

# In tien jaar van Telecommunicatie naar Elektronische Communicatie

Mr. G.P. van Duijvenvoorde<sup>1</sup>

**In de afgelopen tien jaren is veelvuldig in dit tijdschrift gerapporteerd over de ontwikkelingen op het terrein van het Europese telecommunicatierecht en de gevolgen daarvan voor de Nederlandse markt. Nieuwe wetgeving tot implementatie van de Europese richtlijnen diende zich keer op keer aan. Allereerst met wijzigingen in de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV), vervolgens met een geheel nieuwe Telecommunicatiewet die op 15 december 1998 van kracht werd en recentelijk (in 2004) trad een fors aangepaste 'nieuwe' Telecommunicatiewet in werking. Met deze laatste wijziging is ook de term 'telecommunicatie' verdwenen: de markt voor elektronische communicatie is het uitgangspunt voor regulering. Dit weerspiegelt de toenemende convergentie op de markt en de turbulente technische ontwikkelingen. Wie had in 1995 kunnen voorzien dat de mobiele telefonie zo'n enorme vlucht zou nemen en dat een mobiele telefoon voor het verkrijgen van toegang tot internet, de ontvangst van films en het maken van foto's zou kunnen worden gebruikt? Vooruitblikken op de ontwikkelingen op deze markt is een hachelijke zaak. Met de terugblik in deze bijdrage kunnen dan ook niet gemakkelijk voorspellingen voor de toekomst worden gegeven. Wel zal ik in deze bijdrage enkele opvallende en soms terugkerende ontwikkelingen signaleren en afsluiten met een kleine vooruitblik.**

## Einde van alle wettelijke monopolies

Een mijlpaal in de Europese wetgeving op het terrein van de telecommunicatiemarkt is het binnen een tijdsbestek van tien jaar bereiken

<sup>1</sup> De auteur heeft in de afgelopen tien jaar ook vanuit verschillende posities met de telecommunicatiewetgeving gewerkt, zowel als advocaat voor nieuwe toetredende ondernemingen als, sinds 1 januari 2004, als advocaat-in-dienstbetrekking bij KPN.

<sup>2</sup> Richtlijn 88/301/EEG, *Pb.* 1988 L 131, 73.

<sup>3</sup> Richtlijn 90/388/EEG, *Pb.* 1990, L 192, 10.

<sup>4</sup> HvJ C-202/88 (*Telecom I*), *Jur.* 1991, I-1223 (apparatuurrichtlijn) en HvJ C-271, 281 en 289/90 (*Telecom II*), *Jur.* 1992, I-5833 (dienstenrichtlijn).

<sup>5</sup> Zie Verordening (EG) Nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, *Pb.* 2000 L 336, 4 ('Verordening local loop').

<sup>6</sup> Zie Richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *Pb.* 2002 L 249, 21.

van een volledige liberalisering op deze markt. De eerste liberaliseringsrichtlijn uit 1988 over telecommunicatieapparatuur, de zogenoemde apparatuurrichtlijn,<sup>2</sup> betekende voor Nederland dat ook andere aanbieders naast KPN producten mochten aanbieden. De eerste stappen naar een liberalisering van bepaalde (toegevoegde waarde) telecommunicatiediensten volgde al twee jaar daarna op basis van de zogenoemde dienstenrichtlijn.<sup>3</sup>

Bij de start van dit tijdschrift (in 1995) ontvouwen zich op Europees niveau de eerste plannen voor liberalisering van de infrastructuur (zie het hierna omschreven Groenboek Infrastructuren). Sindsdien is het snel gegaan. Dit tempo had overigens niet bereikt kunnen worden zonder dat het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie over de apparatuurrichtlijn en de dienstenrichtlijn het gebruik van het toenmalige artikel 90 EG-Verdrag (thans: artikel 86 EG-Verdrag) niet had gesanctioneerd.<sup>4</sup> Deze grondslag bood de Commissie de bevoegdheid om zonder afstemming met het Europees Parlement en de Raad van Ministers liberaliseringsrichtlijnen uit te vaardigen. Het belang van democratische controle woog kennelijk niet op tegen het belang om snel de monopolies van de nationale 'PTT's' af te schaffen. Pas nadat de telecommunicatiemarkt volledig was geliberaliseerd, heeft de Commissie bij het (versneld) openbreken van de lokale aansluitlijn (de 'local loop') gebruikgemaakt van het instrument van een verordening en op deze wijze wel zorggedragen voor een meer democratisch proces.<sup>5</sup>

Overigens bestaat ook nu nog steeds een liberaliseringsrichtlijn waarvan de inhoud grotendeels overeenkomt met de eerder uitgevaardigde liberaliseringsrichtlijnen.<sup>6</sup> Aangezien deze eerdere richtlijnen telkens de liberalisering van een specifiek onderdeel van de telecommunicatiemarkt omvatte, zoals de diensten via kabeltelevisienetwerken in 1995, de mobiele telefonie in 1996 en de vaste telefoonnetwerken en spraaktelefoniediensten in 1998, was er een verbrokkeld geheel ontstaan. Kennelijk vond de Commissie het van belang om ondanks de volledige liberalisering in 1998 en de introductie van een geheel nieuw kader in 2002 de liberaliseringsrichtlijn als vangnet te gebruiken en daarmee te voorkomen dat lidstaten maatregelen zouden kunnen introduceren die de vrije mededinging zouden kunnen beperken.

## Einde van ONP maar niet van asymmetrie

Vanaf 1990 zijn de regels over Open Network Provisions, de zogenoemde 'ONP-regels', cruciaal geweest voor het verkrijgen van toegang tot netwerken en diensten.<sup>7</sup> Van 1990 tot 1998 betrof het hierbij vooral de toegang tot de op dat moment nog niet geliberaliseerde netwerken en diensten. Omdat nieuwe toetreders voor het aanbieden van hun diensten toegang dienden te verkrijgen tot, bij-

voorbeeld, het telefonienetwerk, werd via de ONP-regels voorzien in een toegang tegen objectieve, transparante, op kosten gebaseerde en non-discriminatoire voorwaarden. Een dergelijke toegang was bijvoorbeeld nodig om aanbieders van allerlei toegevoegde-waardendiensten, zoals elektronische databanken, hun producten te kunnen laten aanbieden.<sup>8</sup>

Vanaf 1998 wijzigde de inhoud van de ONP-regels.<sup>9</sup> De ONP-regels golden niet langer uitsluitend voor aanbieders van de netwerken en diensten die nog onder een (wettelijk) monopolie vielen. Vanaf 1998 kon iedere onderneming die beschikte over een marktaandeel van 25% of meer worden aangewezen als marktpartij die onder de werking van de ONP-regels viel. De reden voor deze aanpassing was gelegen in de opvatting van de Commissie dat de markt weliswaar 'op papier' geliberaliseerd was, maar dat de voormalige monopolisten in de praktijk nog steeds de concurrentie op de markt konden verhinderen door toegangsbarrières op te werpen.<sup>10</sup> In de praktijk bleven dan ook vooral de voormalige monopolisten onder deze ONP-regels vallen.

Pas bij de richtlijnen die in 2002 zijn uitgevaardigd op basis van het nieuwe regelgevende kader, is de term ONP verdwenen. Overigens betekent dit niet dat daarmee ook de daarom opgenomen verplichtingen, zoals de toegangsverplichtingen, zijn vervallen. De huidige Kaderrichtlijn<sup>11</sup> en Toegangsrichtlijn<sup>12</sup> voorzien in de mogelijkheid om toegangsverplichtingen op te leggen aan iedere onderneming die op de markt een economische machtspositie bekleedt. Hierbij wordt nauw aangesloten bij het in het mededingingsrecht ontwikkelde leerstuk over het vaststellen van een machtspositie (artikel 82 EG-Verdrag of artikel 24 Mededingingswet). ONP mag dan niet langer meer leidend zijn: de toegangsverplichtingen maar ook de beginsele van transparantie, objectiviteit, kostenoriëntatie en non-discriminatie zijn niet weg te denken uit de huidige telecommunicatiewetgeving. Met het opleggen van dergelijke asymmetrische verplichtingen wordt beoogd om eventuele ongelijkheden tussen marktpartijen op de markt weg te nemen.

### Een terugkerend patroon van marktconsultaties

Alhoewel de periode rond 1995 vanuit het oogpunt van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt en het uitvaardigen van richtlijnen een turbulente periode was met elkaar snel opvolgende wijzigingen in het regelgevend kader, is een patroon te ontwaren in de aanpak van de Commissie voor wat betreft het uitvaardigen van deze richtlijnen. Dit was niet in de laatste plaats te danken aan het Groenboek Telecommunicatie uit 1987.<sup>13</sup> Dit Groenboek gaf een blauwdruk voor de liberalisering en harmonisering van de telecommunicatiemarkt in de daaropvolgende jaren. Omdat een dergelijke aankondiging van beleidsvoornemens (in Groenboeken) en de daaropvolgende consultatie van de markt, een nuttig instrument bleek, is bij de daaropvolgende stappen die werden gezet in de liberalisering van de markt telkens een Groenboek uitgevaardigd, zoals het Groenboek Satellietcommunicatie,<sup>14</sup> het Groenboek Mobiele Communicatie<sup>15</sup> en het Groenboek Infrastructuur.<sup>16</sup> Pas na een consultatie aan de hand van deze Groenboeken werden de (concept)richtlijnen uitgevaardigd. Een paar jaar na de afkondiging van de richtlijnen, volgde een zogenaamde evaluatie of 'Review' van de voorstellen. Eventuele manco's in de wetgeving zouden op deze manier kunnen worden opgespoord. Na 1998 is het gebruik van deze Groenboeken voor het aankondi-

gen van maatregelen afgenomen en ligt het accent veel meer op de evaluatie-'Review' van het integrale pakket aan wetgeving dat voor de telecommunicatiesector geldt. De Review van 1999<sup>17</sup> is van groot belang geweest voor het huidige pakket wetgeving dat geldt voor de telecommunicatiesector.

In 2004 heeft de Europese Commissie aangekondigd dat in 2005 reeds een aanvang diende te worden gemaakt met een nieuwe Review.<sup>18</sup> Deze Review is naar de mening van de Commissie nodig om te waarborgen dat de in het huidige kader getroffen maatregelen aansluiten bij de snelle ontwikkelingen die zich op de markt voltrekken. Naar verwachting zal – vooruitlopend op een algemene Review in 2006 – al aan het einde van dit jaar worden bezien of de door de Commissie gehanteerde marktafbakeningen nog werkbaar zijn. Ook zal de Commissie in 2005 een strategie voor een efficiënt spectrumbeheer vaststellen zodat deze ook kan worden meegenomen bij de Review in 2006.<sup>19</sup> Daarnaast is een aanvang gemaakt met een evaluatie van het universele dienstverleningsbegrip.<sup>20</sup> Een belangrijk

<sup>7</sup> Richtlijn 90/387/EEG, Pb. 1990 L192, 1.

<sup>8</sup> Richtlijn 92/44/EG, Pb. 1992, L165, 27, gewijzigd bij Richtlijn 97/51, Pb. 1997, L295, 23 (huurlijnen) en Richtlijn 98/10/EG, Pb. 1998, L101, 4 (spraaktelefonie) en Richtlijn 97/33/EG, Pb. 1997, L199, 32 (interconnectie).

<sup>9</sup> Zie Richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat, Pb. 1998, L101, 24.

<sup>10</sup> Zoals reeds was aangekondigd in de mededeling van de Commissie 'Present Status and Future Approach for Open Access to Telecommunications Networks and Services (Open Network Provision)', COM(94) 513 def. van 29 november 1994.

<sup>11</sup> 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), Pb. 2002, L108, 33.

<sup>12</sup> Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Toegangsrichtlijn), Pb. 2002, L108, 7.

<sup>13</sup> 'Naar een dynamische Europese economie. Groenboek over de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt voor telecommunicatiediensten en -apparatuur', COM(87) 290 def. van 26 november 1987.

<sup>14</sup> 'Naar paneuropese systemen en diensten. Groenboek over een gezamenlijke aanpak op het gebied van satellietcommunicatie in de Europese Gemeenschap', COM(90) 490 def., Brussel, 28 november 1990.

<sup>15</sup> 'Naar een Personal Communications Omgeving: Groenboek inzake een gemeenschappelijke benadering op het gebied van mobiele en personal communications in de Europese Unie', COM(94) 145 def., Brussel, 27 april 1994.

<sup>16</sup> Groenboek liberalisering telecommunicatie-infrastructuur en kabeltelevisienetwerken, COM(94) 440 def. van 25 oktober 1994 (deel I) en COM(94) 682 def. Van 25 januari 1995 (deel II).

<sup>17</sup> Zie 1999 Communications Review, Europese Commissie, COM(1999) 539.

<sup>18</sup> Zie Persbericht Commissie van 30 juni 2004.

<sup>19</sup> Mededeling van de Commissie 'Challenges for the European Information Society beyond 2005', COM(2004) 757 final van 19 november 2004.

aandachtspunt bij de Review zal voorts zijn het waarborgen van interoperabiliteit tussen apparaten, platforms en diensten.<sup>21</sup>

### Een voortdurende inhaalrace door de Nederlandse wetgever

De hierboven beschreven snelle liberalisering op Europees niveau en de daarbij behorende harmoniseringsmaatregelen waren voor de Nederlandse wetgever nauwelijks bij te houden. Omdat de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen in 1989 in werking trad (en de oude Telegraaf- en Telefoonwet uit 1904 verving) kon deze eerste stap in de liberalisering al in WTV worden meegenomen. Voor de daaropvolgende wijzigingen, zoals de liberalisering van een deel van de telecommunicatiediensten en de liberalisering van mobiele telefonie, moest de WTV keer op keer worden gewijzigd. De wet werd daardoor een ware lappendeken van geïmplementeerde Europese richtlijnen.<sup>22</sup> De Telecommunicatiewet die vanaf 15 december 1998 van kracht werd, had een geheel nieuwe structuur en sloot daarmee aan bij de Europese regelgeving.<sup>23</sup> Deze Telecommunicatiewet was geënt op een volledige liberalisering van de (Nederlandse) telecommunicatiemarkt. De meest recente wijzigingen van de Tw in 2004 (zie hierna) konden dan ook via een wijziging van deze Tw plaatsvinden.

Wanneer evenwel in ogenschouw wordt genomen dat, zoals hierboven werd beschreven, de Review die ten grondslag lag aan deze wijzigingen reeds in 1999 plaatsvond, dan valt te betreuren dat het nieuwe kader pas in 2002 op Europees niveau werd aangenomen en uiteindelijk pas in 2004 in de Nederlandse Telecommunicatiewet kon worden geïmplementeerd. Dit geldt temeer omdat in dat jaar al een aanvang werd gemaakt met een nieuwe Review waardoor je het gevoel bekriipt dat de Nederlandse wetgever voortdurend een race tegen de klok moet houden om tijdig de Europese richtlijnen te kunnen implementeren. Als daarbij tevens rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat de nieuwe bepalingen in de Telecommunicatiewet pas naar alle waarschijnlijkheid in 2006 zullen worden

toegepast omdat op dat moment alle benodigde consultaties zullen zijn afgerond, dan resulteert dit in een zeer lange doorlooptijd van de Review tot de daadwerkelijke toepassing van de nieuwe regels op de Nederlandse markt.

### Het ontstaan van een toezichthouder maar niet op Europees niveau

Reeds in de eerste liberaliseringsrichtlijn wordt als belangrijke voorwaarde voor het creëren van een concurrerende markt aangegeven het vereiste dat in iedere lidstaat een onafhankelijke toezichthouder moet bestaan. Daarmee moet worden voorkomen dat een toezichthouder afhankelijk is van een marktpartij (of meerdere marktpartijen) en dat de effecten van de uitgevaardigde richtlijnen in feite teniet kunnen worden gedaan doordat bijvoorbeeld de voormalig monopolist bepaalt wie er toegang verkrijgt tot de markt. Om deze reden werd er ook door het HvJ korte metten gemaakt met telecommunicatieondernemingen die bijvoorbeeld de technische voorschriften bepaalden waaraan aanbieders van telecommunicatie (rand)apparatuur moesten voldoen.<sup>24</sup> In Nederland is (pas) in 1997 de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) als ZBO opgericht.<sup>25</sup> Het toezicht wordt nog op een aantal gebieden uitgeoefend door het Ministerie van Economische Zaken, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van frequentievergunningen.

Een steeds terugkerende discussie in de Europese regelgeving betreft de wenselijkheid van een Europese toezichthouder. Bij vrijwel iedere 'Review' is hieraan aandacht besteed maar tegelijkertijd geconstateerd dat een dergelijke supranationale autoriteit niet wenselijk was. In de laatste evaluatie vooruitlopend op de nieuwe richtlijnen in 2002 is evenwel aangegeven dat het wenselijk was om het toezicht zo dicht mogelijk bij de markt te laten plaatsvinden maar dat er wel behoefte was aan meer coördinatie op Europees niveau. In navolging daarvan is thans vereist dat de nationale toezichthouders, zoals OPTA in Nederland, voor het nemen van een groot aantal besluiten een consultatie op Europees niveau doorlopen. Hierdoor kan de Commissie reageren op de conceptbesluiten van de toezichthouders en zelfs gebruikmaken van een vetorecht ten aanzien van bepaalde besluiten. Daarnaast worden ook de andere nationale toezichthouders in de gelegenheid gesteld om te reageren op de conceptbesluiten.<sup>26</sup> In juli 2005 had de Commissie inmiddels meer dan 200 conceptbesluiten beoordeeld.<sup>27</sup> Naar de inschatting van de Commissie zal het uiteindelijk te beoordelen aantal concept-besluiten rond 400 liggen, zodat nog een substantieel deel concept-besluiten dient te worden beoordeeld voordat de implementatie in de lidstaten kan worden afgerond.

### Bescherming van consumentenbelangen

Naast de vele concurrentiebevorderende wetgeving, is ook structurele aandacht gegeven aan bescherming van consumenten of bepaalde groepen gebruikers (zoals gehandicapten). Zo heeft de Richtlijn Universele dienstverlening een vaste plaats verworven in de Europese telecommunicatiewetgeving. Deze richtlijn waarborgt de beschikbaarheid van ten minste één betaalbaar en kwalitatief goed (vaste)telefonieabonnement. Een aansluiting op het openbare telefoonnetwerk dient afdoende te zijn om toegang te kunnen krijgen tot het internet. In de huidige Universeledienstverleningsrichtlijn wordt voorts veel aandacht besteed aan de wijze van financiering van de universele dienstverleningsrichtlijn.<sup>28</sup> Daarbij is het uitgangspunt dat

<sup>20</sup> Zie Mededeling van de Commissie over de evaluatie van de omvang van de universele dienst overeenkomstig artikel 15 van Richtlijn 2002/22/EG, COM(2005) 203 van 24 mei 2005.

<sup>21</sup> Mededeling van de Commissie '2010-Een Europese informatiemaatschappij voor groei en werkgelegenheid', COM(2005) 229 def. van 1 juni 2005.

<sup>22</sup> Zie voor de tekst van de gewijzigde Interim-WTV *Stb.* 1996, 320, terwijl een geïntegreerde tekst van de gehele WTV *Stb.* 1996, 321.

<sup>23</sup> *Stb.* 1998, 610.

<sup>24</sup> Zie HvJ C-18/88 (RTT/GB-Inno-BM), *Jur.* 1991, I-5941.

<sup>25</sup> Wet Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit, *Stb.* 1997, 320 zoals laatstelijk gewijzigd op 22 april 2004, *Stb.* 189.

<sup>26</sup> Zie Aanbeveling van de Commissie van 23 juli 2003 betreffende kennisgevingen, termijnen en raadplegingen als bedoeld in artikel 7 van Richtlijn 2002/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *Pb.* 2003 L 190, 13.

<sup>27</sup> Zie Persbericht van de Commissie IP/05/926 van 14 juli 2005 en daarbij behorend MEMO/05/255.

<sup>28</sup> Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Universele dienstrichtlijn), *Pb.* 2002, L 108, 51.

wanneer een onderneming wordt aangewezen om bepaalde universele diensten op de markt te brengen een dergelijke onderneming daarvoor een vergoeding kan ontvangen waaraan ook de andere op de markt actieve telecommunicatieondernemingen moeten bijdragen. Voor de selectie van de onderneming die de dienst op de markt moet brengen, wordt een soort aanbestedingsprocedure gevolgd. Met een dergelijke uitvoerige regeling over de financiering van de universele dienstverlening wordt voorkomen dat lidstaten door het verlenen van ontoelaatbare staatssteun aan de met universele dienstverlening belaste onderneming, mogelijk (nieuwe) mededingingsbeperkingen kunnen introduceren. In de Nederlandse Tw is de regeling vastgelegd in hoofdstuk 9: de daarin opgenomen procedure is echter tot op heden niet toegepast omdat KPN haar (voorheen wettelijke) universele dienstverleningsplicht niet heeft 'teruggegeven'.

Een andere belangrijke ontwikkeling betreft de aandacht voor privacy. Het vaststellen van regels daarover was (en is) niet eenvoudig gelet op toenemende druk van overheden om voor terrorismebestrijding juist gebruik te maken van gegevens over het telecommunicatiegebruik. De oorspronkelijke idee was dat juist de telecommunicatiegebruiker beter moet worden beschermd omdat telecommunicatieondernemingen bijvoorbeeld via het vastleggen van verkeersgegevens het gedrag van gebruikers zouden kunnen monitoren. In de laatste privacyrichtlijn is deze bescherming uitgebreid naar regels over het vastleggen van locatiegegevens van bijvoorbeeld mobiele telefoons.<sup>29</sup>

### Elektronische communicatie

Zoals in de inleiding werd vermeld, is in het nieuwe kader de term 'elektronische communicatie' geïntroduceerd. Dit is een zeer ruim begrip dat praktisch iedere vorm van communicatie omvat waarbij geheel of gedeeltelijk signalen worden overgedragen. Uitgesloten van deze reikwijdte zijn de regels die worden gesteld aan de inhoud of de 'content' van een dienst, zoals bijvoorbeeld reclameregels die gelden voor omroeporganisaties of verplichtingen om een minimum leeftijdscategorie aan te geven voor bepaalde content. Alhoewel de term 'elektronische communicatie' mogelijk anders zou doen vermoeden, vallen de zogenaamde 'diensten van de informatiemaatschappij' niet onder dit begrip. Dergelijke diensten omvatten bijvoorbeeld het boeken van een reis via internet.

Met de brede term 'elektronische communicatie' wordt beoogd een daadwerkelijk techniekonafhankelijk pakket regelgeving te creëren. Bijvoorbeeld doordat een onderscheid tussen de telefonienetwerken van telecommunicatieondernemingen en de kabelnetwerken van kabelexploitanten niet meer relevant is voor het bepalen van de rechten en verplichtingen van de respectievelijke ondernemingen. Een dergelijk onderscheid is ook in het licht van de toegenomen convergentie niet langer valide: het ontvangen van programma's via een mobiel netwerk of het bellen via een kabeltelevisienetwerk zijn beide aan te merken als vormen van elektronische communicatie die geen verschil in wetgeving rechtvaardigen.

Met deze verruiming naar elektronische communicatie behoren bepaalde – in het verleden gevoerde discussies over de reikwijdte van de regelgeving – tot de verleden tijd. Bijvoorbeeld de vraag of inloggegevens die zijn verkregen in het kader van het verkrijgen van toegang tot internet als verkeersgegevens te kwalificeren zijn en daarmee vallen onder de reikwijdte van de hierboven beschreven specifieke privacyrichtlijn. Een andere vraag betrof de reikwijdte van de richtlijnen ten aanzien van het reguleren van kabeltelevisienet-

werken en – bijvoorbeeld – eventuele toegangsverplichtingen voor internetproviders die toegang wensten te verkrijgen tot het netwerk van een kabeltelevisienetwerk. Nieuwe vragen, zoals breedbandcommunicatie via het elektriciteitsnet, kunnen eveneens worden ondergebracht onder het nieuwe begrip elektronische communicatie.<sup>30</sup>

### Aanmerkelijke marktmacht en mededingingsrecht

De hiervoor geschetste, zeer ruime reikwijdte van het begrip 'elektronische communicatie' zou de vraag kunnen doen rijzen of hierdoor niet erg veel ondernemingen op basis van de Europese richtlijnen en daarbij behorende implementatiewetgeving, zoals de Telecommunicatiewet, gereguleerd kunnen worden. Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord voor wat betreft de algemene reikwijdte van deze regelgeving. Wanneer een onderneming diensten aanbiedt aan een grotere kring gebruikers, waarbij signalen over een netwerk worden getransporteerd, dan zal een grote kans bestaan dat deze onderneming (ook) onder de verplichtingen van de Telecommunicatiewet valt. Aan de andere kant wordt deze potentieel ruime kring van betrokkenen aanzienlijk beperkt voorzover zij specifieke, voorgaande verplichtingen krijgen opgelegd. Immers, de eerder gesignaleerde asymmetrische regelgeving, die ook in de huidige richtlijnen en de Telecommunicatiewet is terug te vinden, brengt met zich mee dat slechts bepaalde ondernemingen deze specifieke verplichtingen krijgen opgelegd. In de huidige wet gaat het om ondernemingen die over een economische machtspositie beschikken, aangeduid als partijen met aanmerkelijke marktmacht. De toets om vast te stellen of partijen over aanmerkelijke marktmacht beschikken is identiek aan de toets die in de jurisprudentie is ontwikkeld over economische marktmacht. Een onderneming wordt geacht aanmerkelijke marktmacht ('AMM') te hebben wanneer zij, alleen of samen met andere ondernemingen, een aan machtspositie gelijkwaardige positie bezit, die haar in staat stelt om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten, te gedragen.<sup>31</sup> Daartoe dienen relevante markten te worden afgebakend, waarbij ook het leerstuk van de afbakening van de relevante markten in het mededingingsrecht, wordt gevolgd.<sup>32</sup> Wel heeft de Commissie een aantal indicatieve markten in de elektronische communicatiesector vermeld in een Aanbeveling.<sup>33</sup> In de praktijk zullen de natio-

<sup>29</sup> 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 (Privacyrichtlijn), *Pb.* 2002, L 201, 37.

<sup>30</sup> Zie Aanbeveling van de Commissie van 6 april 2005 inzake elektronische breedbandcommunicatie via het elektriciteitsnet, *Pb.* 2005, L 93, 42.

<sup>31</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 14, lid 2 en artikel 6a.1, sub b Toegangsrichtlijn.

<sup>32</sup> Zie Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *Pb.* 2002 C 165, 6.

<sup>33</sup> Zie Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, *Pb.* 2003, C 114, 45.

nale toezichthouders zich naar deze lijst richten maar dat hoeft niet het geval te zijn. OPTA heeft voor de Nederlandse markt een nieuwe markt toegevoegd, namelijk de markt voor omroeptransmissiediensten. In mei 2005 heeft OPTA de afbakening van deze markt onderbouwd in een aantal conceptbesluiten gericht tot de kabelmaatschappijen in Nederland.<sup>34</sup>

Na de afbakening van de relevante markt, dient te worden vastgesteld of de markt voldoende concurrerend is zonder het opleggen van maatregelen. Met andere woorden: is de werking van de generieke mededingingsregels voldoende om de concurrentie op de markt te waarborgen of dienen er specifieke verplichtingen te worden opgelegd om (potentiële) verstoringen op de markt te voorkomen? Het gaat hier om een prospectieve benadering: gemiddeld dient zo'n twee tot drie jaar vooruit te worden gekeken naar de te verwachten ontwikkeling op de relevante markten. Geen sinecure als we de snelle ontwikkelingen op de markt in ogenschouw nemen. De op te leggen maatregelen dienen vervolgens proportioneel en gerechtvaardigd te zijn gelet op het niet-concurrerend zijn van de markt. Op deze wijze wordt op basis van de Europese regelgeving getracht om de regelgeving zo veel mogelijk 'op maat' toe te passen en slechts op markten die niet daadwerkelijk concurrerend zijn specifieke verplichtingen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op te leggen.

### Een kleine vooruitblik

Toezichthouders, zoals OPTA, dienen onder het huidige regelgevend kader na te gaan welke (potentiële) concurrentiebeperkingen zich in de nabije toekomst zullen voordoen. In 2005 heeft OPTA een aantal conceptbesluiten gepubliceerd, namelijk ten aanzien van de mobiele markt, de omroepmarkt, de vastetelefonie markt en de breedbandmarkt. De op basis van artikel 6b.1 Tw gehouden nationale consultatie is reeds afgerond voor de mobiele markt en de omroepmarkt. Na de notificatie op 4 juli 2005 heeft de Commissie op 3 augustus 2005 aan OPTA kenbaar gemaakt geen opmerkingen te hebben bij de door OPTA voorgelegde conceptbesluiten voor de mobiele markt voorzover deze de gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken betreft. Daarmee is de consultatie op Europees niveau voor deze specifieke markt afgerond. Na afronding van de nationale consultatie voor vaste telefonie en breedband, zal in het najaar 2005 naar verwachting de Europese consultatie voor deze markten een aanvang vinden. Begin 2006 zal waarschijnlijk het nieuwe kader materieel ook voor Nederland van kracht zijn geworden. Dan zal een belangrijke mijlpaal zijn gezet waarbij de regulering niet op van tevoren vastgestelde kaders en begrippen plaatsvindt maar volgens een dynamisch proces van op het mededingingsrecht gebaseerde analyses.

In de toekomst zal moeten blijken of deze keuze van regulering ook werkbaar is voor de toezichthouders. Deze toezichthouders worden immers belast met uitvoerige marktanalyses die, ten minste, een keer in de drie jaar zullen moeten worden uitgevoerd. Daarbij zullen de toezichthouders worden geconfronteerd met de onmogelijkheid om op deze markten toekomstige ontwikkelingen in te schatten. Hopelijk doorziet de Commissie ook deze handicap voor

de nationale toezichthouders en zal de Commissie de toezichthouders door middel van aanpassing van richtsnoeren en aanbevelingen behulpzaam zijn bij het uitvoeren van hun marktanalyses. Gelet op het huidige tempo waarbij de Commissie de huidige wetgeving evalueert, valt evenwel niet te voorkomen dat de toezichthouders én de marktpartijen nog voor het afronden van hun marktanalyses zullen worden geconfronteerd met voorstellen tot aanpassing van het Europese kader. De toepassing van het nieuwe kader zal dan ook van alle betrokkenen een grote inzet en flexibiliteit verlangen.

Vooralsnog lijkt de markt voor elektronische communicatie nog door middel van sectorspecifieke regels, die overigens deels op het mededingingsrecht zijn gegrond, te worden gereguleerd. De grote vraag is wanneer de markt voor elektronische communicatie rijp zal zijn om, zonder sectorspecifiek toezicht, uitsluitend op grond van de mededingingsregels te opereren. Wanneer deze fase uiteindelijk bereikt zal zijn, is niet te voorzien. Wellicht bij een volgend jubileum van dit tijdschrift?

<sup>34</sup> Zie de conceptbesluiten 'De markten voor de doorgifte en ontvangst en omroepsignalen' van 19 mei 2005. Alle conceptbesluiten zijn te raadplegen via de website van OPTA ([www.opta.nl](http://www.opta.nl)).