

TELECOMMUNICATIERECHT

AAK20188749

N.A.N.M. van Eijk

Wet- en regelgeving

Na een lang proces heeft de Autoriteit Consument & Markt het marktanalysebesluit 'Wholesale Fixed Access' vastgesteld (www.acm.nl/nl/publicaties/acm-naast-kpn-ook-vast-netwerk-vodafoneziggo-openstellen-voor-concurrentie). Het besluit dat maar liefst 572 pagina's omvat, is

per 1 oktober ingegaan. Achter ‘Wholesale Fixed Access’ gaat het vraagstuk van ‘toegang tot de kabel’ verborgen. De Nederlandse telecommunicatiemarkt kende lang één grote speler, KPN, die zowel over een vast als een mobiel netwerk beschikte. Naast KPN als mobiele speler waren er een aantal andere aanbieders van vaste mobiele telefonie zoals Vodafone en T-Mobile. Qua vaste netwerken waren er naast het netwerk van KPN vooral de kabeltelevisienetwerken en nog wat activiteiten van spelers als Tele2. Door meerdere fusies en overnames is inmiddels VodafoneZiggo uitgegroeid tot een volwaardige concurrent van KPN. De samenvoeging van Vodafone (mobiel) en Ziggo (vast) is nog steeds onderwerp van mededingingsrechtelijk onderzoek nadat de Europese rechter de eerder verleende goedkeuring ongedaan maakte (ECLI:EU:T:2017:756). Er is ook een fusie tussen T-Mobile en Tele2 in de maak, waarvoor door de Europese Commissie een nader onderzoek is ingesteld (IP 18-4141, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4141_en.htm). Kortom, in de Nederlandse markt is op termijn mogelijk sprake van drie geïntegreerde aanbieders: KPN, VodafoneZiggo en T-Mobile/Tele2.

Met name de positie van de samengevoegde kabelnetten is al lange tijd een heet hangijzer. In de afgelopen decennia zijn vele pogingen geweest om deze netwerken te reguleren, in het bijzonder waar het gaat om toegang van derden. Geen van de pogingen is succesvol geweest. Op Europees niveau is het enige jaren geleden gelukt om in België wel toegang tot de kabelnetten van Telenet af te dwingen. Over het succes zijn de meningen verdeeld, het aantal derden-abonnees op het netwerk van Telenet is niet erg hoog.

Uitgangspunt van de Europese regulering is dat concurrentie bevorderd moet worden met de minst vergaande maatregel. Als er voldoende concurrentiedruk uitgaat van toegang tot de aanbieder van één (vast) netwerk met aanmerkelijke marktmacht (in Nederland is dat KPN), dan mogen andere netwerken niet gereguleerd worden. Het gaat er dus niet om dat netwerkaanbieders gelijk worden behandeld waar het de toegang tot hun netwerken betreft. De enige manier om naast KPN ook VodafoneZiggo te reguleren is door aan te tonen dat er sprake is van zogenaamde ‘joint dominance’. Dit is een gecompliceerd economisch en mededingingsrechtelijk vraagstuk. Desalniettemin heeft de ACM voor deze insteek gekozen door KPN en VodafoneZiggo gezamenlijk dominant te verklaren. De Europese Commissie, aan wie concept-marktbesluiten moeten worden voorgelegd, heeft zich kunnen vinden in het oordeel van de ACM (www.acm.nl/sites/default/files/documents/reactie-europese-commissie-marktanalyse-wfa-20180928.pdf).

De ACM schrijft voor dat VodafoneZiggo een zogenaamd referentieaanbod moet opstellen. Dit is een soort van algemeen aanbod voor (toekomstige) toetreders. Vervolgens kan per aanbieder verder worden onderhandeld en moet VodafoneZiggo zijn netwerk voor toegang geschikt maken. In het verleden was er ook al een moment dat kabelexploitanten met een dergelijk referentieaanbod moesten komen. Dat bleek een zeer moeizame aangelegenheid en onderhandeling met mogelijke toetreders liepen uiteindelijk op niets uit. Dit hoeft zich natuurlijk niet automatisch

te herhalen, maar nieuwe toetreders staan voor een grote uitdaging. Uit eerste reacties in de media blijkt de belangstelling vooralsnog laag. Dat zal mede te maken hebben met deze hobbels die genomen moeten worden. Maar ook al is de toegang geregeld, dan is men er nog niet. Voor zover toetreders ook televisieprogramma’s willen gaan aanbieden moeten zij met de rechthebbenden tot een overeenkomst komen.

Vervolgens is er ruimte voor onderhandeling met andere aanbieders. Als zij concrete plannen hebben om diensten aan te bieden via het netwerk van VodafoneZiggo, wordt dat netwerk daarvoor geschikt gemaakt. De verwachting is dat dat niet eerder dan eind volgend jaar gereed is.

Overigens blijft dus ook KPN verplicht om aan derden toegang te verlenen op het vaste netwerk. Er verandert niet zoveel ten opzichte van het verleden. O ja, in beginsel zijn KPN en VodafoneZiggo uitgesloten van het vragen toegang tot elkaars netwerken. Maar dat spreekt eigenlijk voor zich.

Jurisprudentie

De rol van telecommunicatie in de hedendaagse wetshandhaving, of het nu gaat om klassieke politietaken of om nationale veiligheid, is niet meer weg te denken. Communicatiegegevens spelen een belangrijke rol bij het vinden en volgen van verdachten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft een nieuwe uitspraak toegevoegd aan een lange reeks van oordelen over politie/nationale veiligheid. In zijn meest recente beslissing, *Big Brother Watch vs the United Kingdom*, pakt het hof fors uit (EHRM 13 september 2018, 58170/13, 62322/14 en 24960/15). Het oordeel beslaat maar liefst 204 bladzijden. Het hof oordeelt over twee belangrijke telecommunicatieaspecten. In de eerste plaats is de vraag aan de orde of de bulk-verzameling van communicatiedata geoorloofd is. Naar de opvatting van het hof is de inzet van een dergelijk verstrekend middel toegestaan, maar een en ander moet wel met zware waarborgen worden omkleed. Een ander aspect betreft de vraag of het verkrijgen van communicatiedata van telecommunicatiediensten-aanbieders geoorloofd is. Ook hier heeft het hof een overeenkomstige redenering. De uitkomst is dat in beide aangelegenheden de waarborgen in het Verenigd Koninkrijk onvoldoende waren, in het bijzonder waar het ging om de bescherming van journalisten. Het hof stelt vast artikel 8 (privacy) en artikel 10 (vrijheid van meningsuiting) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens geschonden zijn. Lezing van de gehele uitspraak is nodig om alle nuances te bevatten. Belangrijk om te vermelden dat er nog beroep mogelijk is bij de ‘Grand Chamber’ van het hof.

Literatuur

- Y. Desmedt & K. Stas, “Over-the-top” diensten en de grenzen van het regelgevend kader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten’, *Computerrecht* 2018/5, p. 248-259;

- C.T. Dekker & M.S.E. Herz, ‘Online platforms als horizontale samenwerking – een mededingingsrechtelijk perspectief’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2018, afl. 3, p. 91-97;
- R. Fahy, N. van Gorp, P. Nooren & N. van Eijk, ‘Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options’, *Policy & Internet* 2018, p. 264-301