

Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt

Een analyse van sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht

Prof. Mr. E.J. Dommering
Dr. N.A.N.M. van Eijk
Prof. Dr. J.J.M. Theeuwes
Prof. Mr. F.O.W. Vogelaar

Voorwoord

Deze korte studie is het resultaat van een in opdracht van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) door het Instituut voor Informatierecht met collega's van de Universiteit van Amsterdam uitgevoerde studie naar de verschillende aspecten van sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht in de telecommunicatie. De inzet van de studie was om de discussie over dit onderwerp los te maken van politieke en dogmatische stellingnamen. Het ging er om een *toolbox* benadering te ontwikkelen om aan te geven dat bij verschillende marktsituaties verschillende instrumenten horen. Dat is soms sectorspecifiek en soms algemeen mededingingstoezicht. Daaruit volgt dat er geen automatische valt aan te wijzen dat sectorspecifiek toezicht na enige tijd moet worden opgevolgd door algemeen toezicht. Voorts gaat de studie in op tekortkomingen in de wettelijke regeling van het toezicht, in het bijzonder in de telecommunicatiesector. De studie bepleit dat de wetgever veel meer dan thans het geval is aandacht schenkt aan middelen, procedures en doelen van het algemeen of sectorspecifieke toezicht.

De studie beoogt een analytisch kader voor de aangesneden problemen te bieden. Vele onderwerpen die door de studie worden aangeraakt lenen zich voor verdere studie.

Egbert Dommering, maart 2001

Namens:

Het Instituut voor Informatierecht

Het Europa Instituut

De Stichting Economisch Onderzoek

Inhoudsopgave

1	Inleiding; samenvatting	1
1.1	Inleiding en probleemstelling	1
1.2	Samenvatting van de studie	2
2	Economische analyse algemeen versus sectorspecifiek toezicht op de telecommunicatiemarkt	4
2.1	Omslagpunt op telecommunicatiemarkt	5
2.2	Economische analyse sectorspecifiek versus algemeen mededingingstoezicht	9
2.3	Praktische problemen: marktdefinitie	11
2.4	Conclusies	12
3	Vergelijking sectorspecifiek versus algemeen mededingingstoezicht	14
3.1	Algemene karakteristieken	14
3.2	Bescherming leercurve	16
3.3	Structuur toegang markt voor operators	17
3.4	Standaardisatie	19
3.5	Opstartende markt	20
3.6	Zekerheid	21
3.7	Technologische innovatie	22
3.8	Consumentenbescherming	23
3.9	Bescherming downstream markten	25
3.10	Prijscontrole	26
3.11	Timing/tijdselement	27
3.12	Collectieve machtspositie	28
3.13	Vergunningenstelsel	29
3.14	Slagvaardigheid	31
3.15	Nieuw (ontwerp) Richtlijnenpakket van juli 2000	32
3.16	Conclusies	33
4	Internationale ontwikkelingen	34
4.1	Nieuw Europees kader voor de communicatiesector	34
4.2	A New Future for Communications	36
4.3	AOL/Time Warner	37
4.4	Conclusies	39
5	Analyse van de knelpunten bij het sectorspecifieke toezicht	40
5.1	De ervaring over de afgelopen vier jaar	40
5.1.1	De marktdefinities	40
5.1.2	De historische opbouw van het vaste telefoonnet; het aansluitnet en het omroepnetwerk	41
5.1.3	Onheldere doelstellingen; (niet)gemaakte beleidskeuzen	42
5.1.4	Onduidelijkheden in de wetteksten	45
5.1.5	Onduidelijke afbakening sectorspecifiek/departementaal	47
5.1.6	De instrumenten en de procedures	48
5.1.7	Mankracht; leercurve	49
5.2	Knelpunten: toekomst	50
5.2.1	Vaststellen markten; aanwijzing Aanmerkelijke Macht; joint dominance	50
5.2.2	Convergentie	51
5.3	Conclusies	52
6	Samenvatting en aanbevelingen	54
6.1	Samenvatting	54
6.2	Aanbevelingen	56

Bijlage I Vergelijkingsmatrix	59
Bijlage II Beschikkingen Commissie	63
Bibliografie	65

1 Inleiding; samenvatting

1.1 Inleiding en probleemstelling

De OPTA heeft het Instituut voor Informatierecht bij brief van 26 oktober 2000 verzocht een juridische analyse te geven van de juridische aspecten van de algemene en sectorspecifieke mededingingsregulering (en toezicht) in de telecommunicatiesector.

Als bijzondere aandachtspunten dienen daarbij, door ons samengevat, naar voren te komen:

- Is er een omslagpunt aan te wijzen in de (telecommunicatie)markt waarbij het algemene mededingingsrecht de rol van de sectorspecifieke regelgeving en toezicht kan overnemen, omdat een situatie van (nagenoeg) volledige mededinging is bereikt?
- Wat zijn precies de voordelen en nadelen van *ex ante* toezicht en regulering (dat doorgaans wordt geïdentificeerd met sectorspecifieke regelgeving) ten opzichte van *ex post* toezicht en regulering (dat doorgaans geïdentificeerd wordt met het algemene mededingingsrecht)?
- Wat zijn, mede in het licht van de geanalyseerde beslissingen en jurisprudentie, de praktische problemen bij de verschillende vormen van interventie (aard en effect van de interventie, aanknopingspunt voor de interventie, bewijslastverdeling tussen het interveniërende orgaan en de marktpartijen en procedures)?

Het onderzoeksteam is als volgt samengesteld:

Prof. Mr. Egbert J. Dommering, hoogleraar-directeur van het Instituut voor Informatierecht;

Dr. Nico A.N.M. van Eijk, wetenschappelijk hoofdonderzoeker, verbonden aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam;

Prof. Dr. Jules J.M. Theeuwes, hoogleraar-directeur van de Stichting Economisch Onderzoek van de Universiteit van Amsterdam;

Prof. Mr. Floris O.W. Vogelaar, hoogleraar Economisch Ordeningsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het Europa Instituut aldaar.

De commissie werd bijgestaan door achtereenvolgens Mr. Nicolien Borggreve en Mr. Nirmala Sitompoel, beiden verbonden aan het Instituut voor Informatierecht.

Wij zijn bij de analyse van deze vraagstelling als volgt te werk gegaan.

In hoofdstuk 2 hebben wij een economische analyse gemaakt van algemeen versus sectorspecifiek mededingingstoezicht, gevolgd door een inschatting wat de blijvende kenmerken van de telecommunicatiemarkten zijn. Daarbij komt met name het eerste aandachtspunt aan de orde. In hoofdstuk 3 is aan de hand van een matrix (die als bijlage aan dit rapport is aangehecht) een vergelijking gemaakt wat naar ons oordeel de theoretische verschillen en mogelijkheden zijn, mede in het licht van de economische analyse, van de *ex ante* en *ex post* interventiemethodes. Hoofdstuk 4 gaat in op enige internationale ontwikkelingen. Hoofdstuk 5 bevat een analyse van de praktijk van het sectorspecifieke toezicht in de telecommunicatiemarkt in Nederland. In hoofdstuk 6 is het voorgaande samengevat en worden aanbevelingen geformuleerd.

Een concept van de studie werd besproken op een door OPTA georganiseerde workshop, waar behalve vertegenwoordigers van OPTA ook vertegenwoordigers van de ministeries van Economische Zaken en Verkeer & Waterstaat, de NMa en DTe aanwezig waren. De eindversie van deze studie komt geheel voor rekening van de schrijvers.

1.2 Samenvatting van de studie

In hoofdstuk 2 wordt allereerst geconcludeerd dat het niet mogelijk is om op economische gronden een scherp omslagpunt te definiëren waarbij een markt overgaat van een monopolistische structuur naar een situatie van effectieve mededinging, maar dat wel een pragmatische evaluatie op basis van onder meer benchmarking en enquêtes mogelijk is, aan de hand waarvan drie zones kunnen worden onderscheiden: een zone waarin nog duidelijk van een monopoliesituatie sprake is, een zone waarin effectieve mededinging geldt en een overgangszone daartussen. Er is ook geen tijdsas aan te geven waarbinnen zich die transitie zal afspeelen, omdat dat afhangt van structurele kenmerken van de markt (bijvoorbeeld een natuurlijk monopolie) en reële toetredingsmogelijkheden voor nieuwe spelers. Voorts gaat het niet om irreversibele processen, omdat een situatie van effectieve mededinging weer kan omslaan in een oligopolie met monopolistische kenmerken (zoals bijvoorbeeld het geval is bij collectieve dominantie). Een optimale organisatie van toezicht wordt bereikt wanneer de zwaarte van toezicht en daarmee ook de (transactie)kosten van toezicht in verhouding staat met de (verwachte) baten van toezicht. Bij bestaande, functionerende markten is een ‘lichte’ vorm van toezicht aangewezen. In situaties waarbij de markt faalt is er reden voor meer intensief, en dus specifiek op dit marktfalen gericht toezicht. Bij de inrichting van een markt in transitie moet veel meer sturend en richtinggevend worden opgetreden. In een natuurlijk monopolie situatie komt effectieve mededinging per definitie nooit tot stand en moet toezicht blijvend georganiseerd worden. Ten slotte wordt geconcludeerd dat een meer flexibele marktdefinitie bij het sectorspecifieke toezicht nuttig is voor de kwaliteit van dat toezicht.

Uit hoofdstuk 3 volgt dat in markten, waarop nog geen situatie van volledige mededinging heerst, zoals de telecommunicatiemarkt, met *ex ante* sectorspecifiek toezicht waarschijnlijk beter kan worden ingespeeld op de ontwikkelingen en/of onvolkomenheden van die markt dan met *ex post* mededingingstoezicht. Bovendien kan sectorspecifiek toezicht meer doen in die zin dat het middelen en doelstellingen kan formuleren om marktstructuren aan te passen, zoals dat in de telecommunicatiesector met het ONP kader is gebeurd. Het sectorspecifieke toezicht- en mededingingsinstrumentarium geeft wat meer mogelijkheden tot monitoring van een gezonde ontwikkeling van effectieve mededinging, met name wanneer incumbents op de betrokken (deel)markten nog een natuurlijke voorsprong genieten. Daar staat tegenover dat het niet in alle gevallen een situatie van ‘of ... of’ behoeft te zijn. Uit de vergelijkingsmatrix komt naar voren dat wellicht ook kan worden volstaan met ‘én ... én’, kortom met ‘concurrent powers’, mits een goed overleg tussen volwassen toezichthouders plaatsvindt.

In hoofdstuk 4 wordt geconcludeerd dat convergentie een steeds groter effect heeft op de regulering en het toezicht in de communicatiesector. In de Verenigde Staten is sinds 1934 sprake van één regulator en één wetgevend kader. In het Verenigd Koninkrijk wordt eveneens gestreefd naar één regulator voor de gehele sector. In Nederland zijn reeds lang geleden suggesties gedaan om te komen tot één geïntegreerde sectorspecifieke toezichthouder. De communicatiesector kent een sterk Angelsaksische oriëntatie. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk wordt gewerkt met ‘concurrent powers’ tussen sectorspecifieke en algemene toezichthouders waar het betreft de toepassing van het algemeen mededingingsrecht. Deze bevoegdheden bestaan reeds lang (Verenigde Staten) en worden gehandhaafd en uitgebreid (Verenigd Koninkrijk). De *AOL/Time Warner*-zaak is een recent voorbeeld hiervan. Deels komen de toezichthouders tot gelijke voorwaarden, deels verschillen deze mede als gevolg van het regelgevend kader dat wordt toegepast. Voor zover er problemen zijn bij de handhaving als gevolg van samenloop lijken die in beide landen niet problematisch genoeg om specifieke afstemmingsregels voor te schrijven. De auteurs van het

Britse White Paper zien mede als voordeel van ‘concurrent powers’ dat over een breder instrumentarium wordt beschikt en de overgang van sectorspecifiek naar algemeen meer vloeiend kan verlopen.

In hoofdstuk 5 worden de knelpunten van het sectorspecifieke toezicht geanalyseerd die zich in de afgelopen vier jaar in de telecommunicatiesector hebben voorgedaan. Het betreft de volgende vijftien kwesties:

1. De historische opbouw van het telefoonnet die een efficiënte interconnectie bemoeilijkt zowel op het vlak van de techniek als op dat van de prijs.
2. Het ontbreken van een onafhankelijke netbeheerder.
3. Het ontbreken van bestuurlijke instrumenten om de bouw en de exploitatie van een state of the art netwerk te bevorderen.
4. Het probleem van de price squeeze dat optreedt omdat de historische monopolist zowel dominant is op de wholesale als de retailmarkt.
5. Het ontbreken van heldere doelstellingen in de regelgeving.
6. Een formele wetsuitleg door de bestuursrechter.
7. Het technologiespecifieke kader van de ONP technologie (spraaktelefonie).
8. Onduidelijke wetteksten op essentiële punten (antenne-opstelpunten, carrier preselectie, marktdefinities van het ONP kader, omschrijving begrip aanmerkelijke macht).
9. Versnippering van bevoegdheden bij het bestuur (frequenties, nummers, kabel).
10. Het ontbreken van de bevoegdheid van OPTA om (in coördinatie met de NMa) mededingingsrecht toe te passen.
11. Onduidelijke afbakening van de rol van de burgerlijke rechter en OPTA ten aanzien van interconnectieovereenkomsten.
12. Onduidelijke regeling van procedures (bijvoorbeeld de procedure tot vaststellen en wijzigen van de tarieven).
13. Onduidelijkheid over het soort besluiten dat OPTA kan nemen en, daarmee verband houdende, het ontbreken van een bevoegdheid van OPTA algemene aanwijzingen te geven, los van geschillen.
14. Geen afstemming van de Algemene wet bestuursrecht op het algemene en sectorspecifieke mededingingstoezicht.
15. Tijdsverlies door de leercurve en schaarste aan gekwalificeerde werkkrachten, afgezet tegen de complexiteit van de problematiek.

Voorts wordt aangegeven dat het dringend noodzakelijk is duidelijke criteria en een duidelijke procedure voor de aanwijzing van aanmerkelijk machtige partijen in het leven te roepen, omdat anders een effectief toezicht in een (tele)communicatiemarkt zal ontbreken. Ook wordt gewezen op de noodzaak tijdig op de convergentie tussen de verschillende transmissiemiddelen in te spelen door verschillende aspecten van het toezicht bij een orgaan onder te brengen.

2 Economische analyse algemeen versus sectorspecifiek toezicht op de telecommunicatiemarkt

De economische doelstelling van het mededingingsbeleid is het scheppen van voorwaarden voor de realisatie van allocatieve en dynamische efficiëntie resulterend in de maximaal haalbare welvaart voor consumenten en producenten.¹

Allocatieve efficiëntie omvat:

- *Efficiënte prijszetting*. Theoretisch betekent dit dat de prijs gelijk is aan de marginale kosten. Meer praktisch betekent dit dat marktprijzen de (maatschappelijke) productiekosten reflecteren.
- *Efficiënte productie*. Theoretisch en praktisch betekent dit dat de prijs tendeert naar de laagst mogelijke gemiddelde productiekosten (bij de huidige stand van de technologie).

Marktwerking, in de zin van voldoende onderlinge concurrentie tussen aanbieders en vrije toe- en uittreding op de markt leidt tot allocatieve efficiëntie. De maximaal haalbare welvaart volgt omdat consumenten profiteren van de meest gunstige prijs-kwaliteit verhouding en een grote diversiteit van aanbod en omdat aanbieders normale winsten realiseren. Allocatieve efficiëntie volgt uit de structuur en de omvang van de markt. Het is een statisch begrip. Dynamische efficiëntie heeft betrekking op investeringen en technologische vernieuwingen in de loop van de tijd en het maximaliseren van de 'size of the pie'. Marktwerking genereert meestal voldoende prikkels voor het investeren in en het introduceren van nieuwe producten en nieuwe productiemethoden waardoor de keuze van de consumenten in de loop van de tijd wordt verruimd en de prijs-kwaliteit verhouding nog verder wordt verbeterd. Dynamische efficiëntie heeft betrekking op het vergroten van de welvaart, allocatieve efficiëntie op de verdeling van de welvaart.

Efficiënte prijszetting komt in het gedrang wanneer een bedrijf of meerdere bedrijven met monopoliekracht hun prijs boven de marginale kosten zetten en monopoliewinsten realiseren. Bij gebrek aan concurrentie hebben bedrijven onvoldoende prikkel om hun productiekosten laag te houden of om te investeren in technologische vernieuwing waardoor efficiënte productie en dynamische efficiëntie in het gedrang komen.

Centraal voor het realiseren van de doelstelling van het mededingingsbeleid² is het creëren en het in stand houden van marktwerking (voldoende concurrentie, ontbreken van toetredingsbelemmeringen, prikkels voor technologische vernieuwing). Marktwerking komt niet altijd van zelf tot stand en in bestaande markten is een tendens tot monopolievorming niet altijd te vermijden. Toezicht op marktwerking is dus noodzakelijk.

In dit hoofdstuk zal vanuit economische perspectief worden ingegaan op de drie in de inleiding genoemde aandachtspunten. Meer specifiek voor dit economisch hoofdstuk zijn dat:

- **Omslagpunt**: een sectorspecifieke toezichthouder is verantwoordelijk voor het toezicht op een markt in transitie. Een belangrijke vraag is wanneer houdt een markt op transitiemarkt te zijn en hoe bepalen we het omslagpunt? In theorie is het omslagpunt bereikt wanneer de

¹ DGTP 2000.

² Naast de specifieke marktwerkingdoelstelling van de mededingingsregels hanteert de overheid vaak ook bijkomende doelstellingen (publieke doelen) die de marktwerking beïnvloeden zoals universele dienstverlening, culturele doelstellingen (bijvoorbeeld bij mediabeleid) en milieudoelstellingen (bijvoorbeeld in de elektriciteitssector).

markt uit zichzelf in staat is om allocatieve en dynamische efficiëntie te realiseren. De praktische invulling van dit theoretische principe is echter minder voor de hand liggend. Deze problematiek wordt besproken in paragraaf 2.1.

- Voordelen en nadelen van een *ex ante toezicht en regulering* ten opzichte van het *algemeen ex post toezicht*: de organisatie van het toezicht kan op doelmatigheid worden geanalyseerd. Hierbij komt de afweging tussen specialisatievoordelen van het specifieke toezicht versus de schaalvoordelen van algemeen toezicht ter sprake alsmede de verschillen in informatie en snelheid van ingrijpen. Deze afweging wordt behandeld in paragraaf 2.2.
- Praktische problemen: een vanuit economisch oogpunt belangrijk praktisch probleem is het verschil in de afbakening van de markt bij sectorspecifiek en algemeen toezicht. Bij sectorspecifiek toezicht wordt de markt *ex ante* gedefinieerd. Bij algemeen toezicht wordt de markt als het ware steeds opnieuw gedefinieerd als de 'relevante markt'. In een dynamische omgeving verschuiven de grenzen van de markt voortdurend. Dit is in het bijzonder het geval in de telecommunicatiesector waar men verwacht dat in de toekomst concurrerende netwerken zullen ontstaan waardoor het natuurlijk monopoliekarakter van de bestaande netwerken in de telecommunicatiesector zal verdwijnen. Deze problematiek wordt behandeld in paragraaf 2.3.

2.1 Omslagpunt op telecommunicatiemarkt

Een belangrijk onderscheid betreft het toezicht op een bestaande markt, het toezicht op een markt in transitie van een (overheids)monopolie naar een markt met mededinging en toezicht op een structurele monopoliesituatie ten gevolge van een blijvende infrastructurele schaarste (natuurlijk monopolie, wettelijk monopolie, netwerk). Het bepalen van het omslagpunt heeft in eerste instantie betrekking op die onderdelen van de telecommunicatiemarkt waarbij na verloop van tijd voldoende concurrentie wordt gerealiseerd.

De Mededingingswet is toegesneden op het bestrijden van de tendens tot monopolievorming in bestaande markten waardoor de allocatieve en dynamische efficiëntie in het gedrang komt. Algemeen mededingingsrechtelijk toezicht functioneert het beste bij een bestaande, goed functionerende markt waarbij beoordeeld wordt of de markt blijvend voldoet aan de eisen van de Mededingingswet. In zijn algemeenheid dient hier te worden gewaakt voor het in stand houden van marktwerking door het voorkomen van machtsposities door concentratietoezicht, het verbieden van kartelvorming en het controleren van misbruik van machtsposities.

Sectorspecifiek toezicht regelt de markt. Sectorspecifiek toezicht is toegesneden op een markt in transitie en op infrastructurele monopolieposities. De sectorspecifieke toezichthouder treedt op als 'marktmeester'.³ Bij markten in transitie regelt hij de overgang van monopolie naar marktwerking. In het geval van structurele monopolieposities corrigeert hij voor het ontbreken van marktwerking gebruik makend van prijs- en toegangscontrole. Zolang er een situatie blijft bestaan waarin bestaande ondernemingen zeggenschap hebben over de beschikbaarheid van en de toegang tot schaarse infrastructurele voorzieningen (netwerken) blijft sectorspecifiek toezicht opportuun.

In het geval van een infrastructureel monopolie is marktwerking structureel onmogelijk en dient de allocatieve en dynamische efficiëntie door een sectorspecifieke toezichthouder te worden afgedwongen. Het is niet onmogelijk dat een infrastructureel monopolie in de loop van de tijd ten gevolge van technologische vernieuwing zijn monopoliekarakter verliest. Dat

³ Van Damme & Eijlander 2000, p. 59-62.

is het geval wanneer er alternatieve netwerken ontstaan die onderling met elkaar concurreren. Op dat moment zou een algemene toezichthouder het toezicht kunnen overnemen. Dit scenario wordt in de volgende paragraaf besproken.

De situatie van *volmaakte mededinging* wordt bereikt op het moment dat de markt geheel aan zichzelf overgelaten zonder verdere tussenkomst van overheid of toezichthouders resulteert in allocatieve en dynamische efficiëntie. Dit is een ideale toestand corresponderend met de werking van de ‘onzichtbare hand’ van Adam Smith. Het is heel wel mogelijk om theoretisch aan te geven wat noodzakelijke voorwaarden zijn voor een volmaakte mededingingsmarkt. Meestal worden in elk geval de volgende voorwaarden genoemd:

- groot aantal aanbieders;
- groot aantal vragers;
- homogeen goed;
- transparante markt;
- vrije toetreding en uittreding.

Maar deze theoretische criteria zijn te algemeen om praktisch bruikbaar te zijn. Overigens zijn er in de praktijk nauwelijks of geen markten die aan al deze voorwaarden voldoen. Volmaakte mededinging wordt nooit bereikt, alleen benaderd. In de praktijk benaderen markten nooit de theoretisch ideale ‘first best’ toestand, maar in het beste geval een situatie waarin sprake is van *effectieve marktwerking*. Er is dan voldoende concurrentie en toetredingsbelemmeringen ontbreken zodat marktwerking resulteert in een voordelige prijs-kwaliteit verhouding, ruime keuzemogelijkheden voor de consumenten, normale winsten voor de producenten en technologische vernieuwing. Allocatieve en dynamische efficiëntie wordt dan ‘bij benadering’ gerealiseerd.

Het omslagpunt voor een markt in transitie zou dan worden bereikt wanneer de markt in een situatie van effectieve mededinging is aanbeland. Effectieve mededinging is echter niet scherp te omschrijven waardoor ook het omslagpunt niet scherp te bepalen valt. Er is dan ook niet zozeer sprake van een omslagpunt maar wel van een *omslagzone*.

In principe zijn er twee manieren om naar de omslagzone tussen een monopoliesituatie en een situatie van effectieve mededinging te kijken: *bottom up* en *top down*. De *bottom up* manier is relevant bij sectorspecifiek toezicht. Daar wordt vertrokken vanuit een monopoliesituatie en wordt toegewerkt naar een effectieve mededingingsituatie. De *top down* benadering past bij algemeen toezicht. Het vertrekpunt daar is een situatie van effectieve mededinging waarbij door een wijziging in het gedrag van de marktpartijen een economische machtspositie ontstaat die in de praktijk (mededingingsafspraken, misbruik van economische machtspositie) of potentieel (concentratie) de effectieve marktwerking verstoren, bedreigen of ongedaan maken. De algemene toezichthouder moet dan beoordelen of de relevante markt het karakter van effectieve mededinging verliest. De *top down* benadering is het best zichtbaar bij de behandeling van een geval van collectieve dominantie.

Hieronder wordt kort ingegaan op het bepalen van effectieve mededinging waarbij twee mogelijke aanpakken worden gepresenteerd die recentelijk werden gesuggereerd: de Oftel aanpak en de CPB aanpak.

De Oftel aanpak van effectieve mededinging

Het ontbreken van scherpe criteria maakt het moeilijk om praktisch aan te geven waar het omslagpunt tussen een markt in transitie en een markt met effectieve mededinging precies

ligt. Deze worsteling is bijvoorbeeld zichtbaar in de pragmatische aanpak die Oftel wil hanteren in haar beoordeling of de telecommunicatiemarkt kan worden gekarakteriseerd als een markt met 'effectieve concurrentie'.⁴ Zij is van plan daarbij de volgende lijst van indicatoren en criteria te hanteren om de markt van telecommunicatiediensten te evalueren (zie onderstaande tabel).

Het is de bedoeling om met behulp van consumenten-enquêtes, benchmarking onderzoek en marktstructuuronderzoek deze criteria regelmatig op de telecommunicatiemarkten te evalueren. Op basis van deze evaluaties wordt dan besloten of op een bepaalde telecommunicatiemarkt een situatie van 'effectieve mededinging' is bereikt. Deze indicatoren correleren weliswaar met voldoende concurrentie maar de voorgestelde pragmatische evaluatie zal niet leiden tot een scherp te definiëren omslagpunt. Eerder tot een indeling in drie zones: een zone waarin nog duidelijk van een monopoliesituatie sprake is, een zone waarin effectieve mededinging geldt en een overgangszone daartussen. Dit is misschien niet wat we idealiter zouden willen maar aan de andere kant zijn periodieke evaluaties zoals Oftel voorstelt, waarschijnlijk de enige aanpak die praktisch haalbaar is.

Indicatoren	Criteria
Resultaten voor consumenten	<ul style="list-style-type: none"> - Nationale consumenten hebben voordelen die beter of net zo goed zijn als het beste wat het buitenland heeft te bieden. - Er is een ruim scala aan telecommunicatiediensten beschikbaar voor de consumenten. - Consumenten zijn tevreden met de kwaliteit van de telecommunicatiediensten. - Prijzen reflecteren de onderliggende kostenstructuur (afwezigheid van permanent hoge winsten).
Consumentengedrag	<ul style="list-style-type: none"> - Consumenten hebben toegang tot alle informatie die nodig is om effectief te kiezen. - Consumenten zijn van mening dat ze over voldoende informatie beschikken en dat ze kunnen profiteren van de voordelen van de markt. - Geen belemmeringen voor consumenten om van aanbieder te veranderen.
Gedrag aanbieders	<ul style="list-style-type: none"> - Actieve mededinging op het gebied van prijs, kwaliteit en innovatie. - Afwezigheid van concurrentiebeperkende gedragingen. - Afwezigheid van collusie. - Aanbieders komen tegemoet aan de behoeften en wensen van consumenten. - Efficiënte levering van diensten. - Recente toetreding op de markt.
Structuurkenmerken	<ul style="list-style-type: none"> - Geen of slechts beperkte toetredingsbarrières waardoor (de dreiging van) toetreding mededinging stimuleert. - Het ontbreken van inefficiënte aanbieders. - Beperkte mogelijkheid voor aanbieders om met behulp van marktmacht in gerelateerde markten (door bijvoorbeeld verticale of horizontale integratie) marktmacht uit te oefenen op de relevante markt. - Veranderingen in de marktstructuur in de tijd, waarbij vooral de vermindering van concentratie belangrijk is.

⁴ Oftel 2000.

Een aanpak die min of meer vergelijkbaar is met de Oftel aanpak wordt gebruikt door Lever in zijn analyse van de werking van de Nederlandse elektriciteitsmarkt.⁵ Zijn aanpak is gebaseerd op het structuur-, gedrag- en prestatieschema uit de industriële organisatie literatuur.

Centraal Planbureau aanpak

Een aanpak die in een recente publicatie van het Centraal Planbureau wordt geadviseerd is te kijken naar het niveau en de ontwikkeling van de relatieve winstposities van de aanbieders als een indicator voor voldoende marktwerking⁶ en de verhouding tussen kosten en prijzen.

De indicator die wordt voorgesteld is gebaseerd op de relatieve winsten van bedrijven. Het CPB beargumenteert dat een toename in concurrentie, of het nu komt door lagere toetredingskosten of door agressievere interactie tussen bedrijven, altijd leidt tot een toename in de winst van een efficiënt bedrijf ten opzichte van de winst van een minder efficiënte bedrijf. Dat maakt hun relatieve winstindicator zo aantrekkelijk: de indicator reageert consistent op verschillende manieren waarop concurrentie kan toenemen in een bedrijfstak.

De intuïtie voor de indicator is als volgt. Een toename in concurrentie zorgt ervoor dat efficiënte bedrijven hun kostenvoordeel beter kunnen uitbuiten. Een efficiëntievoordeel in de kosten wordt relatief beter beloond in een sterk concurrerende markt dan in een markt waar elk bedrijf veel monopolie macht heeft. Gebrek aan concurrentie beschermt inefficiënte bedrijven tegen de meer efficiënte bedrijven in de markt.

Het voordeel van de CPB-indicator is dat het gaat om slechts een maatstaf, daar waar Oftel komt met een lijst van criteria. Het nadeel is dat de variabelen die nodig zijn om de maatstaf te berekenen, zoals marginale kosten, niet altijd perfect meetbaar zijn. Verder is het ook moeilijk om met deze maatstaf precies aan te geven bij welke hoogte het omslagpunt wordt bereikt.

Collective dominance

Vanuit economisch perspectief biedt de doctrine van ‘collective dominance’ nog veel onzekerheid. In Whish⁷ en Oxera⁸ wordt een lijst met criteria gepresenteerd die kan worden getoetst en op basis waarvan kan worden besloten dat er al dan niet sprake is van een collectieve machtspositie. De Oxera lijst bevat de volgende elementen:

- beperkt aantal aanbieders;
- min of meer gelijkwaardige marktaandelen;
- over de tijd stabiele marktaandelen;
- prijsverschillen zijn belangrijk;
- transparante prijsvorming en productiebeslissingen;
- geen hoge vaste kosten;
- vergelijkbare kostenstructuur tussen aanbieders;
- eventueel structurele verbanden tussen de aanbieders;
- mogelijke geschiedenis van kartelafspraken in het verleden.

⁵ Lever 1998. Lever stelt aan het eind van zijn artikel weliswaar een samengestelde monitor voor, maar wordt daarover op de korrel genomen door Aalbers 1998.

⁶ CPB 2000.

⁷ Whish 2000.

⁸ Oxera 2000.

De bedoeling van deze lijst van criteria van Oxera is dat het indicatoren zijn die het vermoeden dat er sprake is van collectieve dominantie vergroten. Het pragmatische karakter van deze lijst is vergelijkbaar met de lijst van Oftel die bestaat uit indicatoren die het vermoeden dat het omslagpunt is bereikt, versterken. Consistentie in het juridisch denken vereist dat de criteria waarbij het omslagpunt van rechts naar links wordt gepasseerd (een effectieve markt verandert in een situatie van collectieve dominantie) sporen met de criteria waarbij dat omslagpunt van links naar rechts wordt voorbijgestoken (een monopolistische markt verandert in een effectieve markt).

2.2 Economische analyse sectorspecifiek versus algemeen mededingingstoezicht

Het is mogelijk om de organisatie van het toezicht te bekijken en te beoordelen vanuit het gezichtspunt van de economische efficiëntie. De vraag die men dan probeert te beantwoorden is of de (transactie)kosten die worden gemaakt voor de organisatie van het toezicht in verhouding zijn met de (verwachte) baten van het toezicht. Er zijn de budgettaire kosten van de toezichthouder zelf waaronder bijvoorbeeld de personeelskosten. Er zijn kosten bij de bedrijven bijvoorbeeld voor het produceren van informatie. De baten van toezicht liggen bij de realisatie van effectieve mededinging en de gestegen welvaart voor consumenten en producenten. Soms worden de baten van toezicht niet ten volle gerealiseerd omdat het toezicht onvoldoende is. Baten kunnen ook dalen wanneer de toezichthouder een foute beslissing neemt. Naarmate er meer kosten gemaakt worden, zullen over het algemeen meer baten worden gerealiseerd. Maar de kosten van perfect toezicht zijn prohibitief hoog en de toename van de baten wordt vaak minder groot bij steeds zwaardere vormen van toezicht. Het optimale niveau van toezicht wordt bereikt waar de extra kosten van toezicht precies worden goedge maakt door de marginale toename in de baten.

Indien toezicht kosteloos en perfect kan worden georganiseerd is er geen enkele reden om niet op elke markt en voor elke sector een specifieke toezichthouder te plaatsen. Indien alle markten effectief zouden werken dan was elke vorm van toezicht overbodig. Maar toezicht is niet kosteloos en markten werken niet perfect en daarom willen we zuinig omspringen met toezicht en het toezicht efficiënt organiseren en toesnijden op de maat van het probleem dat zich stelt.

Algemeen toezicht is een 'lichte' vorm van toezicht, sectorspecifiek toezicht is ingrijpender. De zwaarte van toezicht en daarmee ook de kosten van toezicht zijn op het eerste gezicht in verhouding met de doelstelling. Bij bestaande, functionerende markten wordt er van uit gegaan dat marktwerking voldoende garanties biedt voor allocatieve en dynamische efficiëntie zodat alleen in de gevallen waar wordt afgeweken van marktwerking corrigerend moet worden opgetreden. In situaties waarbij de markt faalt, hetzij tijdelijk zoals in de transitie van een monopolie- naar een effectieve mededingingssituatie, of permanent zoals bij een natuurlijk monopolie, is er reden voor meer intensief, en dus specifiek op dit marktfalen gericht toezicht. Bij de inrichting van een markt in transitie moet veel meer sturend en richtinggevend worden opgetreden, zodat uiteindelijk een effectief werkende markt tot stand komt. In een natuurlijk monopolie situatie komt effectieve mededinging per definitie nooit tot stand en moet toezicht blijvend georganiseerd worden. Tegenover de hogere kosten van regulering staan in dit geval ook hogere baten.

De sectorspecifieke toezichthouder opereert ex ante en sneller dan de algemene toezichthouder. De algemene toezichthouder opereert ex post (behalve dan voor concentratie-toezicht). Specifieke toezichthouders bepalen vooraf onder welke voorwaarden de bedrijven mogen/kunnen opereren (er is meer controle en tegelijk ook meer zekerheid voor de

bedrijven). Algemene toezichthouders controleren achteraf ‘acceptable conduct’ (er is minder zekerheid voor de bedrijven, maar tegelijkertijd ook meer informatie over de effecten van de gedragingen van bedrijven).

Het afwegen van kosten en baten van algemeen versus sectorspecifiek toezicht kan op verschillende dimensies. Hieronder wordt ingegaan op drie dimensies: tijd en zekerheid, informatie en technologische innovatie.

Tijd en zekerheid

Het reguleren van de markt vereist snellere beslissingen dan het toetsen van het niveau van mededinging. In die zin opereert de sectorspecifieke toezichthouder sneller dan de algemene toezichthouder en creëert daardoor ook sneller zekerheid voor de marktpartijen.

Toezicht is mensenwerk en daarom niet perfect. Een toezichthouder kan twee soorten fouten maken. Hij kan bijvoorbeeld ingrijpen in een situatie waarbij het niet nodig is (bijvoorbeeld een toezichthouder grijpt in omdat hij vermoedt dat er sprake is van collectieve dominantie, terwijl dat niet het geval is) of hij grijpt niet in waar het wel nodig is. Bij ex ante toezicht zit de toezichthouder dicht op de huid van de sector en bestaat een hoger risico van ingrijpen waar het niet nodig is. Maar dit risico van een foute beslissing wordt bij de ex ante toezichthouder eventueel gecompenseerd door de baten die verbonden zijn aan een snelle beslissing en aan de creatie van zekerheid in de markt. Bij ex post toezicht is de basisveronderstelling dat de markt in principe effectief werkt. Deze basisveronderstelling leidt er toe dat het risico dat niet wordt ingegrepen waar het wel nodig is, groter is bij de ex post toezichthouder. Maar als de veronderstelling klopt dat markten bij benadering inderdaad effectief werken, is dit risico klein.

Verskil in informatie

De specifieke toezichthouder heeft over het algemeen een informatievoorsprong op de algemene toezichthouder. Hiervoor zijn drie redenen te noemen:⁹

1. De specifieke toezichthouder is gespecialiseerd in een bepaalde bedrijfssector, terwijl de algemene toezichthouder geen specialisatievoordeel heeft. De sectorspecifieke toezichthouder is meer vertrouwd met kwantitatieve analyses van de bedrijfstak, de algemene toezichthouder oordeelt vaker op basis van kwalitatieve informatie.
2. De specifieke toezichthouder bouwt over het algemeen een langdurige relatie op met de sector waardoor kennis en inzicht groeit. Tegelijkertijd schuilen er ook gevaren in de langdurige relatie tussen de toezichthouder en zijn sector. De sectorspecifieke toezichthouder is meer lobbygevoelig.
3. De specifieke toezichthouder beschikt in verhouding tot de spanwijdte van zijn toezicht over relatief meer middelen dan de algemene toezichthouder.

Rey noemt als belangrijk verschil tussen de sectorspecifieke en de algemene toezichthouder dat de sectorspecifieke toezichthouder alleen maar consistent moet zijn met de eigen beslissingen uit het verleden binnen dezelfde bedrijfssector, terwijl van de algemene toezichthouder wordt vereist dat hij consistent is met beslissingen die eerder werden genomen in alle sectoren.¹⁰ Voor de nationale toezichthouder geldt dat zijn beslissingen ook consistent

⁹ Rey 2000; Laffont & Tirole 2000.

¹⁰ Rey 2000.

moeten zijn met de beslissingen op Europees niveau. De algemene toezichthouder heeft dus minder vrijheidsgraden.

Technologische innovatie

Het is theoretisch en empirisch niet duidelijk of volledige mededinging dan wel enige monopoliekracht (en dus het ter beschikking hebben van monopoliewinsten) bevorderlijk is voor investeringen in product- en procesinnovatie en dus voor technologische innovatie. Bij mededinging is er weliswaar een prikkel om de concurrenten te slim af te zijn door innovatie, maar ontbreken, wanneer de winsten tot het normale niveau zijn teruggebracht, vaak de financiële middelen om te investeren in onderzoek en ontwikkeling. Monopolistische bedrijven beschikken wel over monopoliewinsten om innovatieprojecten te financieren, maar bij monopolisten ontbreekt de druk van de concurrentie om dit te doen. Veel hangt af van de structuur van de kapitaalmarkt en het aanbod van venture kapitaal. De groepsvrijstelling voor R&D overeenkomsten is aan deze problematiek gerelateerd.¹¹

Voor een markt in transitie is de toegang van nieuwe marktpartijen noodzakelijk. Het toetreden tot een markt vereist meestal substantiële initiële investeringen. Meestal zijn de kapitaalgoederen waarin wordt geïnvesteerd specifiek op de productie en de handel in die betreffende sector gericht. Telecommunicatieapparatuur is alleen in de telecommunicatie nuttig. Als eenmaal de investering is gemaakt dan zijn de kosten daarvan niet meer terug te draaien ('sunk costs') en kunnen deze productiemiddelen alleen winst opleveren door productie en handel in de sector waarop ze zijn gericht. Nieuwe toetreders zullen daarom slechts toetreden en de noodzakelijke investeringen maken, indien ze voldoende vertrouwen hebben in de toekomstige ontwikkeling van deze markt. Een specifieke sectortoezichthouder kan (en moet) voldoende basis bieden voor dit vertrouwen.

De algemene toezichthouder heeft geen instrumenten om het concurrentieproces te versnellen en beschikt over onvoldoende mogelijkheden om in te grijpen in de structuur van de markt. De specifieke toezichthouder beschikt wel over die instrumenten.

2.3 Praktische problemen: marktdefinitie

In deze paragraaf wordt de (blijvende) monopolistische/oligopolistische structuur van de telecommunicatiemarkt geanalyseerd. Te denken valt aan het blijvende monopolie van het telefoonaansluitnet en de vraag of zich hier op korte termijn infrastructurele alternatieven zullen/kunnen ontwikkelen. Te denken valt voorts aan de oligopolistische structuur van de mobiele netten. Ook kan worden gedacht aan de oligopolistische structuur van de internationale netten die toegang bieden tot internationale telecommunicatiediensten. In al deze gevallen kan een situatie van effectieve mededinging niet worden bereikt omdat de monopolist/het oligopolie de toegang tot de markt zowel wat betreft modaliteiten in diensten en producten als prijsstelling ten opzichte van de concurrenten en de concurrenten kan controleren. Zo kan een *price squeeze* optreden en kunnen andere vormen van concurrentievervalsing ontstaan (zie hierna de paragrafen 3.3, 3.9 en 3.10).

Onder het algemeen mededingingstoezicht (bijvoorbeeld bij concentraties) wordt de markt geval per geval gedefinieerd. Het uitgangspunt daarbij is dat een bedrijf over marktmacht beschikt indien het door zijn prijs te verhogen, zijn winstpositie kan verbeteren. De mogelijkheid daartoe wordt beperkt door de aanwezigheid van concurrerende vergelijkbare

¹¹ Martin 1989, hoofdstuk 12.

producten en nauwe substituten. De aanbieder van een cola frisdrank kan zijn winstpositie niet verbeteren door zijn prijs te verhogen omdat consumenten dan overstappen naar andere cola frisdranken of andere frisdranken.¹² Onder de regels van het algemeen mededingingsrechtelijk toezicht behoren alle frisdranken tot dezelfde markt. Stel vervolgens dat de prijs van alle frisdranken wordt verhoogd, is het dan mogelijk om meer winst te maken? Dat is wederom afhankelijk van de reacties van de consumenten op de prijsverhoging van frisdranken. Als voldoende consumenten overstappen van frisdrank naar andere dranken (koffie en thee bijvoorbeeld) zodat de afzet van frisdrank fors daalt, dan wordt geconcludeerd dat ook deze andere dranken nauwe substituten zijn en eveneens tot dezelfde markt behoren.

De markt bestaat uit de groep goederen waarvoor de gezamenlijke prijs winstgevend kan worden verhoogd. De markt bestaat dus uit het product en al zijn substituten. Wat substituten zijn, hangt af van het consumentengedrag. Kort door de bocht geformuleerd, zou men kunnen zeggen dat alle producten die dezelfde behoefte van de consument kunnen bevredigen tot dezelfde markt behoren. De regionale dimensie van de markt wordt op soortgelijke wijze als de productdimensie van de markt bepaald.

De marktdefinitie die onder het algemene mededingingstoezicht wordt gehanteerd, kan in de loop van de tijd veranderen omdat de voorkeuren en het koopgedrag van de consumenten veranderen¹³ of omdat er nieuwe producten op de markt worden geïntroduceerd die door de consumenten als substituten voor bestaande producten worden beschouwd.

De definitie van de markt onder het sectorspecifieke toezicht daarentegen wordt door de Commissie bepaald op basis van technische kenmerken en houdt weinig rekening met de mogelijke invloed van mogelijke bestaande en toekomstige substituten. Dit is minder flexibel dan het geval is bij het algemeen toezicht. In de telecommunicatiemarkt is het niveau van technologische innovatie vrij hoog en veroudert een marktdefinitie gebaseerd op technische kenmerken snel. Een meer flexibele marktdefinitie is voor de kwaliteit van het toezicht van de specifieke toezichthouder nuttig.

2.4 Conclusies

Uit het voorgaande kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

1. Het is niet mogelijk om op economische gronden een scherp omslagpunt te definiëren waarbij een markt overgaat van een monopolistische structuur naar een situatie van effectieve mededinging. Wel is een pragmatische evaluatie op basis van onder meer benchmarking en enquêtes mogelijk. Op basis hiervan kunnen drie zones worden onderscheiden: een zone waarin nog duidelijk van een monopoliesituatie sprake is, een zone waarin effectieve mededinging geldt en een overgangszone daartussen. Bedacht moet worden dat deze situaties niet automatisch in elkaar overgaan en dat er ook een omgekeerd effect kan optreden, bijvoorbeeld door het tot stand komen van blijvende oligopolies. Voorts gaat het niet om irreversibele processen, omdat een situatie van

¹² De praktische toets die hiervoor wordt gehanteerd is de SSNIP test (small but significant, non-transitory increase in price). Bij deze toets speelt de prijselasticiteit een belangrijke rol. Een prijselasticiteit kleiner dan 1 betekent in elk geval dat de opbrengst (dit is de prijs maal hoeveelheid) toeneemt bij een toename van de prijs. Omdat in dat geval ook de productiekosten meestal afnemen (lagere afzet) neemt de winst toe.

¹³ Voorkeuren van consumenten kunnen bijvoorbeeld veranderen omdat nieuwe informatie beschikbaar komt. Denk aan de verschuivingen in de vleesconsumptie ten gevolge van de BSE crisis.

effectieve mededinging weer kan omslaan in een oligopolie met monopolistische kenmerken (zoals bijvoorbeeld het geval is bij collectieve dominantie).

2. Een optimale organisatie van toezicht wordt bereikt wanneer de zwaarte van toezicht en daarmee ook de (transactie)kosten van toezicht in verhouding staat met de (verwachte) baten van toezicht. Bij bestaande, functionerende markten wordt er van uit gegaan dat marktwerking voldoende garanties biedt voor allocatieve en dynamische efficiëntie, zodat alleen in de gevallen waar wordt afgeweken van marktwerking corrigerend moet worden opgetreden. Een 'lichte' vorm van toezicht is hier aangewezen. In situaties waarbij de markt faalt, hetzij tijdelijk zoals in de transitie van een monopolie- naar een effectieve mededingingssituatie, of permanent zoals bij een natuurlijk monopolie, is er reden voor meer intensief, en dus specifiek op dit marktfalen gericht toezicht. Bij de inrichting van een markt in transitie moet veel meer sturend en richtinggevend worden opgetreden, zodat uiteindelijk een effectief werkende markt tot stand komt. In een natuurlijk monopolie situatie komt effectieve mededinging per definitie nooit tot stand en moet toezicht blijvend georganiseerd worden. Dit kan ook bij een blijvend oligopolie het geval zijn. Tegenover de hogere kosten van regulering staan in dit geval ook hogere baten.
3. De definitie van de markt onder het sectorspecifieke toezicht wordt door de Commissie bepaald op basis van technische kenmerken en houdt weinig rekening met de mogelijke invloed van mogelijke bestaande en toekomstige substituten. Dit is minder flexibel dan de definitie van de relevante markt bij het algemeen toezicht. In de telecommunicatiemarkt is het niveau van technologische innovatie vrij hoog en veroudert een marktdefinitie gebaseerd op technische kenmerken snel. Een meer flexibele marktdefinitie is voor de kwaliteit van het toezicht van de specifieke toezichthouder nuttig.

3 Vergelijking sectorspecifiek versus algemeen mededingingstoezicht

Er wordt in de discussie over mededingingstoezicht veelal van uit gegaan dat er een keuze dient te worden gemaakt tussen sectorspecifiek toezicht of algemeen mededingingstoezicht. In deze analyse willen wij aangeven dat er verschillende aspecten zijn waarmee bij deze keuze rekening dient te worden gehouden, die soms beter in het sectorspecifieke toezicht en soms beter in het algemene mededingingstoezicht tot hun recht komen.¹

Aan de hand van de als bijlage opgenomen matrix wordt in dit hoofdstuk een vergelijking gemaakt van wat naar ons oordeel theoretisch de voor- en nadelen zijn – mede in het licht van de economische analyse – van de ex ante en ex post interventiemethodes in de telecommunicatiemarkten. De beschikkingen van de Commissie die ter sprake komen, zijn in een volledig overzicht in een aparte bijlage opgenomen.

3.1 Algemene karakteristieken

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Ex ante toezicht:

- markttoegang;
- aanwijzing AMM;
- aangeven prijskaders.

Ex ante én ex post:

- prijscontrole;
- monitoring ontwikkeling en toepassing technologie;
- monitoring van 'de' markt.

Sectorspecifiek toezicht vereist *naar zijn aard* de aanwezigheid van een voor het functioneren van de markt (in technologisch opzicht) noodzakelijk netwerk, waaraan incumbents deelnemen en waarop – in ruimere zin dan alleen mededingingsrechtelijk – toezicht dient te worden gehouden.

Sectorspecifieke regelgeving, zoals het huidige telecommunicatierecht, is gericht op het op voorhand en in abstracto reguleren van toekomstige marktsituaties in een bepaalde sector. De behoefte aan sectorspecifieke regels doet zich voor bij de overgang van (publieke) monopolies naar een meer marktconforme situatie, met name bij blijvende infrastructurele schaarste die een goede marktwerking frustreert.² Potentiële nieuwe toetreders hebben meer bescherming nodig tegen de gevestigde onderneming, vooral wanneer deze zeggenschap heeft over de beschikbaarheid van en de toegang tot schaarse infrastructurele voorzieningen.

Het voorafgaand toezicht wordt toegepast door een onafhankelijke, gespecialiseerde toezichthouder. Onafhankelijkheid is met name van belang, omdat de Staat nog steeds grootaandeelhouder (43%) is van Nederlands voormalige monopolist KPN. Dit belang van de Staat kan in het nadeel werken van concurrenten van KPN.

OPTA houdt allereerst toezicht op de toegang tot de markt. Voorwaarde daarvoor is wel dat de in te zetten instrumenten helder en duidelijk moeten zijn. Daarnaast kan OPTA van tevoren verplichtingen opleggen aan partijen met aanmerkelijke marktmacht (AMM), zonder dat er sprake hoeft te zijn van misbruik van de machtspositie. Enkel het beschikken over een marktaandeel van meer dan 25 procent kan voldoende reden voor de toezichthouder zijn om

¹ Zie ook Dommering 2001a.

² Van Damme & Eijlander 2000, p. 55.

in te grijpen. In een sectorspecifiek regelgevingskader kan een aantal extra verplichtingen worden opgelegd om de ontwikkeling van effectieve concurrentie te bevorderen. Deze mogelijkheid tot het vooraf opleggen van verplichtingen ontbreekt in het algemene mededingingsrecht. Ook heeft OPTA de mogelijkheid *ex ante* kaders voor de te hanteren prijzen vast te stellen. Sectorspecifiek toezicht doet in dit opzicht ook meer dan algemeen toezicht, omdat op basis van duidelijk geformuleerde doelstellingen wordt beoogd de structuur van een markt te veranderen. Het gaat dan om het scheppen van voorwaarden van toetreding *tot* de markt en niet om het wegnemen van misbruik *op* de markt.

Sectorspecifieke regelgeving kan echter onvolledig en inadequaat zijn en niet flexibel genoeg om te reageren op snel veranderende marktomstandigheden. Bovendien geldt voor het huidige, positieve telecommunicatierecht dat het star is en technologieafhankelijk. Het draagt het risico in zich dat inflexibele, verouderde marktbegrippen worden gebezigd,³ die niet overeenstemmen met de economische realiteit. In de (buitenlandse) literatuur wordt bovendien gewezen op het gevaar dat een sectorspecifieke toezichthouder de gevangene kan worden van zijn sector. De toezichthouder vormt dan een verlengstuk van de betreffende sector in plaats van de bewaker van het ontstaan van voldoende concurrentie binnen de sector. De betrokkenheid overvleugelt dan de vereiste distantie.⁴

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Uitsluitend *ex ante* toezicht in geval van concentraties en in beperkte mate bij het ontheffingsbeleid *ex art.* 81 lid 3 EG/*art.* 17 Mw.

Ex post controle op:

- misbruik van machtspositie zonder aanwijzingsmogelijkheid van AMM;
- markttoegang via 'essential facilities' doctrine;
- 'foreclosure', *art.* 82, b EG/*art.* 24 Mw;
- bewaking technologische vooruitgang bij toepassing van *art.* 81 lid 3 EG;
- 'normale' karteltoezicht;
- brancheonderzoek bij vermoeden van belemmeringen in de vrije mededinging (*art.* 12 VO 17/62⁵) teneinde inbreuken op te kunnen sporen en vast te stellen.

Het 'gewone' mededingingsrecht is toepasbaar naast het sectorspecifieke regelgevingskader. Deze regels zijn immers noodzakelijk om mededingingsbeperkend gedrag tussen ondernemingen onderling tegen te gaan. Het algemene mededingingstoezicht ziet met name op de controle op misbruik van machtspositie, markttoegang via de 'essential facilities' doctrine en foreclosure (marktafscherming). Het betreft situaties waarin sprake is van een ernstig vermoeden van misbruik van machtspositie of kartelvorming en kan slechts *ex post* worden toegepast. Uitzonderingen zijn de Concentratieverordening,⁶ die *ex ante* wordt

³ Hobbelen 1999, p. 51.

⁴ Van Damme & Eijlander 2000, p. 64.

⁵ Verordening 17/62 over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, die de bevoegdheid regelt van de Commissie om het kartelverbod en het verbod van misbruik van een machtspositie toe te passen en de plicht van Lidstaten om in dit kader mee te werken. Deze verordening wordt echter ingrijpend veranderd: zowel het ontheffingsmonopolie als de aanmeldingsplicht van de ondernemingen wordt afgeschaft. Voor mededingingsbeperkingen tussen ondernemingen zal derhalve alleen nog *ex post* karteltoezicht een uitkomst bieden.

⁶ Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1989 L 385/1, zoals gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 houdende wijziging van Verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1997 L 180/1.

gehandhaafd, en in beperkte mate het ontheffingsbeleid ex art. 81 lid 3 EG en het overeenkomstige art. 17 Mw. De Mededingingswet voorziet niet in een mogelijkheid voor de NMa om op te treden tegen misbruik door ondernemingen zonder economische machtspositie, zodat de NMa nauwelijks bevoegdheden heeft om in te grijpen in de structuur van de markt. Prijscontrole in enge zin⁷ is op basis van het algemene mededingingsrecht niet goed mogelijk. Bij het afdwingen van toegang kan een beroep gedaan worden op de ‘essential facilities’ doctrine, maar deze doctrine lijkt sinds het *Bronner*-arrest aanzienlijk aan betekenis te hebben ingeboet.⁸ In het kader van de plannen tot modernisering van de procedureregels rond de handhaving van de artikelen 81 en 82 EG heeft de Commissie voorgesteld dat bij het beëindigen van misbruik in de zin van art. 82 EG ook ‘structurele maatregelen’ kunnen worden genomen.⁹ Daaronder kan wellicht ook afdwinging van markttoegang worden gerangschikt, zij het evenwel steeds in een *ex post* situatie (zie ook paragraaf 3.9).

Het algemene mededingingsrecht hanteert een flexibel marktbegrip en is daardoor beter in staat te reageren op veranderingen in de markt. De in een mededingingsrechtelijke procedure vastgestelde relevante markten zullen daardoor meer overeenstemmen met de economische realiteit dan de gefixeerde marktdefinities uit het ONP kader.

3.2 Bescherming leercurve

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Het gaat hierbij om twee aspecten:

- a. de leercurve van de toezichthouder, en
- b. de leercurve van de investerende marktdeelnemers.

Ex ante toezicht beschermt en ontwikkelt het kenniselement van de sectorale toezichthouder sneller dan onder het algemene mededingingsrecht. Bovendien beschermt het eerder of beter de positie van nieuwe marktdeelnemers tegenover incumbents en vice-versa. Het beschermt *de facto* risicovolle nieuwe of kostbare technologie. Vergt bijzondere wetgeving. Kan ten nadele van de consument gaan, omdat het de noodzaak tot ‘op de tenen lopen’ vermindert. Stimuleert wellicht nieuwe processen en technologieën.

Ex ante toezicht beschermt en ontwikkelt het kenniselement van de bijzondere toezichthouder sneller dan onder het algemene mededingingsrecht. De bijzondere toezichthouder heeft immers niets anders aan het hoofd. Bovendien kan de positie van nieuwe marktdeelnemers tegenover incumbents op basis van ex ante toezicht eerder en beter worden beschermd. Door ex ante toezicht lijken ook investeringen in nieuwe technologie voldoende te worden beschermd, hetgeen de ontwikkeling van nieuwe technologie op zijn beurt kan stimuleren.

Bij sectorspecifiek toezicht is interventie sneller mogelijk dan op grond van het algemene mededingingsrecht. In de huidige telecomregelgeving wordt bijvoorbeeld een lager markt-aandeelcriterium en een gefixeerd marktbegrip gehanteerd. Is eenmaal een partij met AMM aangewezen, dan hoeft de markt niet steeds opnieuw te worden gedefinieerd. Dit waarborgt het stimuleren van daadwerkelijke concurrentie. Bovendien kan er aan de hand van deze regels niet alleen sneller, maar ook ex ante worden ingegrepen.

⁷ Behalve het toezicht op excessieve prijsstelling (zowel *hoog* als *laag*).

⁸ Hancher & Lugard 1999.

⁹ Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag [en tot wijziging van ..., etc.] (“uitvoeringsverordening van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag”), m.n. artikel 7, COM(2000) 582 def.

De keerzijde van deze medaille is echter, dat de uitkomsten van de leercurve worden ‘beschermd’, met andere woorden fouten uit het verleden worden afgedekt of in stand gehouden, waardoor aanpassing wordt bemoeilijkt. Van eerder ingenomen standpunten wordt niet meer eenvoudig afgeweken c.q. er wordt – ten onrechte of uit luiheid – op vertrouwd. Sectorspecifieke regelgeving kan zo de investeringszin van bedrijven negatief beïnvloeden en ontwijkingsgedrag in de hand werken, waardoor nog meer bijzondere wetgeving moet worden ingevoerd, of moet worden teruggevallen op het mededingingsrecht. Dit kan nadelig zijn voor de consument.

Zie ook paragraaf 3.5.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Kennis en marktinzicht ontwikkelt zich in de mate dat de problematiek van een bepaalde markt zich voordoet. Bij *ex post* toezicht komt dat alleen bij ontheffingsverzoeken, inbreukbestrijding en concentratiecontrole voor. Bescherming van enige leercurve voor investerende marktdeelnemers is niet in het algemeen geregeld. Komt in beperkte mate als onderwerp voor bij de leerstukken over licentieverlening (bij de verlening van absolute gebiedsbescherming voor een bepaalde tijd) en joint ventures; in extreme gevallen, als voorbeeld van machtsmisbruik ex art. 82, b EG.

Bescherming van de leercurve is niet in het algemeen geregeld, maar komt als verschijnsel voor bij licentieverlening.¹⁰ Verordening 240/96 voorziet in een absolute gebiedsbescherming voor een beperkte tijd: art. 81 lid 1 EG wordt overeenkomstig lid 3 buiten toepassing verklaard voor octrooi- en know how licentieovereenkomsten tussen twee ondernemingen die de verplichting inhouden van de licentienemer om in de aan andere licentienemers binnen de gemeenschappelijke markt toegewezen gebieden geen actief beleid voor het in de handel brengen van het product onder licentie te voeren c.q. in te gaan op ‘passieve’ verzoeken tot levering uit andere gelicentieerde territoria.¹¹ De licentienemer mag geen uitdrukkelijk voor deze gebieden bestemde reclame maken en geen bijkantoor aldaar vestigen. Deze verplichting draagt bij tot productieverbetering en bevordert de technische vooruitgang. Zij vormt immers voor de octrooihouders of voor de eigenaren van know how een aansporing om licenties te verlenen en voor de licentienemers een aansporing om te investeren, omdat gedurende de opstartperiode absolute gebiedsbescherming is gegarandeerd.

3.3 Structuur toegang markt voor operators

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Beperkingen en/of vergunningplicht voor incumbents; in tijd beperkte concessies (levert strijd ‘om’ de markt op, zoals ook wordt voorgestaan in het regionale openbaar vervoer); beperking van de mogelijkheid tot overname van andere vergunninghouders, e.d.

Onder een sectorspecifiek regime gelden voor incumbents beperkingen en/of een vergunningplicht; er worden in tijd beperkte concessies verleend. Dit levert op het moment van toekennen van de concessies, bijvoorbeeld door middel van een veiling, strijd ‘om’ de markt op: via gunning verkrijgt een partij toegang tot de markt en is dus voor een bepaalde tijd de enige, dan wel één van de weinige spelers op de aldus gegunde markt. De markt wordt wat betreft het aantal deelnemers voor de concessieperiode bevroren. Onder een dergelijk

¹⁰ Verordening (EG) nr. 240/96 van de Commissie van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht, *PbEG* 1996 L 31/2.

¹¹ Art. 1 lid 1 sub 5 en 6 Verordening 240/96.

regime kunnen ook de mogelijkheden tot overname van andere vergunninghouders beperkt worden.

Hier kan een parallel worden getrokken met het beleid zoals wordt voorgestaan in het streekvervoer. Met de Wet personenvervoer (WP) 2000¹² wordt beoogd marktwerking in de openbaarvervoersector te introduceren.¹³ De WP voorziet in aanbestedingen door gedeputeerde staten voor concessies tot het verrichten van regionaal openbaar vervoer voor een periode van maximaal zes jaar. Het in de WP geformuleerde preventieve toezicht ten aanzien van dominante posities van marktpartijen geschiedt door de NMa. Zo is het verboden om aan de gunning van een concessie voor openbaar vervoer mee te doen, zonder te beschikken over een verklaring van geen bezwaar van NMa, die in dit verband rekening houdt met het marktaandeel van de vervoerder.

Ook op het gebied van telecommunicatie kan op vergelijkbare wijze onderscheid worden gemaakt tussen *regulated access* (kabel,¹⁴ interconnectie, bijzondere toegang,¹⁵ carrier preselectie¹⁶) en *negotiated access*.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Toetsing van 'foreclosure'-effecten onder zowel art. 82, b EG als art. 81 EG (horizontaal én verticaal; zie recente Richtsnoeren op beide terreinen van de Commissie). Toetsing van de strijd 'op' de markt is het voornaamste kenmerk.

Op basis van het algemene mededingingsrecht kunnen de 'foreclosure'-effecten onder zowel art. 82, b EG als art. 81 EG worden getoetst. Zo bepalen de Richtsnoeren inzake horizontale overeenkomsten¹⁷ en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen¹⁸ dat de beoordeling op grond van art. 81 de mogelijke parallelle toepassing van art. 82 EG op horizontale en verticale

¹² Wet van 6 juli 2000, houdende nieuwe regels omtrent het openbaar vervoer, besloten busvervoer en taxivervoer (Wet personenvervoer 2000), *Stb.* 2000, 314.

¹³ Zie over het wetsvoorstel Mahler 1999.

¹⁴ Zie OPTA, Consultatiedocument 'Toegang tot de kabel', 26 april 1999. Zie ook de volgende besluiten: OPTA 9 juli 1999, OPTA/IBT/99.6546 (*Canal+/A2000*); OPTA 4 november 1999, OPTA/JUZ/99/8050 (Beslissing op bezwaar in Canal+/A2000); OPTA 17 november 2000, OPTA/IBT/2000/203144 (*Holland Advertising Nieuwe Media BV en Media Groep West BV/UPC*); OPTA 17 november 2000, OPTA/IBT/2000/203072 (*MCM/CasTel*).

¹⁵ Zie de volgende consultatiedocumenten: OPTA, Consultatiedocument over bijzondere toegangsdiensten, 4 juni 1998; OPTA, Consultatiedocument Collocatie en eenmalige kosten met betrekking tot toegang tot de aansluitlijn, 2 oktober 2000; OPTA, Tariefregulering voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten, 21 december 2000. Zie de volgende besluiten: OPTA 28 juli 1999, OPTA/IBT/99/6646 (uitspraak naar aanleiding van de klacht van Devricon International over PTT Telecom B.V.); OPTA 6 maart 2000, OPTA/IBT/2000/200361 (*Cistron/KPN*); OPTA 25 mei 2000, OPTA/IBT/2000/201408 (Oordeel inzake het door KPN Telecom B.V. voor ontbundelde toegang tot de aansluitlijn ('MDF-access') gehanteerde voorlopige tarief); OPTA 30 oktober 2000, OPTA/IBT/2000/202797 (Voorlopig besluit inzake geschil Cistron/KPN); OPTA 3 november 2000, OPTA/IBT/2000/202749 (*MCI Worldcom/KPN Telecom*); OPTA 3 november 2000, OPTA/IBT/2000/202922 (Voorlopig besluit Eager Telecom/KPN Telecom); OPTA 21 november 2000, OPTA/IBT/2000/202886 (*MCI WorldCom/KPN Telecom*).

¹⁶ Zie OPTA 11 mei 2000, Besluit dwangsom aanmeldingssysteem carrier preselectie; OPTA 8 maart 2001, OPTA/IBT/2001/200233 (*Versatel/KPN*).

¹⁷ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEG* 2001 C 3/2.

¹⁸ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEG* 2000 C 291/1.

samenwerkingsovereenkomsten onverlet laat.¹⁹ Hier is veeleer sprake van strijd ‘op’ de markt: partijen kunnen de markt naar eigen believen betreden en verlaten. In de Richtsnoeren ligt het accent duidelijk op de toetreding tot de markt. De Richtsnoeren leggen de beginselen vast voor de beoordeling van horizontale en verticale overeenkomsten op grond van art. 81 EG. Horizontale samenwerking ziet op de samenwerking tussen (daadwerkelijke en potentiële) concurrenten; verticale samenwerking betreft overeenkomsten tussen ondernemingen die in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Beide soorten overeenkomsten kunnen de concurrentie beperken of juist bevorderen doordat zij economische voordelen opleveren om de eventuele concurrentiebeperkende effecten te compenseren.

3.4 Standaardisatie

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Kan door ex ante regulering mededingingsrechtelijk neutraal worden gestimuleerd c.q. sneller worden bereikt.

Sectorspecifieke regelgeving kan standaardisatie stimuleren c.q. sneller bereiken. In dit verband kan worden gedacht aan de strijd die zich begin jaren tachtig heeft voorgedaan tussen drie concurrerende standaarden voor videosystemen: V2000 van Philips, Betamax van Sony en VHS van JVC. Ondanks hulp van het ministerie van Economische Zaken, heeft de poging van Philips om V2000 tot standaard voor videosystemen verheven te krijgen geen effect gehad, en heeft V2000 het moeten afleggen tegen VHS dat – vanwege lagere productiekosten en de bereidheid van JVC tot het uitgeven van licenties – de wereldstandaard is geworden. Om hetzelfde probleem te voorkomen is voor cd’s wel bij voorbaat één standaard gehanteerd. Het werkt overigens niet bij Franse en Italiaanse televisiesystemen, aangezien deze uitgaan van een ander lijnenstelsel. Producenten moeten voor deze markten dus aparte toestellen produceren. Er dient echter voor te worden gewaakt dat er geen verschillen tussen de Lidstaten ontstaan. Een nationale ‘*Alleingang*’ op dit gebied lijkt derhalve onwenselijk.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Onder voorwaarden zijn standaardisatieovereenkomsten mededingingsrechtelijk onverdacht.

Rivaliserende groepen ondernemingen kunnen concurrerende standaarden ontwikkelen, zoals in geval van internet voor mobiele telefonie. Zelfs als dergelijke overeenkomsten met betrekking tot deze rivaliserende standaarden op het eerste gezicht toegankelijk zijn, zullen doorgaans de ondernemingen die meewerken aan de ontwikkeling van de ene standaard, worden uitgesloten van het werk van de andere groep. Dit zou strijdig kunnen zijn met art. 81 lid 1 EG, maar het is niet onwaarschijnlijk dat ontheffing wordt verleend op grond van het derde lid.²⁰ De Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten bepalen dat standaardisatieovereenkomsten – die beogen technische of kwaliteitseisen vast te stellen waaraan producten, productieprocessen of -methoden moeten voldoen en die met name gevolgen hebben op de productmarkt(en) waarop de standaarden betrekking hebben – niet onder art. 81 lid 1 EG vallen, wanneer de deelneming aan de vaststelling van de standaarden – die gebaseerd moeten zijn op niet-discriminerende, open en doorzichtige procedures –

¹⁹ Overweging 16 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEG* 2001 C 3/2; overweging 1 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEG* 2000 C 291/1.

²⁰ Larouche 2000, p. 322 e.v.

onbeperkt en doorzichtig is. Dergelijke overeenkomsten, die geen verplichting opleggen om aan de standaarden te voldoen of die een onderdeel vormen van een ruimere overeenkomst die de compatibiliteit van producten moet waarborgen, vormen dan geen beperking van de mededinging. De Commissie gaat er daarnaast van uit dat er zich geen noemenswaardige beperking van de mededinging voordoet bij standaarden die slechts gelden voor een verwaarloosbaar deel van de relevante markt. Bij de beoordeling van het mededingingsbeperkend karakter gaat de aandacht uit naar het gemak waarmee dergelijke belemmeringen voor het betreden van de markt kunnen worden overwonnen. Op grond van art. 81 lid 3 EG staat de Commissie positief tegenover standaardisatieovereenkomsten die economische voordelen opleveren. Om dergelijke economische voordelen te realiseren, moet de informatie die is vereist om de standaard toe te passen voor iedere potentiële aanbieder beschikbaar zijn en moet een aanzienlijk deel van de bedrijfstak bij het op een transparante wijze vaststellen van de standaard betrokken zijn. De partijen dienen aan te tonen dat eventuele beperkingen bij de vaststelling, of het gebruik van of de toegang tot de standaard economische voordelen opleveren. Daarnaast dient de standaard onmisbaar te zijn, in de zin dat het noodzakelijk is slechts één technische oplossing te gebruiken. Ten slotte mag de standaard de mededinging niet uitschakelen. Er zal waarschijnlijk een punt zijn waarop de vaststelling van een standaard door een groep ondernemingen die samen een machtspositie op de markt bezit, tot de invoering van een feitelijke norm voor de bedrijfstak zal leiden. Deze normen dienen alsdan zo open mogelijk te zijn en op niet-discriminerende wijze te worden toegepast. Derden moeten op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang tot deze norm kunnen krijgen.

3.5 Opstartende markt

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Maakt asymmetrische regelgeving bij het verlenen van toegang tot nieuwe markt(segment)en mogelijk. Maakt regeling mogelijk, waarbij opstartende marktdeelnemers een 'terme de grace' (ook wel 'competition holiday' te noemen) kunnen krijgen om eigen investeringen (ten dele) veilig te stellen alvorens derden toegang te (moeten) verlenen (TPA, verticaal) of horizontale mededinging te moeten dulden.

Op basis van het sectorspecifieke recht kan asymmetrische regelgeving worden ingevoerd voor het verlenen van toegang tot nieuwe markten. Ook is het mogelijk nieuwe markttoetreders een zekere, in tijd beperkte 'competition holiday' te verlenen, zodat zij eigen investeringen veilig kunnen stellen alvorens toegang te moeten verlenen aan derden of horizontale mededinging moeten dulden. Competition holidays zijn elders in het mededingingsrecht onder bijzondere omstandigheden ook wel bekend. Een voorbeeld hiervan is art. 1 van de reeds eerder genoemde Verordening 240/96²¹ waarin is bepaald dat art. 81 lid 1 EG overeenkomstig lid 3 onder de in de verordening genoemde voorwaarden buiten toepassing wordt verklaard voor octrooi-, of know how licentieovereenkomsten.

In de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen²² wordt aangegeven dat verticale beperkingen positieve effecten kunnen hebben. De toepassing van bepaalde verticale beperkingen kan bijvoorbeeld gerechtvaardigd zijn op grond van zogenoemde 'hold up' problemen, waarbij het niet vaststaat dat noodzakelijke investeringen worden terugverdiend. (zie ook 'sunk costs' in paragraaf 2.2). De producent in kwestie zal wellicht niet bereid zijn tot het doen van dergelijke investeringen indien niet vooraf bepaalde afspraken worden gemaakt. Er

²¹ Verordening 240/96, *PbEG* 1996 L 31/2 (zie noot 9).

²² Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEG* 2000 C 291/1.

moet echter aan een aantal voorwaarden zijn voldaan om van een reëel of significant risico van een te laag investeringsniveau te kunnen spreken.²³ Het moet om een relatiegebonden investering op lange termijn gaan, waarbij de ene contractpartij meer investeert dan de andere. Wanneer deze voorwaarden zijn vervuld, is er meestal een gewettigde reden voor een verticale beperking gedurende de periode nodig voor de afschrijving van de investering. Een specifiek ‘hold up’ probleem doet zich voor in geval van overdracht van wezenlijke know how. Zodra know how is overgedragen, kan deze niet worden teruggenomen, en de overdrager daarvan zal allicht niet willen dat deze ten behoeve van of door zijn concurrenten wordt gebruikt. Indien de know how moeilijk verkrijgbaar was voor de afnemer en indien deze wezenlijk is en onmisbaar voor de uitvoering van de overeenkomst, kan een beperking in de vorm van een niet-concurrentiebeding gerechtvaardigd zijn.

In het verband van de opstartende markt wijzen wij nog op het volgende. KPN is momenteel wezenlijk goedkoper dan haar concurrenten, omdat zij een natuurlijk monopolie bezit door de eigendom van het aansluitnet. Om een werkelijk ‘level playing field’ te creëren, zou het derhalve noodzakelijk kunnen blijken het aansluitnet te ‘nationaliseren’ (analoog aan de ontwikkelingen die hebben geleid tot Tennet en Railnet) teneinde langs die weg gelijke toegangscondities te realiseren.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Beginnende marktpartijen dragen het volle concurrentiële risico, met een beperkte uitzondering in het geval van licentiering (vgl. de ‘competition holiday’ in art. 1 lid 6 VO 240/96).

Mededinging(sstructuur) wordt pas beschermd bij bereiken van machtspositie en eventueel opvolgend misbruik dat daarvan wordt gemaakt.

Onder een mededingingsrechtelijk regime dragen markttoetreders zelf het volle concurrentiële risico. Een uitzondering geldt in het geval van licentiering: art. 1 sub 5 en 6 van Verordening 240/96 bepaalt dat art. 81 lid 1 EG overeenkomstig lid 3 onder de in de verordening genoemde voorwaarden buiten toepassing wordt verklaard voor octrooi-, of know how licentieovereenkomsten tussen twee ondernemingen. Zie ook paragraaf 3.2, bescherming leercurve, onder algemeen mededingingstoezicht.

3.6 Zekerheid

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Speelt in een dubbele context:

- ‘regulatory certainty’ leidend tot voorspelbaarheid van de regulator alsook investeringszekerheid; en
- rechtszekerheid, waarbij duidelijkheid van regelgeving voorop dient te staan.

Voor de rechtszekerheid – en daarmee de effectiviteit van het sectorspecifieke toezicht – is het belangrijk dat de bevoegdheden van de toezichthouder, de besluiten die hij kan nemen en de procedures in de wet zijn omschreven (zie paragraaf 5.1.6). Het thema rechtszekerheid hangt ten nauwste samen met de problematiek van de opstartende markt en kan los van de hierboven behandelde onderwerpen geen zelfstandig te beschermen doel vormen. Sector-specifieke regelingen horen de mededinging slechts te faciliteren, ook als dat met een tijdelijke, al dan niet gefaseerde regulering, en dus met een inperking van volledige mededingingsvrijheid, gepaard gaat. Dat kan ‘eigen’ worden genoemd aan een opstartende en zich snel ontwikkelende ‘markt’, waaraan ook incumbents deelnemen. Het gaat om het

²³ Overweging 116 sub 4 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen.

toegroeien naar een ‘level playing field’ met, zoals blijkt uit hoofdstuk 2, als uiteindelijke en enige zekerheid het ontstaan van een omslagzone waarin een situatie van effectieve mededinging bestaat. Als die is bereikt, zou met sectorspecifiek toezicht zeer spaarzaam dienen te worden omgegaan.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Is bij een algemeen stelsel van repressief mededingingstoezicht in de hierboven beschreven zin inherent afwezig. Komt soms aan de orde bij beoordelingen ex art. 81 lid 3 EG, en dan nog slechts voor beperkte tijd.

Bij CoCo wordt juridische zekerheid voor de toekomst gegeven. Voor full-function joint ventures van belang omdat daar ook verenigbaarheidsverklaringen met art. 81 lid 3 EG kunnen worden afgegeven voor onbepaalde tijd. Dit laatste is (nog) niet het geval onder de concentratiebepalingen van de Mededingingswet (vgl. art. 27, c juncto 33 Mw).

Ondernemingen die een economisch geheel vormen met een zelfstandige beslissingsbevoegdheid en waarbij concurrentiegedrag niet onderling gecoördineerd wordt, kunnen op grond van de Concentratieverordening een verenigbaarheidsverklaring krijgen. Indien wel sprake is van coördinatie van marktgedrag, zijn de nationale concentratiebepalingen ex art. 27, c juncto 33 Mw niet van toepassing op dergelijke concentraties, alhoewel deze in geval van het bereiken van de drempels van communautaire dimensie wel aan het toezicht van de Commissie krachtens de Concentratieverordening zouden zijn onderworpen. Onder de Mededingingswet geldt voor dat type samenwerking het algemene verbod van art. 6 en de ontheffingstoets van art. 17.

In algemene zin kan de toezichthouder rechtszekerheid bevorderen door de publicatie van richtsnoeren, die marktspelers én consumenten helpen bij hun eigen inschatting van hun mededingingsrechtelijke mogelijkheden (*self-assessment*). Deze publicaties zullen in het toekomstige systeem van directe toepasselijkheid van art. 81 lid 3 EG alleen nog maar aan belang winnen.

3.7 Technologische innovatie

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Regelingsneutraal? Laat zich mondiaal waarschijnlijk niet remmen door lokale verschillen in toezicht. Gereguleerde markt kan wel rem op introductie van elders ontwikkelde innovatie met zich brengen. Zie ook paragraaf 3.4.

Sectorspecifiek toezicht kan risicovolle nieuwe of kostbare technologie *de facto* beschermen en wellicht stimuleren. Er wordt daarentegen ook wel beweerd dat sectorspecifieke regelgeving de investerings- en ontwikkelingszin van bedrijven negatief kan beïnvloeden (het vermindert de noodzaak ‘op de tenen te lopen’) en ontwijkgedrag in de hand kan werken, waardoor nog meer bijzondere wetgeving zou moeten worden ingevoerd, of moet worden teruggevallen op het mededingingsrecht. Dit kan ten nadele van de consument uitpakken. Technologische innovatie laat zich mondiaal overigens niet remmen door lokale verschillen in sectorspecifiek toezicht.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Regelingneutraal. Hangt af van elementen zoals: aantal marktspelers, ontwikkelingskosten, barriers to entry (technologie, investeringsniveau, gebrek aan vergunningen, ruimtelijke ordenings- en milieueisen), toevallige technologische vindingen, consumentengedrag, e.d.

Krachtens art. 1 van Verordening 2659/2000²⁴ is art. 81 lid 1 EG, onder de in de Verordening genoemde voorwaarden, niet van toepassing op onder andere overeenkomsten die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder ondernemingen gemeenschappelijk onderzoek en ontwikkeling verrichten van producten of werkwijzen en de daarbij verkregen resultaten gemeenschappelijk exploiteren. Dergelijke groepsvrijstellingen voor R&D overeenkomsten geven enige zekerheid voor kostbare ontwikkelingsprojecten. Ook uit de Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten volgt dat de Commissie productie joint ventures die concurrentie bevorderen met grote investeringen – waardoor geld vrijkomt voor technologische innovatie – in beginsel positief beoordeelt.

3.8 Consumentenbescherming

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Het gaat om transparantie van de markt en wijze waarop de consument de markt kan begrijpen en kan omgaan met de daarop voorkomende ontwikkelingen (voorspelbaarheid van leveranciersgedrag). Bijzondere regelingen zijn ter bevordering van deze doelen denkbaar. Zie bijvoorbeeld het EG-regime voor ONP, het reguleren van de kwaliteit van huurlijnen, nummerportabiliteit, het garanderen van universele dienstverlening bij overstap naar een andere leverancier, toegangsgaranties voor gebruikers (zoals ISP's) en/of prijscontrole of 'price caps'; aanwijzing van partijen met AMM en de daaraan verbonden rechtsgevolgen.

Uit het ONP kader vloeit een aantal verplichtingen voort dat beoogt te voorzien in consumentenbescherming. Het gaat bijvoorbeeld om bepalingen ten aanzien van nummerportabiliteit, carrier preselectie²⁵ en universele dienstverlening. Ook het *price cap* systeem, aan de hand waarvan OPTA de mate van kostenoriëntatie van de tarieven van KPN beoordeelt,²⁶ beoogt de tarieven voor consumenten met een vastgesteld percentage per jaar te verlagen.

Gatekeeper issues die opkomen in de context van verticale integratie tussen eigenaren/beheerders van infrastructuren en aanbieders van *content* zouden beter vooraf kunnen worden gereguleerd dan *ad hoc* en aan de hand van toevallig opkomende gevallen. Daarmee kunnen bepaalde marktstructuren vooraf worden gestimuleerd dan wel voorkomen, hetgeen de transparantie ten goede zou kunnen komen.

²⁴ Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *PbEG* 2000 L 304/7.

²⁵ Zie OPTA 11 mei 2000, Besluit dwangsom aanmeldingssysteem carrier preselectie; OPTA 8 maart 2001, OPTA/IBT/2001/200233 (*Versatel/KPN*).

²⁶ OPTA, Consultatiedocument price caps, 20 april 1999; OPTA 27 september 1999, Oordeel inzake de vaststelling van een 'price cap' systeem voor de tarieven van de vaste telefoondienst van KPN, OPTA/EGM/99/7526.

Het algemene mededingingsrecht kan de consument maar beperkt tegemoet komen.

Transparantie van leveranciersgedrag kan enigszins worden bewerkstelligd door het publiceren van Richtsnoeren (vgl. bijvoorbeeld de Bekendmaking van de Commissie betreffende de mededingingsregels in de telecomsector,²⁷ die zich toespitst op het belang van mededinging voor een ruimere keuze en lagere prijzen voor eindgebruikers en innovatie). De vraag is of dat voor de consument voldoende is, en of deze dat in voldoende mate kan weten/begrijpen in een markt die wordt gekenmerkt door enerzijds een grote technische complexiteit met inherent bijhorende intransparantie van de verschillende typen aanbod en anderzijds een zeer intensief gebruik van dit aanbod door de consument (massale vraag op consumentenniveau, volatiliteit van deze vraag).

Naast de Richtsnoeren kunnen ook verbods- of ontheffingsbeschikkingen van de algemene toezichthouder bijdragen tot transparantie en voorspelbaarheid van marktgedrag aan de aanbodzijde. Gedragsvoorspelbaarheid zou voorts kunnen worden gestimuleerd door sectorale groepsvrijstellingen. Deze gelden (ex art. 83 EG) naar hun aard alleen voor samenwerkingsvormen; machtiging door de Raad is daarvoor vereist, doch indien deze is verkregen, kan er doorgaans zeer veel worden geregeld. In dit verband kan worden gewezen op de extensieve sectoriële groepsvrijstellingen voor het luchttransport.

Marktstructureel toezicht komt slechts aan de orde in het kader van art. 82 EG en bij ontheffing van joint ventures ex art. 81 lid 3 EG of in het kader van concentratiecontrole. Bij de beoordeling van de (on)verenigbaarheid van joint ventures met de gemeenschappelijke markt houdt de Commissie ex art. 2 van de Concentratieverordening rekening met de gevolgen voor de daadwerkelijke mededinging, met name de marktposities van partijen, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers en het bestaan van belemmeringen voor de toegang tot de markt. Daarnaast wordt concentratiecontrole toegepast in geval van verticale integratie waardoor consumententoeegang te veel zou kunnen worden ingeperkt. Hier spreekt men van de zogenoemde *gatekeeper issue*. Gatekeeper effecten zien op situaties waarin een onderneming de infrastructuur beheert die essentieel is voor andere ondernemingen om diensten of producten te ontwikkelen. Dergelijke effecten kunnen het resultaat zijn van zowel horizontale als verticale gedragingen. Als voorbeeld van gatekeeper effecten die ontstaan als gevolg van horizontale gedragingen kan de zaak *MCI-Worldcom/Sprint*²⁸ dienen. De Commissie verbood de voorgenomen fusie – mede omdat er geen oplossing van de mededingingsproblematiek op korte of middellange termijn kon worden verwacht – op grond van de overweging dat de combinatie van de extensieve netwerken en het enorme klantenbestand, de gefuseerde onderneming in staat zou stellen de voorwaarden voor toegang tot het netwerk te dicteren, waardoor innovatie en concurrentie zouden worden belemmerd. Een voorbeeld van gatekeeper effecten als gevolg van verticale gedragingen is de zaak *Seagram/Vivendi*,²⁹ waar wel binnen afzienbare tijd een oplossing te effectueren was. De Commissie heeft de overname door het Franse Vivendi (en dochtermaatschappij Canal+) van het Canadese Seagram goedgekeurd – waardoor de nieuwe groep Vivendi Universal in het leven is geroepen – nadat aan eerdere bezwaren van de Commissie tegemoet werd gekomen.

²⁷ Mededeling van de Commissie over de beoordeling in het licht van de mededingingsregels van het aanbieden van zowel telecommunicatie- als kabeltelevisienetten door een zelfde exploitant en de afschaffing van de beperkingen op het aanbieden van kabeltelevisiecapaciteit via telecommunicatienetten, *PbEG* 1998 C 71/4.

²⁸ Zaak nr. COMP/M.1741 (*MCI Worldcom/Sprint*), 28 juni 2000.

²⁹ Zaak nr. COMP/M.2050 (*Vivendi/Canal+/Seagram*), 13 oktober 2000.

Zo kwamen partijen overeen dat Canal+ geen ‘first window’ rechten zou krijgen voor een bepaald percentage Universal producties en dat afstand wordt gedaan van het aandeel in BskyB, een Britse pay-tv onderneming, waardoor BskyB onafhankelijk de concurrentie kan aangaan met Canal+ en er geen banden meer bestaan tussen Universal en Fox Studios, een grote concurrerende filmproducent die onder de BskyB groep valt.

3.9 Bescherming downstream markten

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Diverse beschermingsmechanismen zijn denkbaar, zoals wetgeving, vergunningplicht bij cumulatie van eigendom op downstream markten, eisen m.b.t. TPA, verplichting tot unbundling, e.d. Bij gebreke van bijzondere regelingen geen *ex ante* toezicht mogelijk (zoals thans de situatie is bij toegang tot internet via de kabel).

Spreekt voor zich. Te denken valt aan price squeeze, waarbij de positie op de upstream markt (in het geval van telecommunicatie: de interconnectie- en netwerktoegangsmarkt) wordt gebruikt om op de downstream markt te opereren.³⁰ Het ontbreken van een behoorlijke *ex ante* regeling heeft geleid tot het opstellen van gezamenlijke richtsnoeren van OPTA en NMa voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van het fenomeen price squeeze in deze markten.³¹

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Hier speelt vooral de ‘essential facilities’ doctrine als onderdeel van het art. 82 EG-beleid een rol in het kader van ‘toegang tot...’ door derden. Daarnaast CoCo in gevallen van verticale integratie, waarbij ‘gatekeeper issues’ aan de orde komen. Zie ook paragraaf 3.8.

Spreekt eveneens voor zich. In dit verband kan allereerst worden gewezen op het arrest *RTL-Telemarketing*,³² waarin het ging om de uitbreiding van een machtspositie tot een nevenmarkt. Het Hof bepaalde dat een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt misbruik maakt van haar machtspositie, wanneer zij zonder objectieve noodzaak weigert een dienst te leveren, die een andere onderneming nodig heeft voor het uitoefenen van haar werkzaamheden op een verwante markt en de mededinging van de andere onderneming daardoor volledig kan worden uitgeschakeld. Ondanks de afwezigheid van enig aanwijsbaar misbruik, wordt er dan toch misbruik aangenomen. Onder verwijzing naar dit arrest oordeelde het Hof in *Bronner*³³ dat er sprake is van misbruik, als de toegang tot een faciliteit onontbeerlijk is en bovendien de weigering toegang te verlenen, leidt tot de volledige uitschakeling van de mededinging op de afgeleide markt, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Als een onderneming in haar eigen markttoegang kan voorzien, mag niet worden uitgegaan van de markttoegang van de bestaande gatekeeper, maar tegelijkertijd is de gatekeeper dan geen heuse gatekeeper meer, omdat immers de mogelijkheid van alternatieve markttoegang bestaat. Dat geldt ook in gevallen waarin de alternatieve toegang ‘duurder’ zou uitpakken.

In dit verband kan op nog een tweetal arresten worden gewezen. Op grond van de redenering dat misbruik kan worden aangenomen ondanks de afwezigheid van enig aanwijsbaar

³⁰ Buendia Sierra 1999; Dommering 2001a.

³¹ OPTA/NMa, Richtsnoeren prijssqueeze, OPTA/EGM/2000/200494, NMa/2201/12, 28 februari 2001.

³² HvJEG 3 oktober 1985, zaak 311/84 (*RTL-Telemarketing*), *Jur.* 1985, p. 3261.

³³ HvJEG 26 november 1998, zaak C-7/97 (*Bronner*), *Jur.* 1998, p. I-7791.

misbruik, oordeelde het Hof in *RTT/GB-INNO-BM*,³⁴ waarin een onderneming met een machtspositie regelgevende en commerciële activiteiten cumuleert, dat er geen enkele objectieve noodzaak bestond om RTT als leverancier van eindapparatuur, ook nog eens een regulerende bevoegdheid voor deze markt te verlenen, zodat er geen sprake kan zijn van toepasselijkheid van art. 86 lid 2 EG.³⁵ In *General Motors*³⁶ bevestigde het Hof de inbreuk op art. 82 EG door overdreven hoge prijzen te berekenen voor het afleveren van een gelijkvormigheidscertificaat (aanverwante markt) bij de invoer (hoofdmarkt) van nieuwe GM-wagens in België waardoor parallelimport werd tegengegaan.³⁷ Uit deze arresten volgt dat een incumbent op de hoofdmarkt de aanverwante markt niet voor zichzelf mag reserveren.

Wanneer in de toekomst door de algemene toezichthouders ook ‘structurele maatregelen’ kunnen worden genomen om aan bepaalde vormen van machtsmisbruik een einde te maken (zie ook paragraaf 3.1), valt te verwachten dat van die mogelijkheid een normerende werking zal uitgaan, waardoor verticale toegangsproblemen wellicht minder vaak zullen voorkomen.

3.10 Prijscontrole

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Speelt zich af op twee niveaus:
(i) horizontaal, bij interconnectieprijzen;
(ii) verticaal, bij consumentenprijzen.

Zie hiervoor tevens paragraaf 3.6. Sectorspecifiek toezicht biedt mogelijkheden om bepaalde prijsverlagingen af te dwingen dan wel om bepaalde prijsniveaus of calculatiemethoden vast te stellen of aan goedkeuring te onderwerpen. Voorbeelden hiervan zijn de herbalancering, de beoordeling van interconnectietarieven en vergoedingen voor site sharing en de *price squeeze toets*. Ook in bepaalde andere openbare sectoren (openbaar vervoer, energie) is dit in een aantal Lidstaten gebruikelijk. Op het gebied van telecommunicatie geldt iets vergelijkbaars echter voor zover bekend niet in alle Lidstaten.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Geen bevoegdheden; geen wil bij Commissie/NMa aanwezig om als prijscontroleur op te treden.

Prijsregulering wordt gezien als een specifieke taak van de overheid, bijvoorbeeld in het kader van inflatiebestrijding of beheersing van overheidsuitgaven. Te denken valt aan de prijzenbeschikking goederen en diensten eind jaren zeventig en de Wet geneesmiddelenprijzen midden jaren negentig. Een uitzondering vormt de controle op excessieve prijzen, zowel té hoog als ‘predatory’, in het kader van art. 82 EG/24 Mw, waarbij zonder bevoegdheid evenwel valt vast te stellen wat dan wel een juiste prijs zou zijn geweest.

Op grond van het algemene mededingingsrecht behoren maatregelen als het opleggen van ‘price caps’, het vastleggen van een verplichting tot kostengeoriënteerde tarieven, e.d. niet tot het gebruikelijke instrumentarium om aan inbreuken een einde te maken; deze maatregelen zouden in het belang van een goede ontwikkeling van de markt wél door de bijzondere

³⁴ HvJEG 13 december 1991, zaak C-18/88 (*RTT/GB-INNO-BM*), *Jur.* 1991, p. I-5941.

³⁵ Van Gerven e.a. 1997, p. 550.

³⁶ HvJEG 13 november 1975, zaak 26/75 (*General Motors Continental/Commissie*), *Jur.* 1975, p. 1367.

³⁷ Van Gerven e.a. 1997, p. 463, 493.

toezichthouder kunnen worden vastgesteld. Een uitzondering op deze regel vormt de zaak *KPN/Denda*, waarbij evenwel dient te worden aangetekend dat het bewuste besluit tot stand kwam in nauwe samenwerking tussen NMa en OPTA.³⁸

3.11 Timing/tijdselement

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

De mate waarin en de periode waarvoor sectorspecifiek toezicht zal gelden, dient bij wet geregeld te zijn.

Dit hangt sterk samen met de wens om opstartende markten (marktdeelnemers) en hoge investeringen in nieuwe technologie te beschermen c.q. (de introductie daarvan) te stimuleren. Zie ook de paragrafen 3.4 en 3.5. Ook hangt dit sterk samen met de in hoofdstuk 2 omschreven omslagzone.

Timing hangt ook samen met slagvaardigheid, omdat het er om gaat toetredingsbarrières te slechten. Nieuwkomers moeten weten hoe snel die kunnen worden geslecht omdat zij daar hun investeringen op kunnen afstemmen. Vertraging schrikt nieuwe toetreders af.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Algemeen mededingingsrechtelijk toezicht is steeds direct toepasselijk. Geen tijdselement of overgangsrecht.

Er doet zich hier een ontwikkeling c.q. verschuiving voor van de rechtspraktijk in de richting van zogenoemde ‘inherente’ (de exclusiviteit is inherent aan het recht) restricties. Er zijn twee typen restricties. De eerste groep ziet eruit als mededingingsbeperkingen, maar worden beschouwd zo essentieel te zijn voor het type overeenkomst waarin zij voorkomen, dat het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG/art. 6 Mw niet van toepassing wordt geacht.³⁹ De tweede groep betreft de zogenoemde ‘nevenrestricties’, die een bepaalde tijd niet onder art. 81 lid 1 EG vallen, maar na afloop van die periode wel.⁴⁰ Het gebied van de ‘inherente beperkingen’ én van de ‘nevenrestricties’ lijkt in een toenemend aantal gevallen ruimer te worden geïnterpreteerd,⁴¹ terwijl ook het klassieke aantal nevenrestricties sterk lijkt te worden uitgebreid.⁴² Een en ander heeft tot gevolg dat – naast de toepassing van de ‘*de minimis*’-regels en het merkbaarheidsvereiste – het gebied van toepassing van het verbod van art. 81 lid 1 EG c.q. art. 6 Mw, aan de ‘onderkant’ wordt opgeschoven in de richting van ‘hardcore’ beperkingen en ‘foreclosure’ problemen, terwijl aan de ‘bovenkant’ ten gevolge van de meer

³⁸ Voorlopige beoordeling NMa/OPTA 14 december 1998, zaak 16 (*KPN/Denda*).

³⁹ HvJEG 8 juni 1982, zaak 258/78 (*Nungesser-Eisele/Commissie*), *Jur.* 1982, p. 2015; HvJEG 15 december 1994, zaak C-250/92 (*Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab*), *Jur.* 1994, p. I-5641.

⁴⁰ Mededeling van de Commissie betreffende nevenrestricties bij concentraties, *PbEG* 1990 C 203/5 en art. 10 Mw.

⁴¹ Vgl. HvJEG 21 september 1999, zaak C-115/97-C-117/97 (*Brentjens*), *Jur.* 1999, p. I-6025; HvJEG 21 september 1999, zaak C-219/97 (*Drijvende Bokken*), *Jur.* 1999, p. I-6121; HvJEG 12 september 2000, zaak C-180/98-C-184/98 (*Pavlov*), nog niet gepubliceerd.

⁴² Zie de ontwerp-Bekendmaking van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, beschikbaar op <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/draft_notices/>.

economische aanpak van het ontheffingenbeleid door de Commissie, ook art. 81 lid 3 EG (en in zijn kielzog art. 17 Mw) op ruimere schaal toepassing vindt.⁴³

Richtsnoeren ter verduidelijking van de toepassing van art. 81 lid 3 EG worden straks belangrijker in verband met de invoering van een systeem van directe werking van art. 81 EG in zijn geheel.

3.12 Collectieve machtspositie

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Voor zover t.z.t. verenigbaar met het nieuwe pakket telecomrichtlijnen (zie ook paragraaf 3.15) zou kunnen worden overwogen om de bewijslastproblemen van ‘joint dominance’ in belangrijke mate te vermijden door het sectorspecifiek invoeren van criteria vooraf (‘Vermutungsschwellen’, zoals in art. 19 lid 3 GWB), waardoor de bewijslast wordt omgekeerd.

Art. 13 van de Kaderrichtlijn⁴⁴ gaat nog steeds uit van het begrip AMM, maar de omschrijving gaat richting het algemene begrip dominante machtspositie. Krachtens art. 13 lid 2 wordt een onderneming geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, *alleen of samen met andere*, een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Dit ziet op de collectieve machtspositie (zie paragraaf 2.1, ‘collective dominance’). Het begrip is bekend uit het algemene mededingingsrecht, maar blijkt daar vanwege de hoeveelheid bewijsproblemen die het met zich meebrengt, moeilijk te operationaliseren.⁴⁵ Wellicht zijn deze bewijslastproblemen vermijdbaar door het sectorspecifiek invoeren van criteria die kunnen leiden tot meer duidelijkheid voor toezichthouder, markspelers en consument. Een voorbeeld hiervan zijn de zogenaamde ‘Vermutungsschwellen’ zoals neergelegd in art. 19 lid 3 van het Duitse Gesetz gegen unlautere Wettbewerbsbeschränkungen (zie paragraaf 5.2.1), waarin het vermoeden van dominantie wordt gebaseerd op het marktaandeel van een groep ondernemingen (‘Oligopolmacht’). Zo wordt een aantal ondernemingen gezamenlijk vermoed dominant – in de zin van een oligopolie – te zijn als het gaat om twee of drie ondernemingen die een gezamenlijk marktaandeel van 50% hebben, of als het twee tot vijf ondernemingen betreft die een marktaandeel van twee derde bezitten. Het vermoeden gaat niet op als de ondernemingen kunnen aantonen dat op grond van de (te verwachten) marktstructuur kan worden verwacht dat er substantiële concurrentie tussen hen zal blijven bestaan of dat de ondernemingen geen aanzienlijke marktpositie innemen ten opzichte van overige marktpartijen. De bewijslast rust derhalve op de ondernemingen in kwestie. De toezichthouder dient vervolgens de marktposities van de betreffende ondernemingen, de marktstructuur en de daartoe door de ondernemingen overlegde gegevens te

⁴³ Vgl. de invoering van de ‘safe haven’ groepsvrijstellingsverordeningen: Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999 L 336/21, Verordening (EG) nr. 2658/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, *PbEG* 2000 L 304/3 en Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *PbEG* 2000 L 304/7.

⁴⁴ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, COM(2000) 393 def., 12 juli 2000.

⁴⁵ Dommering 2001b.

onderzoeken. Als hieruit niet onomstotelijk blijkt dat de ondernemingen geen dominante positie innemen, mag worden uitgegaan van het vermoeden van dominantie.

Omkering van de bewijslast kan leiden tot grotere duidelijkheid voor de toezichthouder, de markspelers en de consument. Collectieve marktmacht kan in de telecomsector al snel worden vermoed. De parameters daarvoor zijn inherent aanwezig:

- er is geen vrije toetreding tot de markt, mede veroorzaakt door de schaarste aan de ‘grondstof’ spectrum en de daarmee samenhangende regelgeving;
- er ligt een natuurlijk belang tot coördinatie tussen het geringe aantal marktpartijen, wat betreft prijzen, techniek, interconnectie en TPA;
- men zal ‘roaming’ willen vermijden.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

De bevoegdheid om collectieve macht aan te pakken volgens de algemene mededingingsrechtelijke regels staat inmiddels vast, zowel in het kader van art. 82 (*ex post*) als bij CoCo (*ex ante*).

Het al dan niet bestaan van een collectieve machtspositie levert echter iedere keer netelige bewijslastproblemen op.⁴⁶ Voor het vaststellen van een collectieve machtspositie moet er immers sprake zijn van een hecht oligopolie waarbinnen de ondernemingen onderling het bestaan van onderlinge afhankelijkheid erkennen.⁴⁷ De bewijslastproblematiek en de discussie die dit steevast met de betrokken partijen oplevert, leidt tot vertraging en procedures, en dus tot een extra administratieve last en verhoogde kosten voor alle betrokkenen.

Omkering van de bewijslast door invoering, in Nederland, van ‘Vermutungsschwellen’ (zie hierboven) in het algemene mededingingsrecht ligt niet voor de hand, zolang dat niet tevens op communautair niveau gebeurt.

3.13 Vergunningenstelsel

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Regelingneutraal? Gaat uit van overheid, die toegang tot telecomactiviteit regelt en uitvent als rechthebbende op het spectrum.

De verdeling van het spectrum berust bij de overheid en dus berust ook de toedeling van frequenties aan partijen bij de overheid. Het hele stelsel is derhalve in handen van de overheid en berust niet bij de toezichthouder (zie paragraaf 5.1.5). Dit is voor OPTA een gegeven. De uitsluiting van het meedoen aan of asymmetrie bij veilingen behoeft een specifieke regeling. Daarbij kan de sectorale toezichthouder een bijzondere taak worden toebedacht (zie ook de aan de NMa toebedeelde taak bij het openbaar vervoer (OV) ‘nieuwe stijl’, paragraaf 3.3, structuur toegang markt voor operators, onder sectorspecifiek toezicht).

⁴⁶ Zie voor de directe bewijslastproblematiek Whish 2000.

⁴⁷ GvEA 25 maart 1999, zaak T-102/96 (*Gencor Ltd/Commissie*), *Jur.* 1999, p. II-753. Het Gerecht van eerste aanleg oordeelde dat de relatie van onderlinge afhankelijkheid van de leden van een hecht oligopolie – waarbinnen zij op een markt met de desbetreffende kenmerken, waaronder concentratie van de markt, transparantie en producthomogeniteit, hun wederzijdse gedragingen kunnen voorzien en er dus sterk toe worden aangezet hun gedragingen op de markt onderling af te stemmen om aldus, via beperking van de productie in de hoop daarmee de prijs op te drijven, met name hun gezamenlijke winst te vergroten – onder het begrip economische banden valt (r.o. 276).

Het organiseren en/of reguleren van asymmetrische markttoegang kan niet onder het algemene mededingingsrecht, en dus zonder specifieke regeling, worden bereikt. Wel zou het overnemen van een vergunning van of het deelnemen in een kleinere speler door een onderneming met een machtspositie kunnen worden aangepakt via art. 82 EG met toepassing van de zogenoemde ‘Continental Can’ doctrine. Hetzelfde geldt ook onder art. 24 Mw.

Uit de *Continental Can*-zaak⁴⁸ volgt dat de mate waarin aanbodssubstitutie van de kant van afhankelijke fabrikanten of fabrikanten van gelijksoortige producten mogelijk is, van groot belang is voor het afbakenen van de relevante markt. Art. 82 EG doelt volgens het Hof niet slechts op handelwijzen of gedragingen die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen, maar eveneens op die welke hen benadelen door in te grijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging. Er kan sprake zijn van verboden misbruik in de zin van art. 82 EG, indien een onderneming met een machtspositie deze, ongeacht de daartoe aangewende middelen of handelwijzen, zodanig versterkt dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert. In *Tetra Pak I*⁴⁹ oordeelde het Gerecht van eerste aanleg dat het enkele feit dat een onderneming met een machtspositie een exclusieve octrooiligentie verkrijgt, op zich geen misbruik in de zin van art. 82 EG vormt. Wel moet worden gelet op de gevolgen daarvan voor de mededingingsstructuur op de relevante markt. Het verkrijgen door een onderneming met een machtspositie van een exclusieve octrooiligentie voor een nieuw industrieel procédé vormt misbruik van machtspositie, wanneer daardoor de toch al sterke positie van de betrokken onderneming op een markt waar zeer weinig concurrentie bestaat, nog wordt versterkt en iedere poging van nieuwe concurrenten om op de markt door te dringen wordt gefrustreerd dan wel in ernstige mate vertraagd, doordat die verkrijging in de praktijk elke mededinging op de relevante markt onmogelijk maakt. De zaak *Gillette/Wilkinson Sword*⁵⁰ betrof het minderheidsbelang dat Gillette had verworven in het aandelenkapitaal van Eemland, de onderneming die de belangen van het Wilkinson Sword-concern in de Gemeenschap en de Verenigde Staten had overgenomen. De Commissie oordeelde dat deze transactie ten doel of ten gevolge had dat het commerciële gedrag van Eemland op de markt van producten voor natscheren in de Gemeenschap te zeer door de dominante onderneming Gillette werd beïnvloed, hetgeen misbruik van machtspositie opleverde. Zij legde dientengevolge Gillette dan ook de verkoop van haar participatie in Eemland op. Ook diende Gillette haar positie als financier van Eemland op te geven en aan die onderneming de activiteiten van en merkrechten op Wilkinson Sword in een aantal voormalige Oostbloklanden terug te geven.

⁴⁸ HvJEG 21 februari 1973, zaak 6/72 (*Continental Can*), *Jur.* 1973, 215.

⁴⁹ GvEA 10 juli 1990, zaak T-51/89 (*Tetra Pak I*), *Jur.* 1990, p. II-309. Van Gerven e.a. 1997, p. 532-533.

⁵⁰ Beschikking 93/252/EEG van de Commissie van 10 november 1992 inzake een procedure op grond van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, zaak nr. IV/33.440 (*Warner-Lambert/Gillette e.a.*) en IV/33.486 (*Bic/Gillette e.a.*), *PbEG* 1993 L 116/21.

3.14 Slagvaardigheid

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Ex ante toezichthouder lijkt sneller en wat slagvaardiger te kunnen reageren; kan ook noodzakelijk worden geacht in een markt die uiteindelijk voor consumenten rimpelloos dient te verlopen. Ex ante toezicht beslaat een groter terrein dan mededingingsrecht alleen.

Een sectorspecifieke toezichthouder heeft een aantal specifieke bevoegdheden en beschikt over meer middelen dan de algemene toezichthouder, waardoor hij een intensiever beleid kan voeren. De uitspraken van een specifieke toezichthouder zijn veelal zeer gedetailleerd.

Er wordt wel beweerd dat het toezicht op de naleving van sectorspecifieke regels duur en ingewikkeld is.⁵¹ Het zou immers ook kunnen gelden voor ondernemingen, die zich bij het ex ante toezicht laten bijstaan, bijvoorbeeld bij de beïnvloeding van of de lobby bij OPTA. Bovendien moeten markten ex ante worden vastgesteld. Door de gefixeerde marktdefinities is OPTA vervolgens minder goed in staat te reageren op veranderingen in de markt.

Een voordeel is dat wanneer eenmaal een partij met AMM is aangewezen, de markt niet meer elke keer opnieuw hoeft te worden gedefinieerd. Hierdoor kan het stimuleren van daadwerkelijke concurrentie, althans op die gedefinieerde markt, beter worden gewaarborgd.

De vraag is echter gerechtvaardigd of de stelling, dat de sectorale toezichthouder sneller en slagvaardiger lijkt te kunnen reageren, in objectieve zin houdbaar is. Het gaat in hoofdzaak immers om de 'slagvaardigheidspotentie', van de sectorale toezichthouder, eerder dan om de 'uitvoeringsefficiëntie'.⁵² Slagvaardigheidspotentie kan bovendien alleen worden gerealiseerd als de wettelijke instrumenten daarvoor toereikend zijn en juist daar schort het aan in de Nederlandse wetgeving, zoals de analyse van hoofdstuk 5 leert. Net als bij het algemene mededingingstoezicht geldt dat we te maken hebben met een relatief jonge toezichthouder. Daarnaast is in het geval van telecommunicatie sprake van een nog jonge markt, die nog voortdurend in ontwikkeling is, zowel in technologisch opzicht als qua aantal, omvang en type marktdeelnemers. Daarmee is tevens een nauwe samenhang met het onderdeel 'bescherming leercurve' gegeven.

Bezien we de onderwerpen waarbij van de sectorale toezichthouder slagvaardigheid wordt verwacht, dan gaat het om het vooraf kunnen inspelen op ontwikkelingen in de markt, maar daarvoor zijn in Nederland de bevoegdheden ontoereikend (zie paragraaf 5.1.6). Voor het overige gaat het voornamelijk om het beslechten van interconnectie- en toegangsgeschillen al of niet op basis van eerder opgestelde richtsnoeren. Het betreft daarbij eerder *ex post* dan *ex ante* toezicht. Al doende worden daarbij de richtsnoeren aangepast en verfijnd. Deze taak zou wellicht ook door een generieke toezichthouder kunnen worden verricht, gezien de slagvaardigheidspotentie van deze laatste (voorlopige maatregelen, structurele maatregelen, dwang, geldboetes, enz.). Deze heeft echter het nadeel dat deze dat moet doen op basis van het generieke misbruikbegrip, hetgeen tot feitelijke en juridische complicaties kan leiden die op zich zelf weer afbreuk kunnen doen aan de slagkracht. Overigens doen zich hier dikwijls situaties van 'concurrent powers' voor zoals de richtsnoeren 'Toegang tot omroepnetwerken' en 'Prijssqueeze' leren.

⁵¹ Hancher & Lugard 1999, p. 333.

⁵² In deze studie wordt geen oordeel uitgesproken over de uitvoeringsefficiëntie van OPTA en NMa.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Met name het optreden bij wege van repressief toezicht blijkt in de praktijk veel tijd te kosten. Concentratietoezicht ligt nu al in handen van de algemene mededingingsautoriteit en wordt binnen strakke tijdschema's afgewikkeld. Binnen de concentratiecontrole verkregen marktdefinities hebben een ruimere precedentwerking en worden in het overige mededingingsrecht gehanteerd.

De procedures in het mededingingsrecht zijn met veel waarborgen omgeven en kunnen dus, met uitzondering van concentratiecontrole, tijdrovend zijn. Met name in het geval van spoedeisende conflicten, kunnen de procedures een snelle uitspraak in de weg staan.⁵³

Een voordeel van het reguleren van een bepaalde sector op basis van het algemene mededingingsrecht is dat het voor de gemeenschap in beginsel minder kosten met zich meebrengt. De markten hoeven niet ex ante te worden vastgesteld en beslissingen worden ad hoc genomen op basis van een ex post beoordeling.⁵⁴ Deze ex post beoordeling kan daarentegen ook nadelig zijn, omdat het kwaad dan reeds is geschied. Zeker in het geval van toegangsvraagstukken is dit een probleem. Uiteindelijk zouden echter het nemen van interim maatregelen, het opleggen van structurele maatregelen en het oplossen van het geleden financiële ongemak via schadevergoeding via de civiele rechter wel eens voldoende soelaas kunnen bieden.

Een ander voordeel is dat het algemene mededingingsrecht een flexibel marktbegrip hanteert, wat de toezichthouder beter in staat stelt te reageren op eventuele veranderingen in de markt. Daarnaast worden de in mededingingsrechtelijke procedures vastgestelde marktdefinities ook in het overige mededingingsrecht gehanteerd. De algemene toezichthouder heeft aldus een bredere en meer economische aanpak.

3.15 Nieuw (ontwerp) Richtlijnenpakket van juli 2000

Sectorspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt

Hantering van het AMM-begrip kruipt naar de interpretatie van het begrip 'marktmacht' onder het algemene mededingingsrecht toe.

Men kan zich afvragen of het nieuwe richtlijnenpakket tot een andere uitkomst noopt.⁵⁵ Ex ante toezicht staat ook in het nieuwe kader voorop. Er worden meer flexibiliteit en coördinatiemogelijkheden ingebouwd om (verdere) versnippering van de gemeenschappelijke markt tegen te gaan. Er geldt een proportionaliteitsverplichting voor de toezichthouder: er mogen niet meer regels worden gesteld en er mag niet zwaarder worden ingegrepen dan noodzakelijk. Bovendien is een mogelijkheid in het leven geroepen tot het afschaffen van sectorspecifieke verplichtingen wanneer op de markten waar verplichtingen gelden effectieve concurrentie is bereikt. Zoals eerder in paragraaf 3.12 reeds is opgemerkt, gaat art. 13 van de Kaderrichtlijn nog steeds uit van het begrip AMM, maar gaat de omschrijving richting het algemene begrip dominante machtspositie. De vraag doet zich dan voor of er nog een noodzaak bestaat voor een AMM-aanwijzing. Waarschijnlijk is dit wel het geval indien en voor zover incumbents nog een aantoonbare concurrentiële voorsprong hebben op nieuwe spelers. Aan een AMM-aanwijzing zijn immers automatisch rechtsgevolgen verbonden, zoals

⁵³ De Bruijn e.a. 2000, p. 14 (concept).

⁵⁴ Hancher & Lugard 1999, p. 333.

⁵⁵ Dommering 2001b.

prijs- en toegangscontrole, die onder het algemene mededingingsrecht slechts na vastgestelde inbreuken kunnen worden doorgevoerd. De handhaving van de mogelijkheid tot een AMM-aanwijzing leidt derhalve tot extra transparantie van de regelgeving voor alle spelers en de consument.

Algemeen mededingingstoezicht telecommunicatiemarkt

Onder het algemene toezicht kan geen beschikking worden genomen, waarin van onderneming X wordt vastgesteld, dat deze een machtspositie heeft, zonder dat tevens sprake is van een misbruiksbeoordeling in een concreet geval. Er moet dus altijd iets onwenselijks, in mededingingsrechtelijke zin, zijn gebeurd!

Het algemene mededingingstoezicht ziet op situaties waarin sprake is van aangetoond of vermoed *misbruik* van een machtspositie of kartelvorming. Na verloop van enkele jaren is mede door het verschuiven van de technologie in de richting van (ook voor de incumbents) nieuwe toepassingen en investeringen het voorsprongeffect van de incumbents uitgewerkt en zou geen aanwijzing van AMM meer noodzakelijk hoeven te zijn om mededingingsrechtelijk toezicht te kunnen houden. De vraag *ex ante* of *ex post*, dan wel een mengvorm daarvan, is dan wellicht niet meer zo acuut.

3.16 Conclusies

In markten, waarop nog geen situatie van volledige mededinging heerst, zoals de telecommunicatiemarkt, kan met *ex ante* sectorspecifiek toezicht waarschijnlijk beter worden ingespeeld op de ontwikkelingen en/of onvolkomenheden van die markt dan met *ex post* mededingingstoezicht. Het sectorspecifieke toezicht- en mededingingsinstrumentarium geeft wat meer mogelijkheden tot monitoring van een gezonde ontwikkeling van effectieve mededinging, met name wanneer incumbents op de betrokken (deel)markten nog een natuurlijke voorsprong genieten. Daar staat tegenover dat het niet in alle gevallen een situatie van ‘of ... of’ behoeft te zijn. Uit de vergelijkingsmatrix komt naar voren dat wellicht ook kan worden volstaan met ‘én ... én’, kortom met ‘concurrent powers’, mits een goed overleg tussen volwassen toezichthouders plaatsvindt.

4 Internationale ontwikkelingen

De Nederlandse discussie over de regulering en het toezicht op de telecommunicatiesector is mede bepaald door een aantal dogmatische uitgangspunten. Zo wordt binnen de overheid maar ook daarbuiten veelvuldig het standpunt ingenomen dat sectorspecifieke regulering en toezicht per definitie tijdelijk zijn en dienen te worden vervangen door algemene regulering en toezicht. De relatie sectorspecifiek versus algemeen op het gebied van regelgeving en toezicht is echter een aangelegenheid die tevens een internationale context kent. De inrichting van de regulering en het toezicht in de communicatiesector wordt mede bepaald door het grensoverschrijdende karakter van de aangeboden diensten en betrokken marktpartijen. Internationale spelers zoeken eenduidigheid in de regulatoire en toezichtsmodellen waarmee zij worden geconfronteerd. Daarbij wordt onder meer waarde gehecht aan aspecten als doorzichtigheid, voorspelbaarheid en onafhankelijkheid. Het is dan ook voor de hand liggend dat op Europees niveau via het geldende en toekomstige richtlijnenkader voor de (tele)communicatiesector harmonisatie en consistentie wordt nagestreefd. Een dergelijke consistentie op Europees niveau wordt ook voorgestaan door marktpartijen, toezichthouders en betrokken derden, die veelal Europees zijn georganiseerd.

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van een drietal specifieke voorbeelden op hoofdlijnen een analyse gemaakt van een aantal internationale ontwikkelingen. De gekozen voorbeelden geven een indicatief beeld van benaderingen die deels met de Nederlandse opvattingen in lijn zijn, maar daar ook in belangrijke mate van afwijken. De eerste geschetste situatie betreft het nieuwe Europese regelkader, zoals door de Commissie voorgesteld. In de analyse wordt met name ingegaan op de betekenis van sectorspecifieke regulering en toezicht. In de tweede plaats wordt op onderdelen aandacht besteed aan het recent gepubliceerde Britse White Paper 'A New Future for Communications'. In het bijzonder worden het voorgestane reguleringsmodel en de institutionele aspecten van het toezicht besproken. Een derde aspect waarop wordt ingegaan is de recente *AOL/Time Warner*-zaak. Hier is sprake van toetsing door zowel de algemene mededingingsautoriteit (de Federal Trade Commission, FTC) als door de sectorspecifieke toezichthouder (de Federal Communications Commission, FCC). Bij de toetsing komt zowel het algemeen mededingingsrecht aan de orde als het sectorspecifieke recht.

4.1 Nieuw Europees kader voor de communicatiesector

Met het nieuwe richtlijnenkader, dat door de Commissie in concept is gepresenteerd, wordt beoogd een systematisch geheel van de telecommunicatieregulering te maken.¹ De regels zullen in de plaats treden van de bestaande richtlijnen. Dat is op zich zelf nieuw en een aanzienlijke verbetering. De Kaderrichtlijn kiest als aanknopingspunt voor de sectorspecifieke regulering 'elektronische communicatie', welk begrip is opgenomen in de definities van 'elektronisch communicatienetwerk' en 'elektronische communicatiedienst'. Met deze definities wordt op regulatorisch niveau de convergentie tussen elektronische media gerealiseerd en zijn de voornaamste scheidslijnen tussen telecommunicatie en omroep geslecht.

¹ De diverse voorstellen in de hier besproken versie zijn te vinden in *PbEG* 2000 C 365E. Van de concepten is inmiddels de Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk vastgesteld, *PbEG* 2000 L 336/4. Zie voor een bespreking tevens: Dommering 2001b.

In de concept-regels zoals deze nu voor liggen, blijft het accent liggen op sectorspecifieke regulering, ofschoon de wens wordt uitgesproken om de sectorspecifieke regels te laten vervallen en uitsluitend het gewone (Europese) mededingingsrecht toe te passen (dat vanzelfsprekend naast de sectorspecifieke regels gewoon zelfstandig toepasbaar is). Wat dat betreft wordt – zoals al eerder in dit rapport aangegeven – een stap in de richting van het algemene mededingingsrecht gezet door een nieuwe invulling te geven aan het begrip ‘aanmerkelijke marktmacht’. Onder het oude regime (lees: de huidige regels) wordt aanmerkelijke marktmacht verondersteld bij een marktaandeel van 25%. In het voorstel voor een nieuw kader komt toetsing aan aanmerkelijke marktmacht in belangrijke mate overeen met toetsing aan ‘economische machtspositie’ zoals bekend uit het gewone mededingingsrecht. Aldus wordt niet een overgang van bijzonder en algemeen mededingingsrecht voorgestaan, maar worden algemeen mededingingsrechtelijke paradigma's geïntroduceerd in de sectorspecifieke regulering.

In het concept voor een nieuwe Kaderrichtlijn wordt niet ingegaan op de vraag of er sprake zou moeten zijn van één sectorspecifieke regulator voor de communicatiesector. Wel zou mogelijk uit de preambule de conclusie kunnen worden getrokken dat een nationale mededingingsautoriteit niet tevens een nationale regelgevende instantie in het kader van de communicatiesector zou moeten zijn. In overweging 27 staat immers: “De nationale regelgevende instanties en nationale mededingingsautoriteiten moeten het recht hebben om informatie uit te wisselen, zodat zij volledig kunnen samenwerken.”

De nieuwe concept-Kaderrichtlijn geeft een inhoudelijke definitie van de criteria waaraan een nationale regelgevende instantie – aan wie alle regulerende bevoegdheden op grond van de richtlijnen toekomen – moet voldoen. De Lidstaten moeten de onafhankelijkheid van nationaal regelgevende instanties waarborgen ‘door ervoor te zorgen dat de nationale regelgevende instanties juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische communicatienetwerken en/of -diensten aanbieden. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over elektronische communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, zorgen voor een volledige en daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met de eigendom of de zeggenschap verband houdende activiteiten’.² Het is overigens de vraag of Nederland – in het bijzonder waar het gaat om frequenties en nummers – aan deze voorwaarde voldoet. De Staat is nog steeds grootaandeelhouder van KPN en bezit specifieke vetorechten (het ‘golden share’). Daarnaast is de Staat bijvoorbeeld meerderheidsaandeelhouder in Nozema. De artikelen 8 en 9 van de concept-Kaderrichtlijn noemen expliciet het spectrum- en het nummerbeleid als beleidsinstrumenten in handen van een nationale regelgevende instantie. Hetzelfde geldt voor vergunningverlenende bevoegdheden (art. 9). Art. 7 van de richtlijn omschrijft nog de beleidsdoelstellingen die nationale regelgevende instanties hebben na te streven. De belangrijkste zijn:

- maximale keuzevrijheid voor de consument in termen van prijs en kwaliteit;
- voorkoming van de verstoring van mededinging;
- bevordering van efficiënte investering in infrastructuur;
- bevordering van efficiënte allocatie en toewijzing van spectrum.

² Art. 3, lid 2 concept-Kaderrichtlijn.

4.2 A New Future for Communications

Convergentie is een van de redenen voor de Britse Regering (Departement of Trade and Industry) om in december vorig jaar het White Paper ‘A New Future for Communications’³ te publiceren:

“As technologies bring together television and the Internet, computer and telecommunications, so the type and range of content available to consumers depends on the competitive environment in this converging sector. This means that economic regulation of the market and regulation of content needs more and more to bring together issues which are economic and social, both about content and the way that it is carried to people.”⁴

Dit uitgangspunt, de complexiteit van de huidige situatie met vele naast elkaar opererende toezichthouders, alsook de (jarenlange) ervaring met de deregulering van de communicatiesector, leiden tot het voorstel om te komen tot één regulator voor de gehele sector. In dit nieuwe Office of Communications (OFCOM) zullen de belangrijkste telecommunicatie- en omroepregulators opgaan. Belangrijke uitzondering vormt de publieke omroep, die een eigen reguleringskader behoudt. Door de herstructurering moet bestaande samenloop – of juist het ontbreken daarvan – van sectorspecifieke regels komen te vervallen. In het White Paper wordt ook geduid op het feit dat het samengaan een positief effect kan hebben op de kwaliteit van het betrokken personeel.

Het Verenigd Koninkrijk kiest met deze nieuwe institutionele ordening dus – in navolging van de Verenigde Staten – voor een ‘FCC model’ (Federal Communications Commission). Dit blijkt eveneens uit de toekenning aan OFCOM van bevoegdheden met betrekking tot de verdeling van het spectrum:

“Radio spectrum is an essential raw material for communications services and decisions on its use are crucial to promoting choice, innovation and economic efficiency. (...) The growing importance of decisions on spectrum assignment for the promotion of competition and economic growth makes it no longer sensible to separate the economic regulation of communications from the provision of spectrum. The transfer of the Radio Agency’s responsibilities to OFCOM will mean that spectrum allocation and delivery of the public policy objectives for using the spectrum can be regulated together in a more coherent way. It will also enable us to maintain a coherent approach to overall management of spectrum use.”⁵

Current Regulators of electronic communications sector	Regulatory bodies after White Paper proposals are implemented
Broadcasting Standards Commission Independent Television Commission Ofcom Radio Authority Radiocommunications Agency	OFCOM
BBC Board of Governors British Board of Film Classification Office of Fair Trading Sianel Pedwar Cymru (S4C)	BBC Board of Governors* British Board of Film Classification Office of Fair Trading Sianel Pedwar Cymru (S4C)* <i>*but with modified responsibilities</i>

Bron: A New Future for Communications, p. 78.

³ Beschikbaar op <<http://www.communicationswhitepaper.gov.uk>>.

⁴ Paragraaf 1.3.3.

⁵ Paragraaf 8.4.1 en 8.4.3.

OFCOM krijgt, zoals dat binnen het Britse stelsel gebruikelijk is, een zelfstandige status en opereert ‘at arm’s length’ van de regering. Anders dan bijvoorbeeld bij Oftel, dat een éénhoofdige leiding heeft, zal OFCOM geleid worden door een college bestaande uit een voorzitter en meerdere leden. De doelstellingen van OFCOM komen grotendeels overeen met die welke ook gesteld worden aan nationale regelgevende instantie in de concept-Kaderrichtlijn.⁶

Het White Paper kiest voor een duidelijke benadering om het sectorspecifieke toezicht op de communicatiemarkt van het algemene mededingingstoezicht af te bakenen:

“The regulator will have powers that run alongside the OFT (Office of Fair Trade) (known as ‘concurrent power’) to exercise Competition Act powers for the communications industry. OFCOM and the OFT will consult each other in any particular case which falls within this jurisdiction, and which agree which is best placed to act. This approach will avoid any risks of gaps and overlaps. In general though, we will normally expect Competition Act investigations in the communications sector to fall to OFCOM.”⁷

Er wordt dus (opnieuw) gekozen voor een model waarin de sectorspecifieke regulator tevens algemeen mededingingsrecht kan toepassen. De huidige Britse telecommtoezichthouder, Oftel, beschikt overigens reeds over bevoegdheden op het gebied van het algemeen mededingingsrecht. In het White Paper wordt de verwachting uitgesproken dat er – vrijwillige – afstemming plaatsvindt tussen bij de mededinging betrokken toezichthouders. In de praktijk bestaat een dergelijk overleg reeds, de zogenaamde Concurrency Working Party.

Overigens gaat het White Paper uit van regulering op een minimaal noodzakelijk niveau, terwijl tegelijkertijd een afdoende niveau van flexibiliteit wordt behouden. Het bestaan van concurrentie en zekerheden met betrekking tot consumentenbelangen zijn bij het opheffen of handhaven van (sectorspecifieke) regulering belangrijke parameters.⁸

4.3 AOL/Time Warner

In de Verenigde Staten bestaat sinds lange tijd voor de communicatiesector sectorspecifieke regulering en toezicht. De FCC, bevoegd voor zowel telecommunicatie als omroep, oefent haar toezicht primair uit op grond van de Communications Act. In de Communications Act – maar ook in andere algemene mededingingsregulering zoals de Clayton Act – zijn sectorspecifieke bevoegdheden opgenomen met een mededingingskarakter, zoals het stellen van beperkingen aan het aantal te bezitten vergunningen en mededingingsrelevante relaties tussen aanbieders van diensten en infrastructuur. Naast de FCC, wordt er met name algemeen mededingingstoezicht uitgeoefend door de Federal Trade Commission.

De oordelen van beide toezichthouders bij de recente overname van Time Warner door AOL vormen een mooi voorbeeld van de wijze waarop sectorspecifieke en algemene regulering en toezicht zich tot elkaar verhouden.

Op grond van algemene mededingingsregulering⁹ keurde allereerst de FTC de fusie tussen de grootste internetprovider (AOL) en een van de grootste mediaconcerns (Time Warner, met

⁶ Paragraaf 8.5.

⁷ Paragraaf 2.31. Zie tevens paragraaf 8.9.

⁸ Paragraaf 8.11.

⁹ Federal Trade Act en de Clayton Act.

grote belangen in zowel de kabel- als de *content*industrie) onder voorwaarden goed. Om tegemoet te komen aan de mededingingsbezwaren van de FTC werd in het zogenaamde ‘agreement containing consent orders’ de verplichting gesteld dat onafhankelijke aanbieders van internetdiensten op de kabelnetten van Time Warner moesten worden toegelaten.¹⁰ Bovendien werd bepaald dat

- a) ten minste één onafhankelijke aanbieder moest zijn toegelaten voordat AOL toegang zou krijgen;
- b) twee andere onafhankelijke aanbieders binnen 90 dagen nadat AOL zou worden toegelaten toegang zouden krijgen en
- c) met overige aanbieders in ‘good faith’ onderhandeld zou moeten worden.

De toestemming is gekoppeld aan meer – vaak gedetailleerde verplichtingen – die er vooral op zijn gericht om concurrenten niet in het gedrang te laten komen als gevolg van de bijzondere positie die de gefuseerde onderneming op de markt verkrijgt.

Naast de relatief compacte beslissing van de FTC, staat bovendien zeer uitvoerige besluitvorming van de FCC.¹¹ De FCC ontleent, zoals gezegd, bevoegdheden aan de Communications Act en aan specifieke mededingingswetgeving, die goedkeuring voorschrijft van de FCC voor onder meer de overdracht van vergunningen voor het verspreiden van diensten via kabelnetten (de netten van Time Warner gaan over naar de nieuwe gefuseerde onderneming), de zogenaamde CARS-vergunningen (Cable Television Relay Service). Overigens vraagt een van de leden van FCC zich af of hiermee wel een voldoende basis aanwezig is voor het grote aantal voorwaarden dat de FCC verbindt aan de goedkeuring voor de overdracht van de vergunningen.¹²

Voor wat betreft de toegang tot de kabel voor het aanbieden van internetdiensten zijn de voorwaarden van de FCC vrijwel gelijk aan die van de FTC. Een belangrijk nieuw onderdeel dat door de FCC wordt toegevoegd betreft instant messaging (IM). AOL is de grootste aanbieder van deze dienst (ICQ genaamd), welke niet compatible is met andere aanbieders van instant messaging. Tot de door de FCC gestelde condities behoort de voorwaarde dat er uitwisselbaarheid blijft bestaan wanneer AOL instant messaging voor met name breedbandige diensten (‘Advanced IM-based High-Speed Services’) verder ontwikkelt. De FCC formuleert ook enige alternatieven voor deze voorwaarde.

Er is als zodanig geen verplichting voor FTC en FCC om over en weer af te stemmen. Ofschoon niet nader onderzocht, doen de oordelen van FTC en FCC in deze zaak wel veronderstellen dat er onderlinge contacten zijn geweest over deze zaak. Dat er geen verplichting tot afstemming bestaat, is een situatie die reeds lang bestaat. Voor zover bekend zijn er geen relevante ontwikkelingen in de Amerikaanse regelgeving die een andere onderlinge relatie beogen.

Ten slotte kan niet onvermeld blijven dat de Commissie eveneens een onderzoek heeft gedaan naar de fusie tussen AOL en Time Warner. Het ingestelde onderzoek was echter geen reden om verstrekkende voorwaarden te stellen. Weliswaar zijn beide partijen actief op de Europese markt, maar daarbij doet zich maar in zeer beperkte mate een met de Verenigde Staten

¹⁰ FTC, ‘Agreement containing consent orders’, 14 december 2000, File no. 001 0105. Zie tevens ‘Order to hold separate’, 14 december 2000, Docket No. C-3989.

¹¹ FCC, Memorandum Opinion and Order, 11 januari 2001 (datum van uitgifte: 22 januari 2001, CS Docket No. 00-30).

¹² Concurring and in part dissenting opinion van FCC-commissioner Furchtgott-Roth.

vergelijkbare situatie voor. De Commissie stelde als voorwaarde dat er een einde moest komen aan de samenwerking tussen AOL en uitgeefconcern Bertelsmann.¹³ Eerder al had de Commissie geoordeeld dat de fusie tussen AOL en Time Warner niet zou kunnen doorgaan wanneer Time Warner zou willen fuseren met platenmaatschappij EMI.¹⁴

4.4 Conclusies

Convergentie heeft een steeds groter effect op de regulering en het toezicht in de communicatiesector. In de Verenigde Staten is sinds 1934 (de inwerkingtreding van de Communications Act) sprake van één regulator en één wetgevend kader. In het Verenigd Koninkrijk (maar ook in bijvoorbeeld Oostenrijk) wordt eveneens gestreefd naar één regulator voor de gehele sector. Het betreft een trend die ook wordt gesignaleerd in een recente studie van de OESO.¹⁵ In Nederland zijn reeds lang geleden suggesties gedaan om te komen tot één geïntegreerde sectorspecifieke toezichthouder.¹⁶

De communicatiesector kent een sterk Angelsaksische oriëntatie. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk wordt gewerkt met ‘concurrent powers’ tussen sectorspecifieke en algemene toezichthouders waar het betreft de toepassing van het algemeen mededingingsrecht. Deze bevoegdheden bestaan reeds lang (Verenigde Staten) en worden gehandhaafd en uitgebreid (Verenigd Koninkrijk). De beschreven *AOL/Time Warner*-zaak is een recent voorbeeld hiervan. Deels komen de toezichthouders tot gelijke voorwaarden, deels verschillen deze mede als gevolg van het regelgevend kader dat wordt toegepast. Voor zover er problemen zijn bij de handhaving als gevolg van samenloop lijken die in beide landen niet problematisch genoeg om specifieke afstemmingsregels voor te schrijven.¹⁷ De auteurs van het Britse White Paper zien mede als voordeel van ‘concurrent powers’ dat over een breder instrumentarium wordt beschikt en de overgang van sectorspecifiek naar algemeen meer vloeiend kan verlopen.

¹³ ‘Commission gives conditional approval to AOL/Time Warner merger’, IP/00/1145, 11 oktober 2000.

¹⁴ ‘Commission opens full investigation into Time Warner/EMI merger’, IP/00/617, 14 juni 2000.

¹⁵ OECD/OCDE, ‘Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities’, DSTI/ICCP/TISP(99)15/Final, maart 2000, p. 6.

¹⁶ Arnbak, Van Cuilenburg & Dommering 1990, hoofdstuk 10.

¹⁷ Zie in dit verband ook: De Bruijn e.a. 2000 (concept).

5 Analyse van de knelpunten bij het sectorspecifieke toezicht

In hoofdstuk 3 hebben wij een vergelijking gemaakt tussen algemeen en sectorspecifiek toezicht volgens een aantal vergelijkingsparameters. In dit hoofdstuk geven wij een nadere analyse van de knelpunten die wij bij het sectorspecifieke toezicht hebben gesignaleerd en die naar onze inschatting in de toekomst zullen (blijven) optreden. De reden dat wij daar afzonderlijk bij stilstaan is dat naar ons inzicht de Europese en nationale overheden (en zeker ook de Nederlandse) onderschatten wat het betekent om een markt, die wordt gekenmerkt door dominante infrastructuren waartoe de marktpartijen toegang moeten hebben, te liberaliseren. Uit de analyse die wij in dit hoofdstuk maken, komt naar voren dat wij ons nog maar halverwege de leercurve bevinden. Samengevat kan gesteld worden dat bestuur en wetgever zich onvoldoende rekenschap hebben gegeven van het feit dat een liberalisatie plaatsvindt in een historisch in een samenleving gegroeide economische en bestuurlijke *Umwelt*. Dat vereist dat de wetgevende en bestuurlijke instrumenten gebaseerd worden op heldere *doelstellingen*, heldere *regels* en heldere *processen*. Op al deze punten scoort het Nederlandse systeem slecht. Dat geldt deels ook voor het Europese systeem. Geconstateerd moet worden dat Nederland eerst te snel wilde, maar dat beleid te snel overboord heeft gezet, en toen in een voortdurende implementatietrein is gestapt, waardoor wetgeving onder grote tijdsdruk is tot stand gebracht zonder dat daaraan eigen beleid ten grondslag kon worden gelegd.

Wanneer men een vergelijking maakt tussen algemeen en sectorspecifiek mededingingstoezicht moet men dus niet alleen de vergelijking maken op het theoretische niveau, zoals in hoofdstuk 3 is gedaan, maar ook op het praktische niveau. Vastgesteld moet immers worden of het sectorspecifieke toezicht wel zodanig is opgezet dat een zuivere vergelijking gemaakt kan worden met het algemene toezicht. Uit het navolgende blijkt dat in Nederland de theoretische voordelen die het sectorspecifieke toezicht in de telecommunicatie-sector biedt niet (ten volle) konden worden benut.

5.1 De ervaring over de afgelopen vier jaar

5.1.1 De marktdefinities

Het ONP kader is opgetrokken op het historisch fundament van het nutsmonopolie van de openbare spraaktelefonie, zoals dat in de meeste Lidstaten in de 20e eeuw gestalte had gekregen. Dat betekent dat de ex ante instrumenten zich concentreren op de markten voor de vaste openbare spraakdienst en het vaste openbare telefoonnetwerk, met daarvan afgeleid de openbare mobiele telefoondienst en de openbare mobiele telefoonnetten. De Telecommunicatiewet volgt getrouw dit stramien. Het toezicht van OPTA moet zich binnen dit formele kader bewegen. Het voordeel van deze benadering is dat er een duidelijke beleidsdoelstelling was van waaruit de structuur van de markt voor vaste telefonie (netten en diensten) kon worden geliberaliseerd met 'hard and fast rules'. Het nadeel is de fixatie van het instrumentarium op een historisch moment in de ontwikkeling van de telecommunicatiemarkt, juist voor het moment dat de grote omwenteling naar het internet plaatsvond. Wij zien uit de beslissingen die OPTA in het kader van geschillen heeft genomen dat daarin vrij snel de knelpunten naar voren komen. De concurrentie heeft zich vooral ontwikkeld in het internetverkeer. De Europese en nationale regelgevers hebben in geen enkel opzicht rekening gehouden met deze omwenteling en die ook niet voorzien. Zo komt de term 'internet' noch in de geldende Europese richtlijnen noch in de nationale wetgeving voor. De beslissingen die de Commissie in het kader van het mededingingstoezicht heeft gegeven, laten zien dat het

mededingingsrecht dat ad hoc de geografische dan wel de productmarkt definieert, gemakkelijker met nieuwe marktontwikkelingen kan omgaan.¹ Daarnaast zijn bij de ontwikkeling van de telecommunicatiemarkten de structurele toetredingsbarrières, die bepalend zijn voor potentieel misbruik van de daarin dominante partij, zichtbaarder geworden. De Commissie is gaandeweg de toegangsmarkten van netwerk en toegangsdiensten gaan onderscheiden. Het gaat om de (tele)communicatienetten waarmee de toegang tot de eindgebruiker wordt verzekerd. Deze terugkerende bottlenecks rechtvaardigen een structurele aanpak. Het is juist op dit punt dat OPTA problemen ondervindt omdat het ONP kader gebonden is aan telefonie, hetgeen tot gevolg heeft dat de internettoegang vanuit het ONP kader slechts fragmentarisch kan worden geregeld. Hetzelfde geldt voor de omroepnetwerken waarvoor de Telecommunicatiewet een fragmentarisch sectorspecifiek toezicht heeft ontworpen dat uitsluitend ziet op omroepdiensten. Aangezien de nieuwe ontwikkelingen zich juist in deze sectoren voordoen, beschikte de sectorspecifieke toezichthouder niet over instrumenten om daaraan in voldoende mate vorm te geven.

5.1.2 De historische opbouw van het vaste telefoonnet; het aansluitnet en het omroepnetwerk

Het telefoonnet is historisch volgens een hiërarchische structuur ontworpen. Dit manifesteert zich in Nederland in de hiërarchische structuur van het vaste telefoonnet dat is opgebouwd uit wijk (nummer) centrales, EVKC's (Eerste Orde Verkeerscentrales) met regionale functies en (inter)nationale centrales. Het nummerplan vertoont dezelfde opbouw. Deze opbouw en inrichting van het telefoonnet is ingehaald door de technologie van de intelligente centrales en de ontwikkeling van de markt die minder aan de geografie dan aan diensten is gebonden.

Deze historische opbouw van dit telefoonnet leidt tot distorsies bij de interconnectie en bijzondere toegang. De nieuwe toetreders die zich toeleggen op de aanleg van alternatieve infrastructuur zullen vanuit moderne opvattingen over schakeltechnieken geen behoefte hebben aan de uitrol van eenzelfde soort hiërarchisch opgebouwd net als het oude telefoonnet. De hoogte van de interconnectietarieven wordt echter bepaald door het niveau waarop men op het telefoonnet inkoppelt, omdat dit bepalend is voor het beslag dat de interconnecterende partij op het netwerk van de interconnectieverlenende partij legt en daardoor voor de hoogte van het interconnectietarief.² Dit dwingt weer de verouderde netwerkstructuur te volgen. Cruciaal blijft ook de functie van het aansluitnet, omdat het economisch niet haalbaar is om een nieuw aansluitnet aan te leggen. Weliswaar ontwikkelen zich in de tijd alternatieven zoals het vaste omroepnetwerk, de mobiele netten en de wireless local loop, maar deze ontwikkelingen gaan heel langzaam. De vraag kan zelfs worden gesteld of deze ooit de dominantie van het telefoonaansluitnet ongedaan kunnen maken, omdat het gaat om niet (volledig) substitueerbare productmarkten. De mobiele toegang tot het internet zal de toegang via het vaste net niet vervangen, terwijl de vaste toegangsnetten (omroep en telefoon) ieder hun functionele beperkingen kennen en door de consument, die hoge kosten moet maken om

¹ Beschikking van de Commissie van 8 juli 1998 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst, zaak nr. IV/M.1069 (*WorldCom/MCI*), *PbEG* 1999 L 116/1; Beschikking van de Commissie van 13 oktober 1999 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst, zaak nr. IV/M.1439 (*Telia/Telenor*), *PbEG* 2001 L 40/1; Beschikking van de Commissie van 12 april 2000 waarbij een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard op grond van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad, zaak nr. COMP/M.1795 (*Vodafone Airtouch/Mannesmann*).

² OPTA 17 december 1997, OPTA/MI/97/1158 (*EnerTel/PTT Telecom*).

van het ene net op het andere over te gaan, niet gemakkelijk als substitueerbare producten zullen worden gepercipieerd. Dat er naast het omroepnetwerk en het telefoonaansluitnet nog een derde aansluitnet dat iedere gebruiker bereikt, zal worden aangelegd, lijkt niet erg waarschijnlijk. Alternatieve infrastructuur zal zich daardoor vooral in de hogere netlagen ontwikkelen. Het aansluitnet kan met dit al gezien worden als een *essential facility*.³

Deze omstandigheden geven de exploitant van het telefoonnet een blijvende historische voorsprong, die niet gemakkelijk met (asymmetrische) ONP regels is op te heffen.

De oude omroepnetwerken werden in de jaren zeventig aangelegd. Deze zijn functioneel zo ingericht dat zij alleen geschikt zijn om toegang te bieden tot de markt van omroepdiensten, zodat zich geen andere markten van betekenis hebben kunnen ontwikkelen. Het geleidelijk geschikt maken van deze netten voor andere diensten (internet, telefonie) veroorzaakt nieuwe toetredingsvragen die structureel tot misbruikelijke gedragingen van de dominante netexploitanten leiden.⁴

Volgens de vergelijkingsmatrix zouden deze nieuwe toetredingsvragen beter aangepakt kunnen worden met een ex ante regelgeving en geschillenbeslechting. De praktische analyse wijst uit dat de sectorspecifieke toezichthouder niet over de instrumenten beschikt om dat theoretische voordeel ten volle uit te baten.

5.1.3 Onheldere doelstellingen; (niet)gemaakte beleidskeuzen

Wie een telecommunicatiemarkt wil liberaliseren, moet heldere beleidsdoelstellingen formuleren. Dat is op Europees niveau onvoldoende gebeurd en ook op nationaal niveau ontbrak een duidelijke lijn.

Bij het verzelfstandigen van KPN was aanvankelijk gekozen voor het scheiden van het bedrijf in een nutsbedrijf en een bedrijf dat voor de markt zou gaan werken. Bij het nutsbedrijf gaat het dan met name om het telefoon(aansluit)net. Deze beleidsdoelstelling is verlaten, hoewel zowel uit de economische theorie als het algemene mededingingsrecht volgt dat het de voorkeur verdient de exploitatie van een *essential facility* als het aansluitnet aan een onafhankelijke netbeheerder over te laten. In de energie- en vervoerssector heeft men daarvoor gekozen. Deze beslissingen zijn in hoge mate politiek gestuurd en niet zozeer ingegeven door een gewenste structurele verandering van de markt. Zo debatteerde de Kamer met de Minister van Economische Zaken over de al of niet gewenste privatisering van de elektriciteitsnetten en de mogelijke gevolgen die dat voor de toegang tot die netten en het onderhouden van een *state of the art* technologie van die netten zal hebben,⁵ maar is het onafhankelijk beheer van het gasnet niet op de politieke agenda geweest. Wij zien daardoor in de gasmarkt dezelfde toegangsvragen opkomen als die zich bij de telecommunicatie hebben voorgedaan. Een bedrijf waarin de diensten en de netten verticaal zijn geïntegreerd, heeft totaal andere *incentives* dan een onafhankelijk netwerkbedrijf. Een ander (en misschien wel schrijnend) voorbeeld vormt de geschiedenis van de privatisering van de omroepnetwerken die werd gestuurd vanuit de plaatselijke politieke agenda waarop het verwerven van hoge

³ Hancher & Lugard 1999; Dommering 2001a.

⁴ Deze problematiek wordt aan de orde gesteld in de Nota 'Kabel en consument: marktwerking en digitalisering', *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 088, nr. 2 en de kamervragen over de overname van SBS door UPC, *Handelingen II* 1999/2000, p. 3910-3913. Zie ook Van Eijk 1998.

⁵ *Kamerstukken II* 2000/2001, 25 097, nrs. 42 en 46.

inkomsten op korte termijn hoger staat genoteerd dan een lange termijnvisie op een convergerende telecommunicatienetwerkmkt.

Terugkerend tot de problematiek van het telecommunicatienet valt er op te wijzen dat de wetgever bij het loslaten van de doelstelling van onafhankelijk netbeheer ook heeft verzuimd bij de definitieve verzelfstandiging en privatisering te voorzien in wettelijke instrumenten waarmee de nutsfuncties door het geprivatiseerde bedrijf zouden kunnen worden gegarandeerd. Zo bevatte de oude WTV in art. 3 lid 3 de door de overheid af te dwingen verplichting dat KPN voor een *state of the art* netwerk zorg moest dragen. Dat is in de Telecommunicatiewet niet overgenomen, een leemte die zich met name deed gevoelen toen er grote capaciteitsproblemen optraden bij de interconnectie.⁶ Toen immers KPN met het verweer kwam dat er te veel marktpartijen interconnectie vroegen, wees een door OPTA geïnstigeerd onderzoek uit dat er eerder door KPN investeringen hadden kunnen worden gedaan, maar was dit voor OPTA een voldongen feit waar het niets aan kon veranderen.⁷

Aanvankelijk is in de Interimwet kabelgebonden infrastructuur gekozen voor het op gang brengen van concurrentie op infrastructuur vanuit de gedachtegang dat de bestaande kabelnetten van de NS, de energiemaatschappijen en de oude draadomroepinrichtingen aaneengesmeed konden worden tot een samenwerkingsverband dat eenzelfde soort infrastructuur zou kunnen realiseren als KPN. Dit beleid werd vrij snel verlaten en gevolgd door een beleid dat daar volledig haaks op stond, namelijk door geen enkele drempel meer te stellen aan de toetreding tot de netwerkmkt, hetgeen vrij snel de interconnectiemkt onder druk zette, temeer daar KPN daar bij het ontwikkelen van interconnectiecapaciteit niet tijdig op had ingespeeld.

De onduidelijke keuzen leidden weer tot verdere complicaties, omdat de oorspronkelijke infrastructuurvergunninghouders over voorrechten in het gebruik van het frequentiespectrum beschikten die het snel liberaliseren van de markt voor de wireless local loop bemoeilijkten.⁸

De Telecommunicatiewet formuleerde geen duidelijke doelstellingen wat precies met het inzetten van sectorspecifiek toezicht werd beoogd. Ook de desbetreffende EG richtlijnen scheppen op dit punt geen helderheid, omdat zij in de tijd tegengestelde doelstellingen van de belangen van de eindgebruikers (lage prijzen op de retailmarkt) en de belangen van de concurrenten (lage prijzen op de wholesale markt en voldoende concurrerende prijzen op de retailmarkt) vastleggen (zie paragraaf 3.9). Dit bergt het risico van het op gang brengen van een vicieuze cirkel in zich: de consument is gebaat bij snelle tariefverlagingen op de retailmarkt, maar te lage retailprijzen afgezet tegen te hoge interconnectieprijzen verhinderen de totstandkoming van concurrentie waarbij de consument op langere termijn meer gebaat is. Het probleem van de *price squeeze*, waarvoor OPTA eind 2000 tezamen met de NMa een zogenaamde *price squeeze* test ontwikkelde,⁹ bestond van meet af aan. Zeker in Nederland

⁶ OPTA 12 juli 1999, OPTA/IBT/99/6565 (*Capaciteitsgeschil EnerTel/KPN*).

⁷ Bij de privatisering van de regionale stroommarkt wordt geprobeerd een soortgelijke situatie te voorkomen. Om aan de kritiek tegemoet te komen heeft de Minister van Economische Zaken onlangs als voorwaarde toegevoegd dat nieuwe eigenaren van regionale netten vooraf zullen moeten verklaren dat zij zullen meewerken aan eventueel noodzakelijke investeringen in de stroomnetten.

⁸ Rb. Rotterdam 4 mei 2000, *Computerrecht* 2000/4, p. 213-217, m.nt. A.T. Ottow.

⁹ OPTA, Consultatiedocument Prijssqueeze, 9 oktober 2000; OPTA, Bekendmaking over de invoering van de prijssqueezetoets, OPTA/EGM/2000/203481, 21 december 2000; OPTA/NMa, Richtsnoeren prijssqueeze OPTA/EGM/2000/200494, NMa/2201/12, 28 februari 2001.

zijn er in dit opzicht geen duidelijke keuzen gemaakt. Het gaat het bestek van deze studie te buiten om na te gaan of het wettelijke, economische en politieke krachtenveld, waarin de sectorspecifieke toezichthouder vanaf zijn aantreden moest opereren, het maken van die keuzen toeliet. Wel is duidelijk dat de regeling van de prijscontrole die in de artikelen 35 en 36 van het Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (BOHT) is opgenomen, is gekopieerd uit de oude regeling van onder de WTV die voornamelijk tot doel had toe te zien op *maximum*tarieven. De regeling is daardoor niet toegesneden op het toezicht op *minimum*tarieven.

Ex post facto moet worden vastgesteld dat er in de periode dat het ONP kader werkzaam is geweest geen betekenisvolle concurrentie in de vaste openbare telefonie tot stand is gekomen, hoewel dit wel de primaire doelstelling van de ONP regels was.

Een belangrijk instrument in het sectorspecifieke toezicht is dat van het opleggen van de verplichting om kostengeoriënteerde prijzen te hanteren. Dat geldt zowel voor de retailtarieven als voor de interconnectietarieven. Daarvoor is het nodig een systeem van kostenoriëntatie vast te stellen. Het ministerie van Verkeer en Waterstaat had het door KPN vastgestelde systeem van fully allocated costs (COMPONIST) goedgekeurd. OPTA besloot daaruit op basis van een systeem van *embedded direct costs* (EDC) de interconnectieprijzen af te leiden.¹⁰ OPTA heeft daarin niet de aanbevelingen van de Commissie gevolgd om voor de interconnectieprijzen een systeem van *long run incremental costs* (LRIC) te gebruiken, en, zolang dat er niet is, met *benchmarks* te werken.¹¹ Met het LRIC systeem wordt beoogd een berekening te maken van de kostprijs van een moderne efficiënte operator. De keuze van een dergelijk normatief systeem beoogt te voorkomen dat nieuwe toetreders worden geconfronteerd met kostprijzen die teruggaan op de historische monopoliesituatie. KPN en de marktpartijen hadden kritiek op het EDC systeem met tot gevolg dat er in de afgelopen periode zeer ingewikkelde procedures tussen partijen zijn gevoerd, die er toe hebben geleid dat uiteindelijk het systeem van EDC is verlaten en een nieuw traject is vastgesteld om tot een

¹⁰ Zie de consultatiedocumenten: OPTA, Consultatiedocument I over kostentoe rekening voor interconnectie en bijzondere toegangsdiensten, 22 augustus 1997 en OPTA, Consultatiedocument II over kostentoe rekening voor interconnectie en bijzondere toegangsdiensten, 26 maart 1998. Zie de besluiten: OPTA 1 juli 1998, OPTA/MI/98/1537, Besluit inzake het Embedded Direct Costs model van KPN en de daarop gebaseerde tarieven voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten (EDC-I oordeel); OPTA 1 juni 1999, OPTA/IBT/99/5955, Aanpassing van het oordeel van 1 juli 1998 inzake het Embedded Direct Costs model van KPN en de daarop gebaseerde tarieven voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten; OPTA 29 november 1999, OPTA/IBT/99/8000, Bepaling van de door KPN Telecom B.V. voor de periode 1 juli 1999 tot 1 juli 2000 voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten te hanteren voorlopige tarieven (Besluit EDC-IIA inzake de voorlopige interconnectietarieven); OPTA 16 december 1999, OPTA/IBT/99/8393, Beslissing inzake de door KPN Telecom B.V. voor de periode 1 juli 1998 tot 1 juli 1999 voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten gehanteerde tarieven (Besluit EDC-IIB inzake de definitieve interconnectietarieven); OPTA 4 december 2000, OPTA/IBT/2000/202891, Beslissing inzake de door KPN Telecom B.V. voor de overgangperiode 1 juli 2000 tot 1 juli 2001 voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten te hanteren overgangstarieven, alsmede inzake de voor de periode 1 juli 1999 tot 1 juli 2000 voor die diensten als definitief te gelden tarieven.

¹¹ Aanbeveling 98/195/EG van de Commissie van 8 januari 1998 inzake interconnectie in een geliberaliseerde telecommunicatiemarkt (Deel 1 - Interconnectieprijzen), *PbEG* 1998 L 73/42, gewijzigd bij Aanbeveling 98/511/EG van 29 juli 1998, *PbEG* 1998 L 228/30. In de laatste wijziging, Aanbeveling 2000/263/EG van de Commissie van 20 maart 2000, *PbEG* 2000 L 83/30, worden de benchmarks bijgewerkt.

LRIC systeem te komen.¹² De onzekerheid over de interconnectieprijzen is daarmee nog steeds niet opgelost. Ook hier moeten wij vaststellen dat het bestek van deze studie het niet toelaat te onderzoeken of er andere keuzen gemaakt hadden kunnen worden. De materie is buitengewoon complex en leent zich op korte termijn nauwelijks voor verantwoord wetenschappelijk onderzoek omdat de meeste gegevens zich in de bedrijfsvertrouwelijke sfeer (de interne boekhouding van KPN) bevinden. Ex post facto moet geconstateerd worden dat er na twee jaar geen rechtszeker systeem bestaat aan de hand waarvan zich kostengeoriënteerde interconnectietarieven van een efficiënte telecommunicatie operator laten vaststellen. Ook hier valt trouwens te wijzen op een aarzelend en niet zeer trefzeker beleid van de Commissie.

Het ontbreken van duidelijke doelstellingen in de wet geeft de bestuursrechter bij interpretatievragen weinig houvast. De gevormde jurisprudentie lijkt vooral vast te houden aan een grammaticale uitleg van de wet. De rechter had hierin op basis van de wettekst waarschijnlijk andere keuzen kunnen maken¹³, maar het blijkt dat de traditie van het Nederlandse bestuursrechtelijke denken, waarbinnen Zelfstandige Bestuursorganen staatsrechtelijk ‘verdacht’ zijn, omdat zij niet onder directe ministeriële verantwoordelijkheid werken, leidt tot een formele bevoegdheidstoetsing van het handelen van de toezichthouder en minder tot een marginale toetsing van de doelstellingen van dat handelen.

5.1.4 Onduidelijkheden in de wetteksten

Het sectorspecifieke toezicht heeft, zo blijkt uit hoofdstuk 3, een duidelijk voordeel als het gaat om het ex ante regulerend optreden bij toegang tot de (fysieke) telecommunicatieinfrastructuur. Dat betekent echter wel dat de daarvoor in te zetten instrumenten helder en duidelijk moeten zijn en dat bleek in de praktijk op wezenlijke punten niet het geval

- Antenne-opstelpunten zijn essentieel voor het snel kunnen uitrollen van een mobiel netwerk. Daarom dat er in de wet in art. 3.11 Tw is voorzien in een regeling voor site sharing. De wettelijke termen ‘medegebruik van antenne-opstelpunten’ bleken in de praktijk echter onvoldoende duidelijk. De beperkte uitleg die de bestuursrechter aan deze bepaling heeft gegeven, bemoeilijkte de ex ante regulerende taak van OPTA aanzienlijk.¹⁴ Dit betekende voor de nieuwe houders van GSM vergunningen aanzienlijke vertragingen bij de uitrol van hun netwerk, hetgeen weer leidde tot vertraging in de opbouw van hun marktaandeel. Hoe dat straks moet met de uitrol van de UMTS netwerken, waarvoor vooraf zeer aanzienlijke bedragen zijn betaald om alleen al de vergunning te verwerven, is nog steeds onopgehelderd. De Nota Antennebeleid¹⁵ van de regering heeft een voornamelijk inventariserend karakter.
- Carrier preselectie. De verplichting om carrier preselectie te bieden, is vastgelegd in art. 44 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (BOHT)¹⁶, een implementatie van de gelijknamige verplichting in Richtlijn 97/33/EG.¹⁷ De invoeringsdatum van 1 januari 2000

¹² OPTA, *Connecties* 2000/9. Zie ook OPTA, Consultatiedocument Tariefregulering voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten, OPTA/IBT/2000/203518, 21 december 2000.

¹³ Zie Dommering e.a. 1999, p. 49.

¹⁴ Rb. Rotterdam 13 september 2000, *Computerrecht* 2000/6, p. 303-307, m.nt. E.J. Dommering.

¹⁵ DGTP, Nota ‘Nationaal antennebeleid’, 8 december 2000, beschikbaar op <<http://www.antennebeleid.nl/-regels.html>>.

¹⁶ Besluit van 10 november 1998, houdende regels ter uitvoering van de artikelen 6.9, vijfde lid, 7.1 en 7.5 van de Telecommunicatiewet (Besluit ONP huurlijnen en telefonie), *Stb.* 1998, 639.

¹⁷ Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door

is vastgelegd in de wet en OPTA heeft daarvan geen uitstel willen verlenen.¹⁸ Het CPS instrument wordt algemeen gezien als een belangrijk toegangsinstrument om de concurrentie op de telefoniemarkt op gang te brengen. Zonder gebruikersongemak kan een klant immers switchen van een operator naar de andere. Bij de invoering van CPS bleken er zeer grote problemen te ontstaan, omdat de invulling van de operationalisering tot zeer veel vragen leidde, die maakten dat er een jaar na de theoretische invoering nog steeds geen bevredigend systeem van carrier preselectie functioneerde.¹⁹

- De definitie van de markten in art. 6.4 Tw waarvoor OPTA de aanwijzingsbevoegdheid van AMM kan hanteren, is niet helder. Het zou voor het toezichtsorgaan veel gemakkelijker zijn geweest als ondubbelzinnig tot uitdrukking zou zijn gebracht dat het gaat om de markt voor vaste-mobiele interconnectie. Ook de marktdefinitie in art. 7.2 Tw voor huurlijnen is onduidelijk, omdat er verschil van mening kan ontstaan over wat met de ‘desbetreffende markt’ is bedoeld.²⁰
- OPTA en andere toezichthouders. In art. 18.3 Tw is de samenwerking van OPTA met de NMa geregeld, maar is verzuimd op te nemen dat OPTA in het kader van het sectorspecifieke toezicht (in overleg met de NMa) zelfstandig algemeen mededingingsrecht kan toepassen. Wij zagen in hoofdstuk 4 dat dit in het Angelsaksische systeem wel is geregeld. De samenwerking met het Commissariaat voor de Media is in het geheel niet in de wet voorzien. Bovendien is het toezicht van het Commissariaat in de Mediawet opgenomen, hetgeen tot geschillen leidt waarin de Rechtbank Rotterdam (die op grond van de Telecommunicatiewet de bevoegde rechter is) niet bevoegd is. Met name als het gaat over geschillen die betrekking hebben op de samenstelling van programmapakketten heeft dit geleid tot onzekerheid, althans het risico dat het recht niet uniform wordt toegepast.
- OPTA en de burgerlijke rechter. OPTA krijgt van de wetgever in hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet zeer vergaande bevoegdheden om vooraf of achteraf in een contractuele relatie naar burgerlijk recht in te grijpen. In de praktijk leidde dit echter tot niet geringe vraagstukken wat de bevoegdheden van de burgerlijke rechter bij nakomings- en schadevergoedingsacties waren.²¹
- Aanwijzingsprocedure AMM. De aanwijzingsprocedure is een belangrijk instrument om het ex ante toezicht voor bepaalde sectoren van toepassing te verklaren. Wanneer de nieuwe Europese regelgeving van kracht wordt, zal dit het belangrijkste instrument worden om ex ante regulerend te kunnen opereren. Bewijsregels zijn beslissend voor het slagvaardig kunnen opereren van de sectorspecifieke toezichthouder. De praktijk van de afgelopen periode leert dat de regels niet alleen onhelder zijn door onduidelijke wettelijke marktdefinities, maar ook voor wat betreft de criteria waaraan OPTA moet toetsen.²² Zo

toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP), *PbEG* 1997 L 199/32, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/61/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1998 wat betreft nummerportabiliteit tussen exploitanten en carriërvorkeuze, *PbEG* 1998 L 268/37.

¹⁸ OPTA, Brief aan KPN d.d. 23 november 1999, met kenmerk OPTA/JUZ/99/7671.

¹⁹ OPTA 11 mei 2000, Besluit dwangsom aanmeldingssysteem carrier preselectie; Pres. Rb. Rotterdam 28 juli 2000, VWET 00/1558-RIP (*KPN/OPTA*); OPTA 18 oktober 2000, OPTA/JUZ/2000/202814, Beslissing op bezwaarschriften KPN; Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 november 2000, KG 00/1242 (*Versatel/KPN*); OPTA 8 maart 2001, OPTA/IBT/2001/200233 (*Versatel/KPN*).

²⁰ Pres. Rb. Rotterdam 31 januari 2001, VTELEC 00/2638-SIMO (*KPN/OPTA*).

²¹ OPTA 22 september 1999, OPTA/IBT/99/7686 (*Reciprociteitsgeschil KPN/EnerTel*); Sitompoel 2000.

²² Pres. Rb. Rotterdam 23 december 1999, VTELEC 99/2547-SIMO, (*Libertel/OPTA*); OPTA, Beslissing op bezwaar van Libertel tegen de aanwijzing als aanbieder met aanmerkelijke macht op de mobiele markt, 9 november 2000.

maken de wettekst en de toelichting op de wet onvoldoende duidelijk dat een marktaandeel van 25% een vermoeden van aanmerkelijke macht oplevert dat door de toezichthouder moet worden bewezen, en dat vervolgens kan worden weerlegd door de betrokken marktpartij door omstandigheden te stellen en te bewijzen dat er ondanks de 25% niet van aanmerkelijke macht kan worden gesproken. De bewijslast van andere omstandigheden rust alleen dan op de toezichthouder als deze bij minder dan 25% tot aanwijzing wil overgaan. Door deze onduidelijkheid is de effectiviteit (de slagvaardigheid) van het instrument aangetast.

5.1.5 Onduidelijke afbakening sectorspecifiek/departementaal

Bij de opzet van de Telecommunicatiewet zijn twee belangrijke beleidsinstrumenten bij het ministerie ‘achtergebleven’: het frequentiebeleid en het nummerbeleid. In andere landen (zie hoofdstuk 4) zijn andere keuzen gemaakt. De convergentie van de geleide en ongeleide transmissietechnologie maakt dat het bestuurlijk inefficiënt is dat het frequentie- en nummerbeleid niet in handen liggen van de toezichthouder. De hierbij optredende verdelingsvraagstukken, zo volgt uit het model dat wij in hoofdstuk 3 hebben geschetst, vormen sterke argumenten voor een sectorspecifiek toezicht. Het is dus onlogisch, en in de praktijk gebleken, uitermate onpraktisch om deze instrumenten niet aan de toezichthouder in handen te geven. De hele problematiek rond het door middel van speciale prefix nummers uitkoppelen van het internetverkeer uit het telefoonnet toont aan dat de markt er mee gebaat zou zijn geweest als het nummerbeleid in handen van de toezichthouder zou zijn geweest.²³ Hetzelfde geldt voor het frequentiebeleid. De door het ministerie georganiseerde veilingen in de frequenties voor UMTS en de radio-omroep kenmerkten zich niet door een transparante en objectieve verdeling, maar verzandden in politiek gekrakeel over de doelstellingen en de wijze van uitvoering. De invloed van het ministerie van Financiën maakte dat de inzet van dit verdelingsinstrument vooral werd gezien als middel van winstmaximalisatie door de Staat die over een schaars voor de telecommunicatiemarkt essentieel goed kon beschikken en minder als een objectieve vorm van verdeling. Maar ook als voor het middel van de ‘beauty contest’ wordt gekozen, dreigt de politieke invloed een stoorzender in het eigenlijke verdelingsvraagstuk te worden.

Het verhinderde ook dat de verdeling van frequenties onderdeel kon worden van een breder beleid om de telecommunicatiemarkt te sturen. Discussies over de toegang tot het aansluitnet (‘unbundling local loop’) en de ‘wireless local loop’ horen bij elkaar, maar zijn in de door de wetgever gekozen opzet noodgedwongen een verschillende weg gegaan. Een in februari 2001 gepresenteerde studie naar de stand van de infrastructurele voorzieningen in Nederland die in opdracht van het ministerie van Verkeer & Waterstaat werd vervaardigd, wijst het falende wireless local loop beleid als een van de oorzaken van de Nederlandse achterstand aan.²⁴ Een geïntegreerd beleid ten aanzien van de mobiele markt maakt het noodzakelijk dat de toezichthouder ook over het frequentie-instrument beschikt.

Het argument dat de toezichthouder niet beleidsvormend mag zijn, maar slechts ‘uitvoerend’ snijdt geen hout, omdat beleid en uitvoering in een zich snel ontwikkelende sector dicht tegen

²³ OPTA, Tijdelijke beleidslijn ‘Introductie Internetuitkoppeldiensten’, 22 februari 2000; OPTA/NMa, Rapportage Internetuitkoppeling, 5 juli 2000.

²⁴ Verdonck, Klooster & Associates, *Telecommunications infrastructure and services in The Netherlands. A benchmark study for the Dutch Ministry of Transport, Public Works and Water Management, Directorate-General for Telecommunications and Post*, december 2000.

elkaar aan liggen. Bovendien is er veel voor te zeggen verdelingsvraagstukken op afstand van de politiek te plaatsen, omdat anders te veel elementen van de ad hoc politieke agenda de verdelingsvraagstukken en de ontwikkeling van de markt kunnen vertroebelen.

5.1.6 De instrumenten en de procedures

Een belangrijk voordeel van sectorspecifiek toezicht is dat de toezichthouder *ex ante* kan optreden en de markt met generieke maatregelen kan sturen. De Minister van Verkeer & Waterstaat had in artikel 43 van de WTV een algemene bevoegdheid om aanwijzingen te geven. Bij de organisatie van OPTA is verzuimd een soortgelijke bevoegdheid aan de toezichthouder gegeven. Dit is een ernstige omissie gebleken omdat OPTA daardoor te veel een *ex post* geschilgestuurde toezichthouder is gebleken.

Het is niet alleen van belang voor de rechtszekerheid en daarmee voor de effectiviteit van het sectorspecifieke toezicht om te weten wát de bevoegdheden van OPTA zijn, maar ook om te weten wat voor sóort besluiten OPTA kan nemen en wat voor gevolgen die besluiten voor wíe hebben. Ook op dit punt verschaft de wetgever niet de gewenste helderheid om het *proces* van het toezicht goed te regelen. In de OPTA wet is wel geregeld wat de taken zijn die OPTA heeft, maar staat niet welke besluiten OPTA kan nemen. In hoofdstuk 15 van de Telecommunicatiewet is alleen de dwangsombeschikking geregeld. In de praktijk blijkt OPTA, naast dwangsombeschikkingen, oordelen en aanwijzingen te geven en goedkeuringen te verlenen, zonder dat de wet duidelijkheid verschaft wat precies het rechtsgevolg is van deze beslissingen, terwijl het voor de toepassing van de Awb essentieel is om dat te weten. Een ander probleem is dat de procedure van de spoedbesluiten onvolledig is.

De procedures tot goedkeuring of wijziging van kostentoerekeningssystemen, en het vaststellen van eindgebruikerstarieven volgens de procedure neergelegd in art. 36 BOHT, zijn een ander knelpunt. Met name de procedure rond art. 36 BOHT is in de praktijk zowel voor OPTA als voor marktpartijen een struikelblok gebleken, omdat deze procedure de toezichthouder onder tijdsdruk zet om een beslissing te nemen en de marktpartijen in onzekerheid laat over het beslissingsmoment. De procedure houdt namelijk in dat OPTA na indiening van een tariefvoorstel door KPN, binnen drie weken moet laten weten of zij een aanwijzing overweegt inhoudende dat het voorstel moet worden aangepast, bij gebreke waarvan het tarief als goedgekeurd geldt. Wanneer is er dan een besluit waartegen marktpartijen kunnen opkomen, en wat moet de toezichthouder doen als deze in tijdnood raakt om over het voorstel te oordelen? Evenmin is duidelijk welke verplichtingen er in het kader van deze tariefprocedure zijn om de markt te consulteren en hoe dat dan zou moeten. Zoals wij reeds in paragraaf 5.1.3 constateerden, is de regeling overgeschreven uit het oude recht waar het tarieftoezicht een geheel andere functie had.

Op grond van het BOHT moet OPTA ook systemen van kostentoerekening voor eindgebruikerstarieven en interconnectietarieven goedkeuren. In de praktijk is gebleken dat de binnen dit traject genomen beslissingen weer effect kunnen hebben op beslissingen over eindgebruikers- en interconnectietarieven. Aangezien het systeem van de Awb er toe dwingt om tegen een beslissing die mogelijk een rechtsgevolg kan hebben, beroep in te stellen, leidt de rechtsonzekerheid over de aard van de besluiten die zijn genomen en hun effect op of samenhang met andere besluiten, al snel tot een kluwen elkaar overlappende procedures die de transactiekosten van het toezicht onevenredig verhogen.

Het voorgaande wordt nog gecompliceerder doordat de Awb een begrip belanghebbende hanteert dat niet goed spoort met het begrip belanghebbende dat uit het ONP kader voortvloeit. Volgens het ONP ex ante toezicht moet de toezichthouder de concurrentieverhoudingen op de markt vooraf vaststellen, hetgeen noodzakelijkerwijs meebrengt dat iedere (potentiële) toetredster tot de markt of daarop reeds actieve nieuwkomer in beginsel belanghebbende is bij de inhoud van de beslissingen die de toezichthouder neemt. Het Awb kader is niet ingesteld op dit virtuele belangenbegrip. Het begrip belanghebbende is ontwikkeld in de fysieke wereld waarin de buurman beroep kan instellen tegen de bouwvergunning van de dakkapel van de buurman die hem het uitzicht zal benemen. Dat is bij het vaststellen van beslissingen die onmiddellijk bepalend zijn voor de concurrentieverhoudingen op de markt of de toetredingsvoorwaarden tot de markt een abstractere vraag, die dan ook bij de toepassing van de Telecommunicatiewet snel tot problemen leidde.²⁵ Het sectorspecifieke toezicht worstelt hier met hetzelfde probleem als het algemene mededingingstoezicht. Gesteld kan worden dat de toepassing van de Awb op de mededingingssector, algemeen of specifiek, niet voldoende doordacht is. Er zijn ook andere problemen, zoals de vertrouwelijkheid van informatie in de procedure, waar de regeling in de Awb te weinig is toegesneden op geschillen met betrekking tot mededingingstoezicht.

Al met al blijken deze onduidelijkheden in het *proces* een negatieve feedback te hebben op het theoretische voordeel dat het specifieke toezicht heeft als het er om gaat in concreto beslissingen te kunnen geven omtrent kosten en eindgebruikerstarieven. Het doet afbreuk aan twee theoretische voordelen van het sectorspecifieke toezicht: timing en slagkracht.

5.1.7 Mankracht; leercurve

In het voorgaande zijn een aantal knelpunten geschetst dat laat zien dat liberalisatie van een telecommunicatiemarkt een uitermate complex vraagstuk is. Dat probleem moet worden aangepakt tegelijk met een ander even complex probleem, namelijk het opstarten van een organisatie die dat sectorspecifieke toezicht moet gaan uitvoeren. Dit betekent dat een organisatie wordt gevormd met relatief veel jonge en/of onervaren krachten, nog afgezien van het feit dat er in algemene zin schaarste aan kennis en menskracht is. Datzelfde geldt voor nieuwe markttoetreders. Dit betekent dat tegelijk met de liberalisering van de markt overheid en marktpartijen een leercurve ingaan, die in enkele jaren moet worden doorlopen. Dit leereffect is duidelijk waarneembaar. Uit het theoretisch model dat in hoofdstuk 3 is geschetst, vloeit voort dat een van de voordelen van het sectorspecifieke toezicht het efficiënter opbouwen van know how kan zijn. Het doet merkwaardig aan dat in Nederland een dergelijk gegeven niet als uitgangspunt wordt genomen voor de toekomst van het toezicht in de telecommunicatiesector. Er zou alles aan moeten worden gedaan om die kennis vast te houden, omdat anders datgene wat door de instelling van dat toezicht werd bereikt en in de komende jaren met opgedane kennis en ervaring kan worden bijgesteld, ongedaan wordt gemaakt. In dit opzicht schiet de uitgevoerde evaluatie haar doel voorbij.

²⁵ Rb. Rotterdam 18 februari 1998 (*Versatel/OPTA*), *Computerrecht* 1998/2, p. 89-97, m.nt. P. Burger; Pres. Rb. Rotterdam 31 maart 2000 (*Kerkelefonie*), *Mediaforum* 2000/6, p. 219-222, m.nt. A.W. Hins; Pres. Rb. Rotterdam 16 februari 2001, VTELEC 00/2530-SIMO inzake KPN/MCI Worldcom (FRIACO), overweging 69.

5.2 Knelpunten: toekomst

5.2.1 Vaststellen markten; aanwijzing Aanmerkelijke Macht; joint dominance

In het nieuwe stelsel dat de Commissie voor ogen staat is nog onduidelijk hoe het systeem van de aanwijzing van een partij met aanmerkelijke macht eruit zal gaan zien.²⁶

Art. 13 van de Kaderrichtlijn²⁷ blijft het aanknopingspunt van de AMM hanteren, maar kiest een omschrijving die gaat in de richting van het algemene begrip dominante machtspositie, maar toch onduidelijk blijft omdat de considerans (20) van de richtlijn ook andere criteria noemt (de voormalige houder van exclusieve of bijzondere rechten op infrastructuur en/of verticaal geïntegreerde bedrijven die zowel diensten als infrastructuur exploiteren). De complicatie die art. 13 Kaderrichtlijn daaraan toevoegt, is door te spreken over ‘significant market power, either individually or jointly’. Het begrip ‘joint dominance’ is uit het algemene mededingingsrecht bekend, maar gebleken moeilijk te operationaliseren, omdat het tot tal van bewijsproblemen leidt. Het laatste woord is over deze kwestie nog niet gezegd. De Nederlandse regering bepaalt geen standpunt, klaarblijkelijk omdat zij klem zit tussen verschillende nationale lobby’s die af willen van sectorspecifiek toezicht, de NRA’s van Europa (inclusief het Nederlandse OPTA) willen een getalsmatig criterium dat de grens legt bij 30% marktaandeel.²⁸ De NRA’s weten immers als geen ander dat de telecommunicatiemarkten verre van geliberaliseerd zijn en, zo zagen wij in de hoofdstukken 2 en 3, blijvende kenmerken vertonen die pleiten voor de inzet van ex ante instrumenten.

Welk criterium de richtlijn ook zal kiezen, het is zaak op nationaal niveau het proces en de bewijsregels goed te regelen om eerdere complicaties die zich in Nederland bij de aanwijzingsprocedures hebben voorgedaan te vermijden. Er zou aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 19 van de Duitse GWB dat met een rechtsvermoeden werkt (zie paragraaf 3.12). De tekst van dit artikel luidt, voor zover hier van belang:

“Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn sie

1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 vom Hundert erreichen, oder
2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen,

es sei denn, die Unternehmen weisen nach, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.”

Een dergelijke regel sluit ook aan bij de economische analyse van hoofdstuk 2 waaruit volgt dat geen duidelijk omslagpunt valt aan te wijzen dat er volledige mededinging is, maar wel een ‘omslagzone’. Bewijsregels als de Duitse vergemakkelijken de effectiviteit van het toezicht in zo’n zone. Het gaat het bestek van deze studie te buiten om een gedetailleerde studie te doen naar het functioneren van deze bewijsregel in de rechtspraktijk.

Een tweede complicatie van de Kaderrichtlijn is de procedure die art. 14 in het leven roept om tot marktdefinities te komen, waarin eventueel AMM aanwijzingen moeten plaatsvinden. Nu

²⁶ Dommering 2001b.

²⁷ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, COM(2000) 393 def., 12 juli 2000.

²⁸ OPTA, *Connecties* 2000/8.

het op vaste spraaktelefonie gebaseerde ONP kader wordt losgelaten, is het aanknopingspunt voor ex ante regulering een ‘moving target’ geworden. De richtlijn voorziet een leidende rol voor de Commissie, gesecondeerd door de High Level Communications Group om met marktdefinities te komen die weliswaar niet bindend zijn voor de NRA’s, maar toch richtinggevend. Deze definities moeten komen in een bijlage die periodiek kan worden bijgesteld. Het concept dat bij het ontwerp is gevoegd, ziet er overigens niet erg dynamisch uit, omdat het hoofdzakelijk voortborduurde op ‘oude’ ONP markten. De begrijpelijke vrees bij de Lidstaten, gedeeld door de Nederlandse regering, is dat zo’n bijlage juist de dynamiek uit het mechanisme van de niet vooraf gedefinieerde aanwijzing zal weghalen. Daarom bepleit de Nederlandse regering terecht dat de rol van de Commissie beperkt blijft tot het opstellen van richtsnoeren (guidelines). Overigens zal de benadering van de Commissie een verdere beleidscoördinatie tussen de Europese NRA’s, die al behoorlijk op gang begint te komen, bevorderen. De procedure en bewijsregels zullen echter op nationaal niveau geregeld moeten worden en deze zullen grote aandacht moeten hebben omdat de voorgestelde procedure om eerst een aanwijzing te doen van een AMM partij of AMM partijen moet worden gevolgd door het opleggen van de verplichtingen. Het gaat hier om twee elkaar opvolgende procedures met voor beroep vatbare beslissingen. Een in februari 2001 in circulatie gebracht voorontwerp van wet dat onder meer de toegang van internetdiensten tot een omroepnetwerk beoogt te regelen, loopt op het systeem van de richtlijn vooruit. Een conservatieve schatting van de doorlooptijden (beslissingen, beslissingen op bezwaar, procedures Rechtbank) die met een procedure van een aanwijzing gevolgd door het opleggen van verplichtingen is gemoeid, komt uit op twee jaar. Een dergelijke systeem ontnemt alle voordelen die kunnen worden behaald met het sectorspecifieke toezicht. Het toont eens te meer aan dat de wetgever in het geheel niet lijkt na te denken over de noodzaak om heldere doelstellingen, middelen en procedures te scheppen.

5.2.2 Convergentie

“In this part of the economy five lanes of the information highway run toward the future: broadcast, cable, wire, wireless and satellite.”²⁹

De Kaderrichtlijn kiest als aanknopingspunt voor de sectorspecifieke regulering ‘electronic communication’, welk begrip is opgenomen in de definities van ‘electronic communications networks’ en ‘electronic communications services’. Onder het eerste wordt verstaan:

“transmission systems and, where applicable, switching or routing equipment and other resources which permit the conveyance of signals by wire, by radio, by optical or by other electromagnetic means, including satellite networks, fixed (circuit- and packet-switched, including Internet) and mobile terrestrial networks, networks used for radio and television broadcasting, and cable TV networks, irrespective of the type of information conveyed”.

Onder het tweede wordt verstaan:

“services provided for remuneration which consist wholly or mainly in the transmission and routing of signals on electronic communications networks, including telecommunications services and transmission services in networks used for broadcasting, but excluding services providing, or exercising editorial control over, content transmitted using electronic communications networks and services”.

Met deze definities is op juridisch niveau de convergentie tussen elektronische media gerealiseerd. Voor Nederland betekent het dat de regels van hoofdstuk 8 van de

²⁹ Hundt 2000, p. 13.

Telecommunicatiewet (omroepzenders en omroepnetwerken) en art. 3.3 lid 3 Tw moeten worden herschreven, maar dat ook delen van de Mediawet die niet kunnen worden aangemerkt als ‘providing, or exercising editorial content’ uit deze wet moeten worden gelicht. Het gaat dan met name om de artikelen 82a-82k Mediawet. Ons inziens zullen al deze regels moeten worden samengebracht in een speciale sectie van hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet dat over ‘toegang en interconnectie’ handelt. Het toezicht op de toegang tot de kabel zal ook moeten worden aangepast. De Mediawet kan zich dan verder beperken tot inrichting en organisatie van de publieke omroep en de implementatie van de regels van de Televisierichtlijn.³⁰ De ingewikkelde vragen die rijzen bij de toegang van dienstverleners tot elektronische communicatienetten hebben zowel economische als inhoudelijke aspecten. In hoofdstuk 4 hebben wij geanalyseerd hoe de convergentie in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk ook tot een beleidskeuze voor convergerend sectorspecifiek toezicht voor de communicatiesector heeft geleid. Dit lijkt de meest efficiënte keuze die voor de markt de minste transactiekosten oplevert. Het betekent ook dat beleidsinstrumenten die zien op een belangrijk onderdeel van de elektronische snelweg (frequenties en nummers) in dat convergerende toezicht moeten worden samengebracht. Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering hebben al tien jaar geleden gepleit voor een dergelijke aanpak.³¹

Duidelijke beleidskeuzen op dit punt ontbreken op Europees niveau en die zullen dus op nationaal niveau moeten worden gemaakt. De Lidstaten hebben hier immers volledige beleidsvrijheid.

5.3 Conclusies

In dit hoofdstuk hebben wij geanalyseerd wat de knelpunten en problemen van het sectorspecifieke toezicht in de telecommunicatiesector in de afgelopen vier jaar waren. Wij wezen maar liefst vijftien ‘pijnpunten’ aan:

1. De historische opbouw van het telefoonnet die een efficiënte interconnectie bemoeilijkt zowel op het vlak van de techniek als op dat van de prijs.
2. Het ontbreken van een onafhankelijke netbeheerder.
3. Het ontbreken van bestuurlijke instrumenten om de bouw en de exploitatie van een state of the art netwerk te bevorderen.
4. Het probleem van de price squeeze dat optreedt omdat de historische monopolist zowel dominant is op de wholesale als de retailmarkt.
5. Het ontbreken van heldere doelstellingen in de regelgeving.
6. Een formele wetsuitleg door de bestuursrechter.
7. Het technologiespecifieke kader van de ONP technologie (spraaktelefonie).
8. Onduidelijke wetteksten op essentiële punten (antenne-opstelpunten, carrier preselectie, marktdefinities van het ONP kader, omschrijving begrip aanmerkelijke macht).
9. Versnippering van bevoegdheden bij het bestuur (frequenties, nummers, kabel).
10. Het ontbreken van de bevoegdheid van OPTA om (in coördinatie met de NMa) mededingingsrecht toe te passen.

³⁰ Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, *PbEG* 1989 L 298/23, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997, *PbEG* 1997 L 202/60.

³¹ Arnbak, Van Cuilenburg & Dommering 1990, hoofdstuk 10.

11. Onduidelijke afbakening van de rol van de burgerlijke rechter en OPTA ten aanzien van interconnectieovereenkomsten.
12. Onduidelijke regeling van procedures (bijvoorbeeld de procedure tot vaststellen en wijzigen van de tarieven).
13. Onduidelijkheid over het soort besluiten dat OPTA kan nemen. Het ontbreken van een algemene aanwijzingsbevoegdheid om ex ante aanwijzingen te geven, los van aanhangig gemaakte geschillen.
14. Geen afstemming van de Algemene wet bestuursrecht op het algemene en sectorspecifieke mededingingstoezicht.
15. Tijdsverlies door de leercurve en schaarste aan gekwalificeerde werkrachten, afgezet tegen de complexiteit van de problematiek.

In dit hoofdstuk hebben wij voorts aangegeven dat het dringend noodzakelijk is duidelijke criteria en een duidelijke procedure voor de aanwijzing van aanmerkelijk machtige partijen in het leven te roepen, omdat anders een effectief toezicht in een (tele)communicatiemarkt zal ontbreken. De Nederlandse wetgever heeft – bij gebreke van harmonisatierichtlijnen terzake – binnen de EU de vrijheid om duidelijke procedures en bewijsregels te scheppen, omdat de wijze waarop het toezicht inhoud wordt gegeven aan de Lidstaten wordt overgelaten, mits maar aan een aantal randvoorwaarden omtrent onafhankelijk en rechtsbescherming wordt voldaan. Voorts wezen wij op de noodzaak tijdig op de convergentie tussen de verschillende transmissiemiddelen in te spelen door verschillende aspecten van het toezicht bij een orgaan onder te brengen.

6 Samenvatting en aanbevelingen

6.1 Samenvatting

In deze studie is een analyse gemaakt van de juridische aspecten van de algemene en sectorspecifieke mededingingsregulering (en toezicht) in de telecommunicatiesector.

Hierbij is in hoofdstuk 2 naar voren gekomen dat het niet mogelijk is om op economische gronden een scherp omslagpunt te definiëren waarbij een markt overgaat van een monopolistische structuur naar een situatie van effectieve mededinging. Wel is een pragmatische evaluatie op basis van onder meer benchmarking en enquêtes mogelijk. Op basis hiervan kunnen drie zones worden onderscheiden: een zone waarin nog duidelijk van een monopoliesituatie sprake is, een zone waarin effectieve mededinging geldt en een overgangszone daartussen. Voorts gaat het niet om irreversibele processen, omdat een situatie van effectieve mededinging weer kan omslaan in een oligopolie met monopolistische kenmerken (zoals bijvoorbeeld het geval is bij collectieve dominantie).

Een optimale organisatie van toezicht wordt bereikt wanneer de zwaarte van toezicht en daarmee ook de (transactie)kosten van toezicht in verhouding staat met de (verwachte) baten van toezicht. Bij bestaande, functionerende markten wordt er van uit gegaan dat marktwerking voldoende garanties biedt voor allocatieve en dynamische efficiëntie, zodat alleen in de gevallen waar wordt afgeweken van marktwerking corrigerend moet worden opgetreden. Een 'lichte' vorm van toezicht is hier aangewezen. In situaties waarbij de markt faalt, hetzij tijdelijk zoals in de transitie van een monopolie- naar een effectieve mededingingssituatie, of permanent zoals bij een natuurlijk monopolie, is er reden voor meer intensief, en dus specifiek op dit marktfalen gericht toezicht. Bij de inrichting van een markt in transitie moet veel meer sturend en richtinggevend worden opgetreden, zodat uiteindelijk een effectief werkende markt tot stand komt. In een natuurlijk monopolie situatie komt effectieve mededinging per definitie nooit tot stand en moet toezicht blijvend georganiseerd worden. Tegenover de hogere kosten van regulering staan in dit geval ook hogere baten.

De definitie van de markt onder het sectorspecifieke toezicht wordt door de Commissie bepaald op basis van technische kenmerken en houdt weinig rekening met de mogelijke invloed van mogelijke bestaande en toekomstige substituten. Dit is minder flexibel dan de definitie van de relevante markt bij het algemeen toezicht. In de telecommunicatiemarkt is het niveau van technologische innovatie vrij hoog en veroudert een marktdefinitie gebaseerd op technische kenmerken snel. Een meer flexibele marktdefinitie is voor de kwaliteit van het toezicht van de specifieke toezichthouder nuttig.

Hoofdstuk 3 geeft aan dat in markten, waarop nog geen situatie van volledige mededinging heerst, zoals de telecommunicatiemarkt, met *ex ante* sectorspecifiek toezicht waarschijnlijk beter kan worden ingespeeld op de ontwikkelingen en/of onvolkomenheden van die markt dan met *ex post* mededingingstoezicht. Het sectorspecifieke toezicht- en mededingings-instrumentarium geeft wat meer mogelijkheden tot monitoring van een gezonde ontwikkeling van effectieve mededinging, met name wanneer incumbents op de betrokken (deel)markten nog een natuurlijke voorsprong genieten. Daar staat tegenover dat het niet in alle gevallen een situatie van 'of ... of' behoeft te zijn. Uit de vergelijkingsmatrix komt naar voren dat wellicht ook kan worden volstaan met 'én ... én', kortom met 'concurrent powers', mits een goed overleg tussen volwassen toezichthouders plaatsvindt.

Bij de gegeven problematiek, zo wordt geïllustreerd in hoofdstuk 4, heeft convergentie een steeds groter effect op de regulering en het toezicht in de communicatiesector. In de Verenigde Staten is sinds 1934 (de inwerkingtreding van de Communications Act) sprake van één regulator en één wetgevend kader. In het Verenigd Koninkrijk (maar ook in bijvoorbeeld Oostenrijk) wordt eveneens gestreefd naar één regulator voor de gehele sector. Het betreft een trend die ook wordt gesignaleerd in een recente studie van de OESO. In Nederland zijn reeds lang geleden suggesties gedaan om te komen tot één geïntegreerde sectorspecifieke toezichthouder.

De communicatiesector kent een sterk Angelsaksische oriëntatie. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk wordt gewerkt met ‘concurrent powers’ tussen sectorspecifieke en algemene toezichthouders waar het betreft de toepassing van het algemeen mededingingsrecht. Deze bevoegdheden bestaan reeds lang (Verenigde Staten) en worden gehandhaafd en uitgebreid (Verenigd Koninkrijk). De beschreven *AOL/Time Warner*-zaak is een recent voorbeeld hiervan. Deels komen de toezichthouders tot gelijke voorwaarden, deels verschillen deze mede als gevolg van het regelgevend kader dat wordt toegepast. Voor zover er problemen zijn bij de handhaving als gevolg van samenloop lijken die in beide landen niet problematisch genoeg om specifieke afstemmingsregels voor te schrijven. De auteurs van het Britse White Paper zien mede als voordeel van ‘concurrent powers’ dat over een breder instrumentarium wordt beschikt en de overgang van sectorspecifiek naar algemeen meer vloeiend kan verlopen.

Mede op grond van hetgeen eerder is beschreven in het rapport zijn in hoofdstuk 5 de knelpunten en problemen geanalyseerd van het sectorspecifieke toezicht in de telecommunicatiesector in de afgelopen vier jaar. Daarbij zijn ten minste vijftien ‘pijnpunten’ te onderkennen:

1. De historische opbouw van het telefoonnet die een efficiënte interconnectie bemoeilijkt zowel op het vlak van de techniek als op dat van de prijs.
2. Het ontbreken van een onafhankelijke netbeheerder.
3. Het ontbreken van bestuurlijke instrumenten om de bouw en de exploitatie van een state of the art netwerk te bevorderen.
4. Het probleem van de price squeeze dat optreedt omdat de historische monopolist zowel dominant is op de wholesale als de retailmarkt.
5. Het ontbreken van heldere doelstellingen in de regelgeving.
6. Een formele wetsuitleg door de bestuursrechter.
7. Het technologiespecifieke kader van de ONP technologie (spraaktelefonie).
8. Onduidelijke wetteksten op essentiële punten (antenne-opstelpunten, carrier preselectie, marktdefinities van het ONP kader, omschrijving begrip aanmerkelijke macht).
9. Versnippering van bevoegdheden bij het bestuur (frequenties, nummers, kabel).
10. Het ontbreken van de bevoegdheid van OPTA om (in coördinatie met de NMa) mededingingsrecht toe te passen.
11. Onduidelijke afbakening van de rol van de burgerlijke rechter en OPTA ten aanzien van interconnectieovereenkomsten.
12. Onduidelijke regeling van procedures (bijvoorbeeld de procedure tot vaststellen en wijzigen van de tarieven).
13. Onduidelijkheid over het soort besluiten dat OPTA kan nemen.
14. Geen afstemming van de Algemene wet bestuursrecht op het algemene en sectorspecifieke mededingingstoezicht.

15. Tijdsverlies door de leercurve en schaarste aan gekwalificeerde werkkrachten, afgezet tegen de complexiteit van de problematiek.

In dit hoofdstuk is voorts aangegeven dat het dringend noodzakelijk is duidelijke criteria en een duidelijke procedure voor de aanwijzing van aanmerkelijk machtige partijen en de vervolgens aan deze partijen op te leggen verplichtingen in het leven te roepen, omdat anders een effectief toezicht in een (tele)communicatiemarkt zal ontbreken. Voorts wezen wij op de noodzaak tijdig op de convergentie tussen de verschillende transmissiemiddelen in te spelen door verschillende aspecten van het toezicht bij een orgaan onder te brengen.

6.2 Aanbevelingen

In het kader van de verstrekte opdracht en op basis van het uitgevoerde onderzoek kan een aantal aanbevelingen worden gedaan. Deze aanbevelingen richten zich primair op de onderwerpen die deel uitmaken van de studie en hebben een indicatief karakter. Op onderdelen zal het gewenst zijn om nadere studie te verrichten.

1. Door middel van benchmarking kan nader worden bepaald wanneer er sprake zou kunnen zijn van een situatie van effectieve mededinging. Mede aan de hand hiervan kan in meer of mindere mate worden geopteerd voor sectorspecifieke of algemene regulering en toezicht. Het gaat hier niet om een zwart-wit situatie, maar eerder om een drietal zones. Het proces is niet irreversibel, omdat een situatie van effectieve mededinging weer kan omslaan in een oligopolie met monopolistische kenmerken (zoals bijvoorbeeld het geval is bij collectieve dominantie). Er is ook geen automatisch verloop in de tijd. Een monopolistische markt verandert na verloop van tijd niet automatisch in een markt met effectieve mededinging.
2. De nieuwe (tele)communicatierichtlijnen kennen een gecompliceerd systeem dat berust op een drietrapsraket waarin eerst een relevante productmarkt moet worden gedefinieerd, vervolgens een beslissing moet worden genomen over de aanwijzing van een aanmerkelijk machtige partij en ten slotte, in derde termijn, een beslissing over de aan deze partij op te leggen verplichtingen. De tweede stap wordt verder gecompliceerd doordat rekening dient te worden gehouden met het bestaan van collectieve machtsposities, een situatie die zich met name op de mobiele markt aftekent. Dit vergt een duidelijke afweging van procedures, bewijsregels en vormen van rechtsbescherming. Voor de bewijsregels kan aansluiting worden gezocht bij het begrip ‘Vermutungsschwellen’ zoals gehanteerd in het Duitse mededingingsrecht, waarbij bij een bepaald marktaandeel een rechtsvermoeden van een (collectieve) machtspositie wordt aangenomen dat door de betrokken ondernemingen kan worden ontkracht door tegenbewijs. De Nederlandse wetgever heeft op grond van het Europese recht de vrijheid daaraan zelf vorm te geven.
3. Neutralisering van het netwerkbeheer. In de gevallen waar nog geen sprake is van effectieve mededinging dient de onafhankelijkheid van het netwerkbeheer te worden gegarandeerd. Het onderbrengen in een zelfstandige onderneming van het netwerk is daarbij een mogelijke optie, die tevens mogelijk tot minder regulering en geschillen zal leiden. Wanneer dat door indertijd gemaakte politieke keuzen niet meer valt te realiseren, lijkt een sterk sectorspecifiek toezicht om onafhankelijke toegang tot het net te realiseren noodzaak. Zolang er voor de vaste aansluitnetten geen alternatieven voorhanden zijn, is dat een ‘natuurlijk’ gegeven.
4. In de regulering is een herstel van de doel/middel-relatie gewenst. Thans wordt de Nederlandse discussie over sectorspecifiek/algemeen getraumatiseerd door dogma's omtrent de positie van sectorspecifieke regulering en toezicht ten opzichte van algemene

regulering en toezicht. Hetzelfde kan worden gesteld met betrekking tot de positionering van onafhankelijke toezichthouders. Herstel van de doel/middel-relatie betekent dat de inrichting van regulering en toezicht weer in relatie worden gebracht met het beoogde doel (zoals het bereiken van een (meer) competitieve markt en bescherming van consumentenbelangen). Bij een dergelijk herstel van de doel/middel-relatie past tevens een *toolbox* benadering voor wat betreft de beschikbaarheid en keuze van instrumenten door de toezichthouder. Daarbij zal het dogma dat aan het eind van de horizon altijd algemeen mededingingstoezicht in de plaats moet treden van sectorspecifiek toezicht moeten worden verlaten. Dat geldt ook voor de organisatie van het toezicht. De ontwikkeling in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, twee toonaangevende landen op het gebied van algemeen en sectorspecifiek toezicht, laten zien dat daar wordt of reeds is gekozen voor een bijzonder toezicht op de communicatiesector.

5. In een zo snel bewegende sector als de telecommunicatie is er geen scherp onderscheid te maken tussen beleid en uitvoering. Dat betekent dat de toezichthouder over alle (beleids)instrumenten dient te beschikken. Dat betekent in de praktijk dat frequentie- en nummerbeleid in handen moeten zijn van de toezichthouder. Voorts verdient het aanbeveling de toezichthouder algemene aanwijzingsbevoegdheden te geven, die los staan van aanhangig gemaakte geschillen.
6. Mede om de transactiekosten van betrokken partijen zo laag mogelijk te houden, verdient het de voorkeur om toezicht en regulering zoveel mogelijk in één hand te plaatsen. De vorming van één regulator voor de communicatiesector en het toekennen van 'concurrent powers' voor wat betreft de toepassing van het mededingingsrecht verdient meer aandacht.
7. Bij de implementatie van de nieuwe richtlijnen moet ook een evaluatie van de bestaande wet plaatsvinden om de vele knelpunten die in de uitvoering zijn opgetreden op te heffen.
8. De processuele/bestuursrechtelijke aspecten van de regulering en het toezicht vragen nadere aandacht. De onverkorte toepassing van de Awb op geschillen bij het sectorspecifieke of algemene mededingingstoezicht verdient heroverweging zowel in termen van procedures als betrokken partijen als termijnen. Het moet sneller en vanuit de optiek dat marktinterventies steeds mogelijk aanzienlijke concurrentiële belangen raken. De bewijs- en geheimhoudingsregels verdienen meer precisie.
9. Timing is een van de meest onderschatte aspecten bij de regulering en het toezicht in de communicatiesector. Er ontbreekt een analyse gemaakt van de kosten die gemoeid zijn met de lange tijd tot een definitief bindend oordeel wordt verkregen. Evenmin zijn er bruikbare gegevens bekend omtrent de maatschappelijke kosten doordat consumenten (waaronder zakelijke gebruikers) diensten en kostenreducties worden onthouden.

Bijlage I Vergelijkingsmatrix

In deze matrix worden op grond van de bestaande wetgeving in Nederland de karakteristieken van de sectorale toezichthouder in de telecommunicatiesector vergeleken met die van een algemene toezichthouder te verrichten taken als wel het mededingingsrechtelijk toezicht.

Aspecten	Sectorstpecificiek toezicht telecommunicatiemarkt	Algemeen mededinging
<p>1. Algemene karakteristieken</p>	<p><i>Ex ante</i> toezicht:</p> <ul style="list-style-type: none"> - markttoegang; - aanwijzing AMM; - aangeven prijskaders. <p><i>Ex ante</i> én <i>ex post</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - prijscontrole; - monitoring ontwikkeling en toepassing technologie; - monitoring van ‘de’ markt. <p>Sectorstpecificiek toezicht vereist <i>naar zijn aard</i> de aanwezigheid van een voor het functioneren van de markt (in technologisch opzicht) noodzakelijk netwerk, waaraan incumbents deelnemen en waarop – in ruimere zin dan alleen mededingingsrechtelijk – toezicht dient te worden gehouden.</p>	<p>Uitsluitend <i>ex ante</i> toezicht beperkte mate bij het omzetten Mw.</p> <p><i>Ex post</i> controle op:</p> <ul style="list-style-type: none"> - misbruik van machts van AMM; - markttoegang via ‘exclusieve’; - ‘foreclosure’, art. 82; - bewaking technologie 81 lid 3 EG; - ‘normale’ karteltoezicht; - brancheonderzoek bij vrije mededinging (aangezien te kunnen sporen en
<p>2. Bescherming leercurve</p>	<p>Het gaat hierbij om twee aspecten:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. de leercurve van de toezichthouder, en b. de leercurve van de investerende marktdeelnemers. <p><i>Ex ante</i> toezicht beschermt en ontwikkelt het kenniselement van de sectorale toezichthouder sneller dan onder het algemene mededingingsrecht. Bovendien beschermt het eerder of beter de positie van nieuwe marktdeelnemers</p>	<p>Kennis en marktinzicht of problematiek van een beperkte toezicht komt dat alleen inbreukbestrijding en coördinatie Bescherming van enige marktdeelnemers is niet beperkte mate als onder licentieverlening (bij ver</p>

Aspecten	Sectorstspecifiek toezicht telecommunicatiemarkt	Algemeen mededinging
	tegenover incumbents en vice-versa. Het beschermt <i>de facto</i> risicovolle nieuwe of kostbare technologie. Vergt bijzondere wetgeving. Kan ten nadele van consument gaan, omdat het de noodzaak tot ‘op de tenen lopen’ vermindert. Stimuleert wellicht nieuwe processen en technologieën.	voor een bepaalde tijd) en voorbeeld van machtsmisbruik
3. Structuur toegang markt voor ‘operators’	Beperkingen en/of vergunningplicht voor incumbents; in tijd beperkte concessies (levert strijd ‘om’ de markt op, zoals ook wordt voorgestaan in het regionale openbaar vervoer); beperking van de mogelijkheid tot overname van andere vergunninghouders, e.d.	Toetsing van ‘foreclosure’ art. 81 EG (horizontaal en verticaal) en beide terreinen van de C Markt is het voornaamste
4. Standaardisatie	Kan door ex ante regulering mededingingsrechtelijk neutraal worden gestimuleerd c.q. sneller worden bereikt.	Onder voorwaarden zijn mededingingsrechtelijk
5. Opstartende markt	Maakt asymmetrische regelgeving bij het verlenen van toegang tot nieuwe markt(segment)en mogelijk. Maakt regeling mogelijk, waarbij opstartende marktdeelnemers een ‘terme de grace’ (ook wel ‘competition holiday’ te noemen) kunnen krijgen om eigen investeringen (ten dele) veilig te stellen alvorens derden toegang te (moeten) verlenen (TPA, verticaal) of horizontale mededinging te moeten dulden.	Beginnende marktpartijen met een beperkte uitzondering de ‘competition holiday’ Mededingings(estructuur) machtspositie en eventueel wordt gemaakt. Geen algemene bevoegd
6. Zekerheid	Kan met bijzondere regelgeving, en met name in het kader van een opstartende markt, in enige mate worden bereikt en speelt in een dubbele context: <ul style="list-style-type: none"> a. ‘regulatory certainty’, leidend tot voorspelbaarheid van de regulator alsook investeringszekerheid; en b. rechtszekerheid, waarbij duidelijkheid van regelgeving voorop dient te staan. 	Is bij een algemeen stelsel inherent afwezig. Komt voort uit art. 81 lid 3 EG, en dan is Bij CoCo wordt juridische Voor full-function joint venture verenigbaarheidsverklaringen worden afgegeven voor het geval onder de concessie Mededingingswet (vgl. art. 81)

Aspecten	Sectorstpecificiek toezicht telecommunicatiemarkt	Algemeen mededinging
7. Technologische innovatie	Regelingneutraal? Laat zich mondiaal waarschijnlijk niet remmen door lokale verschillen in toezicht. Gereguleerde markt kan wel rem op introductie van elders ontwikkelde innovatie met zich brengen. Zie ook nr. 4. Standaardisatie	Regelingneutraal. Hangt markspelers, ontwikkelingsniveau, gebr orderings- en milieueise consumentengedrag, e.d.
8. Consumentenbescherming	Het gaat om transparantie van de markt en wijze waarop de consument de markt kan begrijpen en kan omgaan met de daarop voorkomende ontwikkelingen (voorspelbaarheid van leveranciersgedrag). Bijzondere regelingen zijn ter bevordering van deze doelen denkbaar. Zie bijvoorbeeld het EG-regime voor ONP, het reguleren van de kwaliteit van huurlijnen, nummerportabiliteit, het garanderen van universele dienstverlening bij overstap naar andere leverancier, toegangsgaranties voor gebruikers (zoals ISP's) en/of prijscontrole of 'price caps'; aanwijzing van partijen met AMM en de daaraan verbonden rechtsgevolgen.	Het algemene mededinging tegemoet komen.
9. Bescherming downstream markten	Diverse beschermingsmechanismen zijn denkbaar, zoals wetgeving, vergunningplicht bij cumulatie van eigendom op downstream markten, eisen m.b.t. TPA, verplichting tot unbundling, e.d. Bij gebreke van bijzondere regelingen geen <i>ex ante</i> toezicht mogelijk (zoals thans de situatie is bij toegang tot internet via de kabel).	Hier speelt vooral de 'es van het art. 82 EG-beleic door derden. Daarnaast t waarbij 'gatekeeper issu Consumentenbeschermir
10. Prijscontrole	Speelt zich af op twee niveaus: (i) horizontaal, bij interconnectieprijzen; (ii) verticaal, bij consumenteprijzen. Zonder bijzondere wettelijke bevoegdheidstoekenning zouden deze vormen van prijscontrole niet denkbaar zijn.	Geen bevoegdheden; oo aanwezig om als prijsco
11. Timing/tijdselement	De mate waarin en de periode waarvoor sectorstpecificiek toezicht zal gelden, dient bij wet geregeld te zijn.	Algemeen mededingings toepasselijk. Geen tijdse

Aspecten	Sectorstpecificiek toezicht telecommunicatiemarkt	Algemeen mededingingsrecht
12. Collectieve machtspositie	Voor zover t.z.t. verenigbaar met het nieuwe pakket telecomrichtlijnen (zie ook nr. 14. Slagvaardigheid) zou kunnen worden overwogen om de bewijslastproblemen van 'joint dominance' in belangrijke mate te vermijden door het sectorstpecificiek invoeren van criteria vooraf ('Vermutungsschwellen', zoals in art. 19 lid 3 GWB), waardoor de bewijslast wordt omgekeerd.	De bevoegdheid om coll algemene mededingingsrecht zowel in het kader van a ante).
13. Vergunningenstelsel	Regelingneutraal? Gaat uit van overheid, die toegang tot telecomactiviteit regelt en uitvent als rechthebbende op het spectrum. Uitsluiting van meedoen aan of asymmetrie bij veilingen behoeft een specifieke regeling. Daarbij kan de sectorale toezichthouder een bijzondere taak worden toebedacht (zie ook de aan de NMa toebedeelde taak bij het OV-nieuwe stijl).	Regelingneutraal.
14. Slagvaardigheid	Ex ante toezichthouder lijkt sneller en wat slagvaardiger te kunnen reageren; kan ook noodzakelijk worden geacht in een markt die uiteindelijk voor consumenten rimpelloos dient te verlopen. Ex ante toezicht beslaat een groter terrein dan mededingingsrecht alleen.	Met name het optreden in de praktijk veel tijd te kosten handen van de algemene strakke tijdschema's afgevoerd verkregen marktdefinitie en worden in het overige
15. Nieuw (ontwerp) Richtlijnenpakket van juli 2000	Hantering van het AMM-begrip kruipt naar de interpretatie van het begrip 'marktmacht' onder het algemene mededingingsrecht toe.	Onder het algemene toezicht genomen, waarin van on een machtspositie heeft, misbruiksbeoordeling in iets onwenselijks, in me

Bijlage II Beschikkingen Commissie

Beschikking	Productmarkten
AOL/Time Warner IP/00/1145	<ul style="list-style-type: none"> ▪ on line muziek (omvat digital downloads en streaming) ▪ Europese markt voor breedband internettoegang
MCI WorldCom/Sprint COMP/M.1741	<ul style="list-style-type: none"> ▪ top level- of universele interconnectiviteit ▪ wereldwijde telecommunicatiediensten voor multinationale bedrijven ▪ termineren van internationale telefoongesprekken in de VS
Seagram/Vivendi zaak nr. IV/M.2050	<ul style="list-style-type: none"> ▪ betaal-TV ▪ pan-Europese markt voor toegangspoorten ▪ on line muziek
Telia/Telenor zaak nr. IV/M.1439	<ul style="list-style-type: none"> ▪ vaste geschakelde telefonie - voorziening in local loop infr astructuur en - in lange afstand- en internati onale infrastructuur - toegang voor abonnees tot telefoniediensten (lokaal, lange afstand, internationaal ▪ mobiele telefonie - operatortoegang tot local loopnetwerken en - tot lange afstand- of internati onale netwerken ▪ zakelijke datacommunicatie ▪ ISP-diensten - internettoegang - adverteren op internet - verkoop van advertentieruimte in lokale telefoniebestanden en - business to businessbestanden ▪ PABX-distributie
Time Warner/EMI IP/00/617	<ul style="list-style-type: none"> ▪ muziekopnames ▪ auteursrechten op muziek ▪ on line muziek

Beschikking	Productmarkten
Vodafone Airtouch/Mannesmann zaak nr. COMP/M.1795	<ul style="list-style-type: none"> ▪ mobiele telecommunicatiediensten ▪ voorziening in naadloze pan-Europese mobiele telecommunicatiediensten voor mobiele klanten ▪ mobiele handsets en netwerkapparatuur voor mobiele telefonie
Warner-Lambert/Gillette e.a. zaak nr. IV/33.440 en Bic/Gillette e.a. IV/33.486	natscheerproducten
WorldCom/MCI zaak nr. IV/M.1069	<ul style="list-style-type: none"> ▪ toegangsdiensten van de host tot het aanwezigheidspunt (point of presence) ▪ internettoegangsdiensten ▪ top level of universele interconnectiviteit

Bibliografie

Aalbers 1998

R.F.T. Aalbers, 'Reactie: Wat meet Momed?', *Economisch-Statistische Berichten* 14 augustus 1998, p. 613.

Arnbak, Van Cuilenburg & Dommering 1990

J.C. Arnbak, J.J. van Cuilenburg & E.J. Dommering, *Verbinding en Ontvlechting in de Communicatie, een studie naar toekomstig overheidsbeleid voor de openbare elektronische in formatievoorziening*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1990.

Bruijn, de: De Bruijn e.a. 2000

J.A. de Bruijn e.a., *Samenloop bij toezicht*, TU Delft: 2000 (concept; te verschijnen in de IT eR-reeks, Sdu).

Buendia Sierra 1999

J.L. Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford: Oxford University Press 1999.

CPB 2000

CPB, Measuring competition: How are cost differentials mapped into profit differentials?, CPB working paper, No. 131, november 2000.

Damme, van: Van Damme & Eijlander 2000

E.E.C. van Damme & Ph. Eijlander, 'Toezicht op marktwerking: algemeen of specifiek?', in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 53-66.

Dommering e.a. 1999

E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: Sdu 1999.

Dommering 2001a

E.J. Dommering, 'De mededingingsrechtelijke regulering van de (tele)communicatiemarkt in de toekomst', *Mediaforum* 2001/2, p. 51-56.

Dommering 2001b

E.J. Dommering, 'De Nieuwe Brusselse Telecommunicatierichtlijnen', *Computerrecht* 2001/1, p. 4-10.

Eijk, van: Van Eijk 1998

N.A.N.M. van Eijk, 'ONP voor de kabel', *Mediaforum* 1998/9, p. 244-246.

Gerven, van: Van Gerven e.a. 1997

W. van Gerven e.a., *Kartelrecht II, Europese Gemeenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Hancher & Lugard 1999

L. Hancher & H.H.P. Lugard, 'De essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid', *SEW* 1999/9, p. 323-334.

Hobbelen 1999

H.C.L. Hobbelen, 'Internet en mededinging', in: R.E. van Esch, *Meester over 2000, Meester over IT*, Jonge Balie Congres 1999, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 37-51.

Hundt 2000

R.E. Hundt, *You say you want a revolution*, New Haven London: Yale University Press 2000.

Laffont & Tirole 2000

J.J. Laffont & J. Tirole, *Competition in Telecommunications*, Cambridge, Mass.: MIT Press 2000.

Larouche 2000

P. Larouche, *The Bases of EC Telecommunications Law after Liberalisation*, Oxford: Hart Publishing 2000.

Lever 1998

M.H.C. Lever, 'Een maatstaf voor de werking van de elektriciteitsmarkt', *Economisch-Statistische Berichten* 14 augustus 1998, p. 608.

Mahler 1999

R. Mahler, 'Wetsvoorstel voor de Wet personenvervoer 2000', *SEW* 1999/10, p. 364-373.

Martin 1989

S. Martin, *Industrial Economics*, New York: Macmillan 1989.

Oftel 2000

Implementing Oftel's strategy: effective competition review guidelines, augustus 2000, <www.oftel.gov.uk>.

Oxera 2000

Oxera, The Role of Joint Dominance in the New EU Regulatory Framework For Electronic Communications, december 2000.

Rey 2000

P. Rey, *Towards a Theory of Competition Policy*, IDEI working paper, University of Toulouse, 31 oktober 2000.

Sitompoel 2000

N. Sitompoel, 'De interconnectieovereenkomst en contractsvrijheid', *Computerrecht* 2000/3, p.123-133.

Whish 2000

R. Whish, 'Collective Dominance', in: D. O'Keefe & M. Andenas, *Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Den Haag: Kluwer Law International 2000.