

Vergaderjaar 2010–2011

**31 412**

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

**Nr. 42**

### **NADER GEWIJZIGD AMENDEMENT VAN DE LEDEN SCHAART EN VERBURG TER VERVANGING VAN DAT GEDRUKT ONDER NR. 41**

Ontvangen 18 april 2011

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

I

In artikel I, onderdeel A, worden aan artikel 3.24, vierde lid, twee volzinnen toegevoegd, luidende: Hierbij is bij het medegebruik van de genoemde antenne-opstelpunten slechts sprake van een redelijke vergoeding als bedoeld in het derde lid, indien de vergoeding efficiënt, transparant en niet-discriminatoir is, en de kosten van de werkelijk afgenomen capaciteit weerspiegelt. Daarbij draagt de aanbieder die aan het verzoek tot medegebruik voldoet bij geschillen de bewijslast voor de redelijkheid van de vergoeding.

II

In artikel I, onderdeel C, wordt na het in te voegen derde lid een lid ingevoegd, luidende:

3a. Indien een geschil is gerezen over de redelijkheid van een vergoeding voor medegebruik als bedoeld in artikel 3.24, vierde lid, derde volzin, draagt het college er zorg voor dat de vergoeding voldoet aan de in dat lid gestelde vereisten. Het college is daarbij gehouden om de bij het geschil betrokken partijen te raadplegen over de mate waarin met de vergoeding aan de vereisten wordt voldaan. Indien naar het oordeel van het college niet of onvoldoende aan de vereisten wordt voldaan, raadpleegt het college de geschilpartijen opnieuw en geeft het, met inachtneming van de door de geschilpartijen verschaft informatie, aanwijzingen voor het alsnog voldoen aan de vereisten. Het college houdt nadien toezicht op de naleving van de gegeven aanwijzingen. Het kan de aanbieder verplichten periodiek een rapportage over te leggen waarmee de blijvende efficiëntie van de tarieven kan worden gecontroleerd.

## Toelichting

Het voorgestelde artikel 3.24 van de Telecommunicatiewet is bestemd om het gebruik van bestaande antenne-opstelpunten die bestemd zijn voor etheromroepdistributie te bevorderen in verband met de volksgezondheid, ruimtelijke ordening en het milieu. Voor zover het gaat om opstelpunten die gebruikt worden voor etheromroepdistributie, dient het artikel mede om competitie tussen aanbieders van etheromroepdistributiediensten te bevorderen. Dat laatste is natuurlijk een maatschappelijk belang op zichzelf, hetgeen ook weerspiegeld wordt doordat artikel 1.3, lid 1 van de wet ook aan de toepassing van artikel 3.24 van de wet ten grondslag ligt. Maar daarnaast dient een bevordering van concurrentie ook de belangen van ruimtelijke ordening, het tegengaan van horizonvervuiling en de bescherming van het milieu. Dat blijkt onder meer uit de toelichting bij de Kaderrichtlijn waarin de Europese wetgever overwoog: *«Een verbetering van het gezamenlijk gebruik van faciliteiten kan de concurrentie aanzienlijk verbeteren en de totale financiële en milieukosten van de invoering van elektronische communicatie-infrastructuur voor ondernemingen sterk verlagen»* (richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2002/21/EG en 2002/19/EG en 2002/20/EG, 2007/0247 (COD), toelichting, randnummer 31).

Aanbieders van etheromroepdistributie (omroepen en hun operators) zijn in de praktijk immers vrijwel altijd aangewezen op het gebruik van bestaande hoge opstelpunten. Het gaat dan bijvoorbeeld om de masten van het staatsmastenbedrijf NOVEC, die een hoogte van 100 meter hebben, gelegen zijn op (frequentietechnisch) strategische locaties en waarvan duplicatie in de praktijk stuit op technische, economische en juridische barrières. Onder meer door het beleid van de Rijksoverheid bij de uitgifte van frequentievergunningen voor omroepfrequenties, moeten die frequenties doorgaans op de bestaande opstelpunten in gebruik genomen worden. Dat schept een onevenredige afhankelijkheid van zowel omroepen als hun operators jegens de eigenaar van het opstelpunt, zowel in termen van feitelijke fysieke toegang als de vergoeding die daarvoor verschuldigd is. De afhankelijkheid jegens de masteigenaar kan ertoe leiden, dat die eigenaar onvoldoende geprikkeld is om een efficiënte, transparante en non-discriminatoire vergoeding te rekenen. Dit kan vervolgens veroorzaken dat operators en omroepen eerder gemotiveerd raken om toch tot duplicatie van de hoge opstelpunten over te gaan, hetgeen contrair is aan de belangen van ruimtelijke ordening, het milieu, het tegengaan van horizonvervuiling en overige maatschappelijke doelen, zoals de concurrentie op de etherdistributiemarkt en de Nota Nationaal Antennebeleid.

Daarbij komt dat, hoewel de Tweede Kamer zich al eerder uitsprak voor het realiseren van effectieve dienstenconcurrentie op de markt voor etherdistributiediensten via het regime van (thans) artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet, de indieners moeten vaststellen, dat die doelstelling voorsnog onvoldoende werd gerealiseerd. Die gebrekkige concurrentie kan bijdragen in de hiervoor geschetste ontwikkelingen en druist dus in tegen de belangen van ruimtelijke ordening en milieu, een zo efficiënt mogelijk beheer van de bestaande opstelpunten en het tegengaan van horizonvervuiling door (onnodige) duplicatie van hoge opstelpunten. Omgekeerd draagt concurrentie bij aan diezelfde maatschappelijke belangen. Daarmee wordt overigens aangesloten bij de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven uit november 2005, waarin het College oordeelde, dat het wegnemen van de noodzaak om bestaande faciliteiten onnodig te dupliceren, bij uitstek een zaak is, die het belang van ruimtelijke ordening en milieubescherming dient. Het bevorderen van concurrentie als zodanig is bovendien in lijn met de doelstellingen uit artikel 1.3, lid 1, sub a en sub c van de Telecommunica-

tiewet, welke bij de toepassing van dit artikel uitdrukkelijk een rol (zouden moeten) spelen.

Het huidige artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet veronderstelt dat «redelijke verzoeken» om toegang tot genoemde opstelpunten gehonoreerd worden, tegen betaling van een «redelijke vergoeding». Over de afgelopen jaren is gebleken, dat OPTA een ruime discretionaire bevoegdheid heeft bij de invulling van dat begrip «redelijkheid», maar tevens, dat talloze conflicten zijn ontstaan over de invulling van de redelijkheidsnorm. Dit veroorzaakt veel tijdrovende procedures, draagt aldus niet bij aan de hiervoor beschreven maatschappelijke doelen en belangen en vertraagt de gewenste, effectieve concurrentie op deze markt.

Op basis van het voorgaande beoogt dit amendement dan ook om voor het medegebruik van antenne-opstelpunten die bestemd zijn voor etheromroepdistributie een nadere invulling te geven aan de norm «redelijke vergoeding» uit het voorgestelde artikel 3.24, derde lid, van de Telecommunicatiewet, door de normen efficiëntie, transparantie en non-discriminatie als species van het begrip «redelijke vergoeding» te definiëren. Voor de antenne-opstelpunten zoals bedoeld in het vierde lid van artikel 3.24 zijn efficiëntie, transparantie en non-discriminatie dus de minimumnormen waaraan voldaan moet zijn, wil sprake zijn van een redelijke vergoeding zoals bedoeld in het derde lid van artikel 3.24. Toepassing van die normen is overigens naar analogie met de bestaande jurisprudentie, waaruit blijkt dat voor de hiervoor bedoelde masten bijvoorbeeld ook een norm zoals kostenoriëntatie als verbijzondering van de «redelijke vergoeding» kan worden opgelegd.

#### *Efficiëntie en transparantie*

Om te voorkomen, dat afhankelijke gebruikers meer betalen voor de mastruimte dan in een normaal concurrerende omgeving (en dus zonder dat sprake is van niet-duplicerbare opstelpunten met een monopolioïde karakter) het geval zou zijn, is het proportioneel en noodzakelijk, dat OPTA de vergoeding voor medegebruik allereerst toetst op de efficiëntie en transparantie van de door de masteigenaar gevraagde vergoeding. Efficiëntie en transparantie gelden dus als minimumvoorwaarden, wil sprake zijn van een «redelijke vergoeding» en dus, als species voor invulling van die norm.

Voor een daadwerkelijk efficiënte vergoeding is bovendien van belang dat de vergoeding voor medegebruik zoveel als mogelijk een weerspiegeling is van alleen die kosten, die efficiënt zijn en die met het concrete medegebruik op het individuele opstelpunt gemoeid zijn (kostencausaliteit). Aggregatie van kosten, bijv. door de kosten van meerdere masten bij elkaar te tellen en te spreiden over (alleen) de bezette meters, of door het meetellen van de kosten van leegstaande masten in de mastmeterprijzen voor gebruikers van bezette meters, leidt tot hogere kosten dan onder normale marktomstandigheden het geval zou zijn. De afhankelijke gebruikers betalen dan niet alleen voor de capaciteit die zij gebruiken, maar ook voor andere capaciteit die zij niet gebruiken; dat voldoet niet aan de gestelde redelijkheidsnorm. Bovendien reduceert aggregatie van kosten de transparantie en maakt dat toetsing op efficiëntie complexer, terwijl bevordering daarvan in het belang is van de maatschappelijke doelen zoals hiervoor gesteld en ter bevordering van concurrentie in het algemeen. Bij bepaling van het begrip «redelijke vergoeding» mogen dus alleen die kosten in rekening gebracht worden, die verband houden met de concreet door een afhankelijke gebruiker afgenomen capaciteit, niet ook voor andere, niet door hem gebruikte capaciteit op dezelfde of andere masten.

### *Non-discriminatie*

Daarnaast kan de sterke positie tegenover de afhankelijke gebruikers tot gevolg hebben, dat de eigenaar van de hiervoor bedoelde, hoge zendmasten discrimineert door verschillende gebruikers van dezelfde of vergelijkbare opstelpunten verschillend te behandelen. De oorzaak daarvan kan bijvoorbeeld gelegen zijn in afspraken uit het verleden met individuele gebruikers, waarop andere gebruikers geen aanspraak kunnen maken. Zo een situatie verstoort eenvoudig het speelveld tussen meerdere aanbieders op dezelfde markt, kan ook resulteren in uitbuiting van het essential facilitykarakter van bedoelde opstelpunten en moedigt andermaal aan tot minder optimaal gebruik van de bestaande opstelpunten, dan gewenst en mogelijk. Discriminatie op de hier genoemde masten kan dus leiden tot bevordering, in plaats van beperking van horizonvervuiling, terwijl ook de doelstellingen van artikel 1.3, eerste lid, sub a en sub c, hiermee direct gediend wordt. Ook de eis van non-discriminatie geldt derhalve als species van de norm «redelijke vergoeding».

### *Bewijslast en toetsing*

De bewijslast, dat aan de gestelde verplichtingen voldaan wordt en dus, dat de vergoeding daadwerkelijk redelijk is, ligt primair bij de aanbieder van het opstelpunt. Dat is ook logisch: zij is immers de partij die de vergoeding vraagt en de redelijkheid (efficiëntie, transparantie en non-discriminatie) daarvan dient te onderbouwen. Het amendement verplicht het college van de OPTA er evenwel toe om in geschilsituaties de afhankelijke gebruiker(s), waaronder in elk geval de klagende partij, te consulteren over de toegepaste mate van efficiëntie en transparantie. Bedoelde gebruikers zijn immers zelf vaak ook eigenaar van opstelpunten en dragen dus relevante kennis over de meest efficiënte wijze van organisatie, die OPTA als toezichthouder kan gebruiken bij het bevorderen van de meest efficiënte prijs. Dat is van belang voor een effectievere geschilbeslechting, omdat OPTA zo optimaal kan profiteren van de kennis die hierover in de markt aanwezig is en een daadwerkelijk «redelijke vergoeding» kan vaststellen.

Om dit doel te realiseren, is volledige transparantie over de elementen uit de kostprijs van de aanbieder van het opstelpunt noodzakelijk; alleen zo kunnen zowel OPTA als afhankelijke marktspelers immers nagaan of de opgevoerde kosten daadwerkelijk efficiënt zijn en/of waar sprake is van inefficiënties. Als die inefficiënties aangetroffen worden, bijv. door een benchmark van een gebruiker, of als er sprake is van gebrekkige transparantie, dan dient OPTA die inefficiënties te corrigeren en de transparantie te herstellen in het belang van hetgeen hiervoor beschreven werd. Dat doet zij eigener beweging of op vordering van een geschilpartij. Van OPTA wordt tevens verlangd dat zij als toezichthouder actief toeziet op de door haar opgelegde correcties en maatregelen, opdat verzekerd is dat de vergoeding voor medegebruik blijvend aan de hiervoor genoemde verplichtingen voldoet.

### *Beperking tot de hoge opstelpunten voor omroepdistributie*

Ten overvloede wordt benadrukt, dat de hier beschreven nadere invulling uitsluitend bedoeld is voor opstelpunten die bestemd zijn voor etheromroepdistributie. Met hun hoogte van circa 100 meter of meer, gelden die opstelpunten immers als essentiële en onmisbare faciliteit voor zowel etheromroepen als hun operators en voldoen zij naar hun aard bij uitstek aan de in artikel 12 van de Kaderrichtlijn gestelde criteria: opstelpunten waarbij geen toegang tot haalbare alternatieven bestaat. Datzelfde geldt voor de bij deze opstelpunten behorende gebouwen en

terreinen, waarin en waarop omroepzenders geplaatst moeten worden. Dit amendement ziet dus niet op andersoortige, lagere opstelpunten, bijvoorbeeld voor GSM- of UMTS-toepassingen; die zijn immers aanzienlijk eenvoudiger te dupliceren zodat infrastructuurconcurrentie een reëler alternatief vormt dan bij de beschreven omroepmasten het geval is.

Schaart  
Verburg