

# Het nieuwe sectorspecifieke mededingingsrecht in de communicatiesector

Vaart Nederland een juiste koers?

mr S. van der Voorde

Het nieuwe sectorspecifieke regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector is in hoge mate geïnspireerd door het algemene mededingingsrecht. Het feit dat sectorspecifieke regelgeving naar het algemeen mededingingsrecht toegroeit, is vanuit de liberaliseringsgedachte een logische ontwikkeling. Er kunnen echter de nodige kanttekeningen worden geplaatst bij de keuzes die zijn gemaakt bij de invulling van het nieuwe kader. Het betreft met name de vraag wanneer ingrijpen op basis van sectorspecifiek mededingingsrecht de voorkeur verdient boven toepassing van algemeen mededingingsrecht en de bevoegdheden van de nationale regelgevende instanties, zoals in Nederland de OPTA, in dat kader. Als gevolg van deze keuzes dreigt overregulering en rechtsonzekerheid. De implementatie van het nieuwe regelgevingskader in de Nederlandse Telecommunicatiewet heeft echter ernstige vertraging opgelopen, met als gevolg dat OPTA het sectorspecifieke mededingingsrecht nog niet kan toepassen. Deze vertraging geeft de Nederlandse regering de mogelijkheid om maatregelen te nemen die een juiste toepassing moeten waarborgen.

## Inleiding

Het nieuwe kader is een vervolgstap in de liberalisering van de telecommunicatiesector. Het voornaamste kenmerk van het nieuwe kader is, naast het technologisch neutrale karakter, de invloed van het algemene mededingingsrecht.<sup>1</sup>

Onder het nieuwe kader geldt als uitgangspunt dat ex ante verplichtingen alleen zullen worden opgelegd in markten waarop geen sprake is van daadwerkelijke mededinging. Het is de taak van de sectorspecifieke toezichthouder ('NRI's')<sup>2</sup> om te bepalen of op een bepaalde markt al of niet sprake is van daadwerkelijke mededinging en zo niet, welke verplichtingen moeten worden opgelegd om daadwerkelijke mededinging te bevorderen. Daartoe moeten zij eerst de relevante markten definiëren, overeenkomstig de principes van het mededingingsrecht.<sup>3</sup> Vervolgens moeten de NRI's vaststellen of er één of meerdere ondernemingen zijn met aanmerkelijke marktmacht op de aldus afgebakende markt. Aanmerkelijke marktmacht wordt daarbij, anders dan voorheen, ingevuld gelijk het

begrip machtspositie.<sup>4</sup> Deze marktanalyse dient prospectief te zijn. Er moet rekening worden gehouden met verwachte of te verwachten technologische of economische ontwikkelingen gedurende een "redelijke" evaluatieperiode. Wijst de marktanalyse uit dat een onderneming een aanmerkelijke marktmacht op een specifieke markt bezit, en er dus geen sprake is van daadwerkelijke mededinging, dan moet een NRI ingrijpen door het opleggen van één of meerdere in de Toegangsrichtlijn (voor wholesale-markten) of de Universele-dienstrichtlijn (voor retail-markten) genoemde verplichtingen.<sup>5</sup> Daarbij geldt dat verplichtingen op retailniveau uitsluitend kunnen worden opgelegd indien verplichtingen op wholesale-niveau niet toereikend zijn om het geconstateerde probleem op te lossen. De opgelegde verplichting(en) moet(en) passend en evenredig zijn aan de aard van het probleem. Waar op basis van de marktanalyse blijkt dat geen sprake (meer) is van aanmerkelijke marktmacht moeten eventueel bestaande ex ante-verplichtingen

- 1 Voor een uitvoeriger overzicht van het nieuwe kader wordt verwezen naar C.M.I. Cramer, M.J. de Meij en R. Stil, 'De nieuwe Europese richtlijnen voor elektronische communicatie; beter voor de markt?', M&M 2002/7. Zie eveneens: M.J. Geus en G.J. Zwenne, 'Het Europese telecommunicatierecht na 24 juli 2003 en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving', Mediaforum, 2002-6 en P. Kuipers en G.J. Zwenne, 'Marktafbakening ten behoeve van ex ante-regulering in de communicatiesector', Mediaforum, 2003-1.
- 2 Sectorspecifieke toezichthouders worden in het nieuwe kader aangeduid als nationale regelgevende instanties; zijnde de lichamen die door een lidstaat zijn belast met van de regelgevende taken die in de Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd.
- 3 Artikel 15 (3) Kaderrichtlijn.
- 4 Artikel 14 (2) van de Kaderrichtlijn bepaalt dat een onderneming geacht wordt een aanmerkelijke marktmacht te hebben wanneer zij, alleen of samen met andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dat wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Onder het oude regime was van aanmerkelijke marktmacht sprake wanneer de betreffende onderneming op het betreffende marktgebied een 'marktaandeel' had van ten minste 25% (met de mogelijkheid om van deze drempelwaarde af te wijken op grond van een viertal criteria).
- 5 Het betreft onder meer de wholesale-verplichting tot het verlenen van toegang tot, en gebruik van, specifieke netwerkfaciliteiten voor derden, de verplichtingen inzake prijscontrole en kostenberekening, de verplichting tot transparantie, de verplichting van non-discriminatie en de verplichting tot het voeren van gescheiden boekhoudingen respectievelijk de retail-verplichtingen aangaande non-discriminatie, ontbundeling, transparantie en kostengeoriënteerde (eind)tarieven. Vergelijk de artikelen 8, 9, 10, 11, 12 en 13 Toegangsrichtlijn en artikel 16 Universele-dienstrichtlijn.

Mr S. van der Voorde is advocaat bij Allen & Overy in Amsterdam.

worden opgeheven. Voor alle aanbieders, ongeacht of sprake is van aanmerkelijke marktmacht, geldt de verplichting om te onderhandelen over interconnectie.<sup>6</sup>

Ter bevordering van de rechtszekerheid en de consistente toepassing in de verschillende lidstaten heeft de Commissie een achttiental productmarkten aangewezen die – op grond van hun algemene kenmerken – in aanmerking kunnen komen voor regulering ex ante en waar het opleggen van verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn. Deze productmarkten zijn opgenomen in de Aanbeveling betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector.<sup>7</sup> Een lijst met deze markten is opgenomen in de tabel bij deze bijdrage. Bij het definiëren van de relevante productmarkt moeten de NRI's zoveel mogelijk rekening houden met de in de Aanbeveling “voorgedefinieerde” markten. Wanneer dit op grond van nationale omstandigheden gerechtvaardigd is, kunnen de NRI's nog andere markten aanwijzen.<sup>8</sup> De Commissie heeft voorts, eveneens ter bevordering van de rechtszekerheid en een consistente toepassing, richtsnoeren gepubliceerd die als gids dienen voor de NRI's bij het definiëren én analyseren van relevante markten in de communicatiesector.<sup>9</sup>

### De verhouding tussen sectorspecifiek en algemeen mededingingsrecht

Met de inwerkingtreding van het nieuwe kader wordt de communicatiesector geconfronteerd met sectorspecifiek mededingingsrecht. Er kunnen de nodige vraagtekens worden gezet bij de legitimiteit van dit specifieke regime, meer in het bijzonder bij de invulling die de Commissie (en in lijn daarmee de OPTA) hieraan geeft. De legitimiteitsvraag heeft te maken met de verhouding tussen sectorspecifieke regelgeving en algemeen mededingingsrecht, meer specifiek de vraag of en in hoeverre het algemene mededingingsrecht voldoende is om de sector te reguleren. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om uitvoerig bij deze discussie stil te staan. Volstaan wordt met een korte (gesimplificeerde) samenvatting van de gehanteerde argumenten.<sup>10</sup>

Voorstanders van sectorspecifieke regelgeving stellen dat ex ante regulering noodzakelijk is voor het goed functioneren van de hele communicatiesector in zijn fundamentele rol voor de economie. Toepassing van algemeen mededingingsrecht zou geen oplossing bieden voor mededingingsrechtelijke problemen die specifiek zijn voor netwerkgebonden industrieën zoals de communicatiesector. Het betreft met name marktimperfecties als gevolg van controle van exploitanten over essentiële faciliteiten of ‘bottlenecks’ welke imperfecties worden versterkt door onder meer het bestaan van verticale integratie, netwerkeffecten en hoge ‘switching’ kosten. Tegen deze imperfecties zou niet, althans niet op een voldoende adequate wijze, kunnen worden opgetreden met toepassing – ex post – van het algemene mededingingsrecht. Daarbij is ook van belang dat de communicatiesector zich onderscheidt van andere economische sectoren vanwege zijn fundamentele rol voor de gehele economie en de samenleving.<sup>11</sup>

Tegenstanders van blijvende sectorspecifieke regulering wijzen op het feit dat deze haar legitimatie met name vindt in de liberaliseringsgedachte. Als uitgangspunt zou moeten gelden dat naarmate de concurrentie in de sector toeneemt, sectorspecifiek ingrijpen afneemt. Op markten waar geen sprake is van een “erfenis” van een ex-monopolist, en waarop in principe iedere marktpartij gelijke kansen heeft, is ingrijpen op basis van ex ante regulering niet gerechtvaardigd. Op deze markten zou toegang tot stand moeten komen door middel van commerciële onderhandelingen. Bij markt-distorsies zou ingrijpen op basis van het algemene mededingingsrecht, gelijk het geval is bij andere economische sectoren, op den duur volstaan. Regulering leidt in die visie voorts tot rechtsonzekerheid hetgeen een rem betekent op de investeringsbereidheid in nieuwe innoverende technologieën. Ex ante-regulering zou zich moeten beperken tot zaken zoals bijvoorbeeld interconnectieverplichtingen en de verdeling van schaarse middelen (zoals frequenties en nummers). Het zal niet verbazen dat nieuwkomers en service providers vooral het eerste standpunt innemen, daarbij veelal bijgestaan door de NRI's zoals ook de OPTA, terwijl de gevestigde netwerkexploitanten zich sterk maken voor het zoveel mogelijk terugdringen van sectorspecifieke regelgeving.<sup>12</sup>

6 Artikel 4(1) Toegangsrichtlijn.

7 Aanbeveling van de Commissie van 11/02/2003 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 C(2003)497 (“Aanbeveling”). Te vinden op [http://europa.eu.int/information\\_society](http://europa.eu.int/information_society). Voor de wijze waarop de Commissie tot de verschillende marktdefinities is gekomen zie p. 18-45 van de Toelichting op de Aanbeveling.

8 Daarbij dient de Commissie te worden geconsulteerd conform de procedure van artikel 7 (4) Kaderrichtlijn.

9 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 (2002/C156/06) (“Richtsnoeren”).

10 Zie voor een analyse van sectorspecifiek en algemeen mededingingsrecht: E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.J.M. Theeuwes en F.O.W. Vogelelaar, ‘Toezicht en regulering in de Telecommunicatiemarkt’, Instituut voor Informatierecht, mei 2000 alsmede P. Larouche, ‘Competition Law and regulation in European Telecommunications’, Hart Publishing 2000.

11 Zie in deze lijn onder meer P. Larouche en S. Lavrijssen, ‘EG-regulering van elektronische communicatie – Een kritische beschouwing van de onderliggende aannames van de EG-regelgeving betreffende elektronische communicatie’, SEW 7/8 2002. Schrijvers typeren het door het nieuwe kader geïntroduceerde sectorspecifieke mededingingsrecht plastisch als een “aftreksel” van mededingingsrecht. Zij stellen ondermeer dat het nieuwe kader te veel steunt op een geïdealiseerd beeld van het mededingingsrecht als een zaligmakende oplossing voor reguleringsproblemen. Het mededingingsrecht zou naar hun mening onaanvaardbaar moeten worden opgerekt teneinde bepaalde moeilijkheden die kenmerkend zijn voor een netwerkgebonden sector als de elektronische communicatiesector het hoofd te kunnen bieden. Zij opteren voor een alternatief sectorspecifiek reguleringsmodel en het herdefiniëren van de rol van regulering in een geliberaliseerde sector.

12 Zie volgende pagina

## De voorrangsregel in de Kaderrichtlijn

In de Kaderrichtlijn wordt in dit verband overwogen:

*“in bepaalde omstandigheden moeten ex ante-verplichtingen worden opgelegd om de ontwikkeling van een concurrerende markt te waarborgen. [...] Het is essentieel dat ex ante verplichtingen alleen worden opgelegd wanneer er geen daadwerkelijke mededinging is, dat wil zeggen in markten waar een of meer ondernemingen zijn met een aanzienlijke marktmacht en wanneer nationale rechtsmiddelen en de middelen van het communautaire mededingingsrecht ontoereikend zijn om het probleem op te lossen.”<sup>13</sup>*

Ingrijpen op basis van algemeen mededingingsrecht gaat derhalve voor ex ante-regulering, mits dergelijk ingrijpen toereikend is om daadwerkelijke en duurzame mededinging te waarborgen. Dit betekent aan de ene kant dat in principe iedere markt in de elektronische communicatiesector waar zich een probleem voordoet, inclusief een markt die momenteel nog in ontwikkeling is, op enig moment onderworpen kan worden aan ex ante-verplichtingen.<sup>14</sup> Nergens wordt een relatie gelegd met de liberalisering van de sector en de historische voorgrond van een ex-monopolist. Aan de andere kant is ex ante-regulering uitdrukkelijk bedoeld als aanvulling op algemeen mededingingsrecht. Uitsluitend waar het algemene mededingingsrecht geen toereikende remedie biedt voor een bepaald probleem is toepassing van sectorspecifieke regelgeving gerechtvaardigd (in feite: *lex generalis* gaat voor *lex specialis*).

Het nieuwe kader opteert daarmee voor blijvende ex ante-regulering. Het is echter niet zozeer de legitimiteit van deze voorrangsregel die momenteel interessant is (dit lijkt immers een gepasseerd station). Met name de daadwerkelijke invulling daarvan, meer specifiek de kwalificatie van (on)toereikendheid van algemeen mededingingsrecht, zal aanleiding geven tot vragen bij de toepassing van het nieuwe kader.

## De invulling door de Commissie

De Commissie heeft, als nadere uitwerking van deze ‘voorrangsregel’, drie cumulatieve selectiecriteria geformuleerd waaraan moet worden voldaan alvorens een markt aan ex ante regulering kan worden onderworpen. Deze criteria zijn: (i) de aanwezigheid van aanzienlijke en structurele toetredingsbelemmeringen (wij leven per slot van rekening in het post Bronner tijdperk), (ii) de afwezigheid van kenmerken die duiden op een ontwikkeling richting daadwerkelijke mededinging en (iii) de relatieve doeltreffendheid van het mededingingsrecht (bij afwezigheid van regelgeving ex ante) voor het verminderen of verwijderen van dergelijke belemmeringen of voor het herstellen van daadwerkelijke mededinging.<sup>15</sup> De Commissie geeft tevens een nadere invulling aan het derde selectie criterium. Als omstandigheden waarin de toepassing van mededingingsrecht niet zou voldoen noemt de Commissie:

*“situaties waarin het naleven van de vereisten die zijn verbonden met een interventie [...] veelomvattend zijn (bij-*

*voorbeeld de behoefte aan gedetailleerde administratieve verantwoording voor regelgevingsdoeleinden, evaluatie van kosten, controle van bepalingen en voorwaarden inclusief technische parameters) of waarin regelmatige en/of tijdsinterventie onontbeerlijk is, of wanneer het tot stand brengen van rechtszekerheid van het allerhoogste belang is”.*<sup>16</sup>

Bij de geformuleerde selectiecriteria, met name het criterium aangaande de relatieve doeltreffendheid van algemeen mededingingsrecht en de invulling die daaraan wordt gegeven, kunnen de nodige kanttekeningen worden geplaatst.

De eerste kanttekening betreft het feit dat de (on)toereikendheid van het mededingingsrecht aanzienlijk wordt gesubjectieerd. Het gaat volgens de Commissie om de effectiviteit en de snelheid van optreden met behulp van het mededingingsrecht en niet zozeer om de absolute onmogelijkheid. Daarmee staat het criterium bloot aan interpretatie en wordt de invulling ervan mede bepaald door (bijvoorbeeld) de efficiëntie, doortastendheid en doeltreffendheid van de nationale mededingingsautoriteiten. En die kwaliteiten verschillen uiteraard per lidstaat. Bovendien valt niet goed in te zien of, en in hoeverre, toepassing van sectorspecifiek mededingingsrecht in alle gevallen aan genoemde bezwaren tegemoetkomt. Immers, alvorens kan worden overgegaan tot het opleggen van ex ante-verplichtingen zullen eveneens marktafbakeringen en -analyses moeten worden uitgevoerd en zal bovendien moeten worden bepaald wat de meest proportionele oplossing is. En deze exercities, die regelmatig herhaald moeten worden, zijn eveneens tijdrovend en veelomvattend.

De tweede kanttekening betreft de verhouding tussen misbruik en effectiviteit. Bij het opleggen van ex ante-regulering zal in het algemeen niet aangetoond hoeven worden dat daadwerkelijk sprake is van misbruik. Dit komt de “effi-

12 De noodzaak van ex ante-regulering is – onder meer – onderwerp van discussie geweest naar aanleiding van de Mededeling van de Commissie van 1999, in welk document de Commissie de structuur en uitgangspunten van het nieuwe kader introduceerde. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's “Naar een nieuw regelgevingskader voor elektronische communicatie-infrastructuur en bijbehorende diensten. Herziening van de communicatieregulering 1999”, COM/1999/539. Te vinden op [http://europa.eu.int/information\\_society](http://europa.eu.int/information_society). Een overzicht van de commentaren op de Mededeling van de Commissie is te vinden in de mededeling van de Commissie “The results of the public consultation on the 1999 Communication Review and Orientations for the new Regulatory Framework”, COM (2000) 239 final. De review, de commentaren op de Mededeling van de Commissie en de commentaren op de overige concept-documenten, inclusief de concept-Aanbeveling, zijn eveneens op de website van Infoc te vinden.

13 Overwegingen 25 en 27 Kaderrichtlijn.

14 Ten aanzien van nieuwe en opkomende markten, waarin marktmacht aanwezig kan zijn ten gevolge van “first-mover” voordelen, heeft de Commissie wel overwogen dat deze in beginsel niet onderworpen dienen te worden aan ex ante-regulering. Zie overweging 15 van de Aanbeveling.

15 Zie de Aanbeveling, overwegingen 9-16 en p. 10-13 van de Toelichting op de Aanbeveling.

16 Zie p. 13 van de Toelichting op de Aanbeveling.

ciëntie" zeker ten goede.<sup>17</sup> De vraag is echter of dit in alle gevallen ook gerechtvaardigd is. Mogelijk dat mededingingsrecht geen adequate voorziening biedt voor alle imperfecties die in de communicatiesector kunnen bestaan, zoals problemen bij het verkrijgen van toegang tot essentiële faciliteiten of 'bottlenecks'. In die gevallen zou het mededingingsrecht mogelijk "onaanvaardbaar opgerecht"<sup>18</sup> moeten worden om het probleem aan te kunnen pakken. Dat geldt niet noodzakelijkerwijze bij situaties waar toegang wordt verleend maar het gepercipieerde probleem ziet op de prijsstelling van diensten (zoals het geval is voor de in de Aanbeveling genoemde wholesale-markten voor internationale roaming respectievelijk de markten voor gesprekafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken). Ten aanzien van dergelijke problemen is niet evident dat de toe te passen toets anders moet zijn dan onder het mededingingsrecht (omdat het mededingingsrecht anders onaanvaardbaar moet worden opgerecht) en het excessieve karakter van de tarieven (dus) niet aangetoond hoeft te worden.

De derde kanttekening betreft de vraag of alle in de Aanbeveling opgenomen markten inderdaad aan de drie selectiecriteria voldoen. Uit de Toelichting op de Aanbeveling volgt dat de Commissie bij de toetsing aan de selectiecriteria per markt wel een expliciete afweging maakt ten aanzien van de toetredingsdrempels en de natuurlijke tendens naar concurrentie, maar nergens ingaat op de effectiviteit van algemeen mededingingsrecht.<sup>19</sup> Als voorbeeld kan (wederom) gewezen worden op de in de Aanbeveling genoemde nationale wholesale-markt voor internationale roaming via openbare mobiele netwerken. Deze markt is (onder zware politieke druk) in de Aanbeveling opgenomen vanwege de vermeend te hoge roamingtarieven.<sup>20</sup> De Commissie heeft gedurende enkele jaren een sectoronderzoek uitgevoerd naar deze tarieven. In haar Working Document "On the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges" van 13 december 2000 geeft de Commissie aan hoe op grond van artikel 81 of artikel 82 tegen (onder meer) te hoge roaming prijzen zou kunnen worden opgetreden. Ingrijpen op grond van het algemene mededingingsrecht is blijkbaar mogelijk. Bovendien lijkt ingrijpen effectief omdat de 'nadelen' van ingrijpen op basis van het algemeen mededingingsrecht (veelomvattend en langzaam) voor deze markt niet (meer) opgaan.<sup>21</sup> Hetzelfde geldt voor de markt voor gesprekafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken (zie hierna onder "Toepassing door OPTA").

Ten slotte leidt de invulling die de Commissie thans geeft aan het begrip "ontoereikendheid" tot rechtsonzekerheid. Vergelijk in dit verband de discussie omtrent toegang tot mobiele netwerken. De Commissie heeft in de Mededeling van 1999 overwogen of carrierkeuze ook van toepassing moet zijn op multimediadiensten die worden geleverd over UMTS-netwerken. Vooralsnog heeft zij daar geen definitief standpunt over ingenomen. Er is, gezien het voorgaande, geen enkele garantie dat dit punt niet opnieuw zal opspelen bij een van de volgende herzieningen van de Aanbeveling (de eerste herziening is voorzien voor 30 juni 2004). En deze

onzekerheid kan een rem betekenen op de investeringen die gemaakt moeten worden door exploitanten van mobiele netwerken in de uitrol van UMTS-netwerken. En daarmee is de invulling van de Commissie tevens inconsistent met een van de doelstellingen van het nieuwe kader; het aanmoedigen van efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur en het steunen van innovaties.<sup>22</sup>

Samenvattend kan gesteld worden dat de invulling die de Commissie thans geeft aan het begrip "ontoereikendheid" van mededingingsrecht discutabel is. De Commissie hanteert een subjectief criterium, dat aanleiding geeft tot interpretatieverschillen, uitholling van het algemeen mededingingsrecht (omdat daadwerkelijk misbruik niet langer bewezen hoeft te worden), rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Bovendien is onduidelijk of alle in de Aanbeveling opgenomen markten aan de door de Commissie geformuleerde selectiecriteria voldoen.

### Toepassing door OPTA

Uitgaande van de legitimiteit van de door de EG-instellingen gemaakte beleidskeuzes geldt het volgende. De ontoereikendheid van algemeen mededingingsrecht bij de aanpak van een bepaald probleem is een voorwaarde voor ex ante-regulering van een bepaalde markt. Op OPTA rust derhalve de verplichting om zelfstandig te onderzoeken of aan deze voorwaarde is voldaan. Dit onderzoek dient te geschieden in samenwerking met de NMa. In de Toelichting op de Aanbeveling stelt de Commissie expliciet dat de NRI's in overleg dienen te treden met de nationale mededingingsautoriteiten, en rekening moeten houden met het advies van die autoriteiten, bij de beslissing of aanvullende regelgeving geschikt is om een specifieke kwestie aan te pakken, dan wel of de instrumenten van het mededingingsrecht voldoende zijn.

17 Vergelijk in dit verband het artikel van Cramer, De Meij en Stil, genoemd in voetnoot 1. Schrijvers, allen werkzaam of gedetacheerd bij OPTA, menen dat het duidelijk is dat algemeen mededingingsrecht in de huidige ontwikkelingsfase van de markten niet volstaat om effectieve concurrentie te realiseren en te behouden. Dit (uitsluitend) vanwege het ex post karakter en het feit dat naast de aanwezigheid van een dominante positie ook misbruik van deze positie moet worden aangetoond voordat ingegrepen kan worden.

18 Zie Larouche en Lavrijssen, voetnoot 11.

19 Zie, in gelijke zin, Cramer, De Meij en Stil, voetnoot 1.

20 Deze markt was ook niet onderworpen aan het oude regime en er zijn (dus) ook geen overgangsrechtelijke argumenten om deze markt te reguleren. In de Toegangsrichtlijn wordt 'plotseling' overwogen dat het weliswaar de bedoeling is de sectorspecifieke regelgeving ex ante geleidelijk in te krimpen naarmate de concurrentie op de markt zich ontwikkelt, doch dat bij de procedure ook rekening moet worden gehouden met tijdelijke problemen op de markt zoals de problemen in verband met internationale roaming en de mogelijkheid dat als gevolg van de technologische ontwikkeling nieuwe knelpunten ontstaan die weer regelgeving ex ante vereisen.

21 Bovendien kan betwijfeld worden of aan het tweede criterium wordt voldaan. Recentelijk hebben Orange, T-Mobile, Telecom Italia en Téléfonica aangekondigd een samenwerking aan te gaan teneinde een "seamless" Europese dienst aan te bieden in concurrentie met Vodafone. Het probleem van te hoge roamingtarieven lijkt zich derhalve vanzelf op te lossen.

22 Zie artikel 8 Kaderrichtlijn.

OPTA en de NMa zijn daarbij niet gebonden aan de in de Aanbeveling geformuleerde selectiecriteria, meer in het bijzonder het derde criterium en de invulling die daaraan wordt gegeven. Ook het feit dat bepaalde markten zijn opgenomen in de Aanbeveling onttrekt hen niet aan die verplichting. De Aanbeveling bevat immers slechts 'soft law'.<sup>23</sup> Artikel 15 van de Kaderrichtlijn, aan welk artikel de Commissie haar bevoegdheid ontleent tot het opstellen van de Aanbeveling, stelt ook uitdrukkelijk dat in de Aanbeveling de markten worden vermeld waarvan de kenmerken zodanig *kunnen zijn* dat het opleggen van wettelijke verplichtingen gerechtvaardigd *kan zijn*. Bovendien heeft de Commissie, zoals hiervoor reeds gesignaleerd, de betreffende markten niet getoetst op de toereikendheid van algemeen mededingingsrecht.

De Nederlandse wetgever en OPTA lijken dit aspect te negeren. Het wetsvoorstel tot aanpassing van de Telecommunicatiewet aan het nieuwe kader voorziet niet in een dergelijke toetsing.<sup>24</sup> Ook het document waarin OPTA uiteenzet wat haar werkwijze zal zijn ten aanzien van de haar opgedragen taken besteedt aan deze verplichting geen aandacht.<sup>25</sup> Uit informele contacten met OPTA-ambtenaren blijkt voorts dat OPTA (vooralsnog) van oordeel is dat markten die zijn opgenomen in de Aanbeveling automatisch voldoen aan de drie geformuleerde criteria.

Het valt te verwachten dat het punt van de toereikendheid van mededingingsrecht onderwerp van discussie zal zijn in de aanloop naar de (eventuele) besluiten waarbij ex ante verplichtingen worden opgelegd en in de eventuele bezwaren beroepsprocedures. Vergelijk bijvoorbeeld de in de Aanbeveling opgenomen markt voor gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken (de "MTA-markten"). Het 'probleem' op deze markt ziet op de (beweerdelijk) te hoge MTA-tarieven. De NMa doet momenteel onderzoek naar de MTA-tarieven van de diverse mobiele operators. Indien de NMa vaststelt dat de gehanteerde tarieven misbruikelijk hoog zijn (en daarmee de mobiele operators tot een lager niveau dwingt) kan men zich afvragen of het opleggen van ex ante verplichtingen door OPTA (zoals bijvoorbeeld de verplichting tot kostenoriëntatie) nog langer gerechtvaardigd is. Hetzelfde geldt indien de NMa vaststelt dat de tarieven niet excessief zijn (en komt vast te staan dat het gepercipieerde probleem voorafgaande aan de beslissing niet aanwezig is). In dit verband is relevant dat de toets die de NMa lijkt te hanteren bij de vraag of sprake is van excessieve tarieven grote overeenkomsten vertoont met de toets van kostenoriëntatie.<sup>26</sup> Het is derhalve mogelijk dat OPTA uitsluitend bevoegd is indien op enig moment wordt vastgesteld dat het onderzoek van de NMa niet tot resultaat kan leiden. Of OPTA bevoegd zal zijn deze markt te reguleren is derhalve afhankelijk van de uitkomst van het NMa-onderzoek en de interpretatie van ontoereikendheid van het mededingingsrecht. De opmerking van de voorzitter van het College van OPTA in het Financieel Dagblad, dat het termineren van telefoonverkeer op mobiele netwerken tot in lengte van dagen onder regulering zal blijven, lijkt dan ook voorbarig.

## De NRI als bevoegde autoriteit

De keuze voor de NRI's als verantwoordelijke autoriteit voor het toepassen van het nieuwe kader is, gezien de achtergrond van het regelgevingskader en de specifieke marktexpertise bij deze autoriteiten, op het eerste gezicht logisch. Zij hebben in principe de marktkennis om het beste rekening te kunnen houden met de verschillende niveaus van de mededinging en de ontwikkelingen op de elektronische communicatiemarkten in de betreffende lidstaat. De vraag is echter of de NRI's, en dan met name die welke niet reeds beschikken over algemeen mededingingsrechtelijke bevoegdheden, over voldoende expertise en mankracht beschikken om sectorspecifiek mededingingsrecht toe te passen. Het afbakenen van relevante markten, het uitvoeren van prospectieve marktanalyses en het vaststellen van proportionele 'remedies' kan worden vergeleken met de taak van de Commissie en de NMa in het kader van concentratiecontrole, met dat verschil dat voor de NRI elke zaak een potentieel probleemgeval is. Dit is voor een organisatie die niet specifiek op deze taak is ingesteld mogelijk een te zware opgave, hetgeen kan leiden tot onjuiste beoordelingen met het gevaar voor overregulering en rechtsonzekerheid. Bovendien moet de natuurlijke neiging van een NRI naar regulering niet onderschat worden, al was het maar omdat zij zich bij haar besluiten meer door beleidsoverwegingen laat leiden dan nationale mededingingsautoriteiten (die veelal voor een meer objectief juridische benadering kiezen).

De Commissie lijkt dit gevaar te onderkennen. Er zijn op diverse plaatsen waarborgen ingebouwd die een juiste en consistente invulling van het Europese kader moeten garanderen. De Aanbeveling en de Richtsnoeren zijn met name opgesteld om als leidraad te dienen voor de NRI's bij hun taakuitoefening. Daarbij moeten de NRI's elkaar en de Commissie in kennis stellen van ontwerpmaatregelen en moeten zij, indien zij een markt definiëren die afwijkt van de in de aanbeveling genoemde markten, een consultatieprocedure bij de Commissie volgen.<sup>27</sup> Voorts wordt gestreefd naar intensieve samenwerking met andere NRI's, onder meer binnen het kader van de European Regulators Group en de Independent Regulators Group.<sup>28</sup> Deze waarborgen zijn echter niet noodzakelijkerwijze afdoende. De Richtsnoeren geven slechts weer op welke wijze de Commissie tot op heden communicatie-

23 Artikel 15 (3) Kaderrichtlijn stelt weliswaar dat de NRI's zoveel mogelijk rekening houden met de Aanbeveling, maar die 'verplichting' heeft uitsluitend betrekking op de wijze van afbakening van de in de Aanbeveling genoemde productmarkten.

24 Wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen. TK 2002-2003, 28 851.

25 Zie "Project Marktanalyses van start". De tekst zal gepubliceerd worden in de OPTA-uitgave "Connecties" en is te vinden op [www.opta.nl](http://www.opta.nl).

26 Vergelijk bijvoorbeeld de zaak betreffende de tarieven van Casema. Zaaknr. 1793 van 12 juni 2003.

27 Artikel 7 Toegangsrichtlijn.

28 Zie voor (onder meer) het werkprogramma van de ERG: <http://erg.eu.int> en voor de IRG: <http://irgis.anacom.pt>.

markten definieert. Voorts wordt ingegaan op de criteria die de Commissie hanteert teneinde te bepalen of al dan niet sprake is van een (collectieve) machtspositie. De Richtsnoeren – die derhalve veeleer een codificatie zijn van de Commissiepraktijk en in zoverre geen nieuwe inzichten bevatten – vormen uiteraard geen garantie voor een juiste toepassing. Dat is zeker het geval waar de juridische aspecten nog niet volledig zijn uitgekristalliseerd, zoals bij het leerstuk collectieve machtspositie. Bovendien geven de Richtsnoeren, noch enig ander openbaar document, enige *guidance* ten aanzien van de vraag welke verplichtingen passend en evenredig zijn teneinde een geconstateerd probleem op te lossen. Het daadwerkelijke nut van met name de kennisgevingprocedure zal zich moeten bewijzen.<sup>29</sup> Het risico bestaat echter dat de NRI's en de Commissie, gezien ook de werkdruk, onvoldoende prioriteit en aandacht aan deze kennisgevingen zullen geven. Bovendien kunnen zij slechts niet-bindende opmerkingen maken.

De noodzakelijke waarborgen zullen derhalve met name moeten komen van de samenwerking met de betreffende nationale mededingingsautoriteiten. Zij beschikken immers over specifieke mededingingsrechtelijke expertise en zijn tevens op de hoogte van de specifieke marktomstandigheden in de betreffende lidstaat. Het nieuwe kader schrijft overleg en samenwerking tussen de NRI en de nationale mededingingsautoriteit ook voor. De wijze waarop dit zal plaatsvinden wordt overgelaten aan de nationale wetgever.<sup>30</sup> In Nederland wordt de samenwerking tussen OPTA en de NMa geregeld in artikel 18.3 Telecommunicatiewet (op basis waarvan OPTA de d-g NMa om advies kan vragen) en het Samenwerkingsprotocol. In het wetsvoorstel tot aanpassing van de Telecommunicatiewet aan het nieuwe regelgevingskader is geen wijziging van de samenwerking voorzien. Of gedacht wordt aan aanpassing van het Samenwerkingsprotocol is onduidelijk.<sup>31</sup>

### Vertraagde implementatie in Nederland

Het nieuwe regelgevingskader had per 25 juli jl. in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd moeten zijn. Implementatie in Nederland heeft echter ernstige vertraging opgelopen. Het wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet ligt momenteel nog bij de Tweede Kamer en de verwachting is dat de gewijzigde wet in ieder geval niet voor begin 2004 in werking zal treden. Zolang dat nog niet het geval is kan OPTA de aan haar opgedragen taken, meer specifiek het opleggen van ex ante verplichtingen, niet uitvoeren.<sup>32</sup> OPTA is, vanwege de verplichtingen daartoe uit de Kaderrichtlijn, inmiddels wel aangevangen met het uitvoeren van de marktanalyses.<sup>33</sup> Zij voorziet dat de analyses van vrijwel alle markten eerst aan het einde van 2003 zullen zijn afgerond.<sup>34</sup>

Deze planning lijkt echter niet reëel. Voor een goede en evenwichtige marktanalyse is immers informatie van marktpartijen essentieel. Op basis van de huidige regelgeving zijn marktpartijen echter niet verplicht om de marktanalyses door het verschaffen van informatie te verlenen. De medewer-

kingsverplichting van artikel 5:20 Awb strekt zich slechts uit tot vorderingen van een toezichthouder in de uitoefening van zijn bevoegdheden. En de Telecommunicatiewet biedt (vooralsnog) geen grondslag voor het uitvoeren van deze marktanalyses en in het kader daarvan het vorderen van inlichtingen. Partijen die niets hebben te winnen bij een marktanalyse zijn waarschijnlijk minder geneigd om vrijwillig medewerking te verlenen.<sup>35</sup> Bovendien, zodra de marktanalyses zijn afgerond en OPTA haar standpunt heeft bepaald omtrent de (proportionaliteit van de) eventueel op te leggen verplichtingen ex ante, zal een consultatieronde moeten worden gevolgd waarbij alle belanghebbenden opmerkingen kunnen maken.<sup>36</sup>

De verwachting lijkt derhalve gerechtvaardigd dat daadwerkelijke besluiten niet voor medio 2004 zullen worden genomen. Dat is zeer laat en doet ernstig afbreuk aan de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Zo is onduidelijk of en zo ja, onder welke voorwaarden, verplichtingen die onder het oude regime zijn opgelegd nog van kracht zullen zijn na 25 juli 2003.<sup>37</sup> Daarbij dient tevens bedacht te worden dat de eerste herziening van de Aanbeveling is voorzien voor juni 2004 en OPTA verplicht is zo spoedig mogelijk na de herziening (opnieuw) te analyseren of verplichtingen onverkort gehandhaafd moeten blijven en of eventueel nieuw in de

29 Een consultatieprocedure is uitsluitend vereist bij marktafbakening die afwijken van de in de Aanbeveling genoemde productmarkten.

30 Zie voor een beschrijving van de verhouding tussen de NRI's en de NMa's: M.J. Geus en G.J. Zwenne, "Het telecommunicatierecht na 24 juli 2003 en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving", Mediaforum 2002-6.

31 De in het nieuwe kader geïntroduceerde voorrangregel zal overigens ook consequenties moeten hebben voor het Samenwerkingsprotocol. Op basis van het bestaande protocol heeft OPTA immers nog voorrang boven de NMa bij concurrerende bevoegdheden. Onder het nieuwe kader zal, indien mededingingsrecht een toereikende remedie biedt, de NMa voorrang moeten hebben.

32 Zie voor de gevolgen van niet-tijdige omzetting voor de diverse betrokkenen: K. Mortelmans, "Waar bent u op 25 juli 2003?", Mediaforum 2003-5.

33 Artikel 16(1) Kaderrichtlijn schrijft voor dat de NRI's zo spoedig mogelijk na het aannemen van de Aanbeveling (11 februari 2003) de analyse van de diverse relevante markten uitvoeren teneinde te bepalen of onder het oude regime opgelegde verplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of opgeheven.

34 Vergelijk de planning zoals weergegeven in "Project Marktanalyses van start".

35 Getracht is deze bevoegdheidslacune op te vullen door middel van een aanvulling in het wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatie autoriteit in verband met de invoering van een regeling van toegang tot openbare telecommunicatienetwerk bestemd voor het bieden van toegang tot internet en een verduidelijking en een vernieuwing van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken. TK 28 203. Zie met name de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken betreffende de in deze wet opgenomen bevoegdheden om, vooruitlopend op de algehele implementatie van de nieuwe Europese regels, reeds markten te onderzoeken. Brief van 7 april 2003, nr. 12. De behandeling van het wetsvoorstel is eveneens vertraagd.

36 Artikel 6 Kaderrichtlijn.

37 Zie voor de – multi-interpretabele – overgangsbepalingen met name de artikelen 27 Kaderrichtlijn, 7 Toegangsrichtlijn en 16 Universele-dienst-richtlijn.

Aanbeveling opgenomen markten aan regulering ex ante moeten worden onderworpen. Zo beschouwd is de positie van OPTA niet benijdenswaardig.

### Ten slotte

Het nieuwe regelgevingskader voorziet in sectorspecifieke mededingingsregels voor de communicatiesector. Dit wordt gezien als een geschikte aanvulling op het mededingingsrecht in omstandigheden waarin toepassing daarvan niet toereikend is om daadwerkelijke mededinging te garanderen. OPTA heeft echter nog onvoldoende ervaring in het toepassen van mededingingsrechtelijke begrippen en is bovendien bepaald 'reguleringsenthousiast'.<sup>38</sup> Naar verluidt wordt bij de marktanalyses die OPTA momenteel uitvoert in ieder geval samengewerkt met NMa-ambtenaren. Uitsluitend samenwerking lijkt een onvoldoende garantie voor een juiste toepassing van het nieuwe kader. Er dient sprake te zijn van een structurele vorm van samenwerking waardoor niet alleen de complementaire expertise effectief wordt gebundeld maar tevens de eindverantwoordelijkheid omtrent belangrijke (sectorspecifieke) mededingingsrechtelijke beslissingen niet uitsluitend bij het College van de OPTA ligt. Integratie van de OPTA en de NMa zou de mooiste oplossing zijn.<sup>39</sup> Integratie zal echter naar alle waarschijnlijkheid niet op korte termijn geëffectueerd (kunnen) worden.<sup>40</sup> Een alternatief is het verplicht stellen van een bindend advies van de d-g NMa ten aanzien van ontwerp-besluiten van OPTA terzake van het opleggen, handhaven of opheffen van ex ante verplichtingen, en een nauwe vorm van samenwerking bij de voorbereiding daarvan. Daarbij moet tevens worden verdisconteerd dat de d-g NMa zich uitsprekt omtrent de toereikendheid van algemeen mededingingsrecht alvorens het middel van ex ante regelgeving wordt toegepast. Zoals aangegeven voorziet het huidige wetsvoorstel niet in dergelijke verplichtingen. Nu de implementatie van het nieuwe kader in Nederlandse wetgeving is vertraagd bestaat (gelukkig) nog de mogelijkheid dit gebrek te repareren.

38 Zie voor een kritische beschrijving van de wijze waarop OPTA algemeen mededingingsrechtelijke begrippen hanteert: A.T. Ottow en A.S.M.L. Prompers, 'De rol van het mededingingsrecht in de telecommunicatiesector', Mediaforum 2002-1.

39 Ook de OPTA en de NMa zelf opteren voor snelle integratie. Zie het gezamenlijke persbericht van 10 juli 2002 waarin OPTA en NMa vragen om versnelde fusie, [www.nma-org.nl](http://www.nma-org.nl) en [www.opta.nl](http://www.opta.nl).

40 Het feit dat de NMa momenteel nog geen ZBO-status heeft staat daaraan in de weg. Minister Brinkhorst van Economische Zaken heeft hieromtrent nog geen beslissing genomen.

41 De nationale regelgevende instanties mogen zelf beslissen of zij een analyse uitvoeren van de markt voor "voorwaardelijke toegangssystemen voor de omroep van digitale televisie- en radiodiensten", in overeenstemming met artikel 6, lid 3, van de Toegangsrichtlijn. Artikel 6, lid 3, van de Toegangsrichtlijn bepaalt dat de lidstaten hun nationale regelgevende instanties mogen toestaan een analyse uit te voeren van de markt voor voorwaardelijke toegangssystemen voor de omroep van digitale televisie- en radiodiensten, ongeacht het gebruikte transmissiemiddel.

Tabel: Markten vermeld in de Bijlage bij de Aanbeveling<sup>41</sup>

#### Retail

- 1 Toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor particuliere gebruikers
- 2 Toegang tot het openbare telefoonnet op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers
- 3 Openbaar beschikbare lokale en/of nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers
- 4 Openbaar beschikbare internationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor particuliere gebruikers
- 5 Openbaar beschikbare lokale en/of nationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers
- 6 Openbaar beschikbare internationale telefoondiensten geleverd op een vaste locatie voor niet-particuliere gebruikers
- 7 De minimum verzameling van huurlijnen

#### Wholesale

- 8 Gespreksofbouw op het openbare telefoonnetwerk, verzorgd op een vaste locatie
- 9 Gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie
- 10 Gespreksdoorgiftdiensten in het openbare telefoonnetwerk
- 11 Ontbundelende toegang op wholesaleniveau (inclusief gedeelde toegang) tot metalen netten en subnetten, voor het verzorgen van breedband- en spraakdiensten
- 12 Wholesale-breedbandtoegang
- 13 Afgevende segmenten van huurlijnen op wholesale-niveau
- 14 Bundelsegmenten van huurlijnen op wholesale-niveau
- 15 Toegang en gespreksofbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken
- 16 Gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken
- 17 De nationale wholesale-markt voor internationale roaming via openbare mobiele netwerken
- 18 Omroeptransmissiediensten voor het leveren van omroepinhoud aan eindgebruikers