

Telecommunicatie

I Besluiten EU

Ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk

Mr. G.P. van Duijvenvoorde

Alhoewel het iedere telecommunicatieonderneming sinds de liberalisering van de markt in 1998 vrijstaat om zelf infrastructuur aan te leggen, blijkt in de praktijk dat naast de voormalige monopolisten ('de PTT's') in de lidstaten, nog nauwelijks andere aanbieders in staat zijn om een alternatief netwerk aan te leggen dat geheel reikt tot aan de woningen van de abonnees. Dit betekent dat de monopoliepositie van deze ex-monopolisten voor wat betreft het lokale toegangsnetwerk ofwel de 'local loop' feitelijk nog steeds voortduurt, waardoor de mogelijkheden voor abonnees om telecommunicatiediensten van andere aanbieders af te nemen, zijn beperkt. Om hieraan op zeer korte termijn een einde te maken, is begin januari 2001 een verordening in werking getreden, op grond waarvan telecom-exploitanten met 'aanmerkelijke marktmacht' verplicht zijn tot het verlenen van ontbundelde toegang tot hun vaste ('meta-len') aansluitnetwerk. Het versneld openstellen van het aansluitnetwerk is vooral van belang voor aanbieders van snelle internettoegang en breedbandtoepassingen, via zoge-

naamde DSL-technieken, en bevordert daarmee de verdere ontwikkelingen van elektronische communicatie en *e-business*.

Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, Pb. EG 2000, L 336/4 van 30 december 2000 (in werking getreden op 2 januari 2001).

Inleiding

In een zeer kort tijdsbestek is een verordening tot ontbundeling van het aansluitnetwerk uitgevaardigd. Voordat de inhoud van de verordening wordt besproken, zal voor een beter begrip daarvan eerst worden ingegaan op enkele relevante technische termen. Regulering via een verordening is uniek in het Europese telecommunicatierecht, zodat, vervolgens, kort bij dit instrument wordt stilgestaan. Daarna komt de inhoud van de verordening aan de orde en wordt het belang voor de Nederlandse praktijk besproken.

Het aansluitnetwerk

Een abonnee die een telefoonaansluiting heeft, wordt via het aansluitpunt ('het aansluitdoosje') verbonden met een dichtbij gelegen lokale schakelcentrale, een zogenaamde nummercentrale.¹ De abonnee is de enige die gebruikmaakt van deze kabel die kan bestaan uit geleidend metaal, zoals koper of coax, of bijvoorbeeld uit glasvezels. Voor het lokale

¹ Er zijn bijvoorbeeld in Nederland ruim 1300 lokale nummercentrales.

2 Het tweede aderpaar kan worden gebruikt voor bijvoorbeeld een tweede telefoonaansluiting of kerk-telefoon.

3 Zie voor een technische beschrijving van de aansluitlijn, T. Clarkson en J. Smits, Technologie, partijen en hun relaties, in: Handboek Recht en Informatietechnologie, hoofdstuk 1B, p. 12-16 en E.J. Dommering, Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie, p. 93-98.

4 Zie artikel 2 sub c verordening.

5 Zie artikel 2 sub d verordening.

6 Zie de Aanbeveling 2000/417/EG van 25 mei 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, Pb. EG 2000 L 156/44, de Mededeling van 26 april 2000, Pb. EG 2000 C 272/55 alsmede het voorbereidend werkdocument Unbundled access to the local loop van 9 februari 2000.

7 Zie voor een beschrijving van de eerste voorstellen die in het kader van de Review zijn gedaan, NTER 2000, p. 157-161; de conceptrichtlijnen zijn op 12 juli 2000 door de Commissie gepubliceerd.

8 Dit is een van de doelstellingen van het e-Europe programma, zoals aangenomen op 23 en 24 maart 2000 (te vinden op de internetlocatie http://europa.eu.int/ISPO/policy/i_europe.html).

9 Zie r.o. 14 verordening.

10 Zie artikel 1 lid 2 jo. artikel 2 sub a verordening. Aanmelding van deze aanbieders heeft plaatsgevonden op grond van bijlage I, deel 1 van Richtlijn 97/33/EG (de Interconnectierichtlijn) of Richtlijn 98/10/EG (de ONP spraaktelefonierichtlijn). Thans gaat het om aanbieders met een marktaandeel van meer dan 25 procent, maar op basis van de Review zullen nieuwe marktaandelen gaan gelden.

11 Zie hiertoe naast artikel 1 lid 3 ook de uitwerking voor faciliteiten in artikel 3 lid 2 verordening.

12 Zie artikel 1 lid 4 en r.o. 5 verordening.

telefoonnet wordt evenwel meestal gebruikgemaakt van koperkabels. Een koperkabel bestaat uit een of meer aderpennen. Een aderpaar ('twisted pair') is opgebouwd uit twee geïsoleerde koperaders die om elkaar gedraaid zijn. Meestal is één aderpaar bij de abonnee verbonden met een nummercentrale.² In de centrale bevindt zich een hoofdverdeler ('Main Distribution Frame' of 'MDF') van waaruit dikke kabels met enkele honderden aderpennen in de richting van de abonnees lopen die voordat ze de abonnee daadwerkelijk bereiken worden uitgesplitst in dunnere kabels via kabeldistributiekasten en kabelverdeekasten.³ In de hierna te bespreken verordening wordt het aansluitnet gedefinieerd als de metalen aderpennen die het netwerkaansluitpunt in de ruimte van de klant verbinden met de hoofdverdeler of gelijkwaardige voorziening in het vaste openbare telefoonnetwerk.⁴ Een 'subnetwerk' is een gedeeltelijk aansluitnetwerk dat het netwerkaansluitpunt in de ruimte van de klant verbindt met een concentratiepunt of nader aangeduid tussenliggend aansluitpunt in het vaste openbare telefoonnetwerk.⁵ Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de verbindingen met de hierboven beschreven kabeldistributiekasten of kabelverdeekasten.

Het Europese kader

Het plotseling uitvaardigen van een verordening ten behoeve van de ontbundeling van het aansluitnetwerk, is op het eerste gezicht opmerkelijk. De Commissie heeft namelijk in het voorjaar van 2000 al een niet-bindende aanbeveling aangenomen over de ontbundeling van de aansluitlijn.⁶ Tevens is het in het kader van de grootschalige evaluatie van het Europees telecommunicatierecht ('de Review') de bedoeling om een richtlijn uit te vaardigen op het terrein van toegang en interconnectie.⁷ Deze richtlijn zal een juridische basis bieden voor de ontbundeling van het aansluitnetwerk. Het is de verwachting dat deze richtlijn in de loop van 2001 zal worden aangenomen en, waarschijnlijk, pas in 2002 van kracht zal worden. Tijdens de Review werd evenwel duidelijk dat ontbundeling van het aansluitnetwerk van zeer groot belang is voor de introductie van concurrentie op deze markt en het garanderen van internettoegang met hoge snelheden.⁸ Een versnelde ontbundeling van het aansluitnetwerk zou alleen kunnen worden bereikt door krachtig optreden in de vorm van het opleggen van verplichtingen aan (bepaalde) telecommunicatiebedrijven. Hiertoe is het neerleggen van beginselen in aanbevelingen niet toereikend maar is een formele juridische basis vereist.

De Commissie heeft in het verleden veel gebruikgemaakt van een in de praktijk zeer efficiënt gebleken instrument, namelijk het uitvaardigen van een richtlijn gericht tot lidstaten op basis van artikel 86 lid 3 (ex artikel 90 lid 3) EG-Verdrag. Dit instrument kan evenwel niet langer worden gehanteerd omdat een dergelijke richtlijn tot doel heeft, onder

andere, exclusieve rechten af te schaffen terwijl op de geliberaliseerde telecommunicatiemarkt deze rechten inmiddels allemaal zijn opgeheven. Omdat er evenwel weinig vertrouwen was dat lidstaten zelf in staat zouden zijn om op korte termijn een degelijk en geharmoniseerd kader voor ontbundelde toegang te realiseren, werd besloten dat deze doelstelling beter door de EU kon worden verwezenlijkt door op zeer korte termijn een algemeen verbindende verordening uit te vaardigen.⁹ Een eerste voorstel voor de verordening werd in juli 2000 gepubliceerd en de definitieve tekst werd op 18 december 2000 vastgesteld. De verordening is net niet op de streefdatum van 31 december 2000 in werking getreden maar een paar dagen daarna. Overigens zal, wanneer de in de Review aangekondigde richtlijnen in werking zijn getreden, de verordening worden vervangen. De verordening is dan ook een tussentijdse maatregel om de toegang tot de aansluitlijn op korte termijn te waarborgen.

Reikwijdte verordening

De verordening heeft als doel geharmoniseerde voorwaarden op te leggen voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk waardoor de concurrentie op de lokale toegangsmarkt wordt geïntensiveerd en wordt bevorderd dat in een concurrerend klimaat een breed scala van elektronische communicatiediensten wordt aangeboden. De verordening is van toepassing op zogenaamde 'aangemelde exploitanten'. Dit zijn aanbieders met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor levering van vaste openbare telefoonnetwerken die zijn aangemeld door de lidstaten.¹⁰ Door Nederland is vooralsnog alleen KPN aangemeld. Tevens benadrukt de verordening het non-discriminatiebeginsel: aangemelde exploitanten zijn verplicht om derden op dezelfde wijze te behandelen als dat zij hun verbonden ondernemingen behandelen. Dit betekent bijvoorbeeld dat een verbonden internetonderneming op dezelfde wijze toegang dient te krijgen tot de aansluitlijn als derden en dat indien bepaalde faciliteiten aan de verbonden onderneming worden verleend deze ook aan derden dienen te worden geleverd.¹¹ Voorts is van belang dat de verordening zich beperkt tot toegang tot metalen aansluitnetwerken. Wel staat het lidstaten vrij om bijvoorbeeld andere soorten van toegang tot lokale infrastructures onder de werking van de verordening te brengen. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan glasvezelaansluitingen met een hoge capaciteit.¹²

Ontbundelde toegang

Bij ontbundelde toegang vindt geen wijziging plaats in de eigendom van het aansluitnetwerk. Zo blijft in Nederland KPN (juridisch) eigenaar van de aansluitlijn maar worden derden, in de verordening aangeduid als 'ontvanger'¹³, toegelaten. Onder ont-

13 Zie artikel 1 sub b Verordening waarin wordt benadrukt dat de derde die om ontbundelde toegang verzoekt, dient te voldoen aan de vereisten die de nationale telecommunicatie wetgeving stelt. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan de verplichting tot registratie, zoals in de Nederlandse Telecommunicatiewet is opgenomen.

14 (A)DSL staat voor (asymmetric) digital subscriber line. Asymmetric houdt in dat de gegevens in een bepaalde richting (bijvoorbeeld van de centrale naar de pc) sneller kunnen worden verstuurd dan andersom. In Nederland biedt bijvoorbeeld KPN een op ADSL gebaseerde dienst aan onder de naam Mxstream.

15 Zie artikel 2, sub h verordening.

16 Zie r.o. 7 verordening.

17 Zie r.o. 11 verordening. Er dient dan ook met de mededingingsautoriteiten te worden afgestemd.

bundelde toegang tot het aansluitnetwerk wordt verstaan zowel volledige ontbundelde toegang als gedeelde toegang. Bij volledige ontbundelde toegang wordt het volledige frequentiespectrum van de metalen adersparen gebruikt. Dit betekent dat – in Nederland – KPN in een dergelijke situatie geen gebruik meer maakt van de adersparen en dat de abonnee zijn abonnement met KPN opzegt. De situatie is anders bij gedeelde toegang. In dat geval wordt alleen toegang verleend tot het gebruik van het frequentiespectrum dat buiten de spraakband ligt. In bovengenoemd voorbeeld betekent dit dat de abonnee het telefoonabonnement met KPN blijft behouden, maar dat hij voor bijvoorbeeld breedbanddiensten contracteert met een derde aanbieder die deze diensten door middel van de toepassing van (A)DSL-technologie¹⁴ aanbiedt via de koperdraden. Het telefoonverkeer wordt dan van het dataverkeer gesplitst door middel van een zogenaamde ‘splitter’.

Collocatie en andere bijbehorende faciliteiten

Voor het verkrijgen van ontbundelde toegang is vereist dat ook bepaalde faciliteiten worden aangeboden. Belangrijk is bijvoorbeeld de collocatie. Hieronder wordt verstaan het tegen redelijke voorwaarden leveren van fysieke ruimte en technische faciliteiten aan degene die om ontbundelde toegang verzoekt zodat hij zijn apparatuur kan installeren en aansluiten. Aanbieders van bijvoorbeeld DSL-diensten zullen hun apparatuur moeten kunnen plaatsen in de nummercentrales om hun abonnees te kunnen aansluiten. Gezien de schaarse beschikbare ruimte dienen regels voor de toewijzing te worden geformuleerd en eveneens toezicht te worden uitgeoefend over de toewijzing van fysieke collocatie. Ook dient door de aangemelde exploitanten informatie te worden verschaft over de nummercentrales en de wijze van collocatie. Zo vindt collocatie fysiek in de nummercentrale plaats (‘fysical collocation’) maar kan – bijvoorbeeld bij ruimtegebrek – als tijdelijke oplossing worden gekozen voor zogenaamde aanpalende collocatie (‘adjacent collocation’). Onder bijbehorende faciliteiten vallen bijvoorbeeld ook de aansluitkabels en relevante informatietechnologiesystemen waartoe een ontvanger toegang moet hebben om onder billijke concurrentievoorwaarden zijn diensten te kunnen verlenen.¹⁵

Een passend referentieaanbod

De systematiek van de verordening is dat aangemelde exploitanten uiterlijk per 31 december 2000 een passend referentieaanbod voor ontbundelde toegang alsmede voor bijbehorende faciliteiten dienen te publiceren, waarin de in de bijlage opgenomen minimumlijst van punten is opgenomen. Uitgangspunt daarbij is dat er een voldoende mate van ont-

bundeling is zodat de ontvanger niet hoeft te betalen voor onderdelen of faciliteiten van een netwerk die niet nodig zijn om zijn diensten te verlenen. De verschillende onderdelen dienen dan ook te worden uitgesplitst en de respectieve voorwaarden en tarieven te bevatten. De nationale regelgevende instantie (NRA), zoals OPTA in Nederland, kan in gerechtvaardigde gevallen wijzigingen aanbrengen in het referentieaanbod en/of de daarin opgenomen tarieven alsmede de aangemelde exploitanten om bepaalde informatie verzoeken.

Een redelijk verzoek

Eveneens uiterlijk per 31 december 2000 dienen de exploitanten elk redelijk verzoek om ontbundelde toegang onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden in te willigen. Een redelijk verzoek impliceert dat de toegang noodzakelijk is voor het verlenen van de diensten van de ontvanger en dat een afwijzing van het verzoek de concurrentie in deze sector verhindert, beperkt of verstoort.¹⁶ Een begrenzing van het verzoek vindt voorts plaats in de zin dat de verplichting tot het verlenen van toegang niet impliceert dat de aangemelde exploitant een volledig nieuwe lokale netwerkinfrastructuur moet opzetten om specifiek aan de wensen van de verzoeker te voldoen. Een verzoek kan alleen worden afgewezen op grond van objectieve criteria die betrekking hebben op de technische haalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven. Eventuele geschillen kunnen worden beslecht volgens de in de Interconnectierichtlijn opgenomen procedures. Geschillen dienen met spoed en op snelle, billijke en transparante wijze te worden afgedaan. Ook kan de NRA zelfstandig optreden indien dit noodzakelijk is om non-discriminatie, eerlijke concurrentie en maximaal nut voor de gebruikers te waarborgen.

Tarieven

Een belangrijk onderdeel vormen de tarieven. Uitgangspunt is dat de tarieven voor toegang op kosten zijn gebaseerd. Dit betekent dat de exploitant de kosten moet kunnen dekken en eveneens een redelijk rendement heeft, zodat hij voor lange termijnontwikkeling en modernisering van de infrastructuur kan zorgen. Concurrentievervalsing dient hierbij te worden voorkomen.¹⁷ Overigens geldt het beginsel van kostenoriëntatie niet meer indien er voldoende concurrentie is op een bepaalde lokale toegangsmarkt. In een dergelijk geval kan NRA de aangemelde exploitant ontslaan van het kostenoriëntatiebeginsel. De NRA dient er evenwel onverkort voor te zorgen dat de tarieven voor ontbundelde toegang tot het aansluitnet bevorderlijk zijn voor eerlijke en duurzame concurrentie.

Gevolgen voor de Nederlandse praktijk

De verordening schept een rechtsbasis voor het opleggen van verplichtingen inzake de ontbundelde toegang. Men zou immers kunnen stellen dat een verzoek tot volledige toegang – anders bij gedeelde toegang waar kan worden teruggevallen op de ONP-regelgeving – niet als een verzoek tot ‘bijzondere toegang’ kan worden beschouwd omdat bij volledige ontbundeling geen toegang wordt gevraagd tot een netwerk maar in feite de gehele exploitatie van (en controle over) een lijn wordt overgenomen. Dit zou betekenen dat een weigering tot het verlenen van dergelijke toegang en van bijbehorende collocatiefaciliteiten uitsluitend aan het mededingingsrecht kan worden getoetst en alleen tot een ingrijpen van de NMa zou kunnen leiden indien er sprake is van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 24 Mw. Bovenvermelde benadering is evenwel niet door OPTA gevolgd: OPTA heeft de ontbundelde toegang tot de aansluitlijn steeds als vorm van bijzondere toegang beschouwd. Dit werd reeds in 1997 in haar oordeel inzake het geschil tussen Enertel en KPN¹⁸ uitgesproken en vastgelegd in de in 1999 verschenen richtsnoeren over MDF-access waarin OPTA expliciet bepaalde dat het hier ging om een vorm van bijzondere toegang in de zin van artikel 6.9 Tw.¹⁹ Ook in 2000 is op basis van dit artikel een aantal besluiten door OPTA genomen over de ontbundelde toegang, zoals het Cistron (I)²⁰ besluit en de meer recente besluiten inzake Cistron (II) en Eager Telecom. Ondanks het feit dat OPTA zich bevoegd achtte om richtsnoeren uit te vaardigen en geschillen inzake de ontbundelde toegang te behandelen, is de door de verordening verleende rechtsbasis ook door OPTA verwelkomd. Een dergelijke duidelijke rechtsbasis voorkomt namelijk eventuele toekomstige geschillen over haar bevoegdheden.²¹

Door bovengenoemde richtsnoeren en besluiten is in Nederland inmiddels voor een belangrijk deel al invulling gegeven aan de in de verordening neergelegde beginselen. Dit geldt bijvoorbeeld voor het beginsel dat een verzoek redelijk dient te zijn en het beginsel van kostenoriëntatie. Tevens is met de recente publicatie van de richtsnoeren voor collocatie²² invulling gegeven aan de leemte die er op dit punt bestond ten aanzien van bijvoorbeeld de toedeling van schaarse collocatieruimte en de leveringstermijnen die door KPN in acht dienen te worden genomen. Aan de publicatie van deze richtsnoeren is evenwel een zeer tumultueuze periode voorafgegaan waarin de collocatieproblematiek voor veel beroering zorgde. Begin 2000 hadden veel (nieuwe) marktpartijen namelijk een verzoek tot collocatie in de nummercentrales van KPN ingediend maar KPN bleek niet in staat te zijn om collocatiefaciliteiten tijdig en in ieder gewenste nummercentrale te leveren terwijl er voorts veel onduidelijkheid was over de todelingscriteria.²³ Ten gevolg hiervan is OPTA in de afgelopen maanden diverse malen verzocht op te treden bij geschillen over, onder andere, redelijk-

heid van het verzoek tot toegang tot nummercentrales en de door KPN te hanteren opleveringstermijnen (waaraan de ‘roll-out’ van de dienstverleners was gekoppeld).

Alhoewel de rechtspraktijk in Nederland al voor een deel vooruitliep op de verordening, betekent het aannemen van de verordening een belangrijke aanscherping van de verplichtingen van KPN en een verduidelijking van, bijvoorbeeld, de gehanteerde terminologie. Zo is in de verordening expliciet bepaald dat ook een redelijk verzoek tot gedeeltelijke toegang in behandeling moet worden genomen. Tevens is KPN verplicht een referentieaanbod op te stellen dat op korte termijn door OPTA dient te worden goedgekeurd. De thans door KPN gehanteerde modelovereenkomsten voor collocatie en MDF-access dienen in overeenstemming te worden gebracht met de verordening zodat zij in ieder geval de in de bijlage opgenomen minimumlijst van punten bevatten. Er dient bijvoorbeeld een regeling te worden opgenomen inzake een compensatie voor het niet-tijdig nakomen van de verplichtingen onder het contract. Een dergelijke regeling is, gezien de in 2000 gerezen problemen met de oplevering van collocatiefaciliteiten, van groot belang.

Samenvattend kan worden gesteld dat ook nu in Nederland door middel van bijvoorbeeld richtsnoeren reeds voor een aanzienlijk deel invulling is gegeven aan de wijze waarop ontbundelde toegang dient te worden verleend, de verordening voor (nieuwe) marktpartijen van groot belang is omdat zij dwingt de van toepassing zijnde toegangsregels zo helder en concreet mogelijk vooraf uit te werken, bijvoorbeeld in een door OPTA goedgekeurd referentieaanbod. Zo zijn nadere uitwerkingen noodzakelijk, bijvoorbeeld op het terrein van technische voorschriften (zoals spectraalmanagement). Een actie van de Nederlandse wetgever is – nu het om een verordening gaat – vooralsnog niet vereist. Nadere wetgeving op dit terrein zal vermoedelijk pas dienen te worden opgesteld indien de verordening zal worden vervangen door een richtlijn.

18 Zie oordeel Enertel N.V. en KPN N.V./PTT Telecom B.V. van 17 december 1997 en beslissing op bezwaar van 15 juli 1998 waarbij werd verzocht tot toegang tot onderdelen van het aansluitnet.

19 Zie Richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn (MDF-access) van 16 maart 1999, Stcrt. van 18 maart 1999, zoals aangepast in november 1999 (Stcrt. van 8 november 1999, p. 10) en de beoordeling van het gehanteerde voorlopige tarief op 25 mei 2000.

20 Zie voorlopig besluit van OPTA inzake geschil Cistron-KPN (Cistron I), 8 maart 2000.

21 Zie de reactie van OPTA op het werkdocument van de Commissie (te vinden op internetlocatie www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/unbundall/OPTA.htm). De bevoegdheid van OPTA om op basis van de bijzondere toegangsregels op te treden werd bijvoorbeeld door KPN betwist.

22 Richtsnoeren over collocatie en eenmalige kosten met betrekking tot de toegang tot de aansluitlijn, 20 december 2000.

23 Zo had KPN aanvankelijk het plan om bij de nummercentrales waar sprake was van te veel gegadigden de beschikbare ruimte te alloceren via een loting. Onder druk van marktpartijen en de kritische kanttekeningen van OPTA daarbij, heeft KPN uiteindelijk afgezien van de loting en besloten tot toewijzing van een geringe omvang van collocatieruimte waardoor aan meer marktpartijen collocatieruimte kon worden verleend.