

DE WISSELWERKING TUSSEN HET TELECOM- EN MEDEDINGINGSRECHT

1. Inleiding

Het mededingingsrecht kent in de telecomsector vele gezichten. Het mededingingsrecht speelt een belangrijke rol bij de discussie over het specifieke dan wel algemene toezicht op de telecomsector. Het wordt gehanteerd als instrument ter interpretatie van het telecomrecht. Daarnaast fungeert het mededingingsrecht als vangnet bij het ontbreken van specifieke telecomregels. In dit artikel zullen deze facetten van het mededingingsrecht aan de orde komen. Duidelijk is dat het mededingingsrecht aan belang in deze sector zal toenemen.

2. Het toezicht op de telecomsector: OPTA of NMa?

Het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit ('OPTA') heeft geen algemene bevoegdheid van de wetgever gekregen om op te treden in de telecomsector. OPTA is slechts bevoegd indien haar optreden binnen de grenzen valt van de limitatief opgesomde taken van artikel 15 OPTA-wet¹ en OPTA een wettelijke norm in de Telecommunicatiewet² ('Tw') kan aanwijzen die wordt overtreden.³ Zowel in de literatuur⁴ als door OPTA zelf⁵ wordt aangenomen dat er een algemene bevoegdheid bestaat op grond van artikel 15, onder a, onder 2, van de OPTA-wet juncto artikel 15.1, derde lid, Tw: voor zover de taken niet expliciet in de Telecommunicatiewet aan de Minister van Verkeer en Waterstaat (RDR), of het Commissariaat voor de Media zijn toebedeeld, komt OPTA deze bevoegdheid toe. Zoals gezegd, kan deze vangnetbepaling slechts worden ingeroepen indien een *concrete norm* wordt geschonden. En juist hierin schuilt het probleem van de bevoegdheid van OPTA. De Telecommunicatiewet is destijds strak geredigeerd. De wetgever heeft getracht op detailniveau, op basis van de toen aanwezige kennis van de telecomtechniek en -problematiek, regels te stellen. Het gevolg is dat, indien nieuwe technieken of problemen zich voordoen die niet staan beschreven (of in sommige gevallen gewoonweg zijn vergeten), OPTA geen juridische kapstok heeft voor haar bevoegdheid. In zulke gevallen kan OPTA alleen proberen door een extensieve interpretatie van de Tw haar bevoegdheid op te rekken. Lukt dit niet dan gaat het om een zogenaamde 'niet-gereguleerde dienst': de Tw is dan niet van toepassing en OPTA is niet bevoegd. De betrokken telecomondernemingen kunnen dan slechts te rade gaan bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa'). Onder die omstandigheden kan slechts worden teruggevallen op de algemene mededingingsregels die niet op de telecomsector zijn toegesneden. *Ex ante* regels zijn niet voorhanden, doch slechts repressief toezicht, met weinig mogelijkheden voor snel ingrijpen door de toezichthouder.⁶

In de praktijk levert deze systematiek van de Telecommunicatiewet en de daarmee beperkte bevoegdheid van OPTA gecompliceerde – en voor de betrokken ondernemingen frustrerende – situaties op. Dit geldt te meer, nu de Telecommunicatiewet geen algemene bevoegdheid kent om op te treden tegen anti-concurrentieel gedrag, zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij Oftel, de onafhankelijke toezichthouder van het Verenigd Koninkrijk. Oftel heeft via de algemene 'Fair Trading Condition' (Condition 18A van de vergunning van BT), de mogelijkheid op te treden tegen elke vorm van misbruik. Toen marktpartijen begin 2000 werden geconfronteerd

* Mr. A.T. Ottow is advocaat bij Houthoff Buruma te Den Haag.

** Mr. A.S.M.L. Prompers is advocaat bij Houthoff Buruma te Den Haag.

De auteurs danken mr. M.N. Dijkman voor haar bijdrage aan dit artikel.

¹ Wet van 5 juli 1997, houdende regels inzake instelling van een college voor de post- en telecommunicatiemarkt (Wet Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit), *Stb.* 1997, 320.

² Voor een overzicht van de bevoegdheid van OPTA bij het behandelen van geschillen: A.T. Ottow, 'De Procedures bij OPTA geen sinecure', *M&M* 2000, p. 3-10.

³ Zie voor een algemene uiteenzetting: J.G. Arnbak en M.S. Mulder, 'Regels en toezicht op de telecommunicatiemarkten, in: H.J. de Ru, J.A.F. Peters & A.P.W. Duijkersloot (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten : opstellen over de juridische aspecten van regulering*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 107-121.

⁴ E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht*, Sdu Uitgevers 1999, p. 697.

⁵ Besluit van OPTA van 24 september 1999 (*Denda Multimedia en Topware CD-service A.G./KPN Telecom B.V.*), overweging 36.

⁶ Deze omissie kwam reeds in 1998 bij het wetsontwerp Tw aan de orde, zie: A.T. Ottow, 'Uitzicht op effectief toezicht in de telecommunicatiesector?', *Mediaforum* 1998, p.76-79. Zie voor een uitgebreide behandeling van de voor- en nadelen van het reguliere mededingingsrecht: W. Sauter, 'Van Staat naar markt toezicht op de ontwikkeling van marktwerking in de telecommunicatiesector' [titel checken], *SEW* 2001, p. 94-95.

met een *price squeeze* tussen de inkooprij voor de dienst carrier-preselect en de eindgebruikerstarieven van KPN Telecom, bleek de telecomwetgever dergelijk misbruikelijk gedrag niet te hebben voorzien. De systematiek van de Telecommunicatiewet ziet met name op het voorkomen van te *hoge* eindgebruikerstarieven van KPN Telecom, maar niet zozeer te lage tarieven. Slechts via een extensieve interpretatie van het beginsel van kostenoriëntatie, mede op basis van het mededingingsrecht (en met hulp van de NMa) was het mogelijk voor OPTA deze kwestie aan te pakken. Deze onduidelijkheid heeft er wel toe geleid dat de concurrenten meer dan een jaar deze gedragingen van KPN Telecom hebben moeten ondergaan. Hierover later meer (zie paragraaf 5).

Een oprekken van haar bevoegdheden is OPTA niet gelukt in het zogenaamde *sitesharing* geschil tussen Dutchtone en KPN Telecom. In de uitspraak van 13 september 2000 bepaalde de Rechtbank te Rotterdam dat OPTA alleen regels met betrekking tot het medegebruik van antenneopstelpunten kan stellen indien sprake is van een concreet geschil.⁷ Artikel 3.11 Tw bevat volgens de rechtbank geen algemene bevoegdheid voor OPTA regels uit te vaardigen over *sitesharing*. Daarnaast gaf de rechtbank aan dat het wettelijke begrip ‘medegebruik van antenne-opstelpunt’ tekstueel dient te worden geïnterpreteerd en slechts betrekking heeft op ‘de desbetreffende mast alsmede het gedeelte van het dak of de wand waarop of waaraan de technische dienst waarop het verzoek tot medegebruik betrekking heeft, is bevestigd’. Deze restrictieve interpretatie had tot gevolg dat de verplichting tot *sitesharing* slechts betrekking had op antenne-opstelpunten en zich niet tevens uitstrekte tot antennes, hetgeen OPTA wèl voorstond. Dutchtone kon KPN Telecom derhalve niet met een beroep op de Tw tot het delen van antennes dwingen. Het enige alternatief zou zijn bij de NMa te bepleiten dat bij de betrokken antennes sprake is van een *essential facility* en KPN Telecom op grond van artikel 24 van de Mededingingswet (‘Mw’) misbruik maakt van haar machtspositie door toegang c.q. het medegebruik van deze antennes te weigeren. Sinds het Bronner-arrest⁸ is dit een heilloze, althans moeilijk begaanbare weg. Het mededingingsrecht is in dit geval dus geen reëel alternatief voor het ontbreken van bevoegdheid in de Telecommunicatiewet.

Een gelijksoortige omissie doet zich in de Telecommunicatiewet voor ten aanzien van co-locatie. Een voorbeeld hiervan is het geval waar een concurrent toegang tot een zeekabelstation van KPN Telecom wenst te verkrijgen voor het plaatsen van zijn telecommunicatieapparatuur en het aansluiten van zijn zeekabels op zijn landelijk netwerk. Aangezien zeekabelstations schaars zijn en nieuwbouw niet snel kan worden gerealiseerd,⁹ ligt een verzoek tot medegebruik van het gebouw voor de hand. Een algemene verplichting tot het gedogen van co-locatie is echter niet in de Telecommunicatiewet verankerd. OPTA heeft bij gebreke van deze norm dus geen bevoegdheid. Deze leemte zou kunnen worden opgevuld door de gevraagde co-locatie als een essentieel onderdeel van interconnectie (artikel 6.3 Tw), bijzondere toegang (artikel 6.9 Tw) of *duct sharing* (artikel 5.10 Tw) te beschouwen.

In het geval van MDF-access heeft OPTA de co-locatiedienst als een *essential facility* beschouwd en daarmee als bijzondere toegang in de zin van artikel 6.9, tweede lid, Tw.¹⁰ Een dergelijke interpretatie van de wettelijke norm is moeilijker bij het gegeven voorbeeld van het zeekabelstation. Indien geen sprake is van interconnectie, bijzondere toegang of *duct sharing*, heeft OPTA geen bevoegdheid tot optreden. Bij een weigerachtige houding van KPN Telecom (bijvoorbeeld ook omdat KPN Telecom voor de facilititeit een exorbitante prijs vraagt) dient de klager zich tot de NMa op grond van de Mw te richten. Ook hier is het maar zeer de vraag of sprake is van een *essential facility* en/of de weigering van toegang tot het zeekabelstation als een misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw kan worden gekwalificeerd. Door het ontbreken van een specifieke norm in de Telecommunicatiewet (of juist door het ontbreken van een algemene norm in de Telecommunicatiewet), dreigt een klager ook hier tussen wal en schip te vallen. Door de aanzienlijke inperking van de *essential-facility*-doctrine in het eerder genoemde Bronner-arrest zijn de mogelijkheden om het mededingingsrecht in dergelijke gevallen toe te passen sterk verminderd.¹¹

⁷ Uitspraken van 13 september 2000 in de zaken *Dutchone/OPTA* en *KPN Telecom/OPTA*, TELEC 99/2715 – RIP en TELEC 99/2781 – RIP. Naar aanleiding van deze uitspraak [welke van de twee? Of n.a.v. van beide uitspraken?] is op 28 september 2000 een amendement ingediend door het Tweede-Kamerlid Voûte-Droste c.s., waarin werd voorgesteld om bij de intrekking van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 een nieuw art. 3.12 in de Tw in te voegen (Wet van 2 november 2000, houdende intrekking van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 en enige daarmee verband houdende voorzieningen, *Stb.* 2000, 491). Inmiddels is dit nieuwe artikel aangenomen, waarin de mogelijkheid wordt gegeven om bij AMvB nadere regels met betrekking tot antenne-opstelpunten te stellen. Een ontwerp-AMvB is in de maak, waarin bevoegdheden aan OPTA worden gegeven deze nadere regels vast te stellen.

⁸ HvJEG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7792 (*Oscar Bronner GmbH & Co KG en Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG e.a.*).

⁹ In het duingebied gelden strenge bouw- en milieuvoorschriften.

¹⁰ Zie de Richtsnoeren interconnectie van 21 mei 1997, *Stcrt.* 1997, 104; uitspraak van OPTA van 28 juli 1999 naar aanleiding van klacht van Devricon International en recentelijk de Richtsnoeren over collocatie en eenmalige kosten met betrekking tot toegang tot de aansluitlijn, 20 december 2000, *Stcrt.* 2000, 48, p. 22.

¹¹ Dit wordt ook signaleerd door L. Hancher en H.H.P. Lugard, ‘De Essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid’, *SEW* 1999, p. 323-334.

Zowel door OPTA als de NMa worden deze problemen in de praktijk sterk gerelativeerd. Volgens hen is er altijd een bevoegde instantie aan te wijzen en wordt er lustig naar elkaar verwezen om een concreet probleem 'op te lossen'. Voor telecomondernemingen is dit evenwel een intransparant complex van regels en bevoegdheden. Dit leidt ertoe dat partijen in de praktijk vaak niet weten waar zij aan toe zijn en ten einde raad de klacht maar bij beide instanties indienen. Dit compliceert onnodig de procedures en leidt tot vertragingen.

In de praktijk is de NMa tot op heden zelden tot optreden in de telecomsector overgaan. Vooralsnog laat zij dit terrein liever (om politieke redenen?) aan OPTA over. Slechts in twee zaken heeft de NMa moeten oordelen over de toepassing van het mededingingsrecht op telecomcontracten. Het betrof hier echter geen klachten, maar een ontheffingsverzoek ex artikel 17 Mw voor twee (distributie-)overeenkomsten van Libertel.¹² De NMa is niet erg bereid gebleken klachten van telecomondernemingen in behandeling te nemen. De NMa ondersteunt OPTA wél regelmatig bij het uitvaardigen van beleidsregels (richtsnoeren) en het uitbrengen van besluiten. De rechtbasis voor deze samenwerking is te vinden in artikel 18.3 Tw. Deze wettelijke regeling is door beide toezichthouders uitgewerkt in een Samenwerkingsprotocol.¹³ Volgens OPTA en de NMa werkt deze regeling in de praktijk bevredigend.¹⁴ Hoewel deze regeling wellicht voor de betrokken toezichthouders 'goed functioneert', is op deze regeling vanuit een oogpunt van rechtsbescherming voor rechtzoekenden heel wat aan te merken.

Het Samenwerkingsprotocol bevat een opsomming in welke zaken NMa en OPTA bij elkaar advies moeten inwinnen, mede ter voorkoming van *forum shopping*. Hieruit volgt onder meer dat de NMa een zaak niet ter hand zal nemen op grond van artikel 24 Mw, indien OPTA binnen een redelijke termijn optreedt tegen de desbetreffende gedraging. In geval van samenloop van de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet, treedt de NMa terug, tenzij de bevoegdheden van OPTA om op te treden, tekortschieten, of OPTA de zaak niet binnen een redelijke termijn ter hand neemt. Wat een redelijke termijn is, wordt niet vermeld. Ook is het mogelijk dat OPTA de zaak ter hand neemt met *instemming* van de NMa. De NMa dient binnen drie weken na het desbetreffende verzoek van OPTA aan te geven of de instemming wordt gegeven. Wanneer binnen deze termijn geen uitsluitel is gegeven, wordt de instemming geacht te zijn verleend.

Daarnaast dient OPTA de algemene richtlijnen van de directeur-generaal van de NMa in de zin van artikel 18.3, derde lid, Tw op te volgen. Dergelijke richtlijnen zijn er niet, met uitzondering van de Richtsnoeren van OPTA/NMa met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken van 17 augustus 1999.¹⁵ Inmiddels hebben beide instanties wél al bij elkaar advies ingewonnen bij de voorbereiding van diverse besluiten. In de zaak *Canal+* heeft OPTA de NMa om advies gevraagd naar aanleiding van een conceptbesluit. OPTA heeft dit advies derhalve in de eindfase van de procedure ingewonnen. De NMa is in staat gebleken dit advies binnen een zeer korte termijn (drie weken) te geven. De contacten tussen de autoriteiten hebben ertoe geleid dat OPTA haar conceptbeslissing aanpaste alvorens de NMa haar advies definitief uitbracht. Verweerder in dit geschil (A2000) werd door OPTA echter niet meer in de gelegenheid gesteld op dit advies te reageren. Ook zijn de betrokken partijen niet door de NMa gehoord bij de voorbereiding van het advies. A2000 verzocht de president van de Rechtbank Rotterdam het (voorlopig) besluit van OPTA te schorsen, onder meer op grond van de stelling dat OPTA onvoldoende recht had gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor en dat OPTA de directeur-generaal van de NMa onvoldoende had geïnformeerd. Het Samenwerkingsprotocol bevat geen procedureregels op dit punt. De wijze waarop een advies c.q. instemming tot stand komt, wordt hierin niet geregeld. De inschakeling van de NMa geschiedt bovendien geheel buiten de betrokken partijen om. De president overwoog ten aanzien van dit bezwaar:¹⁶

'Al hetgeen verzoekster heeft aangevoerd om te betogen dat sprake is van schending van het beginsel van hoor en wederhoor, komt in de kern hierop neer dat de wijze waarop verweerder procedureel heeft geopereerd bij de voorbereiding van de bestreden aanwijzing ertoe heeft geleid dat verweerder is uitgegaan van een deels onjuiste voorstelling van zaken, terwijl verzoekster voorts niet in de gelegenheid is geweest ten volle haar zienswijze kenbaar te maken. De President laat in het midden of wellicht ten aanzien van een of meer van de door verzoekster genoemde concrete voorvallen zou moeten worden geoordeeld dat het beginsel van hoor en wederhoor niet (ten volle) is nageleefd. Uit hetgeen hiervoor is overwogen vloeit immers voort dat verzoekster daardoor niet in haar belangen kan zijn geschaad.

¹² Besluit d-g NMa 21 november 2000, zaak 1715 (*ontheffingsverzoek Libertel: Mantelovereenkomst*) en besluit d-g NMa 4 augustus 1999, zaak 275 (*Ontheffingsverzoek Libertel*).

¹³ Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa, *Stcrt.* 2000, 249 (hierin zijn ook de afspraken opgenomen die zijn gebaseerd op art. 50 van de gewijzigde Postwet). Het vorige protocol was gepubliceerd in *Stcrt.* 1999, 2.

¹⁴ Zie bv. W. Sauter, a.w. (zie noot 6), p. 91. Sauter is tevens adviseur van OPTA en zijn visie dient dan ook tegen die achtergrond te worden geplaatst.

¹⁵ Kenmerk OPTA/IBT/99/7064, gepubliceerd op de website van OPTA (<<http://www.opta.nl>>, zoeken via [vindplaats op OPTA-website]).

¹⁶ *Stcrt.* 1999, 2. [Pagina nr.] [Klopt het dat een overweging van de president in de Staatscourant is gepubliceerd?]

Voorts is van belang dat de gemachtigde van verweerder ter zitting onweersproken heeft verklaard dat in elk geval bij de voorbereiding van de beslissing op het bezwaar verzoekster de beschikking heeft gehad over alle relevante informatie. Tenslotte heeft de President geen aanknopingspunten kunnen vinden om te beoordelen dat de d-g NMa niet ten volle in staat is geweest vanuit zijn - niet technische, maar mededingingsrechtelijke - expertise een oordeel over de bij brief van 17 juni 1999 aan hem voorgelegde concept-beslissing van verweerder te geven.'

Niet ondenkbaar is dat in een andere situatie – Samenwerkingsprotocol of niet – de besluitvorming wél onzorgvuldig is voorbereid doordat partijen niet, althans onvoldoende, in de gelegenheid waren hun visies aan de NMa kenbaar te maken. In de aanwijzingsbesluiten van KPN Telecom en Libertel werd door OPTA in het geheel geen melding gemaakt van de betrokkenheid van de NMa bij de besluitvorming. Uit het eerder genoemde kortgedingvonnis van de president van de Rechtbank Rotterdam kan worden afgeleid dat eerst tijdens het kort geding bleek dat de NMa wel had ingestemd met het aanwijzingsbesluit van OPTA, doch dat KPN Telecom en Libertel in het geheel niet in deze afstemmingsprocedure waren gekend. Het verdient aanbeveling dat er naast het Samenwerkingsprotocol ook een procesreglement wordt opgesteld, waarbij het beginsel van hoor en wederhoor op zorgvuldige wijze wordt afgewogen tegen het belang van een efficiënte procedure.

De omgekeerde situatie heeft zich inmiddels ook voorgedaan, hetgeen is af te leiden uit het besluit van de directeur-generaal van de NMa in de zaak Libertel.¹⁷ Het besluit is mede gebaseerd op een visie van OPTA neergelegd in een brief aan de NMa.¹⁸ Uit het besluit blijkt niet dat Libertel de gelegenheid heeft gehad haar standpunt bij OPTA neer te leggen over de door de NMa gestelde vragen. Op grond van het standpunt van OPTA komt de directeur-generaal van de NMa tot het besluit dat artikel 16 Mw niet van toepassing is en hij bevoegd is de bestreden Service Provider Overeenkomst te beoordelen onder de Mededingingswet.

3. Toepassing mededingingsrecht door OPTA

Nergens in de Telecommunicatiewet staat dat OPTA bevoegd is het mededingingsrecht toe te passen. Dit wil evenwel niet zeggen dat OPTA niet bevoegd zou zijn bij de *interpretatie* van de telecomregels de mededingingsregels als instrument te mogen hanteren. Daarnaast volgt uit artikel 18.3 Tw dat OPTA juist dient te voorkomen dat zij bij de toepassing van het telecomrecht besluiten neemt die indruisen tegen het mededingingsrecht. Daarbij dient OPTA zorg te dragen dat zij mededingingsbegrippen conform het beleid en de besluiten van de directeur-generaal van de NMa toepast. De Telecommunicatiewet is ook doordrenkt van het mededingingsrecht. Toegang tot (essentiële) faciliteiten (zoals interconnectie, co-locatie en *sitesharing*), aanwijzing onderneming met aanmerkelijke marktmacht, *conditional access*, het zijn enkele voorbeelden waarbij het telecomrecht mede wordt ingekleurd door het mededingingsrecht.

Zo bepaalde de Minister van Verkeer en Waterstaat reeds in 1997 nog op basis van de toen geldende Wet op de Telecommunicatievoorzieningen ('WTV') in de Richtsnoeren Interconnectie¹⁹ dat bij het beoordelen van interconnectiegeschillen niet alleen rekening dient te worden gehouden met de specifieke telecomregelgeving, maar dat tevens op basis van het mededingingsrecht zal worden getoetst. De 'bijbel' hierbij is de Bekendmaking van de Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector.²⁰ In deze Bekendmaking zet de Commissie de invloed van het mededingingsrecht op toegangsovereenkomsten nader uiteen.

In zaak *KPN Telecom/OPTA*,²¹ met als derde partij MCI WorldCom, kwam aan de orde welke normen een rol spelen bij de vraag of een verzoek tot bijzondere toegang 'redelijk' is, met als gevolg dat KPN Telecom verplicht is aan een dergelijke verzoek uitvoering te geven. Daarbij overwoog de president van de rechtbank het volgende:

'Tevens is het niet goed mogelijk een limitatieve opsomming te geven van de normen die verweerder [*lees: OPTA*] bij de beoordeling van een geschil voor het overige mag dan wel moet aanleggen, nu deze veelal mede afhankelijk zullen zijn van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan tenminste worden gedacht aan normen als de mogelijke bedreiging van de netwerkintegriteit, [...] de gevolgen voor de concurrentie, de concurrenten en de consumenten/eindgebruikers, het bevorderen van product- en prijsinnovatie en -differentiatie, en het – met inachtneming van artikel 18.3 van de Tw – voorkomen van strijdigheid met het algemene mededingingsrecht.'

¹⁷ Besluit d-g NMa 4 augustus 1999, zaak 275/57 (*Ontheffingsverzoek Libertel*).

¹⁸ Zie overweging 96 van het in noot 17 genoemde besluit.

¹⁹ Zie noot 10.

²⁰ *PbEG* 1998 C 265/2.

²¹ Pres. Rb. Rotterdam 16 februari 2001, Rechtspraak.nl, ELRO-nummer AB0027 (*KPN Telecom/OPTA, met als derde partij MCI Worldcom*), <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoeken via 'Belangrijke uitspraken', datum inzage mei 2001.

Het belang van deze overweging moet niet worden onderschat. De president geeft OPTA hier een duidelijke handreiking: in het kader van concrete geschillenoplossing mag – en moet OPTA zelfs – het mededingingsrecht toepassen. Dit geeft OPTA de mogelijkheid bepaalde normen ‘op te rekken’ dan wel nader te concretiseren aan de hand van het mededingingsrecht. Zo zou OPTA kunnen optreden en KPN Telecom verplichtingen opleggen ter voorkoming van misbruik van machtspositie, zolang OPTA dit maar kan ophangen aan enige bepaling van de Tw. Tegelijkertijd legt deze verplichtingen OPTA aan banden: de toepassing van de Telecommunicatiewet mag niet leiden tot met het mededingingsrecht strijdige uitkomsten. De vraag is waar hier de grens ligt. Zo heeft OPTA een *price-squeeze*-toets ontwikkeld, waarbij aan KPN Telecom een ondergrens wordt opgelegd ten aanzien van de hoogte van haar eindgebruikerstarieven. Een van de aspecten die speelde bij de ontwikkeling van deze toets was de vraag of de OPTA norm in overeenstemming was met de in het mededingingsrecht ontwikkelde AKZO-test.²² Uiteindelijk heeft de NMa haar zegen aan de door OPTA voorgestelde formule gegeven, hoewel deze afwijkt van de AKZO-norm. Daarmee is echter nog niet gezegd dat OPTA ook (volledig) bevoegd is. Zolang de telecomwetgever (DGTP²³) op basis van het telecomrecht OPTA geen duidelijke instructies geeft, of OPTA de bevoegdheid geeft om op basis van open normen te handelen, loopt OPTA het risico dat zij in strijd met de Telecommunicatiewet handelt (omdat de norm in de Telecommunicatiewet niet als zodanig kan worden uitgelegd) of in strijd met het mededingingsrecht (omdat OPTA verder wenst te gaan dan het algemene mededingingsrecht). Een goede afstemming met en instemming van de NMa is in dergelijke gevallen dan ook onontbeerlijk. Deze instemming kan OPTA evenwel geen bevoegdheden toekennen die zij op basis van de Tw niet heeft.

In het hierna volgende zullen enkele vraagstukken aan de orde komen, waarbij het mededingingsrecht een belangrijke invloed heeft op de uitleg en toepassing van het telecomrecht.

4. Aanmerkelijke marktmacht

Een van de belangrijkste onderwerpen waarbij OPTA het mededingingsrecht hanteert ter interpretatie van het telecommunicatierecht, is de aanmerkelijke-marktmachtproblematiek.

4.1. HET HUIDIGE RECHT

In het huidige telecommunicatierecht speelt het begrip onderneming *met aanmerkelijke marktmacht* een centrale rol. De thans geldende (Europese en nationale) regels maken een onderscheid tussen telecomondernemingen *met* en telecomondernemingen *zonder* aanmerkelijke macht op de markt. Voor de eerste categorie ondernemingen gelden zwaardere verplichtingen, de zogenaamde ONP-verplichtingen, welke voor de laatste categorie ondernemingen niet van toepassing zijn. Deze ONP-regels brengen – kort samengevat – de volgende verplichtingen voor de betrokken ondernemingen mee:

- a) zij dienen (naast de voor ieder geldende interconnectieverplichting) tevens te voldoen aan alle redelijke verzoeken tot bijzondere toegang;
- b) zij dienen hun diensten tegen objectieve en transparante voorwaarden aan te bieden;
- c) op basis van het non-discriminatiebeginsel;
- d) tegen kostengeoriënteerde tarieven.

Deze laatste verplichting geldt overigens slechts voor aangewezen aanbieders die aanmerkelijke marktmacht bezitten op de vaste-telefonie-/netwerkenmarkt of op de markt voor vaste en mobiele telefonie/netwerkenmarkt tezamen.²⁴

Het begrip ‘aanmerkelijke marktmacht’ is geïnspireerd door het mededingings- rechtelijk begrip ‘economische machtspositie’, maar is niet hetzelfde. In artikel 6.4, derde lid, Tw wordt het begrip als volgt omschreven:

‘Als aanbieders met een aanmerkelijke macht op de markt als bedoeld in het eerste en tweede lid worden door het College aangewezen de aanbieders die op de relevante markt een aandeel hebben van meer dan vijftientig procent.’

Aanbieders met een marktaandeel van meer dan 25% worden geacht te beschikken over aanmerkelijke markt, tenzij de uitzondering van artikel 6.4, vierde lid, Tw zich voordoet. Dit artikellid luidt als volgt:

²² Zie HvJEG ... (AKZO). [datum en vindplaats]

²³ [Verklaring van de afk. DGTP]

²⁴ Art. 6.5 en 6.6 lid 1 Tw.

‘ In afwijking van het derde lid kan het College aanbieders die op de onderscheiden markten een aandeel hebben van minder dan vijftieng procent aanwijzen als aanbieders met een aanmerkelijke macht op de desbetreffende markt, dan wel aanbieders die op de onderscheiden markten een aandeel hebben van meer dan vijftieng procent niet aanwijzen als aanbieders met een aanmerkelijke macht op de desbetreffende markt. In beide gevallen beoordeelt het college daarbij het vermogen van de betreffende aanbieder om de marktvoorwaarden te beïnvloeden, zijn omzet in verhouding tot de omvang van de markt, zijn beheersing van de middelen van toegang tot de eindgebruikers, zijn toegang tot financiële middelen, en zijn ervaring met het verstrekken van producten en diensten op de markt.’

De reikwijdte van deze bepalingen was aan de orde in de zaak *Libertel/OPTA*, waarbij Libertel de president van de Rechtbank te Rotterdam verzocht de aanwijzing door OPTA van Libertel als partij met aanmerkelijke macht op de markt voor mobiele openbare telefonie op grond van artikel 6.4, eerste lid, Tw te schorsen.²⁵ Op grond van het marktaandeel van Libertel (boven de 25%) was OPTA tot een aanwijzing overgegaan, waarbij OPTA slechts minimaal aandacht had besteed (althans in het aanwijzingsbesluit) aan de uitzonderingsgronden van artikel 6.4, vierde lid, Tw. Libertel betoogde dat OPTA – op basis van eigen onderzoek en op basis van de door Libertel aangedragen feiten – ten onrechte verzuimd had de uitzonderingsgronden te onderzoeken. Op basis van deze gegevens had OPTA tot de conclusie dienen te komen dat Libertel niet had mogen worden aangewezen. Libertel vond met dit betoog gehoor bij de president.²⁶

‘Indien wordt vastgesteld dat een marktpartij een marktaandeel heeft van meer dan 25%, dient verweerder te onderzoeken of er, gelet op de in artikel 6.4, vierde lid, tweede volzin, van de Tw neergelegde afwegingsfactoren, aanleiding is van de in artikel 6.4, vierde lid, eerste volzin, van de Tw aan verweerder toegekende bevoegdheid tot niet-aanwijzing gebruik te maken. Daartoe dient, in relatie tot de invulling van het begrip aanmerkelijke marktmacht, invulling te worden gegeven aan die afwegingsfactoren, ook in onderling verband beschouwd. Daarbij is niet op voorhand uitgesloten dat verweerder per markt of wellicht zelfs per deelmarkt tot een verschillende invulling komt. Bij deze invulling, die naar haar aard sterk afhankelijk is van de specifieke - en allerminst statische - relevante feitelijke omstandigheden, heeft verweerder een zekere (beoordelings)ruimte en kan voorts in beginsel tevens betekenis worden toegekend aan de vraag of, gelet op die specifieke relevante feitelijke omstandigheden, een aanwijzing redelijkerwijs zal kunnen leiden tot het daarmee beoogde doel. Indien verweerder aldus, het geheel overziende, tot het oordeel komt dat inderdaad sprake is van aanmerkelijke marktmacht, is er geen aanleiding van de bevoegdheid tot niet-aanwijzing gebruik te maken. Indien verweerder tot het oordeel komt dat geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht, is er aanleiding van de bevoegdheid tot niet-aanwijzing gebruik te maken. In beide gevallen is daartoe geen (nadere) belangenafweging nodig.

Het voorgaande is alleen mogelijk als een toereikend marktonderzoek wordt gedaan, waarbij tenminste de feitelijke verhoudingen en ontwikkelingen op de desbetreffende markt en de positie daarop van de eventueel aan te wijzen marktpartij in essentie inzichtelijk worden. Op basis van die - geanalyseerde - gegevens dient te worden besloten over het al dan niet toepassing geven aan de bevoegdheid tot niet-aanwijzing. Voorts geldt dat de uitkomsten van het marktonderzoek - uiterlijk - bij de bekendmaking van het besluit in een zodanige vorm dienen te worden bekendgemaakt dat het beeld van de markt (ook) voor de aangewezen marktpartij voldoende duidelijk wordt. Voorts moet uiteraard (in de motivering van het besluit) inzichtelijk worden gemaakt op welke gronden verweerder tot zijn beslissing is gekomen.

De president stelt, gelet op het voorgaande, vast dat verweerder zich ten onrechte heeft beperkt tot de vraag of verzoekster aannemelijk heeft gemaakt dat geen sprake is van aanmerkelijke marktmacht. Voorts blijkt noch uit het bestreden besluit noch uit de - door partijen overgelegde - op de voorbereiding van het bestreden besluit betrekking hebbende stukken van een analyse van de onderhavige markt en, meer in het bijzonder, van de positie van verzoekster op die markt. Het bestreden besluit is derhalve in strijd met de artikelen 3:46 en 3:47, eerste lid, van de Awb.

De president laat in het midden of de tot dusverre door verweerder gevolgde procedure, zoals door verzoekster is betoogd, onzorgvuldig moet worden geacht.

De aan het bestreden besluit klevende motiveringsgebreken kunnen in beginsel in bezwaar worden hersteld. Op grond van de - beperkte - thans beschikbare gegevens kan echter niet worden beoordeeld of er een redelijke mate van waarschijnlijkheid bestaat dat het bestreden besluit naar zijn inhoud in bezwaar in stand zal (kunnen) blijven. De president verbindt aan die vaststelling de gevolgtrekking dat het bestreden besluit in afwachting van de beslissing op het bezwaar van verzoekster dient te worden geschorst.’

²⁵ Besluit van 20 oktober 1999, *Stcrt.* 1999, 223 [paginanr.].

²⁶ Pres. Rb. Rotterdam 23 december 1999, Rechtspraak.nl, ELRO-nummer AA5347 (*Libertel/OPTA*), <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoeken via ‘Belangrijke uitspraken’, datum inzage mei 2001..

Ook uit het mededingingsrecht volgt dat artikel 6.4 Tw alleen zinvol kan worden toegepast bij een analyse van alle omstandigheden. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG volgt, dat een overeenkomst, dan wel gedraging of positie moet worden beschouwd tegen het licht van het geheel van juridische en feitelijke (economische) omstandigheden. Naar aanleiding van de uitspraak van de president van de rechtbank heeft OPTA vervolgens een economisch marktonderzoek naar de positie van Libertel laten verrichten. Op basis van dit onderzoek is OPTA opnieuw tot aanwijzing van Libertel overgegaan.²⁷ Inmiddels ligt de zaak bij de rechtbank Rotterdam. Een van de vragen die speelt, is in hoeverre OPTA een juiste uitleg heeft gegeven aan de criteria van artikel 6.4, vierde lid, Tw. Deze criteria zijn afkomstig van jurisprudentie van het Hof van Justitie over het begrip economische machtspositie. De vraag doet zich onder meer voor in hoeverre OPTA een eigen invulling aan deze criteria mag geven dan wel hierbij aan het mededingingsrecht gebonden is. In de 'Richtsnoeren aanwijzing aanmerkelijke macht op de markt' merkt OPTA hierover zélf op dat zij bij de interpretatie van deze criteria zoveel mogelijk zal aansluiten bij de praktijk van het mededingingsrecht.²⁸

Een andere vraag die zich voordoet, is in hoeverre OPTA in het nieuwe aanwijzingsbesluit van een juiste marktafbakening is uitgegaan om de positie van Libertel te bepalen. In het besluit gaat OPTA uit van één relevante telefoonmarkt, namelijk 'de Nederlandse markt voor mobiele openbare telefonie (netwerken en diensten)'.²⁹ In het nieuwe aanwijzingsbesluit heeft OPTA geen onderzoek gedaan naar de vraag of de mobiele openbaar-netwerkmarkt en de mobiele openbare-telefoondienstenmarkt zijn te onderscheiden. In tegenstelling tot de tekst van artikel 8.4, eerste lid, Tw, van de Richtsnoeren aanwijzing aanmerkelijke macht op de markt³⁰ en de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht³¹ heeft OPTA deze twee markten niet onderscheiden. Ook in haar Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector uit 1998³² geeft de Commissie aan dat een dergelijk onderscheid in de afbakening van de relevante telecommunicatiemarkt wel degelijk dient te worden gemaakt.³³

De afbakening van de relevante markt kwam eveneens aan de orde in de zaak *KPN Telecom/OPTA*.³⁴ In het bestreden besluit van OPTA werd KPN Telecom aangewezen als een onderneming met aanmerkelijke macht op de markt voor huurlijnen (op grond van artikel 7.1, eerste lid, Tw). Volgens de president van de rechtbank dient bij de beoordeling van de markt voor huurlijnen zowel aan de productkant als aan de geografische kant te worden gedifferentieerd. Voor de markt van huurlijnen is sprake van afzonderlijke aanwijzingen, met een eigen beoordelingskader, voor de toepassing van hoofdstuk 6 Tw onderscheidenlijk hoofdstuk 7 Tw, aldus de president. OPTA had in de visie van de president ten onrechte beide aanwijzingen over een kam geschoren en voor de toepassing van artikel 7.2, tweede lid, Tw ten onrechte geen differentiatie aangebracht naar (deel)markten voor een bepaald type of bepaalde typen van huurlijnen in een bepaald geografisch gebied. OPTA had aangenomen dat de aanwijzing op grond van artikel 6.4, eerste lid, Tw zonder meer dient te leiden tot een aanwijzing ook op grond van artikel 7.2, tweede lid, Tw. KPN Telecom had aangevoerd dat uit diverse rapporten bleek dat zij op de Nederlandse markt voor huurlijnen met een capaciteit groter dan 2 Mb geen aanmerkelijke marktmacht bezit. Ten onrechte heeft OPTA – in de visie van de president – geen onderscheid gemaakt tussen huurlijnen van 2 Mb en minder en huurlijnen groter dan 2 Mb. De aanwijzing is voor deze laatste categorie huurlijnen daarom door de president geschorst.

4.2. HET NIEUWE RECHT: DE ONP-REVIEW

Het begrip 'aanmerkelijke marktmacht' krijgt onder het nieuwe ONP-regime een geheel nieuwe betekenis.³⁵ Artikel 13 van de Ontwerp-Kaderrichtlijn³⁶ bevat een nieuwe toets voor aanwijzing van een onderneming als partij met aanmerkelijke marktmacht:

²⁷ Besluit van 9 november 2000, *Stcrt.* 2000, 228, p.15.

²⁸ [Vindplaats richtsnoeren, punt ...]

²⁹ Zie par. 3.2., p. 8 van het besluit op bezwaar van 9 november 2000 ([vindplaats in noot ...]).

³⁰ *Stcrt.* 2000, 48 [pagin.nr.].

³¹ *PbEG* 1997 C372/5.

³² *PbEG* 1998, C 255/2, randnummer 5.

³³ Zie tevens E.J. Dommering & H. Hobbelen, 'Wil de echte aanmerkelijke marktmacht ontstaan?', *Mediaforum* 1999, p. 44, die hieromtrent dezelfde mening zijn toegeedaan.

³⁴ Pres. Rb. Rotterdam 31 januari 2001 (Rechtspraak.nl, ELRO-nummer AB0447, <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoeken via 'Belangrijke uitspraken', datum inzage mei 2001) n.a.v. het besluit van OPTA van 15 november 2000 (kenmerk OPTA/EGM/2000/202724). [naam van de pp. bij dit besluit en vindplaats]

³⁵ Voor het 'nieuwe' mededingingsrecht in de toekomst van het algemene en sectorspecifieke toezicht: zie de boekbespreking van E.J. Dommering, 'De mededingingsrechtelijke regulering van de (tele)communicatiemarkt in de toekomst', *Mediaforum* 2001, p. 51-56 [boekbespreking van een boek van Dommering, of door Dommering van een boek van iemand anders?].

³⁶ [Officiële benaming + vindplaats van de Ontwerp-Kaderrichtlijn]

‘2. Een onderneming wordt 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’.

Hiermee wordt de oude toets van het 25%-marktaandeel losgelaten en aansluiting gezocht bij het begrip economische machtspositie van artikel 82 van het EG-Verdrag.

Dit betekent dat OPTA onder de nieuwe ONP-regelgeving beginselen uit het mededingingsrecht zal moeten toepassen en interpreteren. Zo is voor het vaststellen van een economische machtspositie onder meer noodzakelijk dat er een markt wordt afgebakend waarop de economische kracht van de betreffende onderneming wordt gemeten. Om de nationale toezichthouders (‘NRAs’) hierbij te helpen, zal de Commissie op basis van artikel 14 van de Ontwerp-Kaderrichtlijn een beschikking vaststellen met daarin de relevante markten voor producten en diensten in de sector elektronische communicatie waarvan de kenmerken op voorhand zodanig zijn dat het opleggen van regulerende verplichtingen (*ex ante* toezicht) gerechtvaardigd zou kunnen zijn.

De OPTA zal zich in beginsel aan deze marktdefinities (voor producten en diensten) moeten houden en zal zich voornamelijk bezighouden met de afbakening van de geografische dimensie van deze markten.³⁷ Wil zij definities hanteren van product-/dienstenmarkten die afwijken van de definities in de beschikking, dan dient zij voorafgaande toestemming te krijgen van de Commissie. Voor dit specifieke geval, waarin de nationale toezichthouder een andere markt dan vermeld in de beschikking wil afbakenen, zal in (onder de beschikking ressorterende) richtsnoeren³⁸ worden aangegeven hoe een NRA bij een dergelijke marktanalyse en -afbakening te werk dient te gaan. Verder geven de richtsnoeren invulling aan de marktanalyse en de aanmerkelijke-marktmachttoets. Met deze opzet (van een beschikking met richtsnoeren) beoogt men een consistente toepassing c.q. uitleg van de ONP-richtlijnen door de verschillende NRAs te bewerkstelligen, zodat de interne markt niet in gevaar wordt gebracht.

In de Ontwerp-Richtsnoeren³⁹ wijst de Commissie nadrukkelijk op de moeilijkheden van een *ex ante* (vooruitziende) marktafbakening in een sector die gekenmerkt wordt door snelle technologische ontwikkelingen. Tevens merkt de Commissie op dat de relevante markten, zoals gedefinieerd in het (huidige) regelgevend kader, verschillen van de markten die worden afgebakend voor mededingingsrechtelijke doeleinden, omdat zij waren gebaseerd op bepaalde specifieke aspecten van ‘end-to-end’ communicatie en niet op basis van vraag- en aanbodcriteria zoals die worden gebruikt in het mededingingsrecht.

Bij het *ex ante* afbakenen van een markt is een dynamische en geen statische benadering vereist. Dit zou er toe kunnen leiden dat een *ex ante* marktanalyse in een andere marktafbakening resulteert dan wanneer concreet marktgedrag uit het verleden onder artikel 81 of 82 van het EG-Verdrag werd/wordt beoordeeld. Niettemin zullen NRAs consistentie moeten proberen te waarborgen tussen enerzijds marktdefinities ontwikkeld voor *ex ante* regelgeving en anderzijds marktdefinities ontwikkeld voor *ex post* toepassing van mededingingsregels. Daarom zoekt de Commissie in de Ontwerp-Richtsnoeren zoveel mogelijk aansluiting bij regels die onder het mededingingsrecht gelden voor marktafbakening.⁴⁰ De Ontwerp-Richtsnoeren bieden vanuit mededingingsrechtelijk perspectief daarom weinig nieuwe inzichten.⁴¹ Slechts de concrete invulling van de telecomsector is relevant. Hier onderscheidt de Commissie opnieuw de diensten die worden geleverd aan eindgebruikers (dienstenmarkt) en de toegang tot faciliteiten noodzakelijk om diensten aan eindgebruikers te leveren (toegangsmarkt).⁴²

Volgens de richtsnoeren wordt de geografische dimensie van de relevante markt in de telecommunicatiesector traditioneel door twee hoofdcriteria vastgesteld, te weten: het netwerkbereik(-gebied) en het bestaan van wettelijke en andere regulerende instrumenten. Op basis van deze criteria kunnen locale, regionale, nationale, pan-Europese of wereldwijde markten worden afgebakend. In bepaalde gevallen kan een relevante markt echter ook bijvoorbeeld uit een bepaalde route bestaan (‘paired cities’/‘paired countries’).

³⁷ NRAs mogen echter niet de geografische dimensie van pan-Europese markten definiëren; dit zal worden gedaan door de Commissie en worden vastgelegd in de Beschikking.

³⁸ Commission Working Document on Proposed Regulatory Framework for Electronic Communication Network and Services, Guidelines on market analysis and the calculation of significant market power under article 14 of the proposed Directive on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, COM(2001)175. [vindplaats, bv. op website Commissie, zoeken via ...]

³⁹ [Officiële benaming en vindplaats]

⁴⁰ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *PbEG* 1997 C372/5.

⁴¹ Vgl. Richtsnoeren, par. 25-62 [welke richtsnoeren? Vindplaats in noot ...]

⁴² De Commissie verwijst hier tevens naar par. 45 van de ‘Access Notice’ (Bekendmaking toegangsovereenkomsten), vindplaats in noot 20.

Nu de nieuwe definitie van aanmerkelijke marktmacht in artikel 13 Ontwerp-Kaderrichtlijn op één lijn is gebracht met het begrip ‘economische machtspositie’ uit artikel 82 van het EG-Verdrag, dienen de NRAs er bij de toepassing van de nieuwe definitie voor zorg te dragen dat hun beslissingen ook in lijn zijn met de beslissingspraktijk van de Commissie en het Hof van Justitie.

In tegenstelling tot artikel 82 van het EG-Verdrag, gaat het bij de toepassing van artikel 13 van de Ontwerp-Kaderrichtlijn om een *ex ante* toepassing van het begrip ‘economische machtspositie’. Dit betekent dat NRAs niet zullen hoeven te beschikken over bewijs of gegevens over gedrag in het verleden, zoals mededingingsautoriteiten dat wel moeten hebben. Een marktanalyse door een NRA zal vaak gebaseerd zijn op een uitsluitend toekomstige/vooruitziende beoordeling. Dit zal een beperkende werking hebben op de nauwkeurigheid van de marktanalyse door de NRA. De Commissie zegt hierover echter dat het feit dat de marktvoorspellingen van een NRA uiteindelijk niet uitkomen in een specifieke zaak, niet noodzakelijkerwijs betekent dat de beslissing in strijd was met de Ontwerp-Kaderrichtlijn. In de toepassing van het *ex ante* begrip ‘economische machtspositie’ moeten NRAs volgens de Commissie een grote mate van discretionaire bevoegdheden bezitten die overeenstemmen met het complexe karakter van de economische, feitelijke en juridische situaties die moeten worden beoordeeld. Of OPTA dergelijke discretionaire bevoegdheden al dan niet overschrijdt, zal ongetwijfeld in de toekomst hét punt van discussie en geschillen worden. De criteria en uitgangspunten, die in de richtsnoeren uitvoerig worden beschreven om een aanmerkelijke marktmacht vast te stellen (waaronder marktaandelen die afhankelijk zijn van de specifieke eigenschappen van de relevante markt en een scala aan overige criteria) bieden mededingingsrechtelijk weinig nieuwe elementen. Zij zullen vooral interessant worden in relatie tot de discretionaire bevoegdheid die NRAs zich zullen aanmeten.

5. Price Squeeze

Een voorbeeld van een geval waarin OPTA teruggrijpt op het mededingingsrecht om op te kunnen treden tegen een fenomeen dat bij het opstellen van de Telecommunicatiewet en bijbehorende lagere regelgeving⁴³ niet is onderkend c.q. gereguleerd, is de *price squeeze* problematiek.

Hoewel alternatieve aanbieders inmiddels met de hulp van OPTA sinds begin 2000 technisch toegang tot de Nederlandse markt hebben weten te bewerkstelligen, ondervinden ze daarbij nog steeds grote hinder van de tariefstelling van KPN Telecom. De relatief hoge interconnectietarieven enerzijds en de voortdurende verlaging van de eindgebruikerstarieven van KPN anderzijds hebben tot gevolg dat alternatieve aanbieders worden gemangeld: de marge tussen de interconnectietarieven en de eindgebruikerstarieven is te gering om daadwerkelijk met KPN Telecom te kunnen concurreren. Dit probleem van zogenaamde *marge squeeze* of *price squeeze* manifesteert zich vooral met betrekking tot de tarieven binnen het basistariefgebied (‘biba-tarieven’), internet inbelverkeer, en de tarieven voor vast-mobiel.

In augustus 2000 hebben 12 Carrier(Pre)Select-aanbieders zich gezamenlijk tot OPTA en de NMa gewend. Bij OPTA deden zij enerzijds een verzoek om (op grond van artikel 6.9, tweede lid, juncto artikel 6.3, eerste en tweede lid, Tw) de *price squeeze* op te heffen door de tarieven voor de bijzondere toegangsdienst C(P)S bij te stellen (een ‘bijzondere-toegangsgeschil’) en/of anderzijds een (algemeen) handhavingsverzoek om (op grond van artikel 15 Tw juncto artikel 15 OPTA-Wet) kostengeoriënteerde (hetgeen concreet wil zeggen hogere) eindgebruikerstarieven vast te stellen.⁴⁴ Interconnectie- en eindgebruikerstarieven werken als communicerende vaten. Voor zover OPTA het derhalve niet opportuun zou oordelen om het probleem via de (reeds door OPTA goedgekeurde)⁴⁵ tarieven voor interconnectie en bijzondere toegang aan te pakken, kan OPTA de nadelige effecten van *price squeeze* aan de retailzijde opheffen. Daarnaast werd de NMa verzocht om op grond van het reguliere mededingingsrecht (artikel 24 Mw) tegen de *price squeeze* op te treden, indien en voor zover OPTA onder de Telecommunicatiewet hiertoe niet bevoegd zou zijn.

Onder toepassing van het Samenwerkingsprotocol heeft OPTA vervolgens het voortouw genomen, en heeft de NMa zich aanvankelijk uit de zaak teruggetrokken. OPTA nam het voortouw echter niet in het concrete geschil, maar bracht op 9 oktober 2000 een Consultatiedocument *price squeeze* uit, dat in februari 2001 in gezamenlijke Richtsnoeren *Price squeeze* van OPTA en NMa heeft geresulteerd.⁴⁶ Deze richtsnoeren bevatten, evenals het

⁴³ Besluit ONP Huurlijnen en telefonie van 10 november 1998, *Stb.* 1998, 639.

⁴⁴ Dit handhavingsverzoek is nadien aangevuld n.a.v. de goedkeuring door OPTA (op voet van artikel 36 BOHT) van de wijzigingen van KPN Telecom’s eindgebruikerstarieven van 1 oktober en 4 december 2000.

⁴⁵ Laatste bij besluit van OPTA van 30 november 2000 (kenmerk OPTA/IBT/2000/202891) [vindplaats, bv. OPTA-website, zoeken via ...].

⁴⁶ Kenmerk OPTA/EGM/2000/200494, NMa/2201/12, 28 februari 2001. *Stcrt.* 2001, 44, p. 7.

consultatiedocument, een (omschrijving van de) *price squeeze* toets, haar wettelijke grondslag en de mogelijke consequenties voor de tarieven van KPN Telecom. De juridische inbedding van de toets wordt in de Richtsnoeren *Price squeeze* summier onderbouwd.

OPTA kiest ervoor een mogelijke *price squeeze* aan de zijde van de eindgebruikertarieven op te lossen door daaraan een ondergrens te (kunnen) stellen wanneer OPTA aan de hand van een door haar vastgestelde toets een *price squeeze* vaststelt. OPTA baseert haar *price squeeze*-toets enerzijds op de artikelen 35 en 36 BOHT⁴⁷ (het beginsel van kostenoriëntatie) en anderzijds op de Bekendmaking van de Europese Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op toegangsovereenkomsten in de telecommunicatiesector.⁴⁸ OPTA legt daarbij sterk het accent op deze Bekendmaking. Dit, omdat dit het enige beleidsdocument is waarin expliciet op het verschijnsel – onder de term ‘wurgprijzen’ – wordt ingegaan. In de punten 117 tot en met 119 worden wurgprijzen als een (bijzondere, niet in artikel 82 van het EG-Verdrag genoemde) vorm van misbruik van machtspositie benoemd: er is sprake van wurgprijzen wanneer

‘kan worden aangetoond [...] dat het eigen stroomafwaarts bedrijfsonderdeel van de dominerende onderneming niet rendabel zou kunnen opereren op basis van de prijs die het stroomopwaarts bedrijfsonderdeel van zijn concurrenten verlangt’.

Daaraan voegt de Europese Commissie toe:

‘in voorkomende gevallen kunnen wurgprijzen ook worden aangetoond door bewijzen dat de marge tussen de prijs die bij concurrenten op de stroomafwaartse markt (met inbegrip van de eigen bedrijfsonderdelen) in rekening wordt gebracht voor toegang en de prijs die de netwerkexploitant op de stroomafwaartse markt niet hoog genoeg is om een redelijk efficiënte dienstverrichter op deze markt in staat te stellen een normale winst te behalen (tenzij de onderneming kan aantonen dat haar stroomafwaartse bedrijfsonderdelen uitzonderlijk efficiënt zijn)’.

De Europese Commissie baseert zich hierbij op haar (eerdere) beschikking *Napier-Brown*.⁴⁹

De Telecommunicatiewet en het bijbehorende BOHT schrijven echter geen (toetsing aan) een ondergrens aan de eindgebruikerstarieven voor. Wel moeten deze tarieven op grond van artikel 35 en 36 BOHT kostengeoriënteerd zijn. Dit vereiste is ontleend aan de ONP-regelgeving. Zowel de ONP-interconnectierichtlijn⁵⁰ als de ONP-spraakrichtlijn⁵¹ bevatten echter geen concrete aanwijzingen hoe dit begrip moet worden ingevuld. Wél is duidelijk dat deze beginselen vooral zijn gericht op de totstandkoming en het stimuleren van daadwerkelijke mededinging tussen de aanbieders met aanmerkelijke marktmacht en nieuwe toetreders op de markt. Vanuit dat perspectief kan het beginsel van kostenoriëntatie als vehikel/instrument voor een interventie op een markt dienen wanneer deze onvoldoende concurrentie kent. In de ontwerp-richtlijnen in het kader van de ONP-review komt dit laatste overigens nog sterker tot uitdrukking dan onder de huidige ONP-richtlijnen. Daarbij is de Commissie van oordeel dat een *price squeeze* zowel op de interconnectieniveau als op eindgebruikersniveau kan worden aangepakt. De Commissie spreekt geen voorkeur uit zij het dat de interconnectierichtlijn de meest concrete verwijzing kent. Het vertrekpunt is in beide gevallen gelijk, namelijk dat de markt, na een marktanalyse, niet daadwerkelijk competitief blijkt te zijn en een *price squeeze* onvermijdelijk lijkt. In dat geval mag OPTA via de plicht tot kostenoriëntatie een *price squeeze* voorkomen en daartoe een ondergrens aan eindgebruikers stellen. Nationale toezichthouders zijn derhalve bevoegd om door middel van *ex ante* toezicht een daadwerkelijke/effectieve mededinging te verzekeren en te zorgen dat aanbieders met aanmerkelijke marktmacht geen *price squeeze* veroorzaken door hun interconnectie- en/of retailtarieven.

Bij de uitleg van het begrip kostenoriëntatie (als grondslag voor een *price-squeeze*-toets) is OPTA bevoegd en zelfs gehouden om aansluiting te zoeken bij het reguliere mededingingsrecht. Aldus kan OPTA zonder haar bevoegdheid te overschrijden, aanhaken bij de Bekendmaking van de Europese Commissie. Uit diezelfde Bekendmaking (punt 62) volgt immers dat nationale toezichthouders verplicht zijn om het telecommunicatierecht, in dit geval het beginsel van kostenoriëntatie, in overeenstemming met het gewone mededingingsrecht toe te passen. Zo is de cirkel tussen sectorspecifieke regelgeving en mededingingsrecht rond. Het maakt echter procedureel verschil of men de *price squeeze* beschouwt als een vorm van misbruik van

⁴⁷ [Volledige omschrijving van de afkorting BOHT en de vindplaats ervan.]

⁴⁸ Vindplaats in noot 20.

⁴⁹ Beschikking 88/518/EEG van de Commissie van 18 juli 1988, zaak IV/30.178, *PbEG* 1988 L 284/41 (*Napier Brown - British Sugar*): de marge tussen de industriële prijzen en de detailhandelsprijzen was geslonken tot het punt waarop de groothandelsinkoper met verpakkingsactiviteiten die even efficiënt waren als die van de groothandelsleverancier niet op winstgevende wijze de detailmarkt kon bedienen.

⁵⁰ [Officiële benaming en vindplaats ONP-interconnectierichtlijn.]

⁵¹ [Officiële benaming en vindplaats ONP-interconnectierichtlijn.]

machtspositie dan wel als een hulpmiddel in het kader van de beoordeling op de kostenoriëntatie. In het eerste geval gaat het om *ex post* toezicht, waarbij de NMa en niet OPTA bevoegd is. In het tweede geval is er sprake van *ex ante* toezicht waarvoor OPTA en niet de NMa aan de lat staat. Nu de NMa en OPTA overigens gezamenlijke richtsnoeren hebben opgesteld, lijkt dit probleem zich in de praktijk te hebben opgelost.

Ook meer inhoudelijk beschouwd, is er in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie discussie mogelijk over hoe OPTA en NMa de passage over de wurgprijzen uit de Bekendmaking uitleggen. Daarbij dringt zich ook de vraag op of de *price-squeeze*-toets van een telecommunicatietoezichthouder geheel in overeenstemming moet zijn met het reguliere mededingingsrecht of dat deze een eigen test mag hanteren. Dit geldt temeer, nu de toepassing van artikel 24 Mw een op economische feiten gebaseerde afbakening van de relevante product- en geografische markt vereist. Daarvoor is economisch onderzoek nodig dat niet goed past bij een *ex ante* optreden.⁵²

De Europese Commissie beschouwt wurgprijzen als een vorm van misbruik van machtspositie. Onduidelijk is of het een op zichzelf staande vorm van misbruik is. Ten aanzien van prijzen onderscheidt men in het mededingingsrecht gewoonlijk twee vormen van misbruik, de zogenaamde roofprijzen (*predatory pricing*) en te hoge prijzen (*excessive pricing*).⁵³ In het AKZO-arrest heeft het Hof van Justitie met betrekking tot predatory pricing bepaald dat een dominante partij zonder meer misbruik maakt wanneer deze tarieven hanteert onder de gemiddelde variabele kosten.⁵⁴ Wanneer de prijzen onder de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele kosten, zijn, is er sprake van misbruik, indien wordt bewezen dat dit gebeurt in het kader van een plan van de betreffende dominante speler andere partijen uit de markt te drukken, zodat hij op de langere termijn zijn prijzen, niet meer gehinderd door enige concurrentie, weer kan verhogen.

OPTA en NMa, in navolging van de Commissie, menen echter dat deze ‘AKZO-test’ niet zonder meer in de telecomsector kan worden toegepast.⁵⁵ De Bekendmaking en de voorstellen voor de ONP-herziening van de Commissie beschouwen zij als een invulling van AKZO-arrest. De ‘AKZO-test’ zou niet geschikt zijn om roofprijns-praktijken in de telecomsector aan te pakken. In netwerksectoren zijn nieuwe aanbieders die concurreren met de *incumbent-operator* (meestal de van oudsher monopolist) afhankelijk van de inkoop bij die dominante partij. Deze afhankelijkheid maakt volgens OPTA dat (te) lage prijzen van de dominante partij met nog meer zorgvuldigheid moeten worden bekeken. Er zou al sprake van misbruik van machtspositie kunnen zijn als alleen ‘wurgprijzen’ kunnen worden aangetoond. Kennelijk wordt een dominante partij in dat geval geacht het plan te hebben andere marktpartijen uit de markt te drukken. Anders gezegd: wanneer concurrenten voor het aanbieden van hun diensten afhankelijk zijn van de inkoop van een dominante partij, dan mag deze dominante partij zijn producten niet onder de totale kostprijs aanbieden.⁵⁶

Deze uitleg wijkt duidelijk af van de benadering van het Hof van Justitie in de AKZO-zaak, waarbij prijzen onder de gemiddelde totale kosten eerst een verboden misbruik opleveren ingeval van een intentie tot eliminatie van concurrenten. Meerdere auteurs hebben in het verleden beargumenteerd dat deze voorwaarde van een intentie tot eliminatie van concurrenten geen geschikt criterium is om vast te stellen of er sprake is van wurgprijzen. De intentie om concurrenten uit de markt te drijven is op zichzelf immers niet anti-concurrentieel en veeleer inherent aan een situatie van mededinging. Daarom menen Hancher en Buendia Sierra⁵⁷ dat prijzen onder de totale kosten misbruikelijk zijn, indien dergelijke prijzen de eliminatie van efficiënte concurrentie tot gevolg hebben, ongeacht het bewijs van de intentie van de betrokken partij om dit te bereiken. Wanneer een efficiënte operator constant verlies lijdt als resultaat van het tariefbeleid van een monopolist (wiens tarieven gelijk of lager zijn), terwijl de monopolist niet kan aantonen dat zijn tarieven boven de gemiddelde totale kosten zijn (gebaseerd op objectieve kostenallocatiecriteria) is er sprake van misbruik van machtspositie.

Het is overigens onduidelijk of het Hof van Justitie nog steeds vasthoudt aan de strikt op de kosten gebaseerde benadering van het AKZO-arrest. In het arrest *Compagnie Maritiem Belge*⁵⁸ legt het Hof – terwijl de partijen vooral ingingen op de toepasselijkheid van de AKZO-test – sterk de nadruk op de structuur van de relevante markt en niet op het niveau van de prijzen. Volgens het Hof was er sprake van misbruik wanneer een dominante

⁵² Dit is in essentie hetzelfde dilemma dat de Europese Commissie in het ontwerp van de Richtsnoeren aanmerkelijk marktmacht [vindplaats] aansnijdt en waarbij de Commissie stelt dat de NRA's over een discretionaire bevoegdheid beschikken, zie par. 21 van de Richtsnoeren.

⁵³ De NMa beschouwt de passage over wurgprijzen als een nadere invulling voor de norm voor *predatory pricing*, zo blijkt uit de Richtsnoeren *price squeeze* (vindplaats in noot 46)

⁵⁴ AKZO, vindplaats in noot 22.

⁵⁵ [Vindplaats van de mening van NMa en OPTA.]

⁵⁶ Consultatiedocument par. 44 [vindplaats].

⁵⁷ L. Hancher en J.-L. Buendia Sierra, ‘Cross-subsidiation and EC law’, *CMLRev* 1998, p.901-945.

⁵⁸ HvJEG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395 en 396/96, *Jur.* 2000, p. I-1365 (*Compagnie Maritime Belge Transport e.a./Commissie*).

partij selectief zijn prijzen verlaagt om de prijzen van de concurrenten te ‘matchen’, terwijl er voor die concurrenten van de dominante partij geen ander middel tot mededinging is dan het hanteren van lagere prijzen dan de dominante partij. Onduidelijk is of het Hof hiermee afstapt van de AKZO-test dan wel sprake is van een op zichzelf staande uitzondering. In ieder geval is duidelijk dat het Hof het instandhouden of stimuleren of effectieve mededinging voorstaat. Daarop is de *price-squeeze*-toets eveneens gericht.

Imiddels heeft OPTA de *price-squeeze*-toets toegepast c.q. geconstateerd dat de tarieven van KPN Telecom een *price squeeze* veroorzaken.⁵⁹ Dit heeft evenwel niet tot gevolg gehad dat OPTA het handhavingsverzoek van de 12 CPS-aanbieders heeft gehonoreerd. OPTA heeft een feitelijk handhavingstraject richting KPN Telecom ingezet. Dit betekent dat KPN Telecom haar tarieven zodanig moet bijstellen dat de geconstateerde *price squeeze* wordt beëindigd.

6. Abonneegegevens

De toegang tot telecommunicatiefaciliteiten heeft niet alleen betrekking op fysieke netwerken, maar ook op andere faciliteiten die nodig zijn om diensten aan eindgebruikers te verkopen.⁶⁰ De abonneegegevens die behoren bij telefoonaansluitingen zijn hiervan een goed voorbeeld. Het juridische steekspel dat KPN Telecom en Denda Multimedia (‘Denda’) al geruime tijd bij OPTA, NMa en de civiele rechter spelen, illustreert bij uitstek de wisselwerking tussen het mededingings- en telecomrecht.

Centraal staat de vraag of KPN Telecom verplicht is om abonneegegevens die zij uit hoofde van destijds haar monopoliepositie en tegenwoordig de aan haar opgedragen universele (telefoon)dienst heeft verkregen aan derden ter beschikking te stellen. Dat deze gegevens commercieel van grote waarde zijn, blijkt reeds uit de volharding waarmee partijen procederen: de kwestie begon in 1996 met een kort geding waarbij KPN Telecom Denda – die met behulp van Chinese typistes aan de hand van de CD-foongids van KPN Telecom een vergelijkbare cd-rom op de markt bracht – betichtte van inbreuk op haar auteursrechten. De president van de rechtbank onderschreef deze inbreuk: aan telefoonboeken komt geschriftenbescherming toe hetgeen – kort gezegd – in de weg staat aan het overtypen van de CD-foongids.⁶¹

In appèl bevestigde het Gerechtshof Arnhem weliswaar dit auteursrechtelijke uitgangspunt, maar bepaalde het tevens dat KPN Telecom misbruik dreigt te maken van haar machtspositie op de markt van abonneegegevens.⁶² Het Gerechtshof baseerde haar oordeel op het geruchtmakende Magill-arrest van het Hof van Justitie.⁶³ Daarin overwoog het Hof van Justitie dat de uitoefening van een intellectueel-eigendomsrecht – welk uitsluitend recht in veel gevallen zonder meer een machtspositie in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag oplevert – in uitzonderlijke omstandigheden misbruik van machtspositie kan opleveren, namelijk indien de weigering om een licentie te verstrekken de introductie van een nieuw product, waarvoor geen alternatief bestaat, belet, terwijl (b)lijkt dat er behoefte bij consumenten naar dat product bestaat.⁶⁴ Het Gerechtshof Arnhem oordeelde in haar tussenarrest dat aan deze ‘Magill-vereisten’ was voldaan, en gelastte een comparitie van partijen over de hoogte van de vergoeding per basisgegeven. Partijen konden niet tot overeenstemming komen. Daarop beval het gerechtshof Denda in haar eindarrest haar inbreuk op KPN Telecom’s auteursrecht te staken, tenzij Denda bereid was 85 cent per basisgegeven te betalen.⁶⁵

⁵⁹ Immiddels heeft OPTA bij besluit van 23 maart 2001 (kenmerk OPTA/EGM/2001/200677) beslist. [vindplaats] Ten aanzien van het ‘handhavingsverzoek’ overweegt OPTA dat zij niet bevoegd is tot het geven van een aanwijzing, aangezien geen van de omstandigheden c.q. toetsingsmomenten als bedoeld in de art. 35 en 36 BOHT zich voordoet. Van haar aanwijzingsverzoek onderscheidt OPTA de bevoegdheid om handhavingsmaatregelen waaronder een last onder dwangsom te nemen. Een last onder dwangsom (art. 15.2 Tw) kan echter niet met terugwerkende kracht worden opgelegd. Niettemin beziet OPTA vervolgens of sprake is geweest van een overtreding. Daarbij maakt OPTA verschil tussen de mogelijke *price squeeze* vóór 1 oktober 2000 en de effecten van de bestreden tariefswijziging (per 1 oktober) op die mogelijke *price squeeze*. Voor de periode voor 1 oktober was er nog geen beleidskader (het Consultatiedocument en de Richtsnoeren zijn van latere datum). Dit betekent volgens OPTA dat, waar zich een *price squeeze* zou kunnen voordoen, die *squeeze* niet mag toenemen als gevolg van de tariefswijziging per 1 oktober. Bij brief van 1 maart 2001 heeft OPTA jegens KPN Telecom een *price squeeze* geconstateerd en KPN Telecom verzocht deze op te heffen. Vanwege dit feitelijke handhavingstraject jegens KPN Telecom, honoreert OPTA het handhavingsverzoek van partijen niet. Een opmerkelijke beslissing! Op het ‘bijzondere toegangsgeschied’ heeft OPTA nog niet beslist. OPTA heeft partijen in het licht van haar feitelijke handhavingstraject gevraagd (vooralnog) van een formeel besluit af te (mogen) zien.

⁶⁰ Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector, vindplaats in noot 20, nummer 50.

⁶¹ Pres. Rb. Almelo 5 december 1996, rolnr. 17860/17875, KG ZA 96-241, n.n.g.

⁶² Hof Arnhem 15 april 1997, *Mediaforum* 1997, p. B72.

⁶³ HvJEG 6 april 1995, zaak C 241/91, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*).

⁶⁴ *Idem*, r.o. 50.

⁶⁵ Hof Arnhem 5 augustus 1997, *Mediaforum* 1997, p. B127-128.

Denda was hiertoe niet bereid en diende in december 1997 een klacht in bij OPTA, waarbij zij verzocht KPN Telecom een aanwijzing op grond van artikel 43 WTV te geven om een licentie-overeenkomst te sluiten tegen een redelijke vergoeding. Tevens diende Denda een klacht van gelijke strekking in bij de kersverse NMa: Denda verzocht een onderzoek naar misbruik van machtspositie in te stellen en een last onder dwangsom op voet van artikel 56 Mw op te leggen. Vooruitlopend op hun Samenwerkingsprotocol hebben OPTA en NMa gezamenlijk een ‘Voorlopige Beoordeling’ vastgesteld,⁶⁶ waarbij de NMa als penvoerder optrad. Wat artikel 24 Mw betreft concludeert de NMa (voorlopig) dat aanbieders van telefoondiensten, zoals KPN Telecom, beschikken over een machtspositie op de markt voor gegevens die onlosmakelijk verbonden zijn met het aanbieden van de telefoondienst, de zogenaamde NAWT-gegevens plus toevoegingen. Getoetst aan de ‘Magill-vereisten’ belet KPN Telecom de marktintroductie van een nieuw product. Daarnaast zijn de abonneegegevens onontbeerlijk voor het vervaardigen van de CD-foon. KPN Telecom moet derhalve haar abonneegegevens ter beschikking stellen en wel tegen kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden. Aangezien de NMa de abonneegegevens beschouwt als een bijproduct van de telefoondienst, mogen alleen de marginale kosten van de daadwerkelijke terbeschikkingstelling, eventueel gecombineerd met een vergoeding voor het omzetverlies van de CD-foon op de downstream markt, in rekening worden gebracht. Tegen die achtergrond vindt de NMa 85 cent per abonneegegeven misbruikelijk hoog. Berekeningen (van het economisch onderzoeksbureau NERA) wijzen uit dat een prijs van (slechts) een halve cent per gegeven kostengeoriënteerd is. Ten aanzien van de Telecommunicatiewet luidt de (voorlopige) conclusie dat KPN Telecom op grond van artikel 7.5 Tw juncto artikel 43 BOHT eveneens verplicht is om de abonneegegevens ter beschikking te stellen.

Gesterkt door deze ‘Voorlopige Beoordeling’ heeft Denda in een (tweede) civiel kort geding gevorderd KPN Telecom te bevelen deze substantieel lagere vergoeding te hanteren. Voor de president van de rechtbank rees daarmee de vraag of er sprake was van een nieuw feit dat aan het arrest van het Gerechtshof Arnhem zijn kracht van gewijsde kon ontnemen. De president meende dat uit het ‘Voorlopig Oordeel’ van de NMa en de OPTA niet mocht worden geconcludeerd dat het oordeel over de kostenallocatie in het verdere verloop van (de beroeps)procedures tegen de definitieve beschikking van de NMa ongewijzigd zal worden overgenomen en wees de vordering daarom af.⁶⁷

De bestuursrechterlijke weg werd daarop vervolgd, niet bij de NMa maar bij OPTA. Op basis van het inmiddels opgestelde Samenwerkingsprotocol nam OPTA de klacht van de NMa over. Bij besluit van 29 september 1999 besloot OPTA dat KPN Telecom op basis van artikel 7.5 Tw juncto artikel 43 BOHT verplicht is om de abonneegegevens, die zij aan haar eigen bedrijfs onderdeel verstrekt, non-discriminair ter beschikking te stellen aan Denda en andere partijen die aannemelijk kunnen maken dat zij een universele telefoongids als bedoeld in artikel 2 onder c juncto artikel 5 BUD⁶⁸ uit willen geven.⁶⁹ Hoewel KPN Telecom heeft aangevoerd dat ook intern 85 cent in rekening werd gebracht en zij dus non-discriminair handelde, meende OPTA dat deze prijs niet-kostengeoriënteerd is. OPTA herhaalt daarbij haar (gezamenlijk) standpunt uit het voorlopig oordeel: alleen de marginale kosten voor het ter beschikking stellen plus een redelijke winststopslag mogen in rekening worden gebracht. KPN Telecom heeft OPTA echter niet kunnen overtuigen dat zij extra kosten maakt voor het genereren van de basisvermeldingsgegevens. Ook in bezwaar is KPN Telecom hierin niet geslaagd; bij besluit van 4 december 2000 handhaaft OPTA haar beslissing.⁷⁰

KPN Telecom heeft inmiddels bij de Rechtbank Rotterdam beroep ingesteld. Dit beroep spitst zich toe op de uitleg van de Telecommunicatiewet en het BOHT. Het mededingingsrecht, meer in het bijzonder de toepassing van de ‘Magill-vereisten’ zal daarbij hooguit impliciet aan de orde komen, maar niet getreurd: hierover heeft de Rechtbank Almelo recentelijk in de civiele bodemprocedure (behorend bij het eerste kort geding) geoordeeld.⁷¹ Anders dan het Gerechtshof Arnhem, komt de Rechtbank Almelo tot de conclusie dat de cd-rom van Denda, hoewel deze drie zoekopties kent die de CD-foongids niet bezit, géén nieuw product is, maar een verveelvuldiging van een bestaand product. Het toevoegen van een nieuwe zoekfunctie op het NAWT-bestand van KPN Telecom is onvoldoende om haar product als nieuw aan te merken, waardoor de aan KPN Telecom toekomende geschriftenbescherming haar waarde zou verliezen. Teruggrijpend naar het arrest *Volvo/Veng* van het Hof van Justitie,⁷² meent de Rechtbank Almelo dat er dan sprake is van een onaanvaardbare uitholling van het intellectuele eigendom – dat ook een recht tot weigering van licentie omvat – wanneer KPN Telecom wegens misbruik van machtspositie gedwongen kan worden een licentie af te geven.

⁶⁶ Voorlopige beoordeling van NMa en OPTA inzake *Denda e.a./KPN Telecom*, 14 december 1998. [vindplaats]

⁶⁷ Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 maart 1999, *Mediaforum* 1999, p. 127.

⁶⁸ [Officiële naam van BUD en vindplaats.]

⁶⁹ [Nummer en vindplaats besluit van OPTA d.d. 29 september 1999.]

⁷⁰ [Nummer en vindplaats besluit OPTA op bezwaar, d.d. 4 december 2000.]

⁷¹ Rb. Almelo 6 december 2000, rolnr. 18728 HA ZA 123, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2001, p. 18.

⁷² HvJEG 5 oktober 1988, zaak 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (*Volvo/Veng*).

De Rechtbank Almelo past aldus de ‘Magill-vereisten’ veel strenger toe dan destijds het Gerechtshof Arnhem. Het is dan ook zeer de vraag of het vonnis van de Rechtbank Almelo in hoger beroep stand zal houden. Dit geldt temeer nu het ook lijkt af te wijken van het oordeel van de bij uitstek deskundige NMa. In het ‘Voorlopige Oordeel’ kwam de NMa op basis van het Magill-arrest tot een tegengestelde conclusie.⁷³ Dit standpunt noch het Magill-arrest zijn inmiddels achterhaald. Wel heeft het Hof van Justitie in het Bronner-arrest de ‘Magill-vereisten’ aangescherpt.⁷⁴

In *Bronner* was de vraag aan de orde of Mediaprint, eigenaar van het enige landelijk dekkend thuisbezorgingsysteem in Oostenrijk, verplicht was dit systeem tegen marktconforme voorwaarden en tarieven open te stellen voor concurrerende uitgevers zoals Oscar Bronner. Volgens het Hof kan slechts een beroep worden gedaan op het Magill-arrest wanneer niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen elke mededinging op de dagbladmarkt kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd,

‘maar ook de dienst op zich bovendien onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid [...] in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingsysteem bestaat’.⁷⁵

Wat dit laatste betreft moet op zijn minst genomen worden vastgesteld dat het – objectief bezien – economisch niet rendabel is om een tweede thuisbezorgingsysteem op te zetten. Hiervan was geen sprake, omdat er alternatieven bestonden, zoals bezorging per post en verkoop in winkels. Het weigeren van toegang tot het thuisbezorgingssysteem leverde dan ook géén misbruik van machtspositie op. Het Bronner-arrest erkent weliswaar de zogenaamde *essential-facilities*-doctrine, maar legt de lat erg hoog.⁷⁶ Dit is redelijk in concurrentiële sectoren waarin ondernemingen met eigen middelen en inspanningen een sterke/belangrijke voorziening hebben weten op te bouwen. Voor abonneegegevens ligt dit mogelijk anders. Het gaat om een waardevol bijproduct, dat verkregen is uit een wettelijk monopolie dat momenteel in een overgangsfase naar daadwerkelijke mededinging verkeert.

Abonneegegevens zijn aldus tot op grote hoogte vergelijkbaar met de omroepprogrammeergegevens. Ook over deze gegevens zijn de betrokken partijen, NOS, HMG en de Telegraaf, verwickeld in een heftige strijd, zowel bij de NMa als bij de civiele rechter. Volgens de NMa maken NOS en HMG misbruik van hun machtspositie door programmeergegevens(overzichten) niet tegen een redelijke licentievergoeding ter beschikking te stellen aan de Telegraaf.⁷⁷ Het lastige punt is echter hoe de NMa de NOS en HMG kan dwingen een overeenkomst tegen een redelijke vergoeding te sluiten. De NMa is niet bevoegd een overeenkomst of een licentievergoeding op te leggen. Dit in tegenstelling tot OPTA, die op basis van de ONP-regels (het beginsel van kostenoriëntatie) verdergaande bevoegdheden heeft. De NMa heeft getracht door middel van een last onder dwangsom een oplossing te forceren,⁷⁸ maar de Rechtbank Rotterdam heeft deze last hangende het definitieve besluit van de NMa inmiddels geschorst.⁷⁹ Het Gerechtshof Den Haag op haar beurt heeft nadien de betrokken partijen op grond van het Magill-arrest en de nadere invulling door het Bronner-arrest verplicht de programmeergegevens te leveren, omdat deze onontbeerlijk zijn voor de uitgave van een wekelijkse tv-gids.⁸⁰ Dit geldt volgens het gerechtshof ook als de Telegraaf (wel) inbreuk zou hebben gemaakt op het (volledige) auteursrecht van NOS en HMG.

Al deze procedures over abonnee- en omroepgegevens overziend, is het minst genomen opmerkelijk tot welke verschillende uitkomsten de toepassing van het Magill-arrest tot op heden heeft geleid. Dit vindt deels zijn oorzaak in de samenloop van het mededingingsrecht met het auteursrecht. Echter ook los daarvan zijn deze zaken complex. De relevante vragen spelen op het raakvlak van economische en juridische ordening, en een markt die in beweging is van een situatie met een staatsmonopolie naar een situatie met vrije mededinging. Zowel OPTA als NMa heeft moeite hierop grip te krijgen, ook al beschikt ieder over een eigen instrumentarium

⁷³ Voorlopig oordeel OPTA/NMa, a.w. (zie noot 66), nummer 143-155, zij het dat de NMa zich ten aanzien van de nieuwigheid van het product refereert aan het arrest van Hof Arnhem.

⁷⁴ Zie noot 8.

⁷⁵ *Bronner* (vindplaats in noot 8), r.o. [nummer rechtsoverweging].

⁷⁶ J.A. Den Hartog, ‘Efficiency and *essential facilities*: een economische analyse van het Bronner-arrest’, *M&M* 2001, p. 14, wijst erop dat het Bronner-arrest tot gevolg zal hebben dat de toegangverlening beperkt zal blijven tot een kleine groep van gevallen en dat derhalve de veronderstelde beleidsvoorkeur voor toepassing van het algemene mededingingsrecht bij regulering van specifieke sectoren aanzienlijk onder druk zal komen te staan. Het hiaat dat *Bronner* slaat lijkt een nieuwe vraag van ordening en regulering van economische activiteiten op te roepen.

⁷⁷ Besluit d-g NMa 10 september 1998, zaak 1 (*Holdingmaatschappij De Telegraaf vs. de NOS en HMG*).

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Pres. Rb. Rotterdam 22 juni 2000, Rechtspraak.nl, ELRO-nummer AA6280, <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoeken via ‘Belangrijke uitspraken’, html, datum inzage mei 2001.

⁸⁰ Hof ’s-Gravenhage 30 januari 2001, Rechtspraak.nl, ELRO-nummer AA9717, <<http://www.rechtspraak.nl>>, zoeken via ‘Belangrijke uitspraken’, html, datum inzage mei 2001.

en dwangmiddelen. Naar praktisch effect lijkt er overigens weinig verschil tussen het *ex ante* en het *ex post* toezicht. In beide gevallen duurt het lang alvorens de in de ogen van de betrokken toezichthouders flagrante schendingen worden vastgesteld en de gewraakte leveringsweigeringen daadwerkelijk worden doorbroken. Uit beide zaken blijkt ook dat de discussie over *ex ante* en *ex post* toezicht de nodige relativering behoeft, gezien de opmerkelijke rol van de civiele rechter. Deze is bevoegd om naast NMa en OPTA het mededingingsrecht toe te passen en blijkt ook een eigen koers te varen getuige de verschillende, deels tegenstrijdige uitspraken van de Rechtbank Almelo, het Gerechtshof Arnhem en het Gerechtshof Den Haag.

7. Conclusie

De rol van het mededingingsrecht in de telecomsector is in ontwikkeling. Het telecomrecht groeit langzaam maar zeker naar het mededingingsrecht toe, maar de behoefte aan duidelijke, specifieke *ex ante* regels blijft bestaan. Het ontbreken in de Telecommunicatiewet van een algemeen anti-concurrentie-verbod is in de praktijk een duidelijke handicap, waardoor de mogelijkheid voor OPTA om direct het mededingingsrecht toe te passen, beperkt blijft. De rol van het mededingingsrecht is in de telecomsector vooralsnog niet meer dan een interpretatie-instrument, waarbij de normen van het telecomrecht worden uitgelegd en in sommige gevallen 'opgerekt'. Deze bevoegdheid van OPTA is evenwel zeer begrensd. Nu de NMa (vooralsnog) slechts achter de schermen een rol speelt en zaken aan OPTA overlaat, heeft dit tot gevolg dat van een directe toepassing van de Mededingingswet (enkele uitzonderingen daargelaten) geen sprake is. De indirecte invloed van het mededingingsrecht zal met de komst van de ONP-review wél toenemen en als integraal onderdeel van het telecomrecht gaan fungeren.