

Vergaderjaar 2005–2006

**29 834**

## **Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met een herziening van het nationale beleid ten aanzien van de aanleg van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken**

**Nr. 29**

### **VIERDE NOTA VAN WIJZIGING**

Ontvangen 23 mei 2006

Het voorstel van wet wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel I, onderdeel B, wordt als volgt gewijzigd:

Artikel 5.15 komt te luiden:

#### **Artikel 5.15**

1. Economische activiteiten van gemeenten met betrekking tot het aanbieden van openbare elektronische communicatienetwerken, worden ondergebracht in een van de gemeente afzonderlijke rechtspersoon.
2. Personen die besluiten voorbereiden als bedoeld in artikel 5.4, eerste lid, onder b, zijn niet betrokken bij de voorbereiding van de uitoefening dan wel de verkrijging van rechten die verband houden met belangen van gemeenten in ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken aanbieden.
3. Burgemeester en wethouders maken een voornemen van de gemeente om een belang te nemen in een onderneming die een openbaar elektronisch communicatienetwerk aanbiedt of om economische activiteiten te verrichten in de zin van het eerste lid, bekend. Artikel 3:42 van de Algemene wet bestuursrecht is van toepassing.
4. Bij de bekendmaking van het voornemen wordt de aard en wijze van uitvoering van de economische activiteit dan wel de aard en omvang van het door gemeente te nemen belang en de redengeving ervan vermeld. Tevens wordt bekendgemaakt waar en wanneer nadere informatie over het voornemen van de te nemen beslissing kan worden verkregen.
5. Burgemeester en wethouders dragen ervoor zorg dat indien een onderneming, waarin de gemeente in staat is het beleid te bepalen, een openbaar elektronisch communicatienetwerk aanbiedt, deze onderneming zijn afnemers ten minste de integrale kosten in rekening brengt.
6. Het toekennen van voordelen, waaronder het verschaffen van financiële middelen en het borg staan ten behoeve van de verkrijging van dergelijke middelen, door burgemeester en wethouders aan ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken aanbieden

waarin de gemeente een belang heeft, geschiedt op een wijze die niet verder gaat dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is.

7. Het zesde lid is niet van toepassing voor zover de toegekende voordelen naar het oordeel van burgemeester en wethouders respectievelijk de gemeenteraad noodzakelijk zijn voor de vervulling van het beheer van een dienst van algemeen economisch belang waarmee de onderneming belast is.

8. Indien een gemeente een belang heeft in een onderneming die een openbaar elektronisch communicatienetwerk aanbiedt, bevorderen burgemeester en wethouders de toegang tot dat netwerk voor aanbieders van elektronische communicatiediensten.

9. Bij de toepassing van artikel 5.4, tweede lid, bevoordelen burgemeester en wethouders geen ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken aanbieden waarin de gemeente een belang heeft, boven concurrerende ondernemingen.

B

In Artikel I, onderdeel D, wordt «5.12 en 5.14 van deze wet» vervangen door: 5.14 en 5.15 van deze wet.

C

Na onderdeel G wordt een onderdeel ingevoegd, luidende:

H

Na artikel 20.11 wordt een artikel ingevoegd, luidende:

### **Artikel 20.12**

Gedurende één jaar na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet, houdende wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met een herziening van het nationale beleid ten aanzien van de aanleg van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken (Stb. ...), is artikel 5.15, eerste lid, niet van toepassing op de economische activiteiten van gemeenten die ook voor dat tijdstip werden verricht.

## **TOELICHTING**

### **I. Algemeen**

Deze nota van wijziging heeft betrekking op het expliciet neerleggen van waarborgen die erop zien dat gemeenten transparant en niet concurrentieverstorend handelen als zij economische activiteiten ontplooiën met betrekking tot de aanleg van openbare elektronische communicatienetwerken of een belang hebben in ondernemingen die deze netwerken aanbieden. Voorts wordt het gemeenten verboden bij de uitoefening van hun publieke taak de netwerken waarin zij belangen hebben te bevoordelen boven concurrerende netwerken.

Bij de aanleg van openbare elektronische communicatienetwerken heeft de gemeente een coördinerende taak. Tot die coördinerende taak behoort het opstellen van een verordening die betrekking heeft op werkzaamheden in verband met de aanleg van deze netwerken in openbare grond. Ook moeten burgemeester en wethouders instemmen met werkzaamheden die verband houden met de aanleg, instandhouding en opruiming van de netwerken. In een instemmingsbesluit kunnen voorschriften worden opgenomen met betrekking tot de plaats, het tijdstip en wijze van uitvoering van de werkzaamheden alsmede met betrekking tot het

bevorderen van medegebruik en het afstemmen van de werkzaamheden met overige infrastructuurbeheerders. Dit is geregeld in artikel 5.4 van het wetsvoorstel.

Daarnaast komt het voor dat gemeenten zelf actief zijn op de markt van het aanbieden van openbare elektronische communicatienetwerken, al dan niet door middel van het nemen van een belang in ondernemingen die zich hiermee bezig houden. Om belangenverstremgeling van gemeenten tegen te gaan bij de uitoefening van hun publiekrechtelijke taak, wordt een nieuw artikel 5.15 voorgesteld. Naast de bepalingen van het voorgestelde artikel 5.15, biedt ook de ministeriële regeling op grond van artikel 5.4, zesde lid, de mogelijkheid nadere regels te stellen die belangenverstremgeling moeten tegengaan. Deze ministeriële regeling heeft betrekking op de eerder genoemde verordening. Mijn voornemen is om nadere eisen te stellen aan gemeentelijke verordeningen om de transparantie van de gemeentelijke invulling van de coördinatietask te vergroten. Hierbij kan gedacht worden aan de plicht om vooraf schriftelijk beleid vast te leggen, indien burgemeester en wethouders in het instemmingsbesluit bijvoorbeeld diepteprofielen voorschrijven. Indien deze voorschriften ontleend zijn aan door de gemeente vooraf kenbaar gemaakt beleid, bevordert dit de transparantie van de besluitvorming. Daarbij spreekt het voor zich dat zulke beleidsregels non-discriminatoire moeten zijn. Kenbaarheid en toetsbaarheid zijn hier de sleutelbegrippen die (de schijn van) bevoordeling van bepaalde bedrijven door een gemeente moeten voorkomen. Een voorbeeld van kenbaar en toetsbaar beleid is het handboek Leidingen van de gemeente Rotterdam. Ook een aantal andere gemeenten hebben vergelijkbare (beleids)regels. Ik zal in overleg treden met de aanbieders en gemeenten om invulling te geven aan een ministeriële regeling zoals hier beschreven.

## II. Artikelen

### *Onderdeel A*

Het eerste lid van artikel 5.15 regelt dat indien gemeenten zelf openbare elektronische communicatienetwerken willen aanleggen deze activiteiten moeten worden verricht door een afzonderlijke rechtspersoon. Dit zorgt voor een juridische scheiding, waardoor geldstromen en andere handelingen van de gemeente ten aanzien van deze rechtspersoon inzichtelijker worden. De afzonderlijke rechtspersonen kunnen ondernemingen zijn, waarin de gemeente in staat is het beleid te bepalen zoals in het vijfde lid is aangegeven.

Het tweede lid zorgt ervoor dat binnen een gemeente niet dezelfde ambtenaren zowel betrokken zijn bij de voorbereiding van instemmingsbesluiten als bij de voorbereiding van besluiten die zien op bijvoorbeeld deelname in rechtspersonen of vennootschappen die openbare elektronische communicatienetwerken aanleggen. Het begrip belang in een onderneming moet hier ruim worden opgevat. Wel moeten uit een belang *rechten* voortvloeien. Een voorbeeld hiervan is het in de statuten van een stichting vastgelegde recht van een gemeente om een of meer bestuurders te benoemen.

Ter bevordering van de transparantie wordt in het derde lid geregeld dat indien er een voornemen bestaat om netwerken te gaan aanbieden of een belang te nemen in een onderneming die deze netwerken aanbiedt dit vooraf bekend moet worden gemaakt.

Overeenkomstig het vierde lid dienen bij deze bekendmaking de activiteiten te worden geëxpliciteerd. Als sprake is van bijvoorbeeld het verstrekken van financiële middelen zal de omvang hiervan en de voorwaarden waaronder dit gebeurt moeten worden toegelicht.

Het vijfde lid ziet erop dat gemeenten door middel van hun beleidsbepalende invloed ervoor dienen te zorgen dat ondernemingen waarin zij

een dergelijke invloed hebben (denk aan de op grond van het eerste lid opgerichte rechtspersoon) geen netwerken aanbieden onder de integrale kostprijs. Dat betekent dat alle kosten, zowel de directe kosten als de indirecte kosten, worden doorberekend in de prijs. Voorbeelden van beleidsbepalende invloed zijn dat de gemeente beschikt over een meerderheid van de stemrechten of meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan kan benoemen.

De bekostiging van economische activiteiten uit de algemene middelen kan onder omstandigheden worden aangemerkt als een steunmaatregel. In beginsel is een steunmaatregel op grond van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag, niet toegestaan. Als steunmaatregel in de zin van genoemd artikel wordt gekwalificeerd een maatregel die voldoet aan de volgende criteria: met staatsmiddelen bekostigd, begunstiging van ondernemingen of bepaalde producties, (dreigende) vervalsing van de mededinging, ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten. Van belang voor de beoordeling of aan een onderneming door de overheid steun wordt verleend is het «market investor principle». Dat houdt in dat om te bepalen of er al dan niet sprake is van een steunmaatregel onder andere bezien moet worden of de overheid handelt zoals een particuliere investeerder onder normale marktomstandigheden zou handelen. In lijn met dit principe worden in het zesde lid regels gesteld inzake marktconformiteit. In het zesde lid is opgenomen dat een gemeente marktconform dient te handelen ten aanzien van ondernemingen waarin zij een belang heeft. Dit wordt tot uitdrukking gebracht door aan te geven dat de handelingen die een gemeente verricht ten aanzien van ondernemingen waarin de gemeente een belang heeft niet verder mogen gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. Dit geldt ook ten opzichte van de rechtspersoon (onderneming) die de gemeente zelf opricht voor de aanleg van netwerken. Te denken valt aan leningen, borgstellingen, het rendement op kapitaalverschaffingen of het beschikbaar stellen van overheidspanden. Uiteraard blijven de nationale en Europeesrechtelijke mededingingsregels zoals de Europeesrechtelijke regels inzake staatssteun van toepassing.

Zoals aangegeven kan het bekostigen van economische activiteiten uit de algemene middelen onder omstandigheden ongeoorloofde staatssteun opleveren. In bepaalde gevallen zijn staatssteunmaatregelen wel toegestaan. Het tweede en derde lid van artikel 87 van het Verdrag, met inbegrip van op het derde lid gebaseerde vrijstellingsverordeningen, bevatten uitzonderingen op het verbod op staatssteun. Daarnaast kan op grond van artikel 86, tweede lid, van het Verdrag staatsteun verenigbaar zijn met het Verdrag indien de steunverlening betrekking heeft op een dienst van algemeen economisch belang. De uitzondering van het zevende lid sluit hierbij aan. Hieruit volgt dat het zesde lid niet van toepassing is op het toekennen van voordelen aan ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten algemeen economisch belang. Een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) is een begrip dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie is uitgewerkt. Het gaat hier om diensten waar een publiek belang mee is gemoeid, omdat zij voor de samenleving van algemeen belang worden geacht en die op de markt worden aangeboden. Het begrip DAEB is verduidelijkt in een Mededeling van de Europese Commissie uit 1996 (PB C 281 van 29 september 1996). Uit de Mededeling van de Commissie blijkt dat het in eerste instantie een zaak van de desbetreffende overheid is om te beoordelen of een dienst van algemeen economisch belang moet worden beschouwd. Wel dient de taak expliciet door de overheid te zijn opgelegd en duidelijk te zijn omschreven. Een taak kan ook aangemerkt worden als opgelegd door de overheid als dat door middel van een overeenkomst is geschied (arrest Commissie v. Frankrijk, HvJEG zaak C-159/94, jur. 1997, blz. I-5815) of voortvloeit uit een samenstel van bepalingen. DAEB's verschillen van gewone diensten in de

zin dat de overheid meent dat in die diensten moet worden voorzien, ook wanneer de markt daarin niet (voldoende) voorziet. Zo draagt de overheid zorg voor de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de dienst.

De uitzondering van het zevende lid biedt gemeenten de mogelijkheid om een niet-marktconforme compensatie te bieden aan ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Hierbij gelden ingevolge de Europeesrechtelijke regels inzake staatsteun wel bepaalde beperkingen. Naar aanleiding van het Altmark-arrest (2003, ECR I-7747) is de beschikking uitgevaardigd van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 28 november 2005 (2005/842/EG, L 312/67) met betrekking tot de compensatie van diensten van algemeen economisch belang en de communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (29 november 2005, PbEU C297). Deze bevatten in essentie de volgende randvoorwaarden voor het compenseren van de kosten van DAEB's: de diensten moeten expliciet en formeel zijn opgelegd, met een nadere aanduiding van onder meer de aard en duur van de openbare dienstverplichtingen en de parameters voor de berekening van de compensatie; de compensatie mag niet hoger zijn dan de integrale kosten van de uitvoering van de dienst, verminderd met de opbrengsten daaruit; er moet door middel van controles worden gewaarborgd dat er geen overcompensatie plaatsvindt.

In het achtste lid wordt geregeld dat gemeenten een open toegang moeten bevorderen voor dienstaanbieders tot netwerken waarbij zij een belang heeft. Voor de ontwikkeling van concurrerende en innovatieve dienstverlening is open, non discriminatoire toegang voor dienstenaanbieders tot infrastructuren van groot belang. Daarom is het wenselijk dat overheden die bij de ontwikkeling van infrastructuur zijn betrokken open toegang bevorderen.

Het negende lid geeft uitdrukking aan het gelijkheidsbeginsel. In deze bepaling is expliciet opgenomen dat burgemeester en wethouders bij het stellen van voorschriften in een instemmingsbesluit hun «eigen» netwerken niet mogen bevoordelen boven netwerken, die door concurrerende aanbieders worden aangeboden.

#### *Onderdeel B*

Onderdeel D wijzigt artikel 15.1 van de wet waarin het toezicht op de naleving van de Telecommunicatiewet wordt geregeld. Dit toezicht was ten aanzien van artikel 5.15 uit het oorspronkelijke wetsvoorstel neergelegd bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (het college), aangezien de oorspronkelijk voorgestelde bepaling zich richtte tot ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden. Nu deze bepaling zich richt tot bestuursorganen van de gemeenten wordt volstaan met het gebruikelijke toezicht op het handelen van gemeenten (zoals vernietigingsrecht Kroon). Daarnaast kunnen ondernemingen die van oordeel zijn dat artikel 5.15 wordt overtreden een beroep doen op de rechter. Het toezicht op het verrichten van economische activiteiten door bestuursorganen raakt de problematiek van het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken en inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden («Markt en Overheid»), dat thans voor advies voorligt bij de Raad van State. Het advies van de Raad en het politieke debat over bovenstaande wetsvoorstel afwachtende zal ik bezien of een speciale voorziening moet worden getroffen inzake het toezicht op deze bepaling.

### *Onderdeel C*

Hierin wordt geregeld dat voor gemeenten die voor de inwerkingtreding van deze wet reeds economische activiteiten verrichtten met betrekking tot het aanbieden van openbare elektronische communicatienetwerken, maar deze nog niet hebben ondergebracht in een aparte rechtspersoon een overgangstermijn geldt van een jaar, waarna ze moeten voldoen aan het gestelde in artikel 5.15, eerste lid.

De Minister van Economische Zaken,  
L. J. Brinkhorst