (of Novec) kunnen dwingen tot een gedeeltelijke afbraak of herschikking van antennes om een efficiënt mastgebruik te waarborgen en zo ruimte te maken voor concurrerende aanbieders, tegen condities die een met KPN vergelijkbare concurrentiepositie garanderen? Zo nee, maakt het geheel van deze factoren dan niet, dat KPN beslissende invloed kan uitoefenen op de business case van concurrerende operators en dat toezichthouder OPTA gedwongen wordt om te handelen naar wat KPN op dit punt beslist? Hoe beoogt u dit punt op te lossen?*

Van OPTA heb ik begrepen dat KPN in bepaalde gevallen inderdaad tot verwijdering van antennes wil overgegaan. Voor het afbreken van antennes geldt dat in beginsel iedere eigenaar van een antenne gerechtigd is de antennes die hij in eigendom heeft af te breken of aan te passen. Het achterliggende motief doet hierbij niet ter zake, al zal dat meestal gelegen zijn in het niet meer rendabel kunnen exploiteren van de betrokken antennes. Het recht om zijn eigendom teniet te doen bestaat ook indien er verzoek tot medegebruik valt te verwachten of is gedaan. Wel lijkt een redelijke uitleg van artikel 3.11 Tw met zich mee te brengen dat plannen met betrekking tot afbraak/aanpassing tijdig worden meegedeeld. Partijen die van plan waren medegebruik te vragen of gevraagd hebben kunnen dan tijdig omzien naar alternatieven. Dat betekent concreet dat een dergelijke partij zelf een eigen antenne plaatst of de antenne van KPN tegen een bepaalde (marktconforme) prijs overneemt.

Ten aanzien van KPN merk ik verder nog op dat van publieke financiering geen sprake is. KPN heeft voor het verwerven van de eigendom van de antennes betaald door middel van de overname van de aandelen van Nozema Services.

7

*In haar marktanalyse voor etheromroep en haar jaarverslag redeneert de OPTA dat de potentiële en optredende concurrentieproblemen in die markt opgelost kunnen worden met de bestaande wetgeving. In klachtprocedures geeft zij (evenals u) echter aan, dat diezelfde wetgeving niet bedoeld is om de concurrentie te bevorderen, zodat bijvoorbeeld een toets op doelmatigheid, non-discriminatie of transparantie niet kan worden uitgevoerd; zie voetnoot vii van de brief van Broadcast Partners. Die standpunten van de OPTA lijken tegengesteld aan elkaar. Kunt u de beschreven tegenstelling in de standpunten van de OPTA ophelderen? Is het niet van tweeën één: ofwel de OPTA bevordert de concurrentie via artikel 3.11 Tw., ofwel zij kan dat niet en moet dus de weg van hoofdstuk 6 van de Tw bewandelen? Kan met artikel 3.11 Tw. exact hetzelfde worden bereikt als met de marktanalyseverplichtingen uit hoofdstuk 6 van de wet, inclusief de genoemde en andere standaard competitieproblemen, zoals*

*bijv. koppelverkoop of een price squeeze? Als dat niet het geval is, bent u dan bereid om de OPTA te vragen, haar marktanalyse te herzien opdat de genoemde problemen alsnog gereguleerd worden?*

Zoals ik bij het antwoord op vraag twee heb aangegeven legt het regime van artikel 3.11 Tw, ook al is het niet bedoeld om machtsposities aan te pakken, een aantal met toegang verbandhoudende verplichtingen op met betrekking tot antenne-opstelpunten en antennesystemen die ook op grond van hoofdstuk 6a kunnen worden opgelegd aan partijen met een aanmerkelijke marktmacht. Het regime voor aanmerkelijke marktmacht biedt echter, dat gaf ik ook al aan, meer mogelijkheden. Van belang is in dit geval dat OPTA na onderzoek heeft vastgesteld dat de extra maatregelen die op grond van hoofdstuk 6a van de Tw zouden kunnen worden opgelegd niet nodig zijn. Hierop wordt verder ingegaan bij de beantwoording van vraag 8.

8

*In bijlage 1 bij de brief wordt een aantal parallellen geschetst tussen de marktanalysebesluiten voor de kabel en voor de ether. Vergelijkbare markten vraagt om vergelijkbare regulering. Zoals Tv-stations afhankelijk zijn van kabel, zo zijn radiostations in beslissende mate afhankelijk van etherdistributie. Het gebruik van (de bestaande) masten en antennes is daarom onmisbaar voor zowel die radiostations als de operator die zij inhuren voor hun distributie. Dat is vergelijkbaar met de behoeften van alternatieve aanbieders via de kabel, zoals YouCa, om hun programma-pakket aan de consument te kunnen aanbieden. Hoe beoordeelt u de tegenstelling in de argumentaties van de OPTA in de beide besluiten? Waarom volstaat (bijvoorbeeld) het in de kabeldossiers niet om een toegangsverplichting op te leggen, zodat ook een non-discriminatie- of transparantieverplichting noodzakelijk zijn, terwijl in de etherdossiers wel een enkele toegangsverplichting zou volstaan, die bovendien niet bedoeld is om concurrentie te bevorderen? Welke beleidsmatige rol kan u vervullen om tot dat resultaat te komen en hoe beoordeelt u de mogelijkheid om de wettelijke missie van de OPTA zo aan te passen dat, net als in de kabeldossiers, dienstenconcurrentie in de etherdistributiemarkt wordt geprioriteerd?*

Ik hecht er aan op te merken dat OPTA onafhankelijk opereert van beleid en politiek. Dat is belangrijk voor een goede en betrouwbare toepassing en handhaving van de Tw en is ook zo door de wetgever vastgelegd in de Tw en de Wet OPTA. Het is aan de rechter om de maatregelen van OPTA te beoordelen in het licht van de nationale en Europese regels.

Vergelijkbare markten vragen inderdaad om vergelijkbare regulering. Uit de marktanalyses van OPTA blijkt echter dat er belangrijke verschillen zijn tussen de kabelomroepdistributiemarkt en de etheromroepdistributiemarkt. Ten aanzien van de kabelmarkt heeft OPTA vastgesteld dat daar zowel in de eindgebruikersmarkt als in de groothandelsmarkt sprake is van een aanmerkelijke marktmacht van de kabelmaatschappijen. Bij de etheromroepdistributiemarkt heeft OPTA dit niet vastgesteld. OPTA heeft namelijk op grond van de drie criteria toets geconstateerd dat ingrijpen op grond van hoofdstuk 6a Tw niet nodig is. Om over te gaan tot ex ante regulering op de groothandelsmarkt(en) voor de levering van transmissiediensten via de ether moet op grond van de drie-criteriatoets allereerst worden vastgesteld dat er structurele toetredingsbelemmeringen zijn tot deze markten. De belangrijkste belemmering, zo constateert OPTA, om toe te treden tot de distributiemarkt is dat de aanbieder moet beschikken over toegang tot de daartoe benodigde infrastructuur. Grote delen van de keten, onderbouw, torens en masten, zijn in handen van niet verticaal geïntegreerde aanbieders die hun inkomsten genereren uit de exploitatie



van hun infrastructuur en, zo overweegt OPTA, daarom geen prikkel hebben om een partij toegang tot deze infrastructuur te weigeren. Voor zover in de keten, bijvoorbeeld als gevolg van verticale integratie, de prikkel om toegang te weigeren wel bestaat, is daarvoor, zo vervolgt OPTA, in paragraaf 3.4 van de Tw reeds een voorziening opgenomen. Die komt erop neer dat een exploitant van antenne-opstelpunten, antennes en/of antennesystemen, moet voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik van deze infrastructuur. Met name gaat het daarbij, zo geeft OPTA aan, om de artikelen 3.11 en 3.12 Tw. OPTA geeft daarbij aan dat het ook van belang is, dat de redelijke vergoeding die voor het medegebruik mag worden gevraagd op grond van jurisprudentie mag worden toegepast als een kostengeoriënteerde vergoeding. OPTA stelt daarnaast ook nog vast dat op dit moment sprake is van concurrentie tussen twee aanbieders op de markt voor radiotransmissiediensten, KPN en BP, en dat deze laatste er in de loop der jaren in is geslaagd een significante positie als concurrent te verwerven op grond van een concurrerende prijsstelling.

In haar besluit gaat OPTA ten slotte ook in op de stelling van BP dat 3.11 Tw geen verplichting tot non-discriminatie biedt en bovendien niet beschermt tegen price-squeeze. Ten aanzien van de non-discriminatieverplichting concludeert OPTA dat deze niet nodig is. Het feit dat het tarief dat KPN aan Broadcast Partners mag vragen voor het medegebruik kostengeoriënteerd moet zijn samen met het feit dat er concurrentie is op de transmissiemarkt leidt er toe, aldus OPTA, dat er voor KPN geen economische prikkel is om haar transmissiebedrijf lagere tarieven aan te rekenen dan de tarieven die op grond van artikel 3.11 Tw zijn vastgesteld. Met betrekking tot een mogelijke price-squeeze stelt OPTA vast dat daarvan in dit geval geen sprake is. De vergoeding die BP betaalt aan KPN is gelijk aan de vergoeding die de klanten van KPN, de radio-omroepen, betalen voor dat gebruik. Deze laatste betalen echter daarenboven ook nog voor de transmissiedienst (het transport). Dit laat, aldus OPTA, BP genoeg marge om een concurrerend aanbod te doen.

9

*Deelt u de mening dat niet alleen voorkomen moet worden, dat consumenten te veel betalen, maar dat ook andere partijen, zoals radiostations of uit belastingmiddelen gefinancierd publieke omroepen, die afhankelijk zijn van het gebruik van niet-duplicerbare infrastructuur, zoals hoge masten of afgeschreven antennesystemen, niet gedupeerd mogen worden door te hoge tarieven, transparantiegebreken, inefficiënties, of andere typische monopolistische-/AMM-gerelateerde nadelen? Zo neen, waarom niet? Zo ja, hoe verhoudt dat zich tot de standpunten van de OPTA dat die nadelen niet gereguleerd kunnen worden onder artikel 3.11 Tw?*

Ja. Dat gevaar ontstaat in het geval er op een markt sprake is van onvoldoende concurrentie op een markt. Daarom voorziet de Tw, in navolging van de Europese richtlijnen, in een systeem waarbij OPTA in de eindgebruikers- en groothandelstarieven kan ingrijpen als dat nodig is. Ik verwijs hiervoor met name naar het antwoord op vraag 1.

10

*Is het juist dat het staatsmastenbedrijf Novec de door u opgelegde statutaire verplichtingen naderhand uit haar statuten heeft verwijderd en zo ja, welke actie heeft u ingesteld om dat tegen te gaan? Hoe verhoudt dit gedrag van Novec zich in uw optiek tot de toezeggingen, die de minister van Economische Zaken deed aan de Kamer bij de oprichting van Novec en welke stappen bent u voornemens te zetten om tot herstel te komen?*

Ja. Ik was hiervan op de hoogte. Het statutaire doel van Novec is aangepast, dat wil zeggen verruimd, op het moment dat Novec verantwoordelijk werd voor de commerciële exploitatie van de (vele) antenne-opstelpunten van Tennet. Overigens heeft de statutenwijziging geen verandering gebracht in de handelwijze van Novec met betrekking tot de (niet of nauwelijks repliceerbare) hoge antenne-opstelpunten. Zowel KPN als BP, als iedere andere potentiële klant, krijgt precies dezelfde offerte. Zo wordt alle partijen dezelfde prijs in rekening gebracht per meter mastruimte (zie overigens ook het antwoord op vraag 11).

Van belang is verder dat op grond artikel 3.11 Tw ook van Novec kan worden verlangd dat zij medegebruik van haar antennes toestaat tegen een kostengeoriënteerd tarief.

11

*Klopt het, dat tussen Novec en KPN een overeenkomst werd gesloten waarvan de landsadvocaat oordeelde, dat deze «de mededinging beperken c.q. vervalsen»? Kunt u uitleggen hoe en wanneer die situatie heeft kunnen ontstaan? Sinds wanneer waren u, de OPTA en de NMa met dat oordeel bekend en welke concrete stappen zijn daartegen en op welk moment ondernomen? Als geen stappen werden ondernomen, waarom werd daar van afgezien en kunt u garanderen dat Novec met KPN en andere omroepoperators in alle gevallen een non-discriminatoire tarief afrekent en hoe is dat voor betrokkenen transparant en verifieerbaar?*

Nee. Een dergelijke overeenkomst heeft echter wel bestaan in 2005 tussen Novec en Nozema Services dat echter op dat moment nog niet was gepri-vatiseerd. De privatisering, dat wil zeggen de overname door KPN, vond immers pas plaats in 2006.

Na de splitsing van het «oude» Nozema in Nozema Services (later KPN Broadcast Services) en Novec ontstond er verschil van inzicht tussen Nozema Services en Novec over de uitleg van een bepaald onderdeel uit de splitsingsakte. Daarbij ging het er vooral om wie nu precies partij was in de lopende contracten met de omroepen (Nozema Services alleen, of Nozema Services en Novec, waarbij Novec dan de infrastructuur rechtstreeks aan de omroepen zou leveren) en over de daarmee samenhangende vraag welke verplichtingen er ten aanzien van de uitvoering van die contracten precies bestonden tussen Nozema Services en het inmiddels in handen van de Staat zijnde Novec. Om aan deze onduidelijkheid een einde te maken sloten Nozema Services en Novec in maart 2005 een overeenkomst om de bepaling uit de splitsingsakte nader te duiden, tussen partijen bekend als «de knipovereenkomst». Echter bij de uitvoering van deze overeenkomst ontstond aan de zijde van Novec twijfel over de rechtsgeldigheid van – onderdelen van – de overeenkomst. Vandaar dat advies werd gevraagd aan de landsadvocaat. Deze kwam in zijn advies van 20 oktober 2005 tot de conclusie dat de overeenkomst, of althans onderdelen daarvan, nietig was wegens strijd met het mededingingsrecht. Dat kwam voornamelijk doordat Nozema Services had bedongen dat zij gedurende de looptijd van de (tijdens de splitsing) bestaande contracten met de omroepen en een daar bovenop komende verlengingsperiode, te allen tijde voldoende infrastructuur tegen een vaste prijs geleverd zou krijgen van Novec. Daar kwam bij dat Novec op grond van de gemaakte afspraken niet adequaat kon controleren of het daadwerkelijk om lopende overeenkomsten ging. Hiermee, zo concludeerde de landsadvocaat, had Nozema Services zich de facto voor onbepaalde tijd een bevoorrechte positie bezorgd, zowel qua toegang als qua tarifiering. Mede doordat er hierbij sprake was van schaarse en noodzakelijke infrastructuur werd, aldus de landsadvocaat, «door deze bevoorrechte positie in strijd met het mededingingsrecht de concurrentie – minst genomen potentieel – beperkt c.q. vervalst». Bovendien, zo vervolgt de landsadvocaat, wordt Novec

door de knipovereenkomst mogelijk gedwongen tot het «ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijke prestaties, hen daarmee nadeel berokkend bij de mededinging». Hiermee zijn, zo concludeerde de landsadvocaat, de betreffende onderdelen van de knipovereenkomst in strijd met artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet. Naar aanleiding van het advies van de landsadvocaat is de overeenkomst daarom met terugwerkende kracht tot begin 2005 vervangen door een nieuwe overeenkomst.

Deze overeenkomst, zo begreep ik van Novec, ziet alleen op bestaande situaties en is niet van toepassing in het kader van de huidige aanbesteding door de publieke omroep en (alle) toekomstige aanbestedingen door welke partij dan ook te organiseren. In de huidige en toekomstige aanbestedingen brengt NOVEC aan eenieder (non-discriminatoir) haar gepubliceerde tarieven in rekening. Duidelijk werd echter ook dat KPN zich (ook in het kader van de aanbesteding door de publieke omroep) op het standpunt stelt dat zij bij de huur van bepaalde antenne-opstelpunten voorlopig nog recht heeft op «oude», lagere, tarieven. NOVEC bestrijdt dit en brengt die lagere tarieven ook niet in rekening. Of de visie van KPN juist is, zal, als partijen hier niet uitkomen, uiteindelijk door de rechter moeten worden beslist. Mocht uiteindelijk blijken dat KPN inderdaad tijdelijk nog recht heeft op een lager tarief dan is dat (tijdelijke) verschil in behandeling, naar het zich nu laat aanzien, niet nadelig voor BP. Dat komt omdat op de antenne-opstelpunten waar het hier om gaat zogenoemde «multi use» antennes (van KPN) hangen. Dat zijn antennes die KPN tegelijkertijd voor meerdere klanten gebruikt. Als KPN een aanbesteding verliest ten gunste van een derde partij (bijvoorbeeld BP), dan komt er op deze «multi use» systemen ruimte vrij. Op grond van artikel 3.11 Tw kunnen genoemde derden toegang vragen tot die vrijgevallen capaciteit op de antennesystemen van KPN. Uit artikel 3.11 Tw, dat, zo blijkt ook uit de besluiten van OPTA en de jurisprudentie, verplicht tot kostengeoriënteerde tarieven bij medegebruik, volgt dat KPN het tarief dat zij derden voor het gebruik van de antennesystemen in rekening brengt moet baseren op het tarief dat zij zelf moet betalen aan Novec voor het plaatsen van de antennes. Met andere woorden BP en eventuele andere partijen die medegebruik van de multi use antenne wensen te maken, profiteren mee van het mogelijke (tijdelijke) lagere tarief dat KPN betaalt voor de opstelplaatsen. Bovenstaande informatie van Novec wordt bevestigd door OPTA die naar aanleiding van een klacht van BP onderzoek heeft gedaan.

12

*Klopt het dat de prijzen voor de daken van de torens van het bedrijf Alticom als «excessief» zijn aangemerkt in een in uw opdracht uitgevoerde rapportage uit 2004? Welke actie heeft u daarna ondernomen, hetzij door bijvoorbeeld zelfstandig beleidsmatig onderzoek, hetzij door de OPTA of NMa op dat rapport te attenderen? Indien u geen actie heeft ingesteld, bent u dan voornemens om dat alsnog te doen? Zo neen, waarom niet?*

Nee, dit klopt niet. Het bedrijf Alticom is pas in 2007 opgericht. Overigens merk ik op dat op verzoek van een belanghebbende partij ook de tarieven van Alticom op grond van 3.11 Tw door OPTA kunnen worden getoetst op kostengeoriënteerdheid. OPTA heeft aangegeven op dit moment een dergelijk verzoek in behandeling te hebben.

13

*In 2001 heeft de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat een overeenkomst doen sluiten tussen het toenmalige Nozema, tegenwoordig opgesplitst in KPN en Novec, en Broadcast Partners, zodat de toen ook al bestaande concurrentieproblemen opgelost zouden raken. De zerobase implementatie was daartoe de aanleiding en was, c.q. is, vergelijkbaar*

*met bijvoorbeeld de aanbesteding van publieke zendernetten, de herverdeling van de commerciële FM-frequenties of de uitrol van DAB. Bent u bereid om, zolang effectieve, concurrentiebevorderende wetgeving en dito marktanalyses ontbreken, met de relevante marktpartijen in overleg te treden om langs de lijnen van die eerdere overeenkomst een regeling tot stand te brengen, die gelijke concurrentie op dienstenniveau realiseert? Zo ja, op welke termijn beoogt u dat overleg te starten en bent u bereid te garanderen dat dit voor afloop van het reces tot een bevredigende regeling leidt?*

Een dergelijke regeling is niet nodig. De bestaande regelgeving geeft OPTA genoeg middelen om tegen mededingingsproblemen op te treden.

De staatssecretaris van Economische Zaken,  
F. Heemskerk