

Wijziging van de Telecommunicatiewet ter invoering van toegangsregulering in geval van replicatiebelemmeringen

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het noodzakelijk is de Telecommunicatiewet te wijzigen in verband met de implementatie van 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);

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

De Telecommunicatiewet wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 1.1 wordt als volgt gewijzigd:

In de alfabetische volgorde wordt de volgende definitie ingevoegd:

- *richtlijn (EU) 2018/1972*: Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) (PbEU 2018, L 321);.

B

Artikel 6.3 komt te luiden:

Artikel 6.3

1. De Autoriteit Consument en Markt kan met het oog op de doelstellingen, bedoeld in artikel 3, tweede en vierde lid, van richtlijn 2018/1972, op een redelijk verzoek verplichtingen opleggen om toegang te verlenen tot:

a. kabels of bijbehorende faciliteiten binnen gebouwen of,
b. indien het dichtst bij het netwerkaansluitpunt gelegen punt van samenkomst zoals bepaald door de Autoriteit Consument en Markt buiten het gebouw ligt, kabels of bijbehorende faciliteiten tot dat eerste punt van samenkomst, indien naar haar oordeel replicatie van die kabels of bijbehorende faciliteiten economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar is, welke verplichtingen kunnen worden opgelegd aan een aanbieder van elektronische communicatienetwerken of de bijbehorende faciliteiten of aan een rechthebbende van de kabels of de bijbehorende faciliteiten.

2. In het kader van de oplegging van de in het eerste lid bedoelde verplichtingen kunnen specifieke verplichtingen worden opgelegd en specifieke voorschriften worden vastgesteld met betrekking tot de toegang tot het betreffende deel van het netwerk en de bijbehorende faciliteiten en diensten, de bekendmaking van informatie over de te verlenen toegang, de toepassing van non-discriminatoire voorwaarden en de toerekening van toegangskosten.

3. De Autoriteit Consument en Markt kan met het oog op de doelstellingen, bedoeld in het eerste lid, aan een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk onder billijke voorwaarden verplichtingen opleggen om toegang tot het netwerk te verlenen tot een punt van samenkomst dat enerzijds zo dicht mogelijk bij het netwerkaansluitpunt is gelegen en anderzijds, gelet op het aantal aangesloten eindgebruikers, het mogelijk maakt voor een efficiënte aanbieder op

economisch haalbare wijze elektronische communicatiediensten aan te bieden.

4. De Autoriteit Consument en Markt houdt bij de toepassing van het derde lid rekening met verplichtingen die zijn opgelegd op grond van hoofdstuk 6a en kan de in het derde lid bedoelde verplichtingen alleen opleggen indien zij van oordeel is:

- a. dat sprake is van grote en niet-tijdelijke economische of fysieke belemmeringen voor replicatie van het netwerk of de bijbehorende faciliteiten die een marktsituatie hebben veroorzaakt of naar verwachting zullen veroorzaken die aanzienlijke gevolgen heeft voor eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit; en
- b. dat die belemmeringen onvoldoende kunnen worden weggenomen met de oplegging van verplichtingen zoals bedoeld in het eerste lid.

5. Bij de oplegging van verplichtingen op grond van het derde lid:

- a. is het tweede lid van overeenkomstige toepassing, en
- b. kunnen, indien in technisch of economisch opzicht gerechtvaardigd, ook verplichtingen voor actieve of virtuele toegang worden opgelegd.

6. Verplichtingen als bedoeld in het derde en het vijfde lid worden in elk geval niet opgelegd aan een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken indien naar het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt deze aanbieder:

- a. uitsluitend op groothandelsbasis activiteiten verricht en voldoet aan de in artikel 80, eerste lid, van richtlijn (EU) 2018/1972 gestelde voorwaarden, en
- b. onder billijke en non-discriminatoire voorwaarden toegang tot een netwerk met zeer hoge capaciteit aanbiedt aan aanbieders van elektronische communicatiediensten en zodoende voor die aanbieders voorziet in de toegang tot eindgebruikers op een manier die voor die aanbieders gelijkwaardig is aan toepassing van het derde lid,

7. Het zesde lid is niet van toepassing indien het netwerk met zeer hoge capaciteit met openbare middelen is bekostigd.

8. Verplichtingen als bedoeld in het derde en het vijfde lid worden niet opgelegd aan een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken indien naar het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt door het opleggen van die verplichtingen de economische of financiële levensvatbaarheid van de aanleg van een nieuw netwerk, in het bijzonder kleinschalige lokale aanleg, in gevaar komt.

9. Uiterlijk binnen vijf jaar nadat een verplichting is opgelegd als bedoeld in het eerste, derde of vijfde lid, beoordeelt de Autoriteit Consument en Markt de resultaten daarvan en besluit zij de opgelegde verplichting in stand te houden, in te trekken of te wijzigen.

C

Artikel 6.4 komt te luiden:

Artikel 6.4

Voorschriften en verplichtingen als bedoeld in onderscheidenlijk artikel 6.1, derde lid, artikel 6.2, eerste en tweede lid, en artikel 6.3, eerste tot en met vijfde lid en negende lid zijn objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend.

D

Artikel 6b.1 wordt als volgt gewijzigd:

In het eerste lid wordt na "als bedoeld in de artikelen 6.2" ingevoegd ", 6.3".

E

Artikel 6b.2 wordt als volgt gewijzigd:

a. In het zevende lid wordt na "als bedoeld in de artikelen 6.2" ingevoegd ", 6.3, eerste of negende lid,".

b. Na het tiende lid wordt een nieuw lid toegevoegd, luidende:

11. Het vierde, vijfde en zesde lid zijn van overeenkomstige toepassing indien de Europese Commissie overeenkomstig artikel 33, vijfde lid, onderdeel c, van richtlijn (EU) 2018/1972 een beschikking heeft gegeven omtrent een ontwerpbesluit op grond van artikel 6.3, derde of vijfde lid, met dien verstande dat de Autoriteit Consument en Markt ten minste vier maanden vanaf de datum van de mededeling van de Europese Commissiewacht met het vaststellen van het besluit.

F

Artikel 6b.3 wordt als volgt gewijzigd:

In het eerste lid wordt na "als bedoeld in de artikelen 6.2" ingevoegd ", 6.3".

G

Artikel 15.4 wordt als volgt gewijzigd:

In het derde lid, onderdeel a, wordt "de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde regels" vervangen door "de bij of krachtens artikel 6.3 of hoofdstuk 6a gestelde regels".

Artikel II

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,

Wijziging van de Telecommunicatiewet ter invoering van toegangsregulering in geval van replicatiebelemmeringen

MEMORIE VAN TOELICHTING

I ALGEMEEN

1. Doel en aanleiding

Dit wetsvoorstel strekt tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter invoering van een regime voor toegangsregulering in geval van belemmeringen voor de replicatie van netwerken. Dit wetsvoorstel vloeit voort uit 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) (hierna: de Telecomcode). De Telecomcode vervangt de Toegangsrichtlijn¹, de Machtigingsrichtlijn², de Kaderrichtlijn³, en de Universeledienstrichtlijn⁴. De Bijzondere Privacyrichtlijn⁵ blijft bestaan. Ter implementatie van de Telecomcode wordt een wetsvoorstel voorbereid. De regering is om de navolgende redenen voornemens om met dit wetsvoorstel voor de replicatieproblematiek versneld tot implementatie over te gaan.

In de huidige situatie is toegangsregulering alleen mogelijk als sprake is van aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM). Het creëren van een aanvullende mogelijkheid om toegang te reguleren bij replicatiebelemmeringen was voor Nederland tijdens de Europese onderhandelingen een belangrijke wens. Op verschillende momenten heeft de Tweede Kamer deze wens ook uitgesproken en over de onderhandelingen is de Tweede Kamer op verschillende momenten geïnformeerd.⁶ De onderhandelingen zijn op dit punt succesvol afgerond. Dit wetsvoorstel biedt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een aanvullend instrument om de mededinging te bevorderen indien er economische of fysieke belemmeringen zijn voor de replicatie van kabels of bijbehorende faciliteiten. Deze regulering kan zorgen voor meer concurrentie waardoor er meer keuze en lagere prijzen voor burgers en bedrijven ontstaan.

Dit onderwerp is prioritair, omdat met dit instrument wordt gewaarborgd dat de ACM voldoende instrumenten heeft om toegang te reguleren. Door de relatief hoge kosten is het aanleggen van een nieuw elektronisch communicatienetwerk of netwerkelementen (replicatie) moeilijk. Dat betekent dat aanbieders van elektronische communicatiediensten die geen eigen netwerk hebben, veelal afhankelijk zijn van toegang tot de bestaande, landelijke dekkende netwerken. In de Nederlandse situatie zijn er twee landelijke netwerken. Op dit moment kan deze marktsituatie alleen worden gereguleerd via het instrument van AMM, in het geval sprake is van gezamenlijke marktmacht. Mocht daarvan geen sprake (meer) zijn, dan biedt de Telecommunicatiewet (verder: de wet) geen basis voor een andere regulering om zeker te stellen dat aanbieders zonder eigen

¹ Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn) (PbEG 2002, L 108).

² Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn) (PbEG 2002, L 108).

³ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en diensten (Kaderrichtlijn) (PbEG 2002, L 108).

⁴ Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) (PbEG 2002, L 108).

⁵ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische-communicatie) (PbEG 2002, L 201).

⁶ Zie o.a. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 21 501-33, nr. 703, Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 22 112, nr. 2235, Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 21 501-33, nr. 717

netwerk hun diensten aan kunnen bieden. Een dergelijke zekerstelling is nodig omdat een concurrerende telecommunicatiemarkt de beste uitkomsten oplevert voor consumenten en bedrijven in termen van prijs en kwaliteit. Het is en blijft dan ook van belang dat aanbieders zonder eigen netwerk actief kunnen zijn op de telecommunicatiemarkt. Het belang van de implementatie van deze bepaling blijkt ook uit het feit dat de implementatie hiervan in het Actieplan digitale connectiviteit is verankerd.

2. De Telecomcode

2.1. Achtergrond van de richtlijn

De Telecomcode geeft een algemeen regelgevend kader voor de telecommunicatiesector. Deel II van de Telecomcode heeft betrekking op netwerken en titel II hiervan betreft toegang. Artikel 61 betreft bevoegdheden en verantwoordelijkheden van nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties met betrekking tot toegang en interconnectie. Het derde lid van dit artikel voorziet in de bevoegdheid van de nationale regelgevende instantie (hierna: de toezichthouder) tot toegangsregulering voor kabels en bijbehorende faciliteiten indien er sprake is van bepaalde belemmeringen voor de replicatie van die kabels en bijbehorende faciliteiten. De achtergrond hiervan is de volgende.

Binnen de Europese Unie komt het in toenemende mate voor dat er gebieden zijn met twee of drie netwerken met vergelijkbare kenmerken en met dezelfde of vergelijkbare mogelijkheden om daarover elektronische communicatiediensten aan te bieden. Dit is een positieve ontwikkeling omdat hiermee een breder aanbod voor eindgebruikers beschikbaar kan komen. Ook al zijn er verscheidene netwerken, toch kunnen er in deze situatie belemmeringen zijn voor aanbieders zonder eigen netwerk om de eindgebruiker te bereiken. Gezien de zeer hoge kosten die de uitrol van een nieuw aansluitnetwerk (verder: replicatie) met zich meebrengt, is niet snel te verwachten dat deze aanbieders een nieuw netwerk naast bestaande netwerken kunnen uitrollen. Dit kan ertoe leiden dat er geen of te weinig prikkels zijn voor aanbieders mét een eigen netwerk om een concurrerende markt te creëren met innovatieve dienstverlening tegen betaalbare tarieven. Als gevolg hiervan kan de concurrentiedruk op eindgebruikersmarkten verminderen – tenzij aanbieders van elektronische communicatiediensten zonder eigen netwerk alsnog toegang hebben tot de bestaande netwerken. Het is van belang dat in een dergelijke situatie met replicatiebelemmeringen aanbieders en rechthebbenden van netwerkelementen verplicht kunnen worden om toegang te geven. Een dergelijk wettelijk instrument ontbreekt tot dusverre. Wel kan toegangsregulering worden toegepast als sprake is van enkelvoudige of gezamenlijke AMM, maar hier is niet altijd sprake van. Dat betekent dat in een marktsituatie als hiervoor geschetst een toezichthouder, zoals de ACM, op dit moment niet altijd toegangsverplichtingen kan opleggen, ook al zou dat vanuit het oogpunt van een goede marktwerking gewenst zijn. Dit is de reden dat op Europees niveau is besloten om naast toegangsregulering op basis van AMM de toezichthouder ook op andere gronden de mogelijkheid te geven om toegangsregulering toe te passen. Dit nieuwe instrument ziet op de situatie waarin er belemmeringen zijn voor replicatie van netwerken. Door in zo'n situatie via toegangsverplichtingen de hoge toetredingsbarrières te verlagen, wordt het mogelijk voor dienstenaanbieders om de betreffende eindgebruikers te bereiken en kan de concurrentie toenemen.

2.2. Artikel 61, derde lid, van de Telecomcode

De hoofdlijnen van het regime voor toegangsregulering van artikel 61, derde lid, van de Telecomcode zijn als volgt. Ten eerste kan de toezichthouder op redelijk verzoek verplichtingen opleggen om toegang te verlenen tot kabels en bijbehorende faciliteiten binnen gebouwen of tot aan het eerste punt van samenkomst als dit punt zich buiten een gebouw bevindt. Het gaat hierbij om het deel van het netwerk dat het dichtst bij de eindgebruiker ligt. De verplichtingen kunnen worden opgelegd in het geval replicatie van de betreffende netwerkelementen in economische zin inefficiënt is of fysiek onuitvoerbaar is. De verplichtingen kunnen zien op aspecten zoals de te rekenen tarieven, de voorwaarden van toegang en non-discriminatie.

Ten tweede biedt artikel 61, derde lid, een grondslag om toegangsverplichtingen op te leggen voor delen van het netwerk voorbij het eerste punt van samenkomst, indien de eerdergenoemde verplichtingen niet afdoende zijn om bepaalde economische of fysieke drempels voor replicatie weg te nemen. Het moet gaan om hoge en niet-tijdelijke drempels die ten grondslag liggen aan een

bestaande of toekomstige marktsituatie die de concurrentie-uitkomsten voor consumenten in aanzienlijk mate beperkt. De toezichthouder kan in dat geval toegangsverplichtingen opleggen voor een groter deel van het netwerk dan bij toegangsregulering op verzoek. Bij deze regulering kan dus een punt van samenkomst in het netwerk worden gekozen dat 'hoger' in het netwerk ligt. Hierbij moet het gaan om een punt dat voldoende aansluitingen op eindgebruikers heeft om exploitatie voor een dienstenaanbieder haalbaar te maken. Bij het opleggen van de verplichtingen dient rekening te worden gehouden met de eventueel al opgelegde verplichtingen op basis van een marktanalyse waarin AMM is vastgesteld. Het is bijvoorbeeld zaak te voorkomen dat voor een partij vergelijkbare verplichtingen gelden, op hetzelfde moment, op grond van twee verschillende instrumenten. Op deze mogelijkheid om verplichtingen op te leggen voorbij het eerste punt van samenkomst bestaan een paar uitzonderingen. Zo kunnen bijvoorbeeld geen verplichtingen worden opgelegd aan ondernemingen met een zeer hoge capaciteitsnetwerk die alleen wholesale activiteiten verrichten en zelf al toegang verlenen tot hun netwerk. Ook kunnen geen verplichtingen worden opgelegd in het geval daardoor de uitrol van nieuwe netwerken, vooral voor kleine lokale projecten, in het gedrang zou komen.

Vanuit het oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding moet de toepassing van dit instrumentarium, net als in het geval van AMM-verplichtingen, worden geconsulteerd en aan de Europese Commissie worden genotificeerd. Daarnaast dienen de toezichthouders in de lidstaten bij de toepassing van dit instrument rekening te houden met de nog uit te vaardigen Berec-richtsnoeren.

2.3. Nederlandse situatie

In Nederland is net als in de andere Europese landen sprake van relatief hoge kosten voor het aanleggen van een elektronisch communicatienetwerk. Dit zorgt ervoor dat replicatie van netwerkelementen ofwel het aanleggen van nieuwe netwerken of netwerkelementen moeilijk is en dat aanbieders van elektronische communicatiediensten afhankelijk zijn van toegang tot de bestaande netwerken. Een belangrijke wens in de onderhandelingen over de Telecomcode was derhalve het opnemen van aanvullende mogelijkheden voor de toezichthouder om toegangsverplichtingen voor vaste netwerken op te kunnen leggen. Dit met het oog op de Nederlandse situatie waarin sprake is van een beperkt aantal netwerken (voornamelijk KPN en VodafoneZiggo) waar consumenten uit kunnen kiezen.

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. Om deze reden wordt vaak internationaal gesproken over 'symmetrische' regulering (zie het Rapport van Berec (BoR (18) 214): "Technical and economic replicability assessment in the context of symmetric access"). Dat is een kenmerkend verschil met het AMM-instrument (hoofdstuk 6a van de wet) waarmee uitsluitend verplichtingen kunnen worden opgelegd aan één of meer aanbieders van elektronische communicatienetwerken als zij beschikken over AMM.

De reguleringsmogelijkheid in artikel 61, derde lid, van de Telecomcode is gebaseerd op het uitgangspunt dat bij elektronische communicatienetwerken sprake is van schaalvoordelen en verzonken kosten. Dit geldt in het bijzonder voor een aansluitnetwerk, ofwel het laatste stukje van het netwerk waarmee eindgebruikers met het netwerk worden verbonden. De aanleg van dat aansluitnetwerk is bijzonder kapitaalintensief. Dat geldt mogelijk ook voor aansluitpunten hoger in het netwerk. Een straatkast in het kopernetwerk van KPN is bijvoorbeeld een punt dat hoger in het netwerk ligt maar toch nog relatief dicht bij de eindgebruiker. Echter, het is niet snel te verwachten dat toegang tot zo'n straatkast een alternatieve aanbieder in staat zal stellen om kostendekkend diensten aan te bieden. Hetzelfde geldt voor vergelijkbare punten in het kabelnetwerk. Deze verwachting is gebaseerd op onderzoek verricht voor de ACM waaruit bleek dat er geen business case is voor uitrol naar de tienduizenden straatkasten van KPN. Gezien de vergelijkbaarheid van beide netwerken is het gezien deze conclusie evenmin te verwachten dat dit bijvoorbeeld wel zou gelden voor de meer dan 100.000 multitaps in het netwerk van VodafoneZiggo. De praktijk laat voorts zien dat ook uitrol van het eigen netwerk naar alle ODF-locaties (wijkcentrales) in het glasvezelnetwerk van KPN niet altijd economisch haalbaar is. Bovendien zijn er vaak fysieke

knelpunten om concurrenten toegang te verstrekken tot de multitaps in het kabelnetwerk of de straatkasten van KPN.

3. Hoofdpijnen van het wetsvoorstel

3.1 Algemeen

De Telecomcode is net als de richtlijnen die zij vervangt, gericht op volledige harmonisatie van de regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, bijhorende faciliteiten en bijbehorende diensten en bepaalde aspecten van eindapparatuur, ten behoeve van het bevorderen van de mededinging, de interne markt en de belangen van de eindgebruiker. Dit betekent dat er in beginsel geen ruimte is om van de bepalingen van de Telecomcode af te wijken.

Voor de integrale implementatie van de Telecomcode zal een wetsvoorstel in procedure worden gebracht waarmee een aantal wijzigingen in de Telecommunicatiewet worden doorgevoerd waarbij de structuur van die wet niet wordt aangepast. De structuur van de wet is dat ieder hoofdstuk voorziet in de regels omtrent een specifiek onderwerp waarvoor Europese regels zijn gesteld, zoals hoofdstuk 6 over interoperabiliteit van diensten en hoofdstuk 6a over aanmerkelijke marktmacht-regulering. Gelet op deze structuur is het relatief eenvoudig om met dit wetsvoorstel een specifiek onderdeel van de Telecomcode te implementeren in hoofdstuk 6 van de wet. Het aantal raakvlakken met andere onderdelen van de wet is beperkt en waar nodig is rekening gehouden met de voornemens tot implementatie van de Telecomcode op die onderdelen.

3.2 Toegang tot kabels binnen gebouwen of tot het eerste punt van samenkomst

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om artikel 61, derde lid, eerste alinea van de Telecomcode te implementeren in het eerste en tweede lid van een nieuw artikel 6.3 van de wet. Het eerste lid van artikel 6.3 heeft betrekking op de situatie dat replicatie van netwerkelementen economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar is. Indien dat het geval is kan de ACM op grond van de voorgestelde bepaling op aanvraag (redelijk verzoek) aan de aanbieders van die elektronische communicatienetwerken en rechthebbenden op de betreffende kabels, verplichtingen opleggen om toegang te verlenen tot de relevante delen van het elektronisch communicatienetwerk respectievelijk tot de kabels binnen gebouwen. Anders zijn de betreffende eindgebruikers voor aanbieders van elektronische communicatiediensten feitelijk niet bereikbaar, bij gebrek aan een eigen netwerk.

Deze toegangsverplichtingen kunnen zien op kabels maar ook op bijbehorende faciliteiten (zoals een ruimte waar apparatuur kan worden geplaatst). Een verplichting kan worden opgelegd aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken en van de bijbehorende faciliteiten, en aan rechthebbenden op kabels en bijbehorende faciliteiten die zelf geen aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk zijn. Een voorbeeld van zo'n rechthebbende is de situatie waarin de kabels en bijbehorende faciliteiten binnen of in sommige gevallen buiten gebouwen eigendom zijn van de eigenaar van het gebouw. Buiten gebouwen zullen de kabels en bijbehorende faciliteiten in de regel in handen zijn van een aanbieder van elektronische communicatienetwerken.

De verplichtingen die op grond van artikel 6.3, eerste en tweede lid, kunnen worden opgelegd, betreffen kabels en bijbehorende faciliteiten die het dichtstbij eindgebruikers zijn gelegen, namelijk vanaf het netwerkaansluitpunt tot aan het eerste punt van samenkomst.

In het geval van een redelijk verzoek zal de ACM beoordelen of replicatie van de betreffende netwerkelementen fysiek onmogelijk is dan wel in economisch opzicht inefficiënt is.

Of replicatie fysiek onmogelijk is, is een vraag die afhangt van de situatie ter plaatse. Te denken valt aan situaties waarin er in kabelgoten geen plaats meer is voor extra kabels of kabelgoten of deze goten fysiek ontoegankelijk zijn. Of replicatie economisch inefficiënt is, hangt er van af of de baten opwegen tegen de kosten. Daarbij is relevant in hoeverre deze kosten door de verzoeker binnen een bedrijfseconomische aanvaardbare termijn terug kunnen worden verdiend. 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.

De ACM dient mee te wegen dat er onder omstandigheden op basis van artikel 5.2, vijfde lid, van de wet een verplichting voor de rechthebbende bestaat om toegang te verlenen tot de fysieke

(binnenhuis)infrastructuur zodat de verzoeker daar zijn eigen kabels in kan aanleggen. Deze bepaling ziet derhalve niet op de kabels zelf. Ook dient de ACM mee te wegen dat er op grond van hoofdstuk 5a een verplichting bestaat tot medegebruik van fysieke infrastructuur. Dit alles kan van invloed zijn op de economische efficiëntie van en de fysieke drempels voor replicatie door de aanvrager.

Vervolgens dient de ACM te bepalen of daadwerkelijk toegangsverplichtingen worden opgelegd en, zo ja, welke verplichtingen. De doelstellingen van de Telecomcode, genoemd in artikel 3, vormen hierbij het kader. Verplichtingen moeten bijgevolg daaraan bijdragen en moeten bovendien proportioneel zijn, zoals vereist op grond van artikel 6.4 van de wet. Dit vergt een beoordeling van geval tot geval. Dit is vergelijkbaar met de toepassing van artikel 6.2. Indien de ACM heeft geconcludeerd dat sprake is van economische inefficiëntie dient zij met het oog op de proportionaliteit te beoordelen hoe de verhouding is tussen de kosten van de aanbieder om toegang te verlenen en de kosten van de aanvrager om zelf het betreffende netwerkelement te repliceren. Daarbij zal de ACM onder andere rekening moeten houden met het bestaan van reeds vrijwillig aangeboden toegang en de daarbij gestelde voorwaarden. Een belangrijk aspect is voorts de afweging tussen enerzijds dienstenconcurrentie en anderzijds het stimuleren van investeringen in het netwerk. Het opleggen van verplichtingen kan immers nadelig zijn voor lange termijn investeringen, ook al is de concurrentie er voor de korte termijn bij gebaat.

De door de ACM opgelegde verplichtingen kunnen blijkens het tweede lid van het voorgestelde artikel 6.3 verschillende vormen van toegang betreffen en ook zien op bijbehorende faciliteiten of bijbehorende diensten. Hierbij kan gedacht worden aan het bieden van bepaalde faciliteiten zoals een ruimte voor het plaatsen van apparatuur, maar ook aan faciliteiten zoals het leveren van stroom voor en koeling van de apparatuur die op dergelijke locaties moet worden geplaatst voor het feitelijk benutten van toegang. Ook kan gedacht worden aan het doorverkopen van bepaalde diensten, zoals het gebruik van ongecodeerde zenders of een tv-platform of onderhoudswerkzaamheden. De verplichtingen kunnen daarnaast zien op de toerekening van kosten en de wijze waarop de tarieven worden bepaald, op de bekendmaking van informatie over de te verlenen toegang en op de toepassing van non-discriminatoire voorwaarden. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn vergelijkbaar met de verplichtingen die via het AMM-instrumentarium kunnen worden opgelegd aan aanbieders met AMM.

3.3 Toegang tot hogere netwerkniveaus

Op grond van het voorgestelde derde lid krijgt de ACM de bevoegdheid om verplichtingen op te leggen om toegang te verlenen tot een punt dat zo dicht mogelijk bij de eindgebruiker is gelegen en tevens een efficiënte toetreder in staat stelt om zijn diensten op economisch haalbare wijze aan te kunnen bieden.

Aangezien deze toegangsverplichting meer belastend is dan een verplichting die alleen de kabels nabij het netwerkaansluitpunt betreft, vergt dit een andere en zwaardere toets dan bij toepassing van de bevoegdheid op grond van het voorgestelde eerste en tweede lid van artikel 6.3. Ten eerste kan de ACM deze bevoegdheid alleen toepassen indien er sprake is van hoge en niet-tijdelijke economische of fysieke belemmeringen. Ten tweede moeten die belemmeringen naar het oordeel van de ACM een marktsituatie hebben veroorzaakt of naar verwachting gaan veroorzaken die tot een zeer nadelige uitkomst voor eindgebruikers leidt wat betreft keuze, prijs en kwaliteit. De ACM moet daarbij op grond van artikel 1.3 van de wet rekening houden met de door Berec opgestelde criteria voor het bepalen van de economische of fysieke belemmeringen die hoog en niet-tijdelijk zijn. Tevens dient zij rekening te houden met de doelstellingen van de richtlijn.

De ACM kan dezelfde verplichtingen opleggen als op grond van het eerste lid van artikel 6.3. Aanvullend op de verplichtingen uit het eerste lid kan de ACM naast verplichtingen inzake passieve vormen van toegang tot netwerkelementen ook verplichtingen inzake actieve of virtuele toegang opleggen, als dit in technisch of economisch opzicht gerechtvaardigd is.

Voor twee categorieën gevallen wordt een uitzondering gemaakt op de reguleringsbevoegdheid bij hoge en niet-tijdelijke replicatiebelemmeringen. Het betreft ten eerste wholesale aanbieders met zeer hoge capaciteitsnetwerken die dienstenaanbieders hiertoe onder bepaalde voorwaarden toegang verlenen. Ten tweede betreft het gevallen waarin toegangsregulering de

levensvatbaarheid van de aanleg van het gereguleerde netwerk in gevaar zou brengen, in het bijzonder bij de aanleg van kleine lokale netwerken. In het artikelsgewijze deel van de toelichting wordt hier nader op ingegaan.

De ACM dient net als bij de toepassing van het eerste lid rekening te houden met de doelstellingen uit de Telecomcode. Verder dienen verplichtingen steeds objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend te zijn, zoals is bepaald in artikel 6.4. In het kader van de proportionaliteit dient de ACM onder meer te beoordelen of verplichtingen op basis van het eerste lid al afdoende zijn om de geïdentificeerde replicatieproblemen te adresseren. Indien dit het geval is, is er geen reden om verplichtingen op basis van het derde lid op te leggen.

3.4 Verhouding met andere vormen van regulering

Dit wetsvoorstel biedt een instrumentarium dat aanvullend is op de bestaande regimes voor aanbieders van elektronische communicatienetwerken. Het betreft vooral het regime voor ondernemingen met AMM. Ingevolge dit wetsvoorstel moet in het bijzonder bij het overwegen van de oplegging van verplichtingen voor een hoger netwerkniveau rekening worden gehouden met verplichtingen die mogelijk op basis van een marktanalyse al aan die aanbieder zijn opgelegd. De verplichtingen die op grond van dit wetsvoorstel kunnen worden opgelegd, zijn grotendeels vergelijkbaar met die uit hoofdstuk 6a. Er is wel een wezenlijk verschil onder welke omstandigheden deze verplichtingen kunnen worden opgelegd. Bij het opleggen van de verplichtingen op basis van artikel 6.3 spelen andere criteria een rol dan bij de oplegging van AMM-verplichtingen en er is geen sprake van een formele marktanalyse zoals voorzien in hoofdstuk 6a. Dit wetsvoorstel heeft betrekking op replicatieproblemen. Het begint met een analyse op het lokale niveau (replicatieproblemen dichtbij het aansluitpunt van de eindgebruiker), maar uiteindelijk kan er ook reden zijn voor de oplegging van verplichtingen die op regionale of zelfs nationale replicatieproblemen zien. Gegeven het feit dat dit wetsvoorstel beoogt andere problemen op te lossen dan het AMM-regime, zijn beide kaders complementair. Er zullen gevallen zijn waarin wel verplichtingen als bedoeld in dit wetsvoorstel kunnen worden opgelegd maar geen AMM-verplichtingen (omdat geen sprake is van AMM). Maar er zullen zich ook situaties kunnen voordoen waarin beide regimes naast elkaar kunnen worden toegepast. Vaak zal het toereikend zijn om de betreffende aanbieder verplichtingen op te leggen op grond van het ene of het andere regime. Maar er is ook geen wezenlijk bezwaar om tegelijkertijd vanuit beide regimes bevoegdheden toe te passen en verplichtingen op te leggen indien dat meerwaarde zou hebben, mits betrokkenen daardoor niet onevenredig wordt getroffen. Het is aan de ACM in voorkomend geval te bepalen hoe om te gaan met dit soort situaties, rekening houdend met andere beschikbare instrumenten, de proportionaliteit van de verplichtingen en de doelstellingen van het Europees kader.

De toegangsregulering waarop dit wetsvoorstel betrekking heeft, vertoont zekere raakvlakken met de bestaande regimes voor het gedogen van kabels (hoofdstuk 5 van de wet) en voor medegebruik van fysieke infrastructuur (hoofdstuk 5a van de wet). Vooral relevant is de verplichting van een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk om te voldoen aan redelijke verzoeken om medegebruik van zijn fysieke infrastructuur ten behoeve van de aanleg van een openbaar elektronisch communicatienetwerk van hoge snelheid of in gevallen waarin de gedoogplicht van hoofdstuk 5 van toepassing is. Fysieke infrastructuur is in de wet gedefinieerd als 'elk element van een netwerk dat bedoeld is om er andere elementen van een netwerk in onder te brengen zonder dat het zelf een actief element van het netwerk wordt'. Bij de replicatieproblematiek gaat het om het elektronische communicatienetwerk zelf, dus niet de infrastructuur die bedoeld is om er andere netwerkelementen in onder te brengen. Het regime van medegebruik biedt dus mogelijkheden voor de aanleg van een nieuw netwerk en zal zo de investeringsdrempel kunnen verlagen, maar dit zal niet altijd soelaas bieden. Het kan zijn dat toch de fysieke aanlegmogelijkheden beperkt zijn of dat de kosten relatief hoog zijn. In dat geval kan toepassing van het regime van dit wetsvoorstel uitkomst bieden. Hier is in paragraaf 3.2 al op ingegaan.

4. Regeldruk

Deze bepaling vloeit rechtstreeks voort uit de nieuwe Europese richtlijn en bevat geen nationale beleidsruimte. De ATR heeft om die reden afgezien van advies. Juist op het aspect van toegang is gekozen om op Europees niveau te harmoniseren en dit wetsvoorstel sluit aan bij dit uitgangspunt.

Uit deze richtlijn volgen geen directe regeldrukeffecten. Op het moment dat toegangsregulering wordt overwogen kan de ACM specifieke informatie verzoeken van marktpartijen; dit kan gepaard gaan met administratieve lasten. Het is niet te verwachten dat deze verzoeken aanzienlijk afwijken van andere inlichtingenverzoeken. Daarnaast kunnen nalevingskosten ontstaan voor aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten en voor rechthebbenden op kabels en bijbehorende faciliteiten indien zij toegang moeten verlenen. De exacte kosten zullen variëren en zijn afhankelijk van het concrete geval. Zo zal een verplichting die ziet op het hanteren van transparante voorwaarden, leiden tot minder nalevingskosten dan een verplichting die ziet op een kostentoerekeningssysteem. Ook zullen de kosten variëren al naar gelang de werkwijze van de gereguleerde partij. Bij de oplegging van verplichtingen zal de ACM uiteraard ook oog hebben voor de nalevingskosten. De bepaling heeft ook verder geen directe gevolgen voor burgers en bedrijven.

5. Uitvoering, toezicht, handhaving en rechtsbescherming

5.1 Uitvoering, toezicht en handhaving

Ingevolge de Telecomcode worden de bevoegdheden waarop dit wetsvoorstel betrekking heeft, toegekend aan de nationale regelgevende instantie. Bijgevolg wordt op grond van het wetsvoorstel de ACM belast met de uitvoering van het voorgestelde artikel 6.3. De ACM is tevens belast met het toezicht op de naleving en de handhaving van de voorgestelde bepalingen. Dit vloeit voort uit artikel 15.1, derde lid, respectievelijk artikel 15.2, tweede lid, van de wet.

5.2 Rechtsbescherming

Besluiten van de ACM op grond van de bepalingen van dit wetsvoorstel worden voorbereid overeenkomstig de uitgebreide voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht. Voor de rechtsbescherming tegen deze ACM-besluiten is voorzien dat het bestaande regime voor ACM-besluiten op grond van hoofdstuk 6 en hoofdstuk 6a van de wet wordt gevolgd. Tegen de ACM-besluiten op grond van de bepalingen van dit wetsvoorstel kan (gelet op de toepasselijkheid van de uitgebreide voorbereidingsprocedure) geen bezwaar worden gemaakt terwijl er is voorzien in rechtstreeks beroep, bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (Algemene wet bestuursrecht, bijlage 1 en bijlage 2, artikel 4).

6. Internetconsultatie

De bepalingen voor dit wetsvoorstel zijn in de periode van 18 april tot 20 mei via internet geconsulteerd. Er zijn acht reacties op het wetsvoorstel gegeven. Hiervan waren er vier afkomstig van individuele aanbieders van elektronische communicatienetwerken; twee waren afkomstig van aanbieders van elektronische communicatienetwerken gezamenlijk en twee waren afkomstig van individuele burgers. Hieronder wordt ingegaan op de (belangrijkste punten van de) inbreng.

Sommige respondenten plaatsen kanttekeningen bij de wijze van consultatie en menen dat een integraal wetsvoorstel waarmee de gehele Telecomcode wordt geïmplementeerd de voorkeur verdient omdat dit dwarsverbanden tussen het onderwerp van dit wetsvoorstel en andere onderwerpen van de Telecomcode beter zichtbaar maakt.

Paragraaf 1 van de toelichting is daarom aangevuld met de motivering van dit wetsvoorstel in het licht van de marktomstandigheden in Nederland. Zoals nader toegelicht in paragraaf 3 is er geen sprake van een zodanige samenhang met andere onderwerpen van de Telecomcode dat dit in de weg staat aan een afzonderlijk wetsvoorstel.

Meerdere respondenten geven aan dat zij zich (goeddeels) kunnen vinden in het wetsvoorstel. Een respondent geeft aan dat het voor de Nederlandse markt met het duopolie op toegangsnetwerken noodzakelijk is een dergelijke regime te hebben om concurrentie op de eindgebruikersmarkten mogelijk te maken. Er wordt anderzijds door enkele respondenten de zorg geuit dat onzeker is hoe de nieuwe bevoegdheden toegepast zullen worden en tevens opgemerkt dat in de toelichting ten onrechte vooruit wordt gelopen op de toepassing van de nieuwe bevoegdheden door de ACM. Ook bekritiseert een respondent de veronderstelling in de toelichting dat wordt ingezet op een concurrerend aanbod van diensten en dat symmetrische toegangsregulering altijd het beste is voor de innovatie en concurrentie.

De regering onderkent het belang van het behouden van de concurrentie op de retailmarkt zoals respondenten in hun reactie hebben benadrukt. Zij zet zich, onder andere met dit wetsvoorstel, in

om te zorgen dat voldoende concurrentie blijft bestaan. Het is aan de ACM om de nieuwe bevoegdheden op een zorgvuldige manier toe te passen en daarbij een afweging te maken tussen de verschillende doelstellingen en te beoordelen of regulering op lange termijn hieraan bijdraagt. De richtsnoeren van Berec en de wijze waarop de ACM haar bevoegdheden toepast, bieden handvatten om onzekerheid over de reikwijdte en strekking ervan zoveel mogelijk te beperken. De regering onderstreept dat niet wordt beoogd met deze toelichting de wettelijk voorziene bevoegdheid van de ACM in te perken, maar wel om de beleidsmatige invalshoek kenbaar te maken. In het geval toegangsregulering op grond van een AMM-aanwijzing niet mogelijk is, kan regulering overeenkomstig dit wetsvoorstel een belangrijk vangnet vormen.

Een aantal respondenten geven aan dat het aanbeveling verdient in het wetsvoorstel expliciet naar de richtsnoeren van Berec te verwijzen. Een respondent meent dat het niet wenselijk is om in deze toelichting uitgebreid in te gaan op aspecten die in de Berec-richtsnoeren aan de orde zullen komen.. Een aantal respondenten bepleit bovendien een bepaalde invulling van de richtsnoeren. De Berec-richtsnoeren waaronder de richtsnoeren die voor dit wetsvoorstel relevant zijn, bevatten geen wettelijke norm maar een leidraad voor de uitleg en toepassing van bepaalde begrippen van de Telecomcode en dus van de bepalingen van dit wetsvoorstel. De ACM dient op grond van artikel 1.3 van de wet zoveel mogelijk rekening te houden met de richtsnoeren. Waar nodig wordt in deze toelichting naar de richtsnoeren verwezen. Dat bepaalde aspecten worden uitgewerkt in de richtsnoeren staat er niet aan in de weg dat in deze toelichting – binnen de wettelijk voorziene bevoegdheid van de ACM – de beleidsmatige invalshoek van het wetsvoorstel wordt aangeduid. Het is niet mogelijk om vooruit te lopen op wat Berec in zijn richtsnoeren zal opnemen. Het is uiteindelijk aan de ACM om alle relevante aspecten te betrekken bij haar afweging om, tegen de achtergrond van de doelstellingen uit de Telecomcode, al dan niet verplichtingen aan een individuele partij op te leggen.

Enkele respondenten geven aan dat gegeven de doelstellingen van de Telecomcode meer aandacht moet worden besteed aan de uitrol van nieuwe netwerken. Een respondent geeft aan dat het gezien de recente uitrol van kleinschalige glasvezelnetwerken aannemelijk is dat er geen belemmering is voor het uitrollen van een nieuw netwerk.

De regering is met de bedoelde respondenten van oordeel dat de uitrol van nieuwe netwerken belangrijk is voor eindgebruikers. Niet voor niets is dit opgenomen in de doelstellingen van de Telecomcode. Dit wetsvoorstel heeft slechts betrekking op een onderdeel van de Telecomcode. Hierbij speelt de doelstelling van de uitrol van nieuwe netwerken een rol in die zin dat de ACM bij de toepassing van bevoegdheden rekening moet houden met de doelstellingen van de Telecomcode. Door in het (naar aanleiding van deze zienswijze aangepaste) wetsvoorstel te verwijzen naar de desbetreffende bepaling van de Telecomcode, wordt gewaarborgd dat de ACM bij de toepassing van de voorgestelde bepalingen ook rekening houdt met het belang van en de ontwikkelingen rond de aanleg van netwerken met zeer hoge capaciteit.

Veel respondenten gaan in op de verhouding tussen het met dit wetsvoorstel beoogde regime en het bestaande AMM-regime. Opgemerkt wordt onder meer dat duidelijker zou moeten worden gemaakt wat de verhouding is tussen beide regimes. Sommigen menen dat het niet passend is om op basis van beide regimes te worden gereguleerd, terwijl anderen menen dat het wenselijk is om dezelfde verplichtingen via beide regimes te kunnen opleggen. Ook wordt bepleit dat de mogelijkheden van beroep tegen een AMM-besluit en de gevolgen van een eventueel slagen van dat beroep worden meegewogen bij de toepassing van het regime van dit wetsvoorstel. Voorts wordt gevraagd hoe de verhouding tussen beide regimes is in de periode dat het regime van dit wetsvoorstel is ingevoerd maar de implementatie van de Telecomcode voor het overige nog niet is gerealiseerd.

Naar aanleiding van deze opmerkingen is de toelichting aangevuld. In paragraaf 3.4 wordt, kort samengevat, toegelicht dat het AMM-regime en het regime van dit wetsvoorstel naast elkaar staan en op basis van verschillende criteria worden toegepast. Het is aan de ACM om af te wegen welke reguleringsbevoegdheid in een concrete situatie gebruikt kan worden. Dit is niet anders tijdens de periode voorafgaand aan de volledige implementatie van de Telecomcode. Ook dan dient de ACM rekening te houden met eventueel bestaande AMM-verplichtingen.

Een respondent meent dat de ACM aanvullend de bevoegdheid dient te krijgen om via een 'verkorte procedure' (z nder Europese notificatie) een (voorlopige) spoedbeslissing te nemen, overeenkomstig de procedure van artikel 6b.3 van de wet. Naar aanleiding van deze zienswijze is het wetsvoorstel op dit punt aangevuld, met een wijziging van artikel 6b.3.

Een respondent verzoekt om in de toelichting aandacht te besteden aan de relatie met de bepalingen van hoofdstuk 5a van de wet. Naar aanleiding van deze zienswijze wordt in paragraaf 3.4 van de toelichting ingegaan op het verband tussen dit wetsvoorstel en het regime van hoofdstuk 5a.

Enkele respondenten hebben opmerkingen over het in het wetsvoorstel opgenomen vereiste van een redelijk verzoek. Hierbij wordt door een respondent aangegeven dat het uitgangspunt zou moeten zijn dat voorafgaand aan een dergelijk verzoek eerst tussen partijen moet worden onderhandeld over toegang en dat in elk geval voor de bepaling van de redelijkheid beide partijen gehoord zouden moeten worden.

Een verzoek kan worden beschouwd als redelijk indien de verzoeker de betreffende kabels of bijbehorende faciliteiten daadwerkelijk nodig heeft voor het aanbieden van diensten. Het verdient de voorkeur als aanbieders zonder overheidsingrijpen tot een onderhandelde oplossing komen en artikel 6.1 van de wet voorziet ook in een onderhandelingsverplichting. Voor het geval de onderhandelingen geen resultaat hebben, kan de partij die het aangaat ingevolge dit wetsvoorstel aan de ACM een verzoek doen om op grond van artikel 6.3, eerste lid, verplichtingen op te leggen. De ACM zal zich vervolgens informeren over alle relevante omstandigheden en partijen hebben in elk geval in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure gelegenheid hun zienswijze op het voorgenomen besluit te geven. De artikelsgewijze toelichting bij het eerste lid van artikel 6.3, is naar aanleiding van de reactie over het 'redelijk verzoek' aangevuld. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de voorkeur voor een onderhandelde oplossing ook geldt voor hogere netwerkniveau's, waarvoor de ACM op grond van het derde lid van artikel 6.3 op basis van een eigen analyse verplichtingen kan opleggen.

Sommige respondenten hebben vragen over de uitzondering voor ondernemingen die alleen actief zijn op wholesale markten en zij vragen om deze partijen aan te wijzen. Ook vraagt een respondent wat wordt verstaan onder publieke financiering. Ook wordt er op gewezen dat de bepaling waarin staat dat de nationale regelgevende instanties de vrijstelling kunnen uitbreiden tot andere ondernemingen die onder billijke, niet-discriminerende en redelijke voorwaarden toegang tot een netwerk met zeer hoge capaciteit aanbieden, niet is overgenomen in het wetsvoorstel. Het is aan de ACM om in het kader van de toepassing van artikel 6.3 te beoordelen of in het concrete geval de uitzondering voor ondernemingen die alleen actief zijn op wholesale markten, van toepassing is. Op de criteria hiervoor, vermeld in het zesde en zevende lid, wordt ingegaan in het artikelsgewijze deel van deze toelichting. Het is bijgevolg niet mogelijk vooraf de betreffende aanbieders aan te wijzen. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk wel verplichtingen op te leggen aan wholesale aanbieders, ook al wordt voldaan aan de in het zesde lid bedoelde criteria, indien het betreffende netwerk met zeer hoge capaciteit met openbare middelen is bekostigd. Maatstaf is dus dat het netwerk op enigerlei wijze is betaald uit de algemene middelen, ongeacht door welke overheid. Zoals vermeld in het artikelsgewijze deel van deze toelichting, bij het zesde lid, van artikel 6.3, dient de ACM te bepalen of het opleggen van verplichtingen als bedoeld in dit wetsvoorstel proportioneel en noodzakelijk is. Als reeds vrijwillig toegang wordt verleend zal de ACM dit meewegen in haar beoordeling over het al dan niet opleggen van verplichtingen op grond van artikel 6.3. Daarmee heeft de ACM reeds een basis om ook indien het niet gaat om wholesale aanbieders te besluiten om geen verplichtingen op te leggen.

Een respondent bepleit ten aanzien van de uitzondering van het achtste lid van artikel 6.3 dat netwerken met een lokaal karakter altijd binnen de definitie van 'klein' vallen en dat als nieuw netwerk wordt aangemerkt een netwerk dat in de afgelopen tien jaar is aangelegd. Een andere respondent meent dat deze uitzondering slechts dient te gelden voor op zichzelf staande, lokale projecten.

De toepassing van deze begrippen is aan de ACM, die daarbij de Berec-richtsnoeren moet betrekken waarin de criteria worden uiteengezet aan de hand waarvan de begrippen "nieuw" en

"klein" moeten worden ingevuld. Het ligt in de rede dat het bij een nieuw netwerk gaat om een nieuw aangelegd netwerk (en dus niet om een netwerk dat al tien jaar geleden is aangelegd) en dat het geen uitbreiding van een bestaand netwerk betreft maar een op zichzelf staand project. De artikelsgewijze toelichting over het achtste lid van artikel 6.3 is naar aanleiding van de inbreng van de respondenten op dit punt aangevuld.

Een aantal respondenten wijst erop dat er interpretatieverschillen kunnen ontstaan door het gebruik van andere woorden dan in de richtlijn, bijvoorbeeld voor het begrip 'in economisch opzicht inefficiënt', 'hoge en niet-tijdelijke economische of fysieke belemmeringen', 'economisch haalbaar', 'redelijk en billijk'. Zij vinden dit onwenselijk met het oog op de BEREC-richtsnoeren.

Met het wetsvoorstel wordt beoogd artikel 61, derde lid, van de Telecomcode volledig en nauwkeurig te implementeren. Omdat de in de Telecomcode gebruikte terminologie afwijkt van die van de wet, is voor bepaalde onderdelen gekozen voor een andere bewoording. Bij nader inzien verdient het de voorkeur in het wetsvoorstel voor het in de Telecomcode gebruikte begrip "in economisch opzicht inefficiënt" te hanteren "economisch inefficiënt" en het wetsvoorstel is bijgevolg in dat opzicht aangepast. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat verder de in het wetsvoorstel gebruikte begrippen knelpunten zullen opleveren bij de toepassing van de Berec-richtsnoeren. De tekst van het wetsvoorstel komt materieel overeen met de relevante passage van de Telecomcode. In de artikelsgewijze toelichting zijn verschillen in bewoordingen waar nodig toegelicht.

Enkele respondenten wijzen op het belang van proportionele en transparante verplichtingen. Proportionaliteit en transparantie zijn inderdaad van belang bij het opleggen van verplichtingen. Dat de verplichtingen objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend dienen zijn, vloeit voort uit artikel 6.4 van de wet zoals gewijzigd door dit wetsvoorstel. In bepaalde gevallen kan het niet wenselijk zijn om tot regulering over te gaan. Als bijvoorbeeld meerdere nieuwe netwerken naar dezelfde adressen worden uitgerold, wat bij in sommige gebieden het geval is, kan dat een indicatie zijn dat er geen sprake is van replicatiebelemmeringen. Het feit dat een enkel nieuw netwerk wordt aangelegd, is echter nog niet voldoende om te onderbouwen dat er géén sprake is van hoge drempels

Sommige respondenten vragen om verduidelijking ten aanzien van de opslag van risicofactoren bij het berekenen van de toegangskosten. Hoofddlijn is dat de wijze waarop de toegangskosten worden toegerekend worden ingevuld hetzelfde kan zijn als bij kostendoorberekening in het geval van verplichtingen die aan een AMM-ondernemingen worden opgelegd. Dit betekent dat de vermogenskosten worden betrokken, met inbegrip van bepaalde risicofactoren. De artikelsgewijze toelichting bij het tweede lid van artikel 6.3 is op dit punt aangevuld.

Twee respondenten hebben tegengestelde opmerkingen over de oplegging van actieve of virtuele toegangsverplichtingen. De ene respondent bepleit dat deze alleen onder strikte voorwaarden opgelegd kunnen worden en de andere dat eerder een actieve dan een passieve toegangsverplichting zou moeten worden opgelegd omdat anders de technologisch innovatie wordt bemoeilijkt.

Ingevolge het wetsvoorstel kan de oplegging van actieve of virtuele toegangsverplichtingen pas aan de orde zijn als dat technisch of economisch gerechtvaardigd is. Bij de beoordeling of dat het geval is, is ook de stand van de technologische innovatie een relevante factor.

Een respondent heeft vragen over de geldigheidsduur van de besluiten. Het wetsvoorstel voorziet in besluiten die in beginsel gelden voor onbepaalde tijd. Wel is voorzien in artikel 6.3, negende lid, dat na vijf jaar door de ACM wordt beoordeeld of er redenen zijn om het besluit te wijzigen of in te trekken.

7. Uitvoerings- en handhavingstoets ACM

De ACM verwelkomt de aanvullende mogelijkheden die de bepaling geeft om de doelen van de wet te realiseren. De ACM acht deze wijzigingen van de wet uitvoerbaar en handhaafbaar en vraagt aandacht voor een aantal punten.

In de artikelsgewijze toelichting op artikel, 6.3, eerste lid, is overeenkomstig het verzoek van de ACM op een aantal punten verduidelijkt. Zo is in de toelichting verhelderd dat de ACM voorafgaand aan de inhoudelijke beoordeling moet toetsen of het verzoek redelijk is, alsmede dat bij die beoordeling van de redelijkheid van een verzoek ook getoetst kan worden of de aanvrager zelf al heeft getracht toegang te verkrijgen..

De ACM onderschrijft dat toegangsregulering op basis van artikel 6.3 en op basis van AMM naast elkaar kunnen worden toegepast. De ACM wijst er op dat in de toelichting de indruk wordt gewekt dat het passendheidsvereiste van artikel 6a.2 van de wet van toepassing is op toegangsregulering op basis van artikel 6.3. Volgens de ACM dienen in plaats hiervan de in artikel 61, vijfde lid, van de Telecomcode genoemde criteria te worden toegepast. Ook ziet de ACM geen reden voor het in de toelichting vermelde uitgangspunt om steeds de minst ingrijpende verplichtingen op te leggen. Verder verzoekt de ACM in de tekst van het eerste lid van artikel 6.3 niet de term ondoelmatig te gebruiken maar "economisch inefficiënt".

Deze zienswijze van de ACM wordt gedeeld. De bedoelde criteria zijn vastgelegd in artikel 6.4 van de wet. Vooral toepassing van het criterium van proportionaliteit is van belang voor goede maatvoering. In het eerste lid van artikel 6.3 is het begrip doelmatig vervangen door het begrip economisch inefficiënt, aansluitend bij de Telecomcode. De toelichting is naar aanleiding van de opmerkingen aangepast.

De ACM stelt voor om een nadere toelichting te geven op de procedurele vereisten die gelden bij de toepassing van artikel 6.3. In de eerste plaats kan daarmee verduidelijkt worden dat de geldingsduur van een besluit op basis van artikel 6.3 in principe onbeperkt is, ondanks het feit dat de ACM de verplichting heeft om binnen vijf jaar te beoordelen of het besluit herzien moet worden. Verder verzoekt de ACM om te verduidelijken dat de ACM de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure niet hoeft toe te passen indien het voorgenomen besluit geen aanzienlijke gevolgen heeft voor de desbetreffende markt.

De artikelsgewijze toelichting bij het negende lid van artikel 6.3 respectievelijk bij de wijziging van artikel 6b.1 zijn dienovereenkomstig aangevuld.

De ACM merkt op dat in het wetsvoorstel niet wordt geregeld dat de ACM op basis van artikel 6.3 van de wet een spoedbesluit kan nemen. De ACM acht dit wel wenselijk en verzoekt artikel 6b.3 van de wet aan te passen.

Aangezien het in buitengewone omstandigheden noodzakelijk kan zijn dat de ACM een spoedbesluit kan nemen, is artikel 6b.3 op dit punt aangevuld.

De ACM is van oordeel dat voor overtredingen van besluiten op grond van artikel 6.3 het zware boeteregime zou moeten gelden, met een boetemaximum van 10% van de omzet van de onderneming. Zij verzoekt daarom dit vast te leggen in artikel 15.4, derde lid, van de wet. Deze zienswijze van de ACM wordt onderschreven. Aan een overtreding van verplichtingen die op grond van artikel 6.3 zijn opgelegd, moeten dezelfde gevolgen kunnen worden verbonden als aan een overtreding van verplichtingen die op grond van hoofdstuk 6a zijn opgelegd. In beide situaties gaat het om toegangsregulering en overtreding daarvan kan dezelfde gevolgen hebben voor de mededinging. Gelet hierop wordt artikel 15.4, derde lid, van deze wet gewijzigd in lijn met de opmerking van de ACM.

De ACM verzoekt om nader te specificeren welke risico's betrokken moeten worden bij het toerekenen van de toegangskosten aan de toegangsverzoeker. Zij is van oordeel dat het moet gaan om systematische risico's en niet om bedrijfsspecifieke risico's. Op die wijze wordt aangesloten bij de huidige praktijk van het AMM-regime.

Het ligt in de rede dat bij de oplegging van een tariefverplichting wordt aangesloten bij de wijze waarop tariefverplichtingen op grond van hoofdstuk 6a worden opgelegd. Dit geldt ook voor de wijze waarop bij het bepalen van de toe te rekenen toegangskosten en in het bijzonder de vermogenskosten rekening wordt gehouden met de risico's die een toegang verlenende partij kan ervaren. In verband hiermee is het tweede lid van artikel 6.3 gewijzigd en in de toelichting bij die bepaling is verduidelijkt hoe bij de oplegging van een tariefverplichting om te gaan met risicofactoren.

8. Financiële gevolgen

Er zijn geen financiële gevolgen verbonden met deze aanpassing. Wel kan het opleggen van verplichtingen door de ACM gevolgen hebben voor bedrijven en bijvoorbeeld zorgen voor nalevingskosten of omzetzendering.

9. Overgangsrecht en inwerkingtreding

De Telecomcode dient uiterlijk op 20 december 2020 te zijn omgezet in nationaal recht. Gelet op de keuze voor prioritair implementatie voor het onderwerp van toegangsregulering in geval van belemmeringen voor de replicatie van netwerken, wordt gestreefd naar een eerdere inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, eenmaal tot wet verheven, en wel zo spoedig mogelijk. Gelet op het feit dat het instrumentarium van dit wetsvoorstel nieuw is, behoeft niet te worden voorzien in overgangsrecht.

II ARTIKELEN

Nieuw artikel 6.3

Eerste lid

In artikel 61, eerste lid, van de Telecomcode is bepaald dat de nationale regelgevende instanties (of, in bepaalde gevallen, de andere bevoegde instanties) adequate toegang en interconnectie alsook interoperabiliteit van diensten bevorderen met het oog op de doelstellingen van artikel 3 van de Telecomcode. In het tweede en derde lid van artikel 61 worden meer specifieke regels gesteld over de taak en bevoegdheid van deze instanties. Blijkens de bewoordingen van het derde lid "met name, onverminderd de leden 1 en 2," moet het derde lid worden beschouwd als een verbijzondering binnen de in het eerste lid gegeven kaders. In verband hiermee is in het voorstel voor artikel 6.3, in het eerste en het derde lid, opgenomen dat de bedoelde bevoegdheden moeten worden uitgeoefend met het oog op de doelstellingen van de Telecomcode, genoemd in artikel 3, tweede en vierde lid, van de Telecomcode.

Het verzoek aan de ACM om toegangsverplichtingen op te leggen kan gericht zijn op de toegang tot een specifiek aangeduid gebouw of netwerklocatie, maar kan ook meer generiek zijn en gericht zijn op toegang tot (categorieën van) netwerklocaties van een bepaalde aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk of, onder omstandigheden, tot categorieën van rechthebbenden. Het is te verwachten dat er met name generieke verzoeken zullen worden gedaan die betrekking hebben op vele eindgebruikers.

In lijn met de tekst van de Telecomcode dient het te gaan om een redelijk verzoek. Of een verzoek redelijk is, hangt niet er van af of het voor toewijzing in aanmerking komt. Bepalend is of betrokkene belang heeft bij oplegging van de verplichtingen waarop het verzoek (de aanvraag) betrekking heeft. Hiervoor is van belang of het verzoek betrekking heeft op netwerkelementen die de verzoeker daadwerkelijk nodig heeft om zelf diensten aan te kunnen bieden. Ook relevant is of de verzoeker al reële pogingen heeft gedaan om via onderhandelingen toegang op vrijwillige basis te verkrijgen. Nadat de ACM heeft geconcludeerd dat er sprake is van een redelijk verzoek, wordt dat verzoek inhoudelijk beoordeeld, met inbegrip van een afweging van de belangen van beide partijen.

In de tekst van de te implementeren bepaling, de eerste alinea van artikel 61, derde lid, eerste alinea, wordt gesproken over toegangsregulering voor bedrading en kabels en bijbehorende faciliteiten. Een nadere aanduiding van de begrippen 'bedrading' en 'kabels' ontbreekt, zij het dat het blijkens de tekst van de Telecomcode in elk geval gaat om netwerkelementen. Gelet op de omschrijving in de wet van kabels als 'fysieke geleidingsdraden bestemd voor de rechtstreekse overdracht van signalen ...' kan er van uit worden gegaan dat bedrading deel uitmaakt van het begrip kabels of anders van het begrip bijbehorende faciliteiten. Derhalve is in dit onderdeel ontstaan om de begrippen kabels en bijbehorende faciliteiten te hanteren.

Deze bepaling heeft zowel betrekking op de kabels en bijbehorende faciliteiten in een gebouw als op de kabels en bijbehorende faciliteiten buiten dat gebouw, voor zover het eerste punt van samenkomst daarbuiten is gelegen. Het gaat feitelijk over het deel van het netwerk nabij het netwerkaansluitpunt en ook over kabels die deel uitmaken van een niet-openbaar netwerk dat wordt beheerd door de eigenaar van het gebouw of een andere rechthebbende.

In de tekst van de Telecomcode wordt gesproken over de oplegging van toegangsverplichtingen aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken en, indien zij geen aanbieder zijn, aan eigenaars van de bedrading, kabels en bijbehorende faciliteiten. Gelet op het regime voor gebruik van fysieke binnenhuisinfrastructuur (artikel 5.2 van de wet) dat de rechthebbende een bepaalde gedoogplicht oplegt, is er in deze bepaling voor gekozen om de mogelijkheid van toegangsregulering niet alleen te laten gelden voor aanbieders en eigenaren, maar ook voor andere rechthebbenden, zoals huurders. Voor zover aanbieders van een elektronisch communicatienetwerk tevens rechthebbende zijn, vallen zij in beide hoedanigheden onder het bereik van deze bepaling.

In de Telecomcode wordt gesproken over het punt van samenkomst of distributie waarbij wordt bedoeld op het punt in een netwerk waar aansluitingen van eindgebruikers samenkomen en van waaruit de netwerkaanbieder zorg draagt voor de distributie van signalen naar de eindgebruikers toe. In het wetsvoorstel wordt korthedshalve gesproken over 'punt van samenkomst'. Waar het eerste punt van samenkomst is gelegen, vergt een zorgvuldige beoordeling aan de hand van de feitelijke kenmerken van de onderzochten netwerken en aan de hand van richtsnoeren van Berec. In de Telecomcode, artikel 61, derde lid, vierde alinea, is namelijk voorzien dat Berec richtsnoeren zal opstellen over de criteria voor het bepalen van het eerste punt van samenkomst. De ACM dient hiermee rekening te houden op grond van artikel 1.3 van de wet.

In het wetsvoorstel wordt gesproken over replicatie. Hiermee wordt bedoeld het aanleggen van netwerkelementen kabels of bijbehorende faciliteiten, naast de netwerkelementen, kabels en of bijbehorende faciliteiten waarop het toegangsverzoek betrekking heeft. Dit komt overeen met het criterium van verdubbeling dat bij de gedoogplicht voor gebruik van fysieke binnenhuisinfrastructuur van toepassing is op grond van artikel 5.2, vijfde lid, van de wet. Ook die bepaling heeft betrekking op nieuwe aanleg, ongeacht het aantal bestaande structuren.

Tweede lid

Deze bepaling betreft een nadere aanduiding van de verplichtingen die kunnen worden opgelegd en de voorschriften die daarbij kunnen worden vastgesteld, en dient ter implementatie van de tweede zin van de eerste alinea van artikel 61, derde lid, van de Telecomcode. De op grond van het eerste lid op te leggen verplichtingen betreffen toegang tot kabels of bijbehorende faciliteiten in zijn algemeenheid. Om te komen tot een effectieve verplichting tot toegangverlening is een zekere specificering gewenst. Dit is vergelijkbaar met het regime voor toegangsregulering voor ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. In het tweede lid van artikel 6a.6 is de generieke verplichting om toegang te verlenen uitgewerkt in een niet-limitatieve opsomming van specifieke (deel)verplichtingen, waaraan de ACM ingevolge het derde lid voorschriften kan verbinden. Op grond van hoofdstuk 6a kunnen aan AMM-ondernemingen ook andere verplichtingen worden opgelegd. In lijn hiermee worden in het voorgestelde tweede lid van artikel 6.3 verplichtingen genoemd die daarmee vergelijkbaar zijn, te weten de verplichtingen betreffende de bekendmaking van informatie, de toepassing van non-discriminatoire voorwaarden en de toerekening van toegangskosten (vergelijkbaar met de verplichtingen, bedoeld in respectievelijk in de artikelen 6a.9, 6a.8 en 6a.7). Voor de in het tweede lid bedoelde verplichting van toerekening van toegangskosten geldt, in lijn met de benadering door de ACM van kostentoerekening op grond van artikel 6a.7, dat ook de vermogenskosten hierbij worden betrokken. Ten behoeve van de verdiscontering van risicofactoren, bedoeld in de Telecomcode, houdt de ACM bij het vaststellen van de vermogenskosten rekening met de systematische risico's. De gangbare praktijk is dat de WACC hiervoor wordt gehanteerd.

Gelet op de tekst van de Telecomcode gaat het niet om een limitatieve opsomming. De genoemde thema's zijn ook onderwerp van toegangsregulering voor AMM-partijen en de ACM zal bij toepassing van dit artikel gebruik kunnen maken van de ervaring die is opgedaan bij de toepassing van hoofdstuk 6a van de wet – overigens zonder dat de ACM gehouden is dit artikel overeenkomstig het AMM-regime toe te passen.

Waar in het geïmplementeerde onderdeel van de Telecomcode wordt gesproken over aanverwante diensten, wordt in de voorgestelde bepaling ter wille van de consistentie het begrip bijbehorende diensten gehanteerd. Dit begrip wordt elders in de Telecomcode gebruikt en komt overeen met de begripsbepalingen van de wet.

Derde en vierde lid

Met het oog op de leesbaarheid is de tweede alinea van artikel 61, derde lid, Telecomcode, geïmplementeerd in twee afzonderlijke bepalingen, het derde en vierde lid van artikel 6.3 Tw. Op grond van het derde lid kan de ACM bepaalde toegangsverplichtingen opleggen indien zij concludeert dat is voldaan aan de in het vierde lid bedoelde randvoorwaarden. Hiervoor is dus geen concreet verzoek vereist, anders dan bij regulering op grond van het eerste lid.

In het geval de ACM van oordeel is dat er redenen zijn om op grond van het derde lid toegangsverplichtingen op te leggen, zal zij een punt van samenkomst moeten kiezen dat enerzijds zo dicht mogelijk bij de eindgebruiker ligt maar waarop anderzijds voldoende eindgebruikers zijn aangesloten voor commercieel haalbare exploitatie door efficiënte toegangsverzoekers. Hierbij moet de ACM op grond van artikel 1.3 van de Tw rekening houden met de door Berec beschreven criteria. Die criteria moeten op grond van de vierde alinea van artikel 61, derde lid, van de Telecomcode, mede betrekking hebben op "het punt voorbij het eerste punt van samenkomst of distributie dat in staat is een voldoende aantal eindgebruikersverbindingen te bereiken zodat een efficiënte onderneming de aanzienlijke obstakels voor replicerbaarheid kan overwinnen". Het ligt in de rede dat hierbij ook een nadere uitleg wordt gegeven aan het criterium van haalbaarheid.

Voor het opleggen van de bedoelde verplichtingen is naar verwachting onder meer relevant welk type aansluiting het betreft – voor sommige aansluitingen 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. Waar in de betreffende bepaling van de Telecomcode wordt gesproken over 'commercieel haalbaar' wordt in de voorgestelde bepaling gesproken over economisch haalbaar. Daarmee wordt gedaan op de mogelijkheid voor een onderneming, meer concreet een (efficiënt opererende) aanbieder van elektronische communicatiediensten, om met gebruikmaking van (toegang tot) een bestaand netwerk zijn diensten op economisch sluitende wijze te verlenen aan eindgebruikers.

Ingevolge het vierde lid moet de ACM bij de toepassing van het derde lid rekening houden met verplichtingen die zijn opgelegd op grond van hoofdstuk 6a van de wet. In de betreffende bepaling van de Telecomcode wordt gesproken over 'de verplichtingen die voortvloeien uit een relevante marktanalyse'. Het betreft hier de marktanalyse die aanleiding kan geven tot oplegging van AMM-verplichtingen als bedoeld in hoofdstuk 6a van de wet. Het ligt in de rede dat de ACM zich rekenschap geeft van de algehele situatie, om te kunnen beoordelen of de oplegging van toegangsverplichtingen op grond van het voorgestelde artikel 6.3, derde lid, noodzakelijk en proportioneel is in het geval dat één of meer partijen AMM hebben. De oplegging van toegangsverplichtingen op grond van artikel 6.3 ligt bijvoorbeeld niet in de rede indien reeds opgelegde AMM-toegangsverplichtingen al toetreders soortgelijke toegang geven tot het betreffende netwerk.

De analyse die door de ACM bij toepassing van het derde en vierde lid van artikel 6.3 wordt verricht, is wezenlijk anders dan de analyse die noodzakelijk is bij de toepassing van hoofdstuk 6a van de wet. Voor verplichtingen uit hoofdstuk 6a staat het aantonen van AMM centraal, terwijl in het voorgestelde artikel 6.3, derde lid, de replicerbaarheid van een netwerkelement de focus van de analyse is. Beide regimes zijn in die zin dan ook complementair aan elkaar.

Ingevolge onderdeel a van het vierde lid moet worden getoetst of sprake is van hoge en niet-tijdelijke economische of fysieke belemmeringen. Het criterium van hoge en niet-tijdelijke belemmeringen voor replicatie is een van de elementen waarop Berec op grond van de vierde alinea van artikel 61, derde lid, van de Telecomcode in zijn richtsnoeren in dient te gaan. Dat de ACM met deze richtsnoeren zoveel mogelijk rekening dient te houden, zoals bepaald in voornoemde bepaling van de Telecomcode, vloeit reeds voort uit het bepaalde in artikel 1.3 Tw. Wanneer de ACM beoordeelt of er sprake is van hoge en niet-tijdelijke belemmeringen is het naar verwachting de vraag of ze dermate hoog zijn dat ze apart of gecombineerd aan het aanleggen van netwerkelementen in de weg staan. De hier bedoelde belemmeringen lijken vooral aan de orde te kunnen zijn als een onderneming die ook hoger in het netwerk netwerkelementen apart moet

aanleggen om zijn diensten aan eindgebruikers aan te kunnen bieden, gegeven de kosten daarvan niet in staat is om effectief en duurzaam te concurreren met ondernemingen die al wél beschikken over de betreffende netwerkelementen. Alleen het feit dat meerdere netwerken reeds bestaan of dat er recent één is aangelegd, hoeft niet te betekenen dat netwerkelementen in voldoende mate repliceerbaar zijn. Bij de beoordeling of sprake is van niet-tijdelijke belemmeringen (of drempels, zoals vermeld in de Telecomcode) is naar verwachting relevant of de belemmeringen binnen de relevante tijdshorizon blijven bestaan of dat verwacht mag worden dat de belemmeringen in deze periode verdwijnen, bijvoorbeeld doordat tegenover de kosten toenemende baten staan als gevolg van een groeiend aantal afnemers.

Van een belemmering die een ongunstige marktsituatie met aanzienlijke gevolgen voor eindgebruikers heeft veroorzaakt of naar verwachting zal veroorzaken, is sprake als er, zonder toegangsverplichting ten behoeve van andere aanbieders, slechts een beperkt aantal ondernemingen overblijft die diensten aan eindgebruikers kunnen aanbieden. In een dergelijk geval bestaat er een reëel risico dat dit, zoals geformuleerd in de Telecomcode, de concurrentie-uitkomsten voor eindgebruikers in aanzienlijke mate beperkt. Het gaat dan vooral om een geringe keuze, hoge prijzen en gebrekkige dienstverlening. Deze elementen, ook genoemd in artikel 1.3 van de wet, zijn in verband hiermee in het criterium van onderdeel a opgenomen. Bij haar besluit om op grond van artikel 6.3, derde lid, van de wet toegangsverplichtingen aan een aanbieder op te leggen, dient de ACM in te gaan op het bestaan van een dergelijke marktsituatie of op de kans dat deze ontstaat.

Ingevolge onderdeel b van het vierde lid is een tweede criterium voor oplegging van toegangsverplichtingen op grond van het derde lid dat de replicatiebelemmeringen onvoldoende kunnen worden weggenomen met de oplegging van toegangsverplichtingen op grond van het eerste lid. Dit hangt samen met de notie dat het opleggen van toegangsverplichtingen noodzakelijk en proportioneel moeten zijn. Het zou niet proportioneel zijn om verplichtingen op te leggen voor het 'hogere' deel van een netwerk als kan worden volstaan met verplichtingen voor kabels en bijbehorende faciliteiten tot het eerste punt van samenkomst. Als dat het geval is, kunnen die beperkte verplichtingen ook daadwerkelijk worden opgelegd, mits daartoe overeenkomstig het eerste lid een (redelijk) verzoek is gedaan.

Vijfde lid

Blijkens de richtlijn kunnen bij replicatiebelemmeringen als bedoeld in het vierde lid dezelfde verplichtingen worden opgelegd als op grond van het eerste en tweede lid. Bijgevolg wordt in onderdeel a van het vijfde lid het tweede lid van overeenkomstige toepassing verklaard.

Onderdeel b strekt ter implementatie van de laatste volzin van de tweede alinea van artikel 61, derde lid, Telecomcode en betreft de oplegging van verplichtingen voor actieve en virtuele toegang. Bij een dergelijke toegang maakt de toegangsvrager niet alleen gebruik van de kabels van de netwerkaanbieder maar ook van diensten die geleverd worden met apparatuur die in het netwerk geïnstalleerd zijn. Bij virtuele toegang vindt de fysieke netwerkkoppeling op regionaal niveau plaats. De toegang verlenende partij moet er bij virtuele toegang voor zorgen dat de toegangsvrager zoveel mogelijk vrijheid wordt gelaten om zelf te bepalen hoe hij zijn diensten aan eindgebruikers kan leveren. Bij een verplichting tot het verlenen van actieve toegang kan onder omstandigheden de fysieke netwerkkoppeling met de toegangsverzoeker op nationaal niveau plaatsvinden. Bij een dergelijke toegang heeft de toegangsvrager minder vrijheid de eigen dienstverlening in te richten doordat hij deels afhankelijk zal zijn van de instellingen van de apparatuur in het netwerk, aangebracht door de toegang verlenende partij. Actieve toegang kan bijvoorbeeld wenselijk zijn indien naar de inherente kenmerken van het netwerk een vorm van fysieke toegang op een ander netwerkniveau niet door de netwerkaanbieder kan worden aangeboden. Op dit moment geldt dit bijvoorbeeld voor toegang tot COAX-netwerken. De randvoorwaarde dat de oplegging van deze verplichtingen technisch of economisch gerechtvaardigd moet zijn, houdt verband met het feit dat eerder, indien mogelijk, gekozen zou moeten worden voor een fysieke verplichting aangezien deze meer bijdraagt aan de uitrol van netwerken.

Zesde lid

Deze bepaling betreft een uitzondering voor toegangsregulering op grond van het derde en vijfde lid voor bepaalde wholesale aanbieders, aangeduid in onderdeel a. Als zodanig worden aangemerkt aanbieders die ten eerste uitsluitend in de groothandel actief zijn en ten tweede voldoen aan de vereisten in artikel 80, eerste lid, van de Telecomcode. Die bepaling voorziet in een lichte regime voor AMM-partijen die op een wholesale markt actief is en die tevens voldoen aan de bedoelde vereisten. Die vereisten betreffen de activiteiten van onderdelen van de onderneming en de binding met andere ondernemingen en zijn bedoeld om zeker te stellen dat de betreffende AMM-partij niet tevens, al dan niet indirect, op de retailmarkt actief is. De toepasselijkheid van de bedoelde vereisten in het kader van de voorgestelde uitzonderingsbepaling van artikel 6.3, zesde lid, van de wet, heeft louter betrekking op het karakter als wholesale onderneming. Voor deze uitzonderingsbepaling is dus niet relevant of de betreffende aanbieder een AMM-aanbieder is.

De uitzondering geldt ingevolge onderdeel b alleen indien het gaat om een netwerk met zeer hoge capaciteit en indien aan ondernemingen, dat wil zeggen dienstenaanbieders, toegang tot dat netwerk wordt aangeboden op een toereikende manier. Hiervoor is ten eerste vereist dat het aanbod onder billijke en non-discriminatoire voorwaarden wordt gedaan. Ten tweede moet de verleende toegang gelijkwaardig zijn aan de toegang die bij oplegging van de in het derde lid bedoelde toegangsverplichtingen zou worden verkregen. Dit betekent dat de toegangsverlening het de dienstenaanbieder mogelijk maakt zijn diensten op economisch haalbare wijze aan te bieden. Niet noodzakelijk is dat de toegangsverlening geheel overeenkomt met de toegangsverlening waartoe de ACM bij toepassing van het derde lid zou verplichten. Het gaat er om dat er ingevolge het aanbod voor toegangsverlening voor de relevante partijen duidelijkheid is dat zij onder een vergelijkbare alternatieve manier gebruik kunnen maken van het netwerk, en wel zodanig dat het voor hen een haalbare business case kan opleveren.

In de Telecomcode wordt de mogelijkheid geboden om deze uitzonderingsbepaling ook toe te passen op andere dan wholesale aanbieders van netwerken met zeer hoge capaciteit. Er is geen reden om deze ruimte wettelijk te verankeren, omdat de ACM al op basis van haar beoordelingsruimte een dergelijke keuze kan maken. Hierbij speelt mee dat de ACM ook bij toepassing van het derde en vierde lid zal toetsen op noodzaak en proportionaliteit. Indien een netwerkaanbieder toegang tot zijn netwerk aanbiedt onder zodanige voorwaarden dat dienstenaanbieders hiermee voldoende zekerheid hebben om met gebruikmaking van dat netwerk hun businesscase te kunnen realiseren, is er geen reden om toegangsverplichtingen op te leggen.

Zevende lid

Het zevende lid strekt ertoe om toegangsregulering op grond van het derde lid mogelijk te maken in gevallen waarin wordt voldaan aan de criteria, vermeld in het derde lid, en waarin de uitzondering betreffende wholesale aanbieders van het zesde lid van toepassing is maar waarbij het betreffende netwerk met openbare middelen is bekostigd. In deze gevallen heeft de overheid kennelijk de aanleg van een netwerk van zeer hoge snelheid in het algemeen belang geacht en dat is reden om een extra waarborg in te bouwen dat dienstenaanbieders tot zo'n netwerk toegang kunnen krijgen. Het is overigens niet waarschijnlijk dat de ACM voor met algemene middelen gefinancierde netwerken zal behoeven over te gaan tot het opleggen van verplichtingen aangezien in een dergelijk geval de aanbieder veelal reeds vanwege staatsteunregels verplicht is om toegang te verlenen.

Achtste lid

Op grond van het achtste lid worden evenmin toegangsverplichtingen op grond van het derde en vijfde lid opgelegd als daardoor de economische of financiële levensvatbaarheid van de aanleg van een nieuw netwerk in gevaar zou komen. Vooral bij kleinschalige, lokale aanleg van een nieuw netwerk kan dit aan de orde zijn. Bij de beoordeling of hiervan sprake is, dient de ACM rekening te houden met de richtsnoeren van Berec. Hierin zal Berec namelijk ingaan op de vraag wanneer sprake is van een klein project en wanneer uitgerolde netwerken als nieuw kunnen worden beschouwd. Een afzonderlijke bepaling dat de ACM zoveel mogelijk met deze richtsnoeren rekening houdt, is niet noodzakelijk nu dit reeds in algemene zin is bepaald in artikel 1.3 van de wet. Gelet op de tekst van de Telecomcode ligt het in de rede dat het bij een nieuw netwerk daadwerkelijk gaat om een nieuw aangelegd netwerk en dat het geen uitbreiding van een bestaand netwerk betreft maar een op zichzelf staand project. Het is dus de vraag of de lokale uitbreiding

van het netwerk van een nationale aanbieder kan worden aangemerkt als de aanleg van een nieuw netwerk. Bovendien is niet waarschijnlijk dat zo'n project voor die landelijke aanbieder significante economische of financiële risico's zal opleveren, wat betekent dat de economische of financiële levensvatbaarheid van de aanleg niet in gevaar komt.

Er zal overigens bij kleine lokale projecten ook minder snel behoefte zijn aan toegangsregulering aangezien kleine partijen in Nederland juist vaak kiezen om andere aanbieders vrijwillig toegang te verlenen.

Negende lid

Deze bepaling dient ter implementatie van de tweede volzin van het vijfde lid van artikel 61 van de Telecomcode. Binnen vijf jaar na oplegging van een verplichting op grond van artikel 6.3 moet de ACM beoordelen of er gelet op de resultaten daarvan reden is de opgelegde verplichting in stand te houden, in te trekken of te wijzigen. Dit impliceert niet dat een besluit tot oplegging van verplichtingen op grond van artikel 6.3 een geldigheidsduur heeft van slechts vijf jaar. Een dergelijk besluit wordt genomen voor onbeperkte duur – tenzij de ACM redenen heeft om verplichtingen juist wel voor een beperkte periode op te leggen. Dit is vergelijkbaar met het regime voor de herbeoordeling van verplichtingen die zijn opgelegd aan AMM-ondernemingen, vastgelegd in artikel 6a.4 van de wet.

Wijziging van artikel 6.4

Met deze wijziging wordt in lijn met het vijfde lid van artikel 61 Telecomcode bewerkstelligd dat het vereiste dat de ingevolge de artikelen 6.1 en 6.2 van de wet opgelegde voorschriften en verplichtingen steeds objectief, transparant, proportioneel en niet-discriminerend zijn, ook van toepassing wordt op de ingevolge artikel 6.3 op te leggen voorschriften en verplichtingen.

Wijziging van artikelen 6b.1, 6b.2 en 6b.3

Ingevolge het voorgestelde vijfde lid van artikel 61 Telecomcode gelden voor de toepassing van artikel 6.3 van de wet bepaalde procedurele vereisten. Door aanpassing van artikel 6b.1 van de wet (onderdeel D) wordt bewerkstelligd dat de vereisten die thans gelden voor toegangsregulering op grond van artikel 6.2 van de wet en op grond van hoofdstuk 6a van de wet, ook van toepassing worden voor besluiten van de ACM op grond van artikel 6.3 van de wet. Het betreft ten eerste toepassing van de uitgebreide voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht. Met de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure wordt geborgd dat hoor en wederhoor worden toegepast en dat marktpartijen de kans krijgen om hun zienswijze op het voornemen van de ACM te geven. Ingevolge artikel 6b.1, tweede lid, kan overigens de ACM besluiten deze procedure niet toe te passen indien het voorgenomen besluit geen aanzienlijke gevolgen heeft voor de desbetreffende markt. Ten tweede betreft het toepassing van de procedure voor notificatie overeenkomstig het bepaalde in artikel 6b.2 van de wet. Die procedure wordt toegepast op de in artikel 6b.1 bedoelde besluiten, dus volgens het voorstel ook op de op artikel 6.3 gebaseerde ontwerpbesluiten.

Voor besluiten op grond van artikel 6.3, derde of vijfde lid, geldt op grond van artikel 33 van de Telecomcode, het regime dat ook geldt voor de bepaling van een relevante markt en de aanwijzing van een onderneming met AMM in marktanalysebesluiten zoals vastgelegd in artikel 6b.2, vierde, vijfde en zesde lid. In verband hiermee worden in het wetsvoorstel het vierde, vijfde en zesde lid van artikel 6b.2 van overeenkomstige toepassing verklaard op besluiten op grond van artikel 6.3, derde of vijfde lid. Dit betekent dat in die gevallen waarin de Commissie van oordeel is dat de verplichtingen in het ontwerpbesluit een belemmering vormen voor de interne markt of op gespannen voet staan met het Unierecht, zij kan besluiten - indien haar oordeel wordt gedeeld door Berec - dat het ontwerpbesluit niet kan worden vastgesteld of alleen na bepaalde aanpassingen kan worden vastgesteld. Omdat in deze gevallen ingevolge de Telecomcode een wachtermijn van vier maanden van toepassing is, is in het negende lid van artikel 6b.2 vastgelegd dat deze termijn geldt in afwijking van de in het vierde lid bepaalde termijn.

Wijziging van artikel 15.4

Artikel 15.4 van de wet onderscheidt enkele boetecategorieën. Met de wijziging van artikel 15.4 wordt voorzien dat voor overtredingen betreffende besluiten ingevolge dit wetsvoorstel het boeteregime van toepassing wordt dat geldt voor overtreding van bij of krachtens hoofdstuk 6a

gestelde regels. De reden hiervoor is dat een overtreding van opgelegde verplichtingen ernstige gevolgen kan hebben voor de levensvatbaarheid van de bedrijfsvoering van een nieuwe toetreder. Bovendien zijn de verplichtingen die op grond van dit wetsvoorstel opgelegd kunnen worden, vergelijkbaar met aan AMM-ondernemingen opgelegde verplichtingen. Bijgevolg zal in het geval van overtreding van de op grond van artikel 6.3 opgelegde verplichtingen een bestuurlijke boete kunnen worden opgelegd van ten hoogste € 900.000 of, indien dat meer is, 10 % van de omzet van de onderneming.

III Transponeringstabel

| Bepaling van Richtlijn (EU) 2018/1972 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (de Telecomcode) | Bepaling in implementatieregeling of bestaande regeling Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte |
|---|---|-----------------------------------|---|
| Artikel 61, derde lid, eerste alinea | Artikelen 1.1, 6.3, eerste en tweede lid, van de wet | geen | |
| Idem, tweede alinea | Artikel 6.3, derde, vierde en vijfde lid, van de wet | geen | |
| Idem, derde alinea | Artikelen 6.3, zesde, zevende en achtste lid van de wet | Geen | |
| Idem, vierde alinea | Behoeft geen implementatie, alleen opdracht aan Berec om richtsnoeren op te stellen | geen | |
| Artikel 61, vijfde lid, voor zover dit het derde lid betreft | Artikelen 6.3, negende lid, 6.4, 6b.1, 6b.2 en 6b.3 van de wet | geen | |

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,