

Vergaderjaar 2011–2012

31 412

Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de Nota frequentiebeleid 2005

D

NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR ECONOMISCHE ZAKEN, LANDBOUW EN INNOVATIE¹

Vastgesteld 6 februari 2012

De memorie van antwoord heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen. De commissie verzoekt de regering de nadere memorie van antwoord uiterlijk 17 februari 2012 toe te zenden.

Inleiding

De leden van de **SP**-fractie danken de regering voor de memorie van antwoord naar aanleiding van het voorlopig verslag.² Graag stellen zij een aantal vervolgvragen.

1. Ontraden van het amendement Schaart/Verburg

De leden van de SP-fractie worden graag nader geïnformeerd over het al dan niet ontraden van het eindamendement Schaart/Verburg. In de Tweede Kamervergadering van 5 april 2011 ontraadt de minister van EL&I het amendement nr. 36 van de Tweede Kamerleden Schaart/Verburg,³ waarop het lid Schaart een nadere schriftelijke toelichting daarover vraagt, die de minister toezegt. Op 15 april 2011 wordt het amendement gewijzigd: stuk nr. 41. Op dit amendement reageert de minister in zijn brief van 18 april 2011 (stuk nr. 44). Die zelfde dag wordt het amendement opnieuw gewijzigd (stuk nr. 42), en dit is het amendement dat bij de stemming over het wetsvoorstel op 19 april 2011 unaniem wordt aangenomen. Voor zover de leden van de SP-fractie kunnen overzien, is het eindamendement (nr. 42) een terugwijziging naar de tekst van stuk nr. 36. Is dit ook de lezing van de regering? Graag vernemen de leden van de SP-fractie van de regering of de minister, expliciet dan wel impliciet, het uiteindelijke amendement heeft ontraden.

¹ Samenstelling:

Holdijk (SGP), Kneppers-Heynert (VVD) (voorzitter), Terpstra (CDA), Noten (PvdA) (vice-voorzitter), Sylvester (PvdA), Essers (CDA) Thissen (GL), Nagel (50PLUS), Elzinga (SP), Koffeman (PvdD), Reuten (SP), Schaap (VVD), Smaling (SP), Flierman (CDA), Hoekstra (CDA), Van Boxtel (D66), Backer (D66), Vos (GL), De Lange (OSF), Schrijver (PvdA), Postema (PvdA), Vlietstra (PvdA), Klever (PVV), Van Strien (PVV), Faber-van de Klashorst (PVV), Ester (CU), Van Rey (VVD), Bröcker (VVD), Beckers (VVD)

² Respectievelijk 31 412 C en 31 412 B.

³ De minister maakt gewag van stuk nr. 35; na afloop van de repliek van de minister corrigeert de voorzitter het nummer naar 36.

2. Systematiek van artikel 3.24 en van artikel 12.2

De leden van de SP-fractie geven onderstaand beknopt de systematiek van artikel 3.24 Telecommunicatiewet weer.

- Lid 1 stelt dat gebruikers van frequentieruimte dienen te voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik van antenne-opstelpunten.
- Lid 2 specificeert «redelijk verzoek».
- Lid 3 specificeert dat voor terbeschikkingstelling een «redelijke vergoeding» moet gelden.
- Lid 4 stelt dat aanbieders van antenne-opstelpunten voor etherdistributie eveneens dienen te voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik. Daarbij zijn lid 2 en lid 3 van overeenkomstige toepassing.

Tot zo ver is de systematiek van het wetsvoorstel eenvormig. Echter, bij amendement is aan lid 3, voor zover dit betrekking heeft op lid 4, een nadere invulling van «redelijke vergoeding» gegeven, waardoor de systematiek niet langer eenvormig is.¹ (Zie de punten onder kop 3 van dit nader voorlopig verslag over deze nadere invulling.) Deelt de regering de opvatting van de leden van de SP-fractie over de systematiek van artikel 3.24?

Een overeenkomstige opmerking geldt voor artikel 12.2. Lid 3 van dit artikel stelt, kort weergegeven, dat geschillen voortvloeiende uit artikel 3.24 gelijkelijk behandeld worden. Echter, het via amendement toegevoegde lid 4 stelt dat geschillen voortvloeiende uit artikel 3.24 lid 4, anders behandeld worden.² Ook hier ontwaren de leden van de SP-fractie een niet-eenvormige systematiek. Deelt de regering deze opvatting?

3. Invulling van «redelijke vergoeding»

¹ Amendementtekst: «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.»

² Amendementtekst: «4. 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.»

³ De leden van de SP-fractie stellen dit met enig voorbehoud. Zij laten zich graag door de regering corrigeren indien zij de OPTA-praktijk hier niet juist weergeven.

De leden van de SP-fractie leggen de regering het volgende voor. De in artikel 3.24 bij amendement (nr. 42) ingevoegde wetstekst specificeert een «redelijke vergoeding» als een vergoeding die «efficiënt, transparant en niet-discriminatoir is, en de kosten van de werkelijk afgenomen capaciteit weerspiegelt.» Kan de regering beknopt aangeven wat de mededingingsrechtelijke betekenis van de term «efficiënte prijs» c.q. «efficiënte vergoeding» is? Hoe wordt deze vastgesteld? Welke zijn de eventuele alternatieven bij deze vaststelling? Wordt deze betekenis, en de vaststelling ervan, eventueel gewijzigd door de betrekking met «werkelijk afgenomen capaciteit»? Komt deze betekenis, en de varianten, overeen met de gebruikelijke werkwijze van de OPTA?

Naar het oordeel van de leden van de SP-fractie is de amendementtekst en de toelichting erbij niet eenduidig (de onderstaande onderstrepingen zijn toegevoegd). Enerzijds stelt de toelichting:

«Om te voorkomen, dat afhankelijke gebruikers meer betalen voor de mastruimte dan in een normaal concurrerende omgeving ... 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.»

In een normaal concurrerende omgeving komen efficiënte prijzen doorgaans onder andere tot stand op basis van de vervangingswaarde van de productiemiddelen. Ziet de regering dit ook zo? Deze in de toelichting aangegeven eerste toetsing resulteert waarschijnlijk in hogere prijzen dan die bij de door OPTA gebruikelijke invulling van «redelijke vergoeding».³ Deze gebruikelijke invulling calculeert op basis van

aanschafwaarde en gerealiseerde afschrijvingen, en niet op basis van jaarlijkse afschrijvingen op de vervangingswaarde zoals in een «efficiënte concurrerende omgeving».

Anderzijds stelt de toelichting echter dat nadat er aan deze minimumvoorwaarde getoetst is, er specifieke voorwaarden moeten worden gesteld aan de aggregatie van kosten:

«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, bijvoorbeeld 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.»

Geheel duidelijk is deze extra conditie niet. De kosten moeten niet slechts «efficiënt» zijn (de basisconditie), doch bovendien het «concrete medegebruik» weerspiegelen (de eerste zin uit het bovenstaande citaat). De *aanwijzing* uit deze zin, wordt in de tweede zin gevolgd door een kennelijke *constatering*. Deze constatering lijkt echter niet juist omdat «in normale marktomstandigheden» een aanbieder doorgaans wél de kosten van productievestigingen voor een markt aggregeert en op basis daarvan een uniforme prijs vaststelt.¹ Hoe dan ook volgt er, betreffende deze extra conditie, de *aanwijzing*:

«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.»

Het is niet op voorhand duidelijk wat de strekking hiervan is. Tot nog toe lijkt de minister uit te gaan van één mogelijke interpretatie waarbij «niet gebruikte capaciteit» gelijk gesteld wordt aan «gebruikte capaciteit». Geïsoleerd beschouwd (dat wil zeggen zonder de eerder aangegeven minimumconditie voor efficiënte prijzen) zou dit deel van de toelichting bij het amendement er dan ertoe leiden dat de betreffende antenneopstelpunten voor etherdistributie niet «op economisch verantwoorde wijze te exploiteren» zijn. Het gevolg is dat de betreffende aanbieder of aanbieders «structureel verlies gaan leiden en uiteindelijk [de] bedrijfsactiviteiten moeten staken» (brief 18 april 2011).² Ook de *combinatie* van de minimumconditie en deze interpretatie van capaciteit zou ertoe kunnen leiden dat de betreffende aanbiederende bedrijven bij wet tot bedrijfsbeëindiging gedoemd worden.

¹ De volgende zin uit de toelichting lijkt een voortzetting van de constatering, nu uit het ongerijmde: «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.» Het eerste deel van de volgende zin is opnieuw een kennelijke constatering, het tweede zinsdeel is cryptisch: «Bovendien reduceert aggregatie van kosten de transparantie en maakt dat toetsing op efficiëntie complexer [kennelijke constatering], terwijl bevordering daarvan [waarvan?] in het belang is van de maatschappelijke doelen zoals hiervoor gesteld en ter bevordering van concurrentie in het algemeen.»

² 31 412, nr. 43, p. 2.

Maar, zo menen de leden van de SP-fractie, de term «werkelijk afgenomen capaciteit» uit de voorgestelde wettekst en de term «capaciteit» uit de laatst genoemde *aanwijzing* houdt niet noodzakelijk in dat «niet gebruikte capaciteit» zonder meer gelijk gesteld wordt aan «gebruikte capaciteit». Het zal, zo menen deze leden, redelijkerwijs toch tenminste moeten gaan om de *bruikbare* capaciteit en niet om de capaciteit die in een marktconomie bedrijfseconomisch niet «bruikbaar» is in die zin dat het product niet of gering verkoopbaar is. (Dit kan gelden voor de onder- en middenlengte van een antennemast, maar ook, bijvoorbeeld, voor een stadion in de nachturen. Bij geringe of niet-bruikbaarheid van een stadion in de nachturen is er redelijkerwijs geen of in ieder geval geen uniforme 24-uurs-capaciteit.) De bedoelde «afgenomen capaciteit» ziet dan op het betreffende deel van de bruikbare capaciteit. Ook dan moet deze extra

conditie bezien worden in aanvulling op de minimumconditie, zoals de toelichting stelt. Kan de regering instemmen met deze interpretatie?

4. Bewijslast

De tweede zin van de bij amendement in artikel 3.24, lid 4, ingevoegde tekst luidt: «Daarbij draagt de aanbieder die aan het verzoek tot medegebruik voldoet bij geschillen de bewijslast voor de redelijkheid van de vergoeding.» De leden van de SP-fractie vragen de regering in hoeverre zij dit vereiste al dan niet strijdig acht met het bestuursrecht.

5. Omzet

De leden van de SP-fractie vragen de regering wat ongeveer het beslag is van artikel 3.24 lid 4 (aanbieders van antenne-opstelpunten voor etherdistributie) in termen van de betreffende jaarlijkse omzet van de aanbieders.

6. Gelegenheidswetgeving

De leden van de SP-fractie zijn met gering genoegen ingegaan op de details van artikel 3.24 lid 4. Zij zijn van mening dat het samenstel van de artikelen 3.24 en 12.2 uit het wetsvoorstel zoals geamendeerd (nr. 42), de indruk kan wekken van gelegenheidswetgeving, c.q. wetgeving gericht op een specifieke casus.¹ Deze indruk kan gewekt worden enerzijds door de systematiek van de betreffende artikelen (zoals eerder aangegeven) en anderzijds door de toelichting bij het amendement, waar één specifieke aanbieder met naam wordt genoemd, alsmede, in reactie op dit amendement, de brief van de minister van 18 april 2011² en ook de memorie van antwoord, waar deze aanbieder en twee vragers met naam worden genoemd. Voorts stelt de memorie van antwoord dat het in het betreffende amendement om een belangentegenstelling tussen deze drie met naam genoemde bedrijven gaat.

Ziet de regering eveneens dat het voorstel de genoemde indruk kan wekken? Zo ja, wat is het oordeel van de regering daarover?

Juist zou lijken om de OPTA c.q. de rechter over een specifieke casus te laten beslissen. Ziet de regering dit ook zo?

7. Mogelijk verderstrekkende gevolgen

De leden van de SP-fractie hebben tot slot twee vragen over de mogelijk verderstrekkende gevolgen van het wetsvoorstel. Lid 4 van artikel 3.24 geeft een specifieke invulling van «redelijke vergoeding». Lid 3 laat in het midden wat «redelijke vergoeding» is. Acht de regering het redelijkerwijs uitgesloten dat de in het eerste lid bedoelde medegebruikers aanspraak gaan maken op de invulling van «redelijke vergoeding» uit lid 4 en dat de rechter dit eventueel zal toewijzen? Indien de regering dit niet uitgesloten acht, vermoedt de regering het dan uitgesloten dat dit overeenkomstige repercussies heeft voor andere terreinen uit de mededingingswetgeving (in brede zin) waar eveneens «redelijke vergoeding» in het geding is?

¹ De term gelegenheidswetgeving in de zin zoals omschreven door dr. Anna Jasiak (2008), *Gelegenheidswetgeving en beïnvloeding van rechterlijke procedures in het licht van het EVRM*, in Schooten, J. & Gestel, R. (eds), *Europa en de toekomst van de nationale wetgever*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, blz. 91 <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=93120>>.

² 31 412, nr. 43, p. 2.

De voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,
Kneppers-Heynert

De griffier van de vaste commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,
De Boer