

## Kroniek

Mr. G.P. van Duijvenvoorde

**W**anneer we terugkijken op de recente ontwikkelingen in het Europees telecommunicatiericht in de afgelopen twee jaar dan staat onmiskenbaar de 'Communications Review' of 'ONP Review', de herziening van het Europese regelgevende kader, centraal. Op 14 februari 2002 zijn vier van de vijf nieuwe (harmonisatie)richtlijnen aangenomen; de herziene privacyrichtlijn is nog in behandeling. Na publicatie in het Publicatieblad hebben de lidstaten 15 maanden de tijd om de aangenomen richtlijnen te implementeren in hun nationale telecommunicatiewetgeving. Vooruitlopend op het aannemen van het nieuwe regelgevende kader is sinds begin 2001 al een verordening inzake de toegang tot het aansluitnet 'local loop' in werking getreden. Tevens is een concept voor een algemene 'mededingingsrichtlijn' alsmede een beschikking inzake radiofrequenties gepubliceerd. Deze kroniek staat dan

ook in het teken van deze nieuwe (concept)regelgeving. Daarnaast zal worden ingegaan op een aantal inbreukprocedures - waaronder tegen Nederland - vanwege het niet naleven van de huidige telecommunicatierichtlijnen. Voorts blijkt niet alleen uit het nieuwe regelgevende kader maar ook uit concrete onderzoeken van de Commissie op de mobiele telecommunicatiemarkt de noodzaak van de inzet van de Europese mededingingsregels ter voorkoming van marktverstoringen.

**Het huidige kader**

De vorige kroniek<sup>1</sup> stond in het teken van de liberalisering. Immers, sinds 1998 zijn alle (wettelijke) monopolies op de Europese telecommunicatiemarkt afgeschaft en wordt deze markt gereguleerd door zowel sectorspecifieke regelgeving als de (Europese) mededingingsregels. De basis voor de sectorspecifieke regelgeving wordt gevormd door ruim twintig specifieke richtlijnen, globaal te onderscheiden in liberaliseringsrichtlijnen (gebaseerd op het huidige artikel 86 lid 3) en harmoniseringsrichtlijnen. Van de laatstgenoemde categorie vormen de zogenoemde ONP-richtlijnen een belangrijk onderdeel. Op basis van deze richtlijnen kunnen verplichtingen worden opgelegd aan partijen met aanmerkelijke marktmacht (AMM) op een bepaalde markt zodat de daadwerkelijke concurrentie wordt gewaarborgd. Het huidige regelgevende kader is in de afgelopen periode nauwelijks gewijzigd. Een van de wijzigingen betrof het schrappen van onderdelen van de aanbevelingen over het vaststellen van interconnectietarieven (zoals de *best current practice* voor het vaststellen van de tarieven voor het termineren op het vaste netwerk).<sup>2</sup> De aanleiding hiertoe vormde de daling in interconnectietarieven.<sup>3</sup> Daarnaast publiceerde de Commissie een aanpassing van haar mededeling over de status van spraak op internet in het licht van de dienstenrichtlijn.<sup>4</sup> De markten die de Commissie het meeste zorgen baarden, waren de mobiele markt, de 'local loop' en de huurlijnenmarkt.<sup>5</sup>

Een aantal procedures voor het Hof en het Gerecht werden geïnitieerd op basis van het huidige regelgevende kader. Zij zullen hieronder summier worden vermeld. Vervolgens zal in deze kroniek de bespreking van het nieuwe regelgevende kader aan de orde komen. Daarna wordt de specifieke verordening inzake de 'local loop' besproken alsmede de ontwikkelingen op de mobiele markt. De kroniek wordt afgesloten met een korte vooruitblik.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Zie G.P. van Duijvenvoorde, Kroniek Telecommunicatie, NTER 1996, pp. 279-286.

<sup>2</sup> Aanbeveling van de Commissie van 22 februari 2002, Pb. 2002, L 58, p. 56.

<sup>3</sup> Zie Commission welcomes falling telephone prices, IP/02/301 van 22 februari 2002.

<sup>4</sup> Zie Mededeling van de Commissie. Status van spraak op internet overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en inzonderheid overeenkomstig Richtlijn 90/388/EEG, Pb. 2000, C 369, p. 3.

<sup>5</sup> Zie voor de huurlijnenmarkt het Working Document on the Initial Results of the Leased Lines Sector Inquiry van 8 september 2000 en Commission response to concerns expressed by pan-European operators and users' groups on the provision of leased lines, Memorandum Brussel, 18 december 2001. Zie in het algemeen over deze markten het zevende implementatierapport van de Europese Commissie, Seventh report on the Implementation of the telecommunications regulatory package, Brussel, COM (2001) 706.

<sup>6</sup> In deze kroniek ligt het accent op de regelgeving op het terrein van de telecommunicatie alsmede daaraan gerelateerde jurisprudentie. Voor wat betreft het mededingingsrecht zal dit vooral vanuit het oogpunt van artikel 86<sup>o</sup> 82 worden besproken en blijft bijvoorbeeld de beoordeling van overeenkomsten en het concentratietoezicht in de telecommunicatiesector buiten beschouwing.

## Jurisprudentie

Er zijn diverse inbreukprocedures aanhangig gemaakt in de afgelopen twee jaren. Zij betroffen het niet implementeren van harmonisatie-richtlijnen, zoals de algemene ONP-kaderrichtlijn<sup>7</sup>, de interconnectierichtlijn – voorzover betrekking op de universele dienstverlening –<sup>8</sup>, de ONP-spraakrichtlijn<sup>9</sup>, de vergunningenrichtlijn<sup>10</sup>, de televisierichtlijn<sup>11</sup> en de telecom-privacyrichtlijn<sup>12</sup>. Daarnaast werden ook enkele liberalisatie-richtlijnen niet (tijdig) geïmplementeerd. Zo werd Griekenland veroordeeld wegens de niet-nakoming van de Richtlijn tot liberalisering van de mobiele markt.<sup>13</sup> Portugal – waarvoor een additionele termijn voor omzetting van de liberalisatie-richtlijnen was gegund tot 1 januari 2000 – bleek ten onrechte van dit uitstel gebruik te hebben gemaakt voor de zogenoemde internationale terugbeldiensten ('call back'-diensten). Deze diensten vallen namelijk niet onder de definitie van spraaktelefonie waardoor zij niet profiteren van de verruimde implementatietermijn.<sup>14</sup>

In december 2001 oordeelde het Hof dat het Franse systeem van het omslaan van de kosten voor universele dienstverlening niet in overeenstemming was met zowel de mededingingsrichtlijn als de vergunningen- en interconnectierichtlijn. Onder het Franse recht dienden bijvoorbeeld ook de aanbieders van mobiele telefonie verplicht bij te dragen aan de financiering van de universele dienst (die uitsluitend betrekking heeft op de vaste telefonie).<sup>15</sup>

Een prejudiciële vraag van het Spaanse Tribunal Supremo betrof de vraag of op basis van de interconnectierichtlijn aan een aanbieder met AMM kon worden verplicht om andere marktpartijen toegang te verlenen tot het (lokale) aansluitnet alsmede de plaatselijke (en hogere) schakelcentrales. Aangezien in 2000 de specifieke verordening inzake 'local loop' nog niet was uitgevaardigd, is in diverse landen door met name de voormalige monopolisten – zoals in de onderhavige zaak Telefónica – aangevoerd dat de interconnectierichtlijn

niet zou zien op dergelijke toegang tot het aansluitnet. Het Hof bevestigde evenwel dat lidstaten wel op basis van deze richtlijn voorwaarden voor het verlenen van toegang tot het aansluitnet mogen opleggen aan aanbieders met AMM.<sup>16</sup>

Als laatste – en meest recente – uitspraak van het Hof wordt vermeld het arrest van het Gerecht over de aan de tweede mobiele GSM operator in Oostenrijk (max.mobil Telecommunication Service) te betalen vergoedingen voor het gebruik van de GSM-licenties.<sup>17</sup> Deze vergoedingen waren even hoog als de door Mobilkom (de voormalige monopolist) opgelegde vergoedingen. Max.mobil had de Commissie tevergeefs verzocht om – in lijn van vergelijkbare procedures in Italië en Spanje – op te treden op basis van artikel 86 lid 3 (het voormalige artikel 90 lid 3). Het Hof oordeelde evenwel dat het feit dat Mobilkom dezelfde vergoedingen voor de licentie moest betalen als max.mobil, hetgeen nog niet betekent dat Mobilkom tot misbruik van haar machtspositie is aangezet. Hierin verschilt deze Oostenrijkse zaak van de Italiaanse en Spaanse GSM-zaken waar nieuwe markttoetreders een hogere vergoeding moesten betalen dan de bestaande exploitanten en op basis daarvan wel schending van artikel 86 lid 3 jº 82 werd aangenomen.

## Het nieuwe regelgevende kader

De eerste voorstellen voor een nieuw regelgevend kader verschenen in het najaar van 1999. De Europese Commissie publiceerde toen een mededeling over de zogenoemde '1999 Communications Review' of 'ONP Review'.<sup>18</sup> Naar aanleiding van de in het najaar gehouden consultatie in de markt publiceerde de Commissie in het voorjaar van 2000 werkdocumenten waarin de contouren van vijf nieuwe richtlijnen werden gepresenteerd. De contouren werden samengevat in een eerdere bijdrage in dit tijdschrift.<sup>19</sup> De Commissie stond voor om de huidige twintig richtlijnen te vervangen door de vol-

<sup>7</sup> HvJ EG C-422/99, 30 november 2000, Commissie/Italië, Jur. 2000, p. I-10651 (Richtlijn 97/15/EG).

<sup>8</sup> HvJ EG C-384/99, 30 november 2000, Commissie/Belgie, Jur. 2000, p. I-1063 (Richtlijn 97/33/EG).

<sup>9</sup> HvJ EG C-423/99, 7 december 2000, Commissie/Italië, Jur. 2000, p. I-11167 (Richtlijn 98/10/EG). Een procedure tegen Italië met betrekking tot het niet nakomen van haar verplichtingen tot herbalanceren van de telecommunicatietarieven werd opgeschort na maatregelen door de Italiaanse overheid, zie IP/00/1523, 21 december 2000.

<sup>10</sup> HvJ EG C-448/99, 18 januari 2001, Commissie/Luxemburg, Jur. 2001, p. I-00607 (Richtlijn 97/13/EG).

<sup>11</sup> HvJ EG C-319/99, 23 november 2001 Commissie/Frankrijk, Jur. 2000, p. I-10439 (Richtlijn 95/47/EG).

<sup>12</sup> HvJ EG C-151/00, 18 januari 2001, Commissie/Frankrijk, Jur. 2001, p. I-00625 (Richtlijn 97/33/EG).

<sup>13</sup> HvJ EG, gevoegde zaken C-396/99 en C-397/99, 16 oktober 2001, Helense Republiek/Commissie, Jur. 2001, p. I-07577. (Richtlijnen 90/388/EEG en 96/2/EG).

<sup>14</sup> HvJ EG C-429/99, 16 oktober 2001, Portugal/Commissie, Jur. 2001, p. I-07605 (Richtlijnen 90/388/EEG en 96/19/EG).

<sup>15</sup> Evenmin voldeed het systeem aan de eisen van transparantie en was de onderbouwing van de kosten onvoldoende. HvJ EG C-146/00, 6 december 2001, Commissie/Frankrijk, n.n.g. (Richtlijn 90/388/EEG, 96/19/EG en 97/33/EG).

<sup>16</sup> HvJ EG C-79/00, 13 december 2001, Telefónica de España/Administración General del Estado, n.n.g. (Richtlijn 97/33/EG). Een procedure over de herbalanceren van tarieven (onder andere de Telefonica's tarieven voor ontbundelde lijnen, namelijk hoge wholesaletarieven en lage retailtarieven) is evenwel nog aanhangig, zie IP/01/1898 van 21 december 2001.

<sup>17</sup> GvEA 30 januari 2002, T-54/99, Max.mobil Telekommunikation Service GmbH/Commissie, n.n.g. Naast de genoemde materiële vraag speelde de vraag in hoeverre een individuele onderneming ontvankelijk is wanneer de Commissie besluit niet op te treden op basis van artikel 86. Het Gerecht oordeelde dat max.mobil wel ontvankelijk was. Zie verder voor de Italiaanse GSM-zaak, Beschikking 95/489/EG van 4 oktober 1995, Pb. 1995, L 280, p. 49 en voor de Spaanse GSM-zaak, Beschikking 97/181/EG van 18 december 1996, Pb. 1997, L 76, p. 19.

<sup>18</sup> Zie Mededeling van de Commissie en 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 communicatieregelgeving 1999, COM (1999) 539.

<sup>19</sup> Zie eveneens de rapportage eerder in dit tijdschrift, G.P. van Duijvenvoorde, Herziening van de telecommunicatieregelgeving (de 'Review'), NTER 2000, pp. 157-161.

gende vijf richtlijnen: (1) een algemene kaderrichtlijn<sup>20</sup>, (2) een vergunningenrichtlijn<sup>21</sup>, (3) een toegangsrichtlijn<sup>22</sup>, (4) een richtlijn universele dienstverlening<sup>23</sup> en (5) een privacyrichtlijn<sup>24</sup>. De eerste vier conceptrichtlijnen zijn op 14 februari 2002 aangenomen.<sup>25</sup> Daarnaast werd een beschikking over het frequentiebeleid uitgewerkt. Het verloop van de behandeling van deze richtlijnen is mooi te volgen op een daartoe ingerichte website van de Commissie [www.europa.eu.int/information\\_society](http://www.europa.eu.int/information_society). Hieronder zullen de belangrijkste aspecten uit de nieuwe richtlijnen worden belicht. Met name zal aandacht worden besteed aan de reikwijdte en de systematiek.

### De reikwijdte: elektronische communicatie

De reikwijdte van het nieuwe regelgevend kader is zeer ruim: het kernbegrip is de elektronische communicatie. De invulling van deze term dient zoveel mogelijk technologieneutraal te zijn. Dit wordt weerspiegeld in de definitie van een elektronische communicatiedienst. Het betreft hier een dienst die normaliter tegen vergoeding wordt aangeboden en die geheel of gedeeltelijk bestaat uit het routen van signalen via een elektronisch communicatienetwerk. Een dergelijk elektronisch communicatienetwerk is bijvoorbeeld een mobiel netwerk, een satellietnetwerk of een kabeltelevisienetwerk.<sup>26</sup> De

inhoud van een bericht (de zogenaamde 'content') valt niet onder deze definitie. Het gaat hierbij om bijvoorbeeld televisieprogramma's, financiële diensten en bepaalde diensten van de informatiemaatschappij, zoals de inhoud van een website.<sup>27</sup> Tijdens de behandeling van, met name, de Kaderrichtlijn is de afbakening van deze inhoud met de dienst van elektronische communicatie uitvoerig aan de orde gekomen. Niettemin blijkt ook uit de definitieve tekst dat een strikte afbakening niet valt te maken. Wanneer bijvoorbeeld een internet provider ('ISP') zowel toegang tot internet biedt als ook de inhoud van haar website redigeert dan is het nieuwe kader niet van toepassing op deze laatste dienst.<sup>28</sup> Een ander opmerkelijk aspect is de grote aandacht voor de interfaces en het bevorderen van interoperabiliteit. Zowel de elektronische programmagidsen ('EPG') als specifieke interfacesoftware (de zogenoemde 'Application Programm Interface' of API) worden als belangrijke interfaces gedefinieerd. Door middel van open API's dient de toegang tot digitale interactieve televisieplatforms te worden gewaarborgd.<sup>29</sup> Overigens kan men zich bij het opnemen van deze specifieke regelingen afvragen of dit niet op gespannen voet kan komen te staan met het beginsel van techniekneutrale regelgeving. Het risico bestaat immers dat de specifieke regeling voor deze interfaces te veel aanhaakt bij de huidige stand van de techniek.

### De positie van de nationale toezichthouders

Met de nieuwe richtlijnen wordt beoogd het toezicht zo dicht mogelijk bij de markt te laten plaatsvinden. Dit betekent dat de nationale toezichthouders een belangrijke rol vervullen maar ook dat om toch zoveel mogelijk een eenduidig Europees telecommunicatiebeleid vorm te geven de nationale toezichthouders dienen te overleggen en hun maatregelen af te stemmen met zowel de Europese Commissie als met andere nationale toezichthouders. Voorop staat dat deze nationale toezichthouders, in de richtlijnen aangeduid als 'National Regulatory Authorities' of NRA's, onafhankelijk dienen te zijn. Nationale toezichthouders zijn verplicht om informatie uit te wisselen (met inachtneming van de vertrouwelijkheid). Voorts dienen de nationale toezichthouders de markt te consulteren voorafgaand aan de door hen te nemen maatregelen. Een verplichte consultatie met andere toezichthouders en/of de Europese Commissie geldt in ieder geval bij bijvoorbeeld de vaststelling van interconnectie- of retailtarieven die de handel tussen de lidstaten beïnvloedt. Tevens geldt dat een nationale toezichthouder geen maatregel mag nemen zonder hierbij een additionele wachtperiode van twee maanden in acht te nemen bij maatregelen die betreffen het afbakenen van de relevante markt (op een andere wijze dan in de richtsnoeren is vermeld) alsmede de aanwijzing van een partij met AMM.<sup>30</sup> Voorts geldt dat de nationale toezichthouders een verplichte termijn waarbinnen geschillen dienen te worden afgehandeld (maximaal vier maanden) in acht dienen te nemen. Op basis van bovenstaande verplichtingen tot afstemming zal een nationale toezichthouder, zoals OPTA in Nederland, aanzienlijk worden beperkt in het zelfstandig afgeven van besluiten.

### Aanmerkelijke marktmacht en bepalen relevante markt

Een andere belangrijke wijziging ten opzichte van het huidige regelgevende kader is de definitie van AMM. De invulling van deze term sluit aan bij de invulling van het begrip machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag. Het betreft hierbij de omstandigheid dat een onderneming (alleen of gezamenlijk met andere ondernemingen) in de positie is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten,

<sup>20</sup> Directive of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), 4 februari 2002 (2000/0184 COD). De zogeheten Kaderrichtlijn is inmiddels gepubliceerd in Pb. 2002, L 108, p. 33 (red.).

<sup>21</sup> Directive of the European Parliament and of the Council on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive), 4 februari 2002 (2000/0188 COD). De zogeheten Machtigingsrichtlijn is inmiddels gepubliceerd in Pb. 2002, L 108, p. 21 (red.).

<sup>22</sup> Directive of the European Parliament and of the Council on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), 4 februari 2002 (2000/0186 COD). De zogeheten Toegangsrichtlijn is inmiddels gepubliceerd in Pb. 2002, L 108, p. 7 (red.).

<sup>23</sup> Directive of the European Parliament and of the Council on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive), 4 februari 2002 (2000/0183 COD). De zogeheten Universeledienstrichtlijn is inmiddels gepubliceerd in Pb. 2002, L 108, p. 51.

<sup>24</sup> De Privacyrichtlijn is nog niet aangenomen, zie de mededeling van de Commissie over het gemeenschappelijk standpunt (eerste lezing), SEC(2002) 124 def., 30 januari 2002, 2000/0189 (COD).

<sup>25</sup> Telecoms package will bring better deal for consumers, IP/02/259, 14 februari 2002.

<sup>26</sup> De definitie is te vinden in artikel 2 sub a en c van de Kaderrichtlijn.

<sup>27</sup> Zie Kaderrichtlijn, r.o. 5 en 10.

<sup>28</sup> Bij dergelijke gecombineerde diensten dient te worden nagegaan wat het overheersende karakter is van de dienst: zijn de diensten niet duidelijk te onderscheiden en is de transmissie overheersend dan kan het nieuwe kader wel van toepassing zijn, zie Kaderrichtlijn, r.o. 10.

<sup>29</sup> Zie Kaderrichtlijn, r.o. 31.

<sup>30</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 7 lid 3 (de verplichte periode van een maand om andere toezichthouders en de Commissie te informeren) j<sup>o</sup> Artikel 7 lid 4 (de additionele periode van 2 maanden).

afnemers en consumenten te gedragen.<sup>31</sup> Overigens kan indien een onderneming over AMM beschikt op een bepaalde markt, ook worden aangenomen dat AMM bestaat op een markt die nauw verwant is met eerstgenoemde markt indien dit tot versterking van de marktpositie leidt.<sup>32</sup> Het staat een toezichthouder niet vrij om zelf de markten af te bakenen. De toezichthouder dient hierbij de aanbeveling van de Europese Commissie over relevante product- en dienstenmarkten te volgen.<sup>33</sup> Inmiddels circuleert een niet-officiële versie van een dergelijke aanbeveling met zeer gedetailleerde (en enge) marktabakeningen. Daarnaast zal de Europese Commissie richtsnoeren uitvaardigen over marktanalyses en het bepalen van AMM in overeenstemming met het mededingingsrecht.<sup>34</sup> In een werkdocument – gebaseerd op de eerste voorstellen van de nieuwe richtlijnen – heeft de Commissie inmiddels uitgebreid aangegeven welke onderwerpen in deze richtsnoeren aan de orde komen.<sup>35</sup> Zo spoedig mogelijk na het aannemen van deze richtsnoeren dienen de toezichthouders in samenwerking met de nationale mededingingsautoriteiten de relevante marktanalyse uit te voeren. Ook bij het opleggen of opheffen van verplichtingen dient een dergelijke marktanalyse te worden uitgevoerd, met name om te bepalen of de relevante markt effectief concurrerend (*effectively competitive*) is.<sup>36</sup> Wanneer er geen effectieve concurrentie is op de markt kan een toezichthouder partijen met aanmerkelijk marktmacht aanwijzen en verplichtingen aan deze partijen opleggen (dan wel reeds aan partijen met AMM opgelegde verplichtingen handhaven).<sup>37</sup> Wanneer de Commissie heeft bepaald dat een markt transnationaal is dan dienen de toezichthouders die toezicht houden op deze markten gezamenlijk een marktanalyse uit te voeren.<sup>38</sup>

Slechts een zeer beperkt aantal verplichtingen mag worden opgelegd zonder dat sprake is van AMM. Het betreft hierbij – zoals eveneens onder de huidige regelgeving het geval is – de verplichting tot interconnectie om *end-to-end connectivity* te waarborgen.<sup>39</sup> Voorts dient de toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen te worden gewaarborgd.<sup>40</sup> Daarnaast mogen verplichtingen worden opgelegd inzake co-locatie en het delen van faciliteiten (zoals kabelgoten en masten) en boekhoudkundige voorschriften indien de ondernemingen in andere sectoren over bijzondere of uitsluitende rechten beschikken.<sup>41</sup> Andere uitzonderingen zien op de specifieke voorschriften die aan een vergunning voor het gebruik van radiofrequenties of nummers mogen worden verbonden<sup>42</sup> alsmede voor bepaalde verplichtingen onder de Richtlijn Universele Dienstverlening (zoals ten aanzien van de Europese toegangscode 00) en verplichtingen onder de privacyrichtlijn.<sup>43</sup>

### Specifiek 'overgangsrecht'

De richtlijnen kennen een specifieke overgangsregeling voor reeds aan marktpartijen opgelegde verplichtingen. Het gaat hier om bijvoorbeeld de verplichtingen die zijn opgelegd aan marktpartijen onder de huidige Interconnectierichtlijn, de Richtlijn Universele Dienstverlening of de Huurlijnenrichtlijn. Zij zien bijvoorbeeld op de regulering van *'retailtarieven'*, *carrier(pre) selection* of huurlijnen. Iedere lidstaat dient zo spoedig mogelijk na de inwerkingtreding van de Toegangsrichtlijn de markten – in overeenstemming met de in bovenstaande paragraaf beschreven richtsnoeren en aanbevelingen – te analyseren en te bepalen of de verplichtingen dienen te worden gehandhaafd, opgeheven of gewijzigd. Uitgangspunt geldt ook hierbij dat slechts verplichtingen mogen worden opgelegd indien er geen sprake is van effectieve concurrentie.

### Toegang

Een belangrijk kenmerk van het nieuwe regelgevende kader is de zeer ruime regeling omtrent toegang. Toegang omvat iedere vorm van het beschikbaar stellen van faciliteiten of diensten, al dan niet op exclusieve basis, ten behoeve van het aanbieden van elektronische communicatiediensten. Het betreft de aansluiting van apparatuur, toegang tot de 'local loop', toegang tot (mobiele) netwerken en toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen of virtuele netwerk-diensten.<sup>44</sup> Is een onderneming aangewezen als partij met AMM dan kunnen diverse verplichtingen uit de Toegangsrichtlijn worden opgelegd, zoals ten aanzien van transparantie en het publiceren van informatie, non-discriminatie, boekhoudkundige scheiding en de toegang tot specifieke netwerkelementen en aanverwante faciliteiten.<sup>45</sup> Bij deze laatste categorie dient bijvoorbeeld te worden gedacht aan toegang tot technische interfaces, toegang tot de 'local loop' (zie ook hierna) en toegang tot kabelgoten, gebouwen en antennemasten. Daarnaast kunnen allerlei verplichtingen inzake prijzen en kosten-toerekening worden opgelegd wanneer blijkt dat er bij gebreke van effectieve concurrentie excessief hoge prijzen worden gehanteerd of juist het tegenovergestelde, namelijk een zogenaamde 'prize squeeze'.<sup>46</sup> Als randvoorwaarde voor een dergelijk ingrijpen geldt dat de investeringen van de operator in aanmerking moet worden genomen zodat een redelijk 'rate of return' kan worden gerealiseerd. Wil een lidstaat verplichtingen opleggen aan een partij met AMM zonder dat deze verplichtingen zijn genoemd in de Toegangsrichtlijn, dan kan dit slechts in uitzonderlijke omstandigheden nadat hiertoe toestemming van de Europese Commissie is verleend.<sup>47</sup> Overigens geldt dat iedere verplichting overeenkomstig het proportionaliteitsbeginsel moet worden opgelegd.<sup>48</sup>

<sup>31</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 14, lid 2.

<sup>32</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 14, lid 3.

<sup>33</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 15, lid 1. De aanbeveling dient de punten te volgen in Annex I van de richtlijn.

<sup>34</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 15, lid 2.

<sup>35</sup> Werkdocument van de Commissie betreffende het voorstel voor een nieuw regelgevingskader inzake elektronische communicatienetwerken en -diensten. De richtsnoeren voor de marktanalyse en de berekening van aanzienlijke marktmacht, COM (2001) 175 def. van 28 maart 2001.

<sup>36</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 16 lid 2.

<sup>37</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 14 lid 4.

<sup>38</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 16 lid 5.

<sup>39</sup> Zie Toegangsrichtlijn, artikel 5 sub a.

<sup>40</sup> Zie Toegangsrichtlijn, artikel 5 sub b.

<sup>41</sup> Zie Kaderrichtlijn, artikel 12 en 13 j° Artikel 8 lid 3 tweede gedachtestreepje.

<sup>42</sup> Zie Machtigingrichtlijn, artikel 6 lid 1 j° Artikel 8 lid 3 tweede gedachtestreepje.

<sup>43</sup> Zie Richtlijn Universele Dienstverlening, artikelen 27, 28 en 30 en Privacyrichtlijn 97/66/EG (Pb. 1998, L 24, p. 1) j° Artikel 8 lid 3 tweede gedachtestreepje.

<sup>44</sup> Zie Toegangsrichtlijn, artikel 2 onder a.

<sup>45</sup> Zie Toegangsrichtlijn, artikel 9-12.

<sup>46</sup> Zie Toegangsrichtlijn, artikel 13.

<sup>47</sup> Zie Toegangsrichtlijn, artikel 8 lid 3.

<sup>48</sup> Zie Toegangsrichtlijn, artikel 8 lid 4.

## Privacy

De behandeling van de conceptprivacyrichtlijn heeft zodanige vertraging opgelopen dat deze richtlijn niet met de andere richtlijnen kon worden aangenomen. Op het moment van schrijven heeft de eerste lezing plaatsgevonden. De vertraging in behandeling van deze richtlijn is niet alleen te wijten aan het '11 september-effect' maar ook aan de discussie die is gaan woeden over 'cookies' en ongevraagde communicatie. De verruiming van het nieuwe Europese kader tot elektronische communicatie heeft tot gevolg dat internet en e-mailverkeer ook onder de werking van de privacyrichtlijn gaat vallen. Dit betekent dat aan de huidige onzekerheid – namelijk of deze vormen van communicatie wel onder de privacyrichtlijn valt – een einde zal komen. Ongevraagde e-mail kan dan ook in principe niet meer zonder toestemming van de (internet)abonnee worden toegestuurd. Ook zal de internetgebruiker zich moeten kunnen verzetten tegen de opname van cookies. Naast de uitbreiding tot internet voorziet de nieuwe conceptprivacyrichtlijn ook in een regeling over de locatiebepaling (bijvoorbeeld van mobiele telefoons). Het is thans nog niet duidelijk hoe de richtlijn er precies uit gaat zien.

## Een nieuwe mededingingsrichtlijn

Omdat de bestaande liberalisatierichtlijnen verbrokkeld zijn aangezien zij voor een belangrijk deel per geliberaliseerde markt werden opgesteld, is een conceptmededingingsrichtlijn gepubliceerd.<sup>49</sup> De richtlijn omvat de mededinging op alle markten voor elektronische

communicatiediensten. De onderwerpen die in de conceptrichtlijn zijn opgenomen komen vrijwel alle reeds voor in de huidige mededingingsrichtlijnen.

## Mobiele communicatie: frequenties en tarieven

Om het Europees beleid inzake de uitgifte van frequenties en de daaraan verbonden voorschriften te bevorderen, wordt een beschikking van het Europees Parlement en de Raad voorbereid inzake een regelgevingkader voor het radiospectrumbeleid.<sup>50</sup> De Commissie zal worden bijgestaan door een *Radio Spectrum Committee*, onder andere bij het vaststellen van maatregelen om geharmoniseerde voorwaarden voor het beschikbaar stellen en het efficiënt gebruik van het radiospectrum. Lidstaten worden verplicht om informatie over, onder andere, de door hen gestelde voorwaarden voor het gebruik van het radiospectrum te publiceren. Naast deze conceptregelgeving publiceerde de Commissie een mededeling over de invoering van mobiele communicatie van de derde generatie (3G) in de Europese Unie.<sup>51</sup> In dit document beschrijft de Commissie, onder andere, de toewijzing van de frequenties voor UMTS in de verschillende lidstaten. Tevens geeft de Commissie hierin aan dat het gezien de grote investeringen mogelijk moet zijn voor de verschillende operators om gedeeld gebruik te maken van de netwerkinfrastructuur. Wel wordt hierbij de voorwaarde gesteld dat dergelijke samenwerking verenigbaar dient te zijn met het mededingingsrecht.<sup>52</sup> Het mededingingsrecht wordt overigens niet alleen op dit terrein ingezet. Zo zijn de *roaming*-tarieven die worden gehanteerd om bijvoorbeeld internationaal telefoneren mogelijk te maken voorwerp van onderzoek van de Commissie.<sup>53</sup> Zeer recent heeft de Commissie aangekondigd dat zij een onderzoek is gestart naar de tarieven die KPN hanteert voor het afwikkelen van telefoonverkeer op haar netwerk (de zogenoemde mobiele *terminating*-tarieven).<sup>54</sup> De Commissie geeft aan dat zij het verstrekken van *terminating access*-diensten op het openbare mobiele telecommunicatienetwerk van KPN Mobile als een afzonderlijke product/dienstenmarkt beschouwt en dat KPN Mobile op deze markt een machtspositie inneemt. Het misbruik zou bestaan uit, onder andere, de discriminatie door KPN Mobile, ten gunste van KPN Telecom en de weigering van KPN Mobile om directe interconnectieovereenkomsten met andere marktpartijen te sluiten.<sup>55</sup>

## De local loop

Al in een vroegtijdig stadium is besloten om voor wat betreft de regels over de toegang tot het aansluitnetwerk (het netwerk van huis tot aan de lokale centrale ofwel de *local loop*) tot een versnelde behandeling over te gaan. Dit betekent dat vooruitlopend op het aannemen van het nieuwe regelgevend kader een verordening is uitgevaardigd om de ontbundelde toegang tot het (koperen) aansluitnetwerk te waarborgen.<sup>56</sup> Partijen met AMM zijn sedert begin januari 2001 verplicht om de toegang tot het koperen aansluitnet te waarborgen. Achtergrond van deze specifieke verordening is dat ondanks het feit dat alhoewel dit aansluitnet is geliberaliseerd in de zin dat iedere marktpartij gerechtigd is om zelf de *local loop* aan te leggen in de praktijk geen concurrentie op dit marktsegment plaatsvindt. Toegang tot het lokale aansluitnet is van belang voor onder andere het aanbieden van snelle internetdiensten, zoals *xDSL*. Een beperking van de toegang tot dit aansluitnet zal dan ook de ontwikkeling van *e-commerce* kunnen beperken. Vanuit deze achtergrond is via het aan-

<sup>49</sup> Zie Bekendmaking van de Commissie. Ontwerp van richtlijn van de Commissie betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatiediensten, Pb. 2001 C 96, p. 2.

<sup>50</sup> De niet-officiële versie van de geconsolideerde tekst werd op 12 december 2001 gepubliceerd, zie tevens het voorstel COM(2001) 524 def. van 18 september 2001.

<sup>51</sup> Zie Mededeling. De invoering van mobiele communicatie van de derde generatie (3G) in de Europese Unie: Stand van zaken en de weg vooruit, COM(2001) 141 def. van 20 maart 2001.

<sup>52</sup> In dit licht hebben de NMa, OPTA en het ministerie van V&W een notitie gepubliceerd over de gezamenlijke aanleg en gebruik van UMTS-netwerkonderdelen, 26 september 2001 (zie [www.nma-org.nl](http://www.nma-org.nl)).

<sup>53</sup> Zie voor een rapportage van de Commissie. Working Document on the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges, 13 december 2000. Zie eveneens Statement on inquiry regarding mobile roaming, MEMO/01/262, 11 juli 2001.

<sup>54</sup> Commissie verdenkt KPN ervan misbruik te maken van haar machtspositie bij de afwikkeling van gesprekken op haar mobiele netwerk, IP/02/483, 27 maart 2002.

<sup>55</sup> In plaats hiervan wikkelt KPN Mobile – evenals de andere mobiele operators in Nederland – het mobiele termineringsverkeer altijd af via het vaste netwerk van KPN Telecom. Zie over de mobiele terminating tarieven op de Nederlandse markt eveneens de Beleidsregels van OPTA inzake de regulering van mobiele terminating tarieven, OPTA/IBT/2002/2200802, 28 maart 2002. Op basis van deze beleidsregels dienen de mobiele operators stapsgewijs hun mobiele-terminatingtarieven te verlagen.

<sup>56</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, p. 4. Zie voor een bespreking van deze verordening G.P. van Duijvenvoorde, Ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, NTER 2001, pp. 9-12.

nemen van de verordening het aansluitnet versneld opengesteld.

Overigens had OPTA in Nederland al met behulp van de regels inzake 'bijzondere toegang' aangegeven dat er reeds op basis van de Telecommunicatiewet een verplichting bestond voor KPN om deren toegang te verlenen tot, onder andere, de nummercentrales van KPN.<sup>57</sup> Ook had de Commissie zelf al een aanbeveling uitgevaardigd inzake de ontbundelde toegang tot het aansluitnet.<sup>58</sup> Ondanks deze maatregelen bleek dat de concurrentie op deze markt niet op gang was gekomen zodat een snelle en meer ingrijpende maatregel was vereist. Met de verordening wordt de toegang tot het aansluitnet (op een door de afnemer te wensen wijze, dus zowel volledige toegang als gedeelde toegang) alsmede het leveren van collocatie en bijbehorende faciliteiten, door een aanbieder met AMM gewaarborgd. Deze aanbieder dient een referentieaanbod te publiceren. Tevens mag een toezichthouder aan de aanbieder met AMM opleggen dat ontbundelde toegang en bijbehorende tegen kostengeoriënteerde tarieven dient te geschieden, tenzij de toezichthouder vaststelt dat de lokale toegangsmarkt in voldoende mate concurrerend is. Overigens geldt onder deze verordening nog het 'huidige' AMM begrip welke inhoudt een marktpositie van ten minste 25 procent (uitzonderingen daargelaten). In Nederland is de verordening sinds 5 oktober 2001 geïmplementeerd in artikel 6.10 Tw.<sup>59</sup> Niettemin voldoet Nederland – tezamen met vier andere lidstaten – nog steeds niet aan de verordening. Zo heeft Nederland onvoldoende maatregelen genomen om ervoor te zorgen dat het referentieaanbod van KPN (dat wil zeggen de standaardvoorwaarden die KPN dient te hanteren) voldoende ontbundeld is. Dit betekent bijvoorbeeld dat onvoldoende is gewaarborgd dat indien andere marktpartijen toegang verzoeken tot het aansluitnet zij niet behoeven te betalen voor overbodige netwerkfaciliteiten.<sup>60</sup>

### Implicaties voor de Nederlandse praktijk

In de afgelopen periode heeft de Tw enige aanpassingen ten gevolge van Europese regelgeving ondergaan, zoals de implementatie van de hierboven beschreven verordening 'local loop' en enkele andere Europese richtlijnen, zoals ten aanzien van digitale televisie.<sup>61</sup> Tevens zal op basis van de implementatie van de Richtlijn elektronische handtekening de Tw worden aangepast, onder andere doordat de certificatie dienstverleners – die certificaten in verband met de elektronische handtekening uitgeven – onder het toezicht van OPTA worden geplaatst.<sup>62</sup> Van groot belang is voorts het nieuwe wetsvoorstel inzake internettoegang.<sup>63</sup> In dit wetsvoorstel wordt de toegang van ISP's tot de infrastructuur – inclusief de kabeltelevisienetten – gewaarborgd. De Nederlandse wetgever loopt hiermee vooruit op het brede toegangsbegrip uit de Toegangsrichtlijn. De wetgever stelt hierbij voor de nieuwe definitie van aanmerkelijke marktmacht in het nieuwe regelgevende kader te hanteren. Verwarrend hierbij is echter dat in het voorstel wordt aangehaakt bij het nieuwe AMM-begrip terwijl de overige bepalingen in de Tw, waaronder de implementatie van de ontbundelde toegang tot het aansluitnet, uitgaat van het 'oude' AMM-begrip. Hierdoor ontstaat de situatie dat bijvoorbeeld wanneer een ISP toegang tot de aansluitlijn vraagt (om ADSL diensten aan te bieden) een partij met AMM van 25 procent deze toegang dient te verlenen terwijl voor andere vormen van toegang – bijvoorbeeld tot een kabeltelevisienetwerk – het aanmerkelijke-marktmachtbegrip uit het mededingingsrecht wordt gehanteerd (welke in het algemeen een marktaandeel van ten minste 50 procent vereist).<sup>64</sup> Hopelijk zal bij de behandeling van het wetsvoorstel meer duidelijk worden over de afstemming tussen de verschillende bepalingen.<sup>65</sup> Eveneens zal deze uitwerking tot een aanpassing van de richtsnoeren aanwijzing aanmerkelijke macht op de markt noodzakelijk moeten leiden. Hopelijk zal met hiervoor genoemde ad hoc aanpassingen de systematiek van de Tw niet te veel worden aangetast zodat interpretatieproblemen beperkt blijven.

<sup>57</sup> Zie hiertoe de besluiten van OPTA inzake BabyXL, Versapoint en Eager Telecom (te vinden op [www.opta.nl](http://www.opta.nl)). Zie eveneens de richtsnoeren van OPTA inzake ontbundelde toegang tot de aansluitlijn ('MDF-access'), 12 maart 1999/OPTA/1/99/1443 en de Aanpassing van deze richtsnoeren, OPTA/1/99/7938, Stcr. 1999, nr. 215, p. 10. Eveneens publiceerde OPTA Richtsnoeren over collocatie en eenmalige kosten met betrekking tot toegang tot de aansluitlijn op 20 december 2000 (OPTA/IBT/2000/203357), Stcr. 21 december 2000, nr. 248, p. 22.

<sup>58</sup> Zie Aanbeveling 2000/417/EG van de Commissie van 25 mei 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet, Pb. 2000 L 156, p. 144. De bevoegdheid van de Commissie om op basis van de Interconnectie-richtlijn op te treden werd bevestigd door het Hof van Justitie, HvJ C-79/00, 13 december 2001, nog niet gepubliceerd (zie ook hierboven onder jurisprudentie).

<sup>59</sup> Zie Wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit ter uitvoering van verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van de Unie van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (PbEG L 336/4), Stb. 2001, 431.

<sup>60</sup> Telecommunications: Commission takes further action on unbundling infringement proceedings against five Member States, IP/02/445, 20 maart 2002. Zie eveneens het uitvoerige rapport Legal Study on Part II of

the Local Loop Unbundling Sectoral Enquiry, februari 2002 en een eerder persbericht over inbreuk door Griekenland, Portugal en Duitsland, IP/01/1896, 20 december 2001.

<sup>61</sup> Zie de Wijziging van de Telecommunicatiewet en andere wetten met betrekking tot telecommunicatie van Europese Richtlijn, Stb. 2001, 559 (in werking getreden op 1 januari 2002), Stb. 2001, 56).

<sup>62</sup> Zie de voorstellen tot wijziging van de Tw op basis van het wetsvoorstel Wet elektronische handtekening van 18 mei 2001, Kamerstukken II, 27 743, nrs. 1-2.

<sup>63</sup> Zie Wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit in verband met de invoering van een regeling voor toegang tot openbare telecommunicatienetwerken bestemd voor het bieden van toegang tot internet en een verduidelijking van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken, Kamerstukken II 2001-2002, 28 203, nrs. 1-3.

<sup>64</sup> Zie hiertoe ook kritisch: AT Ottow. De afbakening van de markt voor internettoegang door de NMa en OPTA, Actualiteiten mededingingsrecht, maart 2002, pp. 21-23. Zie ook het artikel van M. Bolhuis, Toegang tot de kabel voor ISP's: access for all?, Mf 2001-1, pp. 2-6.

<sup>65</sup> Een afstemmingsprobleem geldt ook bij de toegang tot omroepnetwerken. Zie hiertoe ook N. van Eijk, Nieuwe regels voor de toegang tot omroepnetwerken, Mf 2001-4, pp. 117-119.

Een grote wetgevingsoperatie zal vereist zijn om binnen 15 maanden tot aanpassing van de Tw aan het nieuwe regelgevende kader te komen. De minister heeft inmiddels aangekondigd in verband met dit wetgevingstraject dat de voorstellen na het zomerreces naar de Raad van State zullen worden gestuurd.<sup>66</sup> In deze voorstellen zal niet alleen aandacht moeten worden besteed aan de materiële wijzigingen, zoals de wijziging van het begrip AMM en de verruiming van de Tw tot 'elektronische communicatie' maar ook aan de door OPTA te hanteren procedures. Alhoewel OPTA thans ook marktanalyses uitvoert, zoals de marktanalyse over de internetmarkt welke gezamenlijk met de NMa werd uitgevoerd en in december 2001 gepubliceerd<sup>67</sup>, zullen deze in de toekomst verplicht dienen te geschieden, bijvoorbeeld wanneer het opleggen van verplichtingen wordt overwogen. Ook dient OPTA op korte termijn – met behulp van marktonderzoek – na te gaan of reeds opgelegde verplichtingen onder het nieuwe wetgevende kader mogen worden gehandhaafd. Hierbij kan worden gedacht aan verplichtingen opgelegd aan vergunninghouders van mobiele telefonie of bijvoorbeeld aan de in de Tw opgenomen voorschriften, zoals ten aanzien van de overdraagbaarheid van vergunningen. Overigens kan OPTA in de toekomst niet zelfstandig tot invulling van een marktdefinitie overgaan maar dient zich in principe te richten tot de door de Europese Commissie te hanteren marktdefinitie. Is de marktdefinitie van de Europese Commissie transnationaal dan dient OPTA samen te werken met andere toezichthouders. Dit betekent dat de vrijheid van OPTA om als toezichthouder maatregelen te nemen door het nieuwe Europese kader aanmerkelijk wordt ingeperkt.

### Implementatietermijn

Bij het ter perse gaan van dit artikel werden de Europese richtlijnen gepubliceerd op 24 april 2002 in Pb. L 108. Dit betekent dat de implementatietermijn van 15 maanden vanaf deze datum gaat lopen en dat de richtlijnen vóór 24 juli 2003 dienen te zijn geïmplementeerd.

<sup>66</sup> Zie VW 02000273, niet dossierstuk, Tweede Kamer 2001-2002, 25 maart 2002.

<sup>67</sup> Rapportage internettoegang, internetteam NMa en OPTA, 14 december 2001 (gepubliceerd op [www.nma-org.nl](http://www.nma-org.nl) en [www.opta.nl](http://www.opta.nl)).