



De Nieuwe Brusselse Telecommunicatierichtlijnen

Verschenen in *Computerrecht* februari 2001

E.J. Dommering ^{III}

In Brussel ligt een pakket richtlijnen dat het gehele telecommunicatierecht grondig zal verbouwen. Als de Europese Commissie het ambitieuze tijdsschema haalt zal de Nederlandse Telecommunicatiewet in de eerste helft van 2002 geheel moeten worden herzien, dat is dus binnen vier jaar na haar vaststelling. Een stukje van de Brusselse Regels (de 'unbundling van de local loop') is eind december in de vorm van een verordening reeds vastgesteld en daarmee onmiddellijk van kracht in de lidstaten. In dit artikel wordt de inhoud van deze voorstellen geanalyseerd en aangegeven wat de consequenties voor de Nederlandse wetgeving zullen zijn. Voorts wordt het Nederlandse regeringsstandpunt besproken en wordt ingegaan op de in december gepubliceerde White Paper van de Engelse regering waarin fundamentele wijziging van het wetgevend kader voor de omroep en de telecommunicatie wordt aangekondigd. Van zo'n fundamentele aanpak is in Nederland nog niets te bespeuren.

Het pakket

De Europese Commissie heeft op 12 juli 2000 de volgende voorstellen (ik volg de Engelse tekst) het licht doen zien:

Een richtlijn *on a common regulatory framework for electronic communications networks and services* ([COM\(2000\)393](#));

Een richtlijn *on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities* ([COM\(2000\)384](#));

Een richtlijn *on the authorisation of electronic communications networks and services* ([COM\(2000\)386](#));

Een verordening *on unbundled access to the local loop* ([COM\(2000\)394](#));

Een richtlijn *on universal service and user's rights relating to electronic communications networks* ([COM\(2000\)392](#));

Een richtlijn *concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector* ([COM\(2000\)385](#));

Een beslissing van het Parlement *on a regular framework for spectrum policy in the European Community* ([COM\(2000\)407](#)).

De Nederlandse regering heeft inmiddels het regeringsstandpunt aan het parlement doen communiceren.^[2] De Engelse Regering (Departement of Trade and Industry) heeft op 12 december een White Paper gepubliceerd *A New Future for Communications*.^[3] Inmiddels is ook het [6e Rapport van de Commissie over de implementatie van de telecommunicatieregulering in de lidstaten](#) verschenen.^[4]

De maatregelen beogen een systematisch geheel van de telecommunicatieregulering te maken. De regels zullen in de plaats treden van de bestaande richtlijnen. Dat is op zich zelf nieuw en een aanzienlijke verbetering. Er ontstaat zo een echt Europees Telecommunicatiewetboek. In het

navolgende zal ik deze ontwerpen bespreken voorzover zij iets nieuws brengen.¹⁵¹ Daarbij zal met name de Kaderrichtlijn onder de loupe worden genomen omdat deze naar mijn oordeel voor Nederland de ingrijpendste consequenties heeft. Ook zal ik ingaan op de Engelse White Paper.

De richtlijn voor een gemeenschappelijk kader voor elektronische communicatienetwerken en - diensten (Kaderrichtlijn)

De kaderrichtlijn regelt een aantal belangrijke onderwerpen:

- De definitie van het begrip ‘electronic communications’
- De definitie van wat een ‘nationale regulatory authority’(NRA) behoort te zijn
- Beleidsdoelstellingen
- Algemene beginselen van spectrummanagement, nummers, recht van doorgang, co-locatie en ‘facility sharing’
- Scheiding van boekhouding
- Aanmerkelijke marktmacht
- Geschilbeslechting
- Europese institutionele maatregelen

Elektronische communicatie

De richtlijn kiest als aanknopingspunt voor de sector-specifieke 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 package-switched, including Internet) and mobile terrestrial networks, networks used for radio and television broadcasting, and cable TV networks, irrespective the type of information conveyed’.

Onder het tweede wordt verstaan ‘services provided for remuneration which consists wholly or mainly in the transmission 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 Tw (omroepzenders en omroepnetwerken), artikel 3.3 lid 3 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 Mw. Mijns inziens zullen al deze regels moeten worden samengebracht in een speciale sectie van het hoofdstuk 6 van de Tw dat over ‘toegang en interconnectie’ handelt. Het toezicht op de toegang tot de kabel zal ook moeten worden aangepast, maar daar kom ik hierna over te spreken. De Mediawet kan zich dan verder beperken tot inrichting en organisatie van de publieke omroep en de implementatie van de regels van de Televisierichtlijn.¹⁶¹ De ingewikkelde vragen die rijzen bij de toegang van dienstverleners tot elektronische communicatienetten hebben zowel economische als inhoudelijke aspecten, of zoals de Engelse regering het schrijft in de White Paper (1.3.3): ‘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.’ Nu laat een dergelijke uitgangspunt zich nog op verschillende manieren invullen, en zullen degenen die alle

elektronische communicatie willen reguleren alsof het omroep is er een aanmoediging in proeven om het omroepmodel maar tot het universele model te verheffen. Ook bij de (door mij voorgestane) opvatting dat de omroepregulering zich dient te beperken tot de publieke omroep, is dat uitgangspunt van de Engelse regering juist. Bij de vragen die rijzen tussen exploitanten van netten en informatiedienstenleveranciers, liggen mededingingsvragen en inhoudelijke vragen dicht tegen elkaar aan. Ik noem als voorbeeld de discussie rond de opsplitsing van het aanbod van programma's dat op de gedigitaliseerde kabel wordt aangeboden in pakketten die vóór (op open kanalen) en achter de decoder (geëncrypteerde kanalen waarvan alleen tegen extra betaling kan worden kennisgenomen) zitten. De vraag wie in welk pakket komt is zowel een mededingingsvraag als een vraag van inhoudelijke consumentenkeuze. Wij zijn nu volledig in beslag genomen om daarvoor bij de kabel een transparant model te ontwerpen, straks bij toegang tot nieuwe distributiemedia via websiteportals en via verschillende technische platforms (ADSL, UMTS) zullen soortgelijke vragen naar voren komen.

Ook in een ander opzicht zal een kunstmatige scheiding moeten worden opgeheven, namelijk die tussen telefoon- en dataverkeer die in toenemende mate de uitvoering van de bestaande *Open Networks Provision* regels, die immers zijn gebaseerd op de technologie van de oude telefonie, bemoeilijkt. Daarvoor effent de richtlijn nu de weg.

Toezicht (NRA)

De Kaderrichtlijn geeft een inhoudelijke definitie van de criteria waaraan een NRA moet voldoen. Let wel de NRA is de centrale instantie aan wie alle regulerende bevoegdheden op grond van de richtlijnen toekomen. De lidstaten garanderen dat een NRA onafhankelijk is 'by ensuring that the national regulatory authorities are legally distinct from and functionally independent of all organisations providing electronic communications networks, equipment or services. Member States that retain ownership or control of undertakings providing electronic communications networks and/or services shall ensure full and effective structural separation of the regulatory function from activities associated with ownership or control'.

Nederland voldoet naar mijn mening om een aantal redenen niet aan deze criteria. Kijken wij allereerst naar de onafhankelijkheid. De Staat heeft nog altijd via zijn aandeelhoudersbelang en de 'golden share' een commercieel belang bij KPN en kan ten aanzien van belangrijke beslissingen invloed uitoefenen. Dit betekent dat de regulatoire bevoegdheden van het ministerie, gelegen op het gebied van de richtlijnen, naar OPTA overgebracht moeten worden en dat geldt dan met name voor het nummer en spectrumbeleid dat nog altijd bij het ministerie van Verkeer & Waterstaat berust. De artikelen 8 en 9 van de richtlijn noemen expliciet het spectrum- en het nummerbeleid als beleidsinstrumenten in handen van de NRA. De rel rond de Nederlandse UMTS veiling afgelopen zomer en de in dat kader geuite beschuldigingen dat de overheid heeft meegewerkt aan een 'closed shop' mede in het belang van KPN, tonen aan hoe scheef de situatie bij het frequentiebeleid nog zit. Voorbereiding en uitvoering van deze veiling in handen van een onafhankelijke autoriteit had dit kunnen voorkomen. Er zijn ook andere redenen om dat te doen. De Nederlandse regering en het Nederlandse parlement wordt aangeraden kennis te nemen wat de White Paper in dit opzicht te berde brengt. Ik licht er een citaat uit, waarin wordt uitgelegd waarom het nieuw op te richten OFCOM een spectrumbeleid moet kunnen voeren (8.4.1, 8.4.3): '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.'

Bij een regulering van de markt is het kortom onlogisch en op den duur inefficiënt om een

belangrijk onderdeel van het beleidsinstrument (namelijk allocatie en uitgifte van spectrum) om vorm te geven aan de ontwikkeling van de (tele)communicatiemarkt in handen van een andere instantie te leggen dan de instantie die verantwoordelijk is voor de regulering van de (tele)communicatiemarkt. Behalve de verpolitsering van de discussie over de UMTS veiling, valt te wijzen op het weinig slagvaardige en incoherente beleid van de Nederlandse regering rond de uitgifte van de frequenties voor de Wireless Local Loop.

En wat hiervoor is gezegd over spectrumbeleid geldt ook voor nummerbeleid. Ook daar gaat de richtlijn (artikel 9) ervan uit dat allocatie en uitgifte in handen komen van de NRA. De bestuurspraktijk in Nederland reikt hier het voorbeeld van de juistheid van die keuze aan. Bij de discussie over de vraag of capaciteitsproblemen in het netwerk verholpen zouden kunnen worden door het Internetverkeer in een vroeg stadium uit te koppelen door middel van een speciaal nummer (067xx) moest besluitvorming plaatsvinden tot wijziging van het nummerplan,^[7] omdat daarbij allerlei mededingingsrechtelijke vragen en vragen van telecomunicatieregulering rezen, waarbij zowel het Ministerie van Verkeer & Waterstaat, OPTA en de NMa betrokken waren, hetgeen niet heeft bijgedragen aan een efficiënte en transparante oplossing.

De Engelse regering gaat echter verder door te kiezen voor een NRA die de gehele communicatiemarkt gaat reguleren. In dit nieuwe OFCOM zullen Oftel de Radio Authority en de mediaregulators opgaan. Het Verenigd Koninkrijk kiest dus in navolging van de Verenigde Staten voor een FCC model (Federal Communications Commission). Ondergetekende heeft tezamen met Arnbak en Van Cuilenburg al tien jaar geleden gepleit voor de oprichting van zo'n Nederlands OFCOM.^[8] De complicaties die zijn gerezen met het toezicht op de kabel, een medium waarbij de economische ordenings- en sociaal-culturele toegangsvraagstukken voor het eerst samenkwamen en de convergentie tussen de verschillende vormen van informatie-aanbod (omroep en Internet) die zich nu manifesteert, tonen aan dat een beter gestructureerd toezicht gewenst is.^[9]

De White Paper kiest ook voor een duidelijke benadering om het sector-specifieke toezicht op de communicatiemarkt van het algemene mededingingstoezicht af te bakenen (2.3.1): '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.'

Nu zal men zeggen dat in Nederland het Samenwerkingsprotocol tussen OPTA en NMa, gebaseerd op artikel 18.3 Tw, in zo'n benadering voorziet.^[10] Dat is maar gedeeltelijk juist, omdat dat protocol gebaseerd is op de formele bevoegdheidsscheiding tussen beide instanties en de bevoegdheden van OPTA in artikel 15 van de OPTA wet en artikel 15.3 lid 2 Tw beperkt zijn omschreven. Dit heeft in de praktijk al enige malen tot gedwongen constructies geleid dat OPTA zijn bevoegdheid om mededingingsrecht toe te passen moet zoeken in de ONP regels of moet overgaan tot een 'dubbele besturing' door een gezamenlijke beschikking met de NMa uit te vaardigen. Voor marktpartijen is er iedere keer weer de moeilijke afweging of de zaak aan de OPTA, de NMa of beide moet worden voorgelegd, zodat de gekozen oplossing van artikel 18.3 Tw intransparanties en inefficiënties niet wegneemt. Dat wordt door de door de Engelse regering voorgestelde oplossing allemaal vermeden. Deze garandeert de noodzakelijke coördinatie (waarvan ook artikel 3 lid 5 van de richtlijn uitgaat), zonder dat dit tot formele bevoegdheidsvragen behoeft te leiden als de NRA algemeen mededingingsrecht toepast. Wat heeft het regeringsstandpunt over de richtlijn hierover mee te delen? Op pagina 3 in het hoofdstukje 'Algemeen' treffen we de waterige zinsneden aan:

'Nederland heeft helder voor ogen dat waar het gaat om het wettelijk kader op het gebied van de marktordenende aspecten, volstaan kan worden met het algemeen mededingingsrecht en toezicht daarop door de mededingingsautoriteiten zodra er van effectieve marktwerking sprake is.

Nederland streeft ernaar die situatie zo spoedig mogelijk te bereiken.’

Niet alleen dat deze opmerking geheel voorbij gaat aan de hiervoor geschetste aspecten van de problematiek van de regulering van de communicatiemarkt (die, ik herhaal, zich in de praktijk in Nederland *daadwerkelijk voordoet*), maar ook reflecteert zij niet de inzichten die in het mededingingsrecht leven dat in door telecommunicatienetwerken gekenmerkte markten complexe toetredings- en toegangsvragen blijven bestaan die alleen door *ex ante* toezichtsinstrumenten zijn te reguleren.^[11] Dit is ook het uitgangspunt van de Commissie, al worstelt zij nog (waarover hierna) over de juiste omschrijving van de sector-specifieke interventies.

Beleidsdoelstellingen

Artikel 7 van de richtlijn omschrijft de beleidsdoelstellingen die de NRA's hebben na te streven. Ik noem de vier hoofddoelstellingen: 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.

De twee eerste liggen voor de hand, over de laatste kom ik hierna nog te spreken. De aandacht verdient de derde doelstelling, omdat er in Nederland geen wettelijk en bestuurlijk instrument meer bestaat om te verzekeren dat er voldoende in infrastructuur wordt geïnvesteerd. ‘Niet meer’, omdat artikel 3 lid 3 van de Wet Telecommunicatievoorzieningen (*Stb.* 1988, 520) bepaalde: ‘De houder van de concessie draagt er zorg voor dat de capaciteit, de kwaliteit en de eigenschappen van de telecommunicatie-infrastructuur voldoen voor een doelmatige verzorging van telecommunicatie’. Deze essentiële bepaling is uit de Tw verdwenen, hetgeen maakte dat OPTA machteloos stond, toen eind 1998 bleek dat het net van KPN, mede als gevolg van achterblijvende investeringen, niet tegen de groei van het interconnectieverkeer bestand bleek te zijn. Artikel 7 van de richtlijn kan een prikkel voor de Nederlandse overheid zijn zo'n bepaling weer in de wet op te nemen. KPN zal immers nog jaren op het vaste net, zeker in de lagere netdelen, de dominante partij blijven, waarvan alle interconnecterende partijen afhankelijk blijven.

Algemene beginselen van spectrummanagement, nummers, recht van doorgang, co-locatie en 'facility sharing'

De hier aan de orde zijnde onderwerpen keren gedeeltelijk terug in de bijzondere richtlijnen. Artikel 9 legt vast dat voor de verdeling van het spectrum het mechanisme van de veiling naast dat wat genoemd wordt ‘administrative pricing’ kan worden gebruikt. Het bevat tamelijk restrictieve bepalingen ten aanzien van de overdracht (die in feite de onderhandse verkoop verbieden en een betrekkelijk zwaar overheids-toezicht invoeren), waartegen de Nederlandse regering terecht bezwaren naar voren brengt. Dat de bepaling in deze vorm zal worden gehandhaafd is niet waarschijnlijk. Een soortgelijke verdelings- en overdrachtbepaling ontbreekt in artikel 9 dat over nummers handelt, hoewel de allocatie en toewijzing hier vergelijkbaar is aan die bij frequenties en bovendien nummers en Internetadressen als onderscheidingstekens in het maatschappelijk verkeer in toenemende mate een verhandelbare economische waarde vertegenwoordigen.^[12]

Het opschrift boven het nummerartikel 9 spreekt ook over ‘addressing’. Blijkens overweging 17 wordt daarmee bedoeld op de adresseergegevens in het signaleringsnetwerk (‘point codes’). Deze maken dus uitdrukkelijk deel uit van de verplichting transparante allocatie- en toewijzingsmechanismen te ontwerpen.

De artikelen 10 en 11 handelen over respectievelijk ‘rights of way’ en ‘co-location and facility sharing’. Het recht van doorgang is ruimer geformuleerd dan de graafrechten van hoofdstuk 5 van de Tw omdat er gesproken wordt over ‘rights to install facilities on, over or under public or private property’. Dan lijkt mij een verbetering omdat we daarmee verlost worden van een discussie of iets nog een kabel is (bijvoorbeeld of een buis waar nog geen glasvezel doorheen is

getrokken al onder de gedoogregeling van hoofdstuk 5 valt) of bij de kabel hoort (bijvoorbeeld of de schakelkasten bij de kabels horen). De vraag rijst of antennes ook onder het begrip 'facility' vallen? De richtlijn hanteert een ruime definitie voor het begrip 'associated facility': those facilities associated with an electronic communications network and/or an electronic communications service, to which access is necessary for the competitive provision of electronic communications.' Een antenne is een middel om toegang tot een dienst of een draadloos netwerk te krijgen en dat zou betekenen dat ook antenne-opstelpunt onder deze gedoogregeling zou kunnen vallen. In Nederland is daarvan afgezien omdat dat een te grote inbreuk op de eigendom zou betekenen.^[13] Het is een punt dat zeker nadere overweging verdient, temeer daar aan het opstellen van antennes steeds meer ruimtelijke, milieu - en gezondheidsaspecten kleven, die het ontwerpen van een landelijke regeling wenselijk maken. De proportionaliteit van de inbreuk op het eigendomsrecht kan gevonden worden door een onderscheid te maken tussen publieke en private eigendommen. De Staat heeft door het incasseren van torenhoge bedragen voor de UMTS frequenties immers een bijzondere verantwoordelijkheid om de uitrol van het netwerk te verzekeren. De Nota Antennebeleid bevat hiervoor aanknopingspunten.^[14] Artikel 11 handelt over 'co-location' en 'facility sharing'. Zij stellen dat de nationale overheid in het algemeen dit delen van plaatsen of voorzieningen bevordert 'in particular where undertakings are deprived of access to viable alternatives because of the need to protect the environment, public health, public security or to meet town and country planning objectives.' De hier over op te stellen regels moeten in een publieke consultatie tot stand komen en zij kunnen voorzien in de mogelijkheid dat de overheid geschillen oplost in geval partijen er in onderling overleg niet uitkomen. De Nederlandse regering neemt het standpunt in dat deze algemene regel niet nodig is: 'Nederland is van mening dat er voor co-locatie al een regime bestaat in het kader van toegang en interconnectie. Artikel 11 is dan ook te gedetailleerd en gaat dan ook te ver: het gedeeld gebruik van faciliteiten moet volgens Nederland alleen betrekking hebben op duct-sharing, antennes en antenne sites. Co-locatie wordt al elders geregeld.'^[15] Deze uitlating miskent dat co-locatie een ruimer begrip is dan dat wordt gehanteerd in het kader van interconnectie en bijzondere toegang. In het laatste geval ziet het op een locatie binnen het netwerk, aansluitpunten, hoofdverdelers, centrales inclusief hun fysieke behuizing en gelden mededingingsrechtelijke (toegangs)overwegingen. In het eerste geval gaat het om toegang tot ruimtelijke voorzieningen en gelden, naast motieven van mededinging (opheffen van de voorsprong van de partijen met een reeds uitgerold netwerk) motieven van ruimtelijke ordening, milieu en gezondheid. Het is systematisch een verbetering om het tweede geval in een algemene regeling onder te brengen en het is mijns inziens aanleiding de regeling van hoofdstuk 5 en artikel 3.11 Tw systematisch te heroverwegen.

Scheiding van boekhouding

Artikel 12 legt ondernemingen die publieke communicatienetwerken en diensten aanbieden op basis van bijzondere of uitsluitende rechten de verplichting op de boekhouding met betrekking tot die activiteiten te scheiden van de boekhouding van hun concurrerende activiteiten en het geeft voorschriften met betrekking tot die boekhouding. De regel komt uit de oude interconnectierichtlijn, maar wordt nu als een algemene regel opgeschreven. In de huidige Tw legt in artikel 8.4 Tw aan de kabelexploitanten de verplichting op de boekhouding voor hun omroep en telecomactiviteiten te scheiden.

Aanmerkelijke marktmacht

Het oorspronkelijk ONP kader was opgehangen aan het begrip uitsluitende of bijzondere rechten in de zin van artikel 86, dat zijn rechten die op niet objectieve, ontransparante of discriminatoire gronden zijn verleend.^[16] Het schiep een geheel van verplichtingen voor de oude PTT's in Europa er op gericht de markttoetreding van nieuwe partijen mogelijk te maken. Bij de wijziging van de interconnectierichtlijn heeft de Commissie daarnaast het begrip aanmerkelijke

macht (AMM) ingevoerd als verbijzondering van het begrip dominante machtspositie. Uitgangspunt van dat begrip was dat in beginsel een marktaandeel in de relevante geografische en productmarkt van 25 % doorslaggevend was. Het ONP kader werd vanaf dat moment opgehangen aan de aanwijzing van een partij als AMM partij. Bij de toepassing van die aanwijzing op Libertel bleek de in de richtlijn geformuleerde en in artikel 6.4 leden 3 en 4 Tw overgenomen aanwijzingsregel onduidelijkheden op te roepen. Het derde lid stelt zonder omhaal dat aanbieders met 25 % marktaandeel op de relevante markt kunnen worden aangewezen als AMM. Het vierde lid omschrijft een uitzonderingsregel voor het geval partijen meer of minder dan 25 % hebben: 'In beide gevallen beoordeelt het college daarbij het vermogen van de desbetreffende aanbieder om de marktvoorwaarden te beïnvloeden, zijn omzet in verhouding tot de omzet van de markt, zijn beheersing van de middelen van de toegang tot de eindgebruikers, zijn toegang tot financiële middelen, en zijn ervaring met het verstrekken van producten en diensten op de markt.' De vraag is wie de stelplicht - en bewijslast van die (uitzonderings)omstandigheden heeft. Zonder nu expliciet te oordelen dat de stelplicht en bewijslast bij het aanwijzende bestuursorgaan ligt, meende de President van de Sector Bestuursrecht van de Rechtbank Rotterdam dat OPTA een aanwijzing breder moet motiveren en ook op deze omstandigheden moet ingaan. Mij lijkt dat onjuist, maar toegegeven moet worden dat de bepaling van de richtlijn en de Tw geen duidelijkheid op dit punt scheppen.^[17] Artikel 13 van de kader richtlijn blijft het aanknopingspunt van de AMM hanteren, maar kiest een omschrijving die gaat in de richting van het algemene begrip dominante machtspositie, temeer daar 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 artikel 13 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.^[18] De NRA's weten immers als geen ander dat de telecommunicatiemarkten verre van geliberaliseerd zijn, voorzover telecommunicatiemarkten al niet gekenmerkt zullen blijven door specifieke toegangsvragen die blijvend ex ante toezicht vergen (zie hierboven onder toezicht).

Een tweede complicatie die de richtlijn in het leven roept is de procedure die artikel 14 in het leven roept om tot marktdefinities te komen, waarin eventueel AMM aanwijzingen moeten plaatsvinden. Nu 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 Europese Commissie, gesecondeerd door de hierna te noemen 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 voorafgedefinieerde 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.

Het is te hopen dat de definitieve versie meer duidelijkheid zal scheppen over criteria en bewijsregels. De Libertelzaak heeft geleerd dat het ontbreken daarvan tot gecompliceerde procedures en tijdsverlies leidt. Waar een telecommunicatiemarkt nu juist behoefte aan heeft zijn

tijdige interventies.

>Geschilbeslechting

Ook voor de geschilbeslechting bevat de richtlijn nu een generieke bepaling voor alle geschillen die onder de algemene of bijzondere richtlijn kunnen rijzen. Deze bepaling is overgeschreven uit de Interconnectierichtlijn, maar krijgt aldus een algemenere strekking.

Europese institutionele maatregelen (standaardisatie, harmonisatie Europees frequentiebeleid)

Het is de bedoeling dat het ONP-comité en het vergunningencomité worden samengevoegd tot één Communicatiecomité. Daarnaast blijven de standaardisatie-overleginstututen van ETSI en CEN/CENELEC in stand. Nieuw zijn de op de kaderrichtlijn gebaseerde High Level Communications Group en het op de ontwerp Parlementsbeslissing gebaseerde Radio Spectrum Committee. De eerste zal een belangrijke adviserende en coördinerende rol gaan vervullen bij de toepassing en uitvoering van de richtlijnen. Met de tweede hoopt de Commissie ooit tot een Europees frequentiebeleid te komen.

Richtlijn met betrekking tot de verlening van vergunningen voor elektronische communicatienetwerken en diensten (vergunningenrichtlijn)

De nieuwe Vergunningenrichtlijn bevat veel van wat wij al uit de oude kennen: een algemeen machtigingsstelsel (zoals de registratieregeling van hoofdstuk 2 Tw) is de regel, vergunningen (voor gebruik van frequenties en nummers) zijn de uitzondering.

Nieuw is dat artikel 6 een limitatieve opsomming geeft van de voorwaarden die aan algemene machtigingen en vergunningen kunnen worden verbonden.

Het ontwerp legt in artikel 7 dat over de toekenning van frequenties handelt de mogelijkheid vast om door middel van veiling of vergelijkende toets te verdelen ('comparative bidding'). Een regeling voor het verdelen van nummers ontbreekt. De richtlijn formuleert in artikel 8 een kapstok, in het geval onder de coördinatieprocedure van de Parlementaire Beslissing over een Europees frequentiebeleid een gemeenschappelijk standpunt is bereikt, voor een geharmoniseerde toewijzingsprocedure. Klaarblijkelijk hoopt de Commissie nog eens de situatie te bereiken dat alle lidstaten volgens hetzelfde verdelingsmechanisme frequenties toekennen, zodat de chaotische toestanden van de UMTS toewijzingen (het ene land veilde wel, het andere niet) tot het verleden behoren. Vooral nog lijkt mij een 'harmonized assignment' een utopistische gedachte.

Artikel 13 geeft de 'assigning authorities' de bevoegdheid 'to impose fees for the rights to use radio frequencies, numbers or rights of way which reflect the need to ensure the optimal use of resources'. De beperking dat de opgelegde heffingen niet belemmerend mogen zijn voor innovatie en mededinging, die ook in de oude richtlijn stond, is gebleven. De Nederlandse regering zegt er dit over:

Nederland is geïnteresseerd in het gebruik van administratieve heffingen die bedoeld zijn efficiënt frequentiegebruik te bevorderen. Wel moet de hoogte van de heffingen worden gerelateerd aan de economische waarde van de verschillende heffingen. Dat is echter op voorhand juist moeilijk vast te stellen. Nader onderzoek of guidelines van de Commissie zijn daarom nodig om te bezien of aan deze bezwaren kan worden tegemoet gekomen.'

Ik zet vraagtekens bij dit artikel en deze opmerking, omdat de relatie tussen de keuze van het verdeelmechanisme en het al of niet opleggen van een heffing ontbreekt. Wanneer wordt gekozen voor 'first come first served' of een vergelijkende toets kan een heffing om efficiënt gebruik te bevorderen verdedigbaar zijn. Als echter door een veiling een hoge upfront vergoeding betaald wordt, bepalen de partijen zelf hoeveel frequentieruimte zij nodig hebben en ligt in de vooraf betaalde vergoeding de efficiency prikkel.

Artikel 11 dat over administratieve bijdragen handelt baart de Nederlandse regering enigszins zorgen. Het artikel stelt namelijk dat administratieve kosten verbonden aan 'the management, control and enforcement of the applicable general authorisation scheme and of the granting of rights of use' in rekening mogen worden gebracht, mits deze proportioneel zijn aan de omzet die met de algemene machtiging of de specifieke vergunning in de relevante nationale markt zijn behaald. De Nederlandse regering meent dat het frequentiebeslag ook een criterium zou kunnen zijn. Ik ben geneigd de regering gelijk te geven dat het omzetcriterium niet beslissend is. Dat er een duidelijk proportionaliteitscriterium wordt neergelegd lijkt mij winst. De vraag rijst of het ontbreken van een regel

in de kaderrichtlijn dat kosten van geschilbeslechting mogen worden doorberekend (zoals OPTA na een jaar 'radiostilte' weer is gaan doen), betekent dat dat niet is toegestaan. Het lijkt een punt dat verduidelijking behoeft.

De richtlijn met betrekking tot interconnectie en toegang (Interconnectierichtlijn)

De richtlijn kent nog maar twee begrippen: 'interconnectie' en 'toegang'.

Het eerste wordt gedefinieerd als: 'Physical and logical linking of public electronic communications networks used by the same or a different undertaking in order to allow the users of one undertaking to communicate with the users of the same or another undertaking, or to access services by another undertaking. Services may be provided by the parties involved other parties who have access to the network.'

Het tweede wordt gedefinieerd als: 'The making available of facilities and/or services, to another undertaking, under defined conditions, on either an exclusive or non-exclusive basis, for the purpose of providing electronic communications services. It covers inter alia: access to network elements and associated facilities and services, which may involve the connection of equipment, by wire or wireless means; access to physical infrastructure including buildings, ducts and masts; access to software systems including operational support systems; access to number translation or systems offering equivalent functionality; access to mobile networks, in particular for roaming; access to conditional access systems for digital television services. Interconnection is a specific type of access implemented between network operators. Access in this directive does not refer to access by end-users.'

'Toegang' is dus het breedste begrip, interconnectie een bijzondere vorm van toegang tussen netwerkoperatoren. Het (Nederlandse) begrip 'bijzondere toegang' behoort hiermee definitief tot het verleden. Het verdient aanbeveling dat deze definities in de Tw worden opgenomen. De voorbeelden die in de toegangsdefinitie staan zijn verhelderend. Zo behoeven we ook niet meer te discussiëren over de vraag of 'roaming' een vorm van toegang is, een vraag die in de Nederlandse praktijk nog wel aan de orde is gesteld.

Artikel 4 legt een algemene verplichting van 'negotiated' toegang in de vorm van interconnectie op aan alle operators van openbare elektronische communicatienetwerken, zoals deze nu reeds vastligt in artikel 6.1 Tw. Het vervolg van de richtlijn is gebaseerd op een aanwijzing als AMM. Wanneer eenmaal een aanwijzing tot AMM partij in een relevante markt is gevolgd kan een NRA kiezen welke verplichtingen hij zal opleggen. Het heeft de keuze uit transparantie, non discriminatie, het opleggen van een verplichting van gescheiden boekhouding, toegangsverplichtingen en prijscontrole plus kostenoriëntatie. De flexibiliteit van de instrumentarium heeft voordelen boven het oude stelsel, maar kan ook complicerend werken. Zeker als er geen duidelijke criteria en bewijsregels komen voor het opleggen van een (joint) AMM, voorzie ik veel tijdsverlies als gevolg van gecompliceerde procedures. Gelet op de grote discretionaire bevoegdheid van de NRA, meent de Nederlandse regering dat er belangrijke materiële en procedurele waarborgen moeten worden vastgelegd. Daar kan ik het mee eens zijn, mits die procedurele waarborgen er dan ook komen voor derden-belanghebbenden (marktpartijen die toegang vragen tot een AMM partij). De Nederlandse regering zou de implementatie kunnen benutten om in het algemeen de positie van de derde-belanghebbende behoorlijk in de wet te regelen.

Tot slot vermeld ik dat artikel 8 lid 2 de mogelijkheid verschaft verdere verplichtingen op te leggen aan een AMM, wanneer dat nodig is ter uitvoering van internationale verplichtingen. Hier ligt een verbinding met de WTO dat immers in de GATS uitvoerige regelingen over telecommunicatie bevat.^[19]

Verordening betreffende 'unbundled access to the local loop'

Op dit terrein zijn de Ministerraad en het Parlement voortvarend te werk gegaan, omdat reeds op 18 december het voorstel van de Commissie is omgezet in een verordening.^[20] De verordening is vanaf 2 januari 2001 van kracht in alle lidstaten.

OPTA was de Commissie al voorgegegaan.^[21] De verordening is van toepassing op de exploitanten van het netwerk voor vaste telefonie die beschikken over AMM (de 'aangemelde exploitant'). Het onderscheidt verschillende vormen van ontbundelde toegang. Artikel 3 verplicht tot de publicatie per 31 december 2000 van een referentie-aanbod 'ontbundelde toegang' dat tenminste de elementen bevat die zijn opgesomd in de bijlage bij de verordening. Daarmee is de ontbundelde toegang, twee jaar geleden nog een van de meest controversiële vormen van

toegang, in een klap geharmoniseerd Europees recht geworden.

Richtlijn Universele dienstverlening en gebruikersrechten

De onderwerpen in deze richtlijn, die tot dusver verspreid over de ONP richtlijnen zijn geregeld worden nu systematisch samengebracht in een regeling. De Tw. had de universele dienstverlening al in een apart hoofdstuk 10 ondergebracht en gebruikersrechten in het BOHT.

De verplichting om een minimum dienstenpakket van een bepaalde kwaliteit aan te bieden (de universele dienst) wordt behandeld op het huidige niveau van de vaste openbare telefoondienst (inclusief telefooncellen en gidsinformatie).

De tariefregels die voor de eindgebruikerstarieven gelden blijven blijkens artikel 16 van kracht, maar zij kunnen op basis van de marktanalyses die op grond van de kaderrichtlijn worden uitgevoerd, worden aangepast. Is de conclusie dat in een bepaalde markt geen effectieve concurrentie is (en dat is in Nederland op de markt van telefonie het geval), dan kan het beginsel van kostenoriëntatie worden gehandhaafd.

Wij vinden in deze richtlijn ook de verplichtingen van carrier (pre)selectie en nummerportabiliteit terug. Nieuw is dat we in artikel 26 een bepaling over must carry aantreffen die voor Nederland nogal wat gevolgen kan hebben.

Ik citeer de hele bepaling:

'Member States may impose 'must carry' obligations, for the transmission of specified radio and television broadcasts, on undertakings under their jurisdiction providing electronic communications networks established for the distribution of radio and or television broadcasts to the public. Such obligations shall only be imposed where they are necessary to meet clearly defined general interest objectives and shall be proportionate, transparent and limited in time.

Member States shall ensure that the undertakings subject to 'must carry' obligations receive appropriate compensation on reasonable, transparent and non-discriminatory terms taking into account the network capacity required.'

De must carry regeling staat nu in artikel 8.1 Tw. jo. 82 i Mw. De regel dat zij transparant en non discriminatoir moet zijn en dat voor de must carry moet worden betaald, betekent dat het systeem van de doorgiftevergoedingen op de kabel op de helling moet, omdat op dit moment onduidelijk is wie voor de 'must carry' betaalt: de gebruiker, de andere programma-aanbieders of de publieke omroep die van de doorgifte profiteert. Dit heeft uiteraard ook consequenties voor de prijsstelling van het basispakket van artikel 82 k Mw waarvan de 'must carry' programma's deel uitmaken.

Hoofdstuk IV van de richtlijn handelt over huurlijnen. Het stelt voorop dat bestaande verplichtingen in stand blijven, maar artikel 27 legt de verplichting op binnen een jaar te onderzoeken wat de concurrentieverhoudingen op de verschillende huurlijnenmarkten zijn.

De richtlijn betreffende 'the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector'(Richtlijn privacy communicatie sector)

De richtlijn bevat een groot aantal regels die uit de ISDN richtlijn komen. Nieuw is natuurlijk dat deze verplichtingen voortaan gelden voor alle aanbieders van elektronische communicatiediensten en netwerken. Nieuw is ook dat er explicieter dan voorheen de aandacht wordt gevraagd voor 'verkeersgegevens' en 'locatiegegevens'. Ik geef de definities:

'Traffic data shall mean any data processed in the course of or for the purpose of the transmission of a communication over an electronic communications network'

'Location data shall mean any data processed in an electronic communications network, indicating the geographic position of the terminal equipment of a user of a publicly available electronic communications service.'

Artikel 5 omschrijft het communicatiegeheim als volgt: *'the confidentiality of communications and the related traffic data by means of public communications network and publicly available electronic communications services, through national legislation. In particular, they shall prohibit listening, tapping, storage or other kinds of interception of surveillance of communications and the related traffic data, by persons other than users, without the consent of the users concerned, except when legally authorised to do so, in accordance with Article 15 (1).'*

Nederland zal dus op wetgevend niveau een beschermingsniveau dienen te verzekeren dat de Commissie Digitale Grondrechten (die verkeersgegevens van het communicatiegeheim wil uitsluiten) op grondwettelijk niveau niet nodig vindt.^[22]

De gebruiksbeperkingen voor verkeersgegevens die zijn opgenomen in artikel 6 zijn gelijklopend aan artikel 6 van de ISDN richtlijn. Nieuw is artikel 9 dat handelt over de locatiegegevens. Dat artikel gebiedt de anonimisering van locatiegegevens die worden opgeslagen en verwerkt, tenzij de gebruiker toestemming geeft. Dan mogen ze alleen worden verwerkt om een toegevoegde waarde dienst te verlenen en moet de gebruiker precies geïnformeerd worden over de doeleinden. De gebruiker moet die toestemming op eenvoudige manier kunnen intrekken. De Nederlandse regering neemt ten aanzien van die intrekkingsmogelijkheid nog geen standpunt in omdat zij eerst de marktontwikkeling van nieuwe diensten wil afwachten.

Voor het overige brengt de richtlijn ten opzichte van de ISDN richtlijn niet veel nieuws.

Conclusie

Voor ons ligt een pakket maatregelen dat op tal van punten tot een (ingrijpende) aanpassing van de Nederlandse (Tele)communicatie wetgeving moet leiden, terwijl het een aanleiding kan zijn andere punten op nieuw te overwegen. Ik noem enkele hoofdpunten. De invoering van het begrip 'electronic communications' dwingt tot herziening van het begrippen kader van de Tw. De convergentie doet de vraag rijzen of wij niet een soortgelijke operatie aan moeten gaan als het Verenigd Koninkrijk waarin de gehele elektronische (tele)communicatiesector onder één toezicht wordt gebracht. De vereiste onafhankelijkheid van het toezicht en de slechte ervaringen met het frequentiebeleid, indiceren dat wij (eveneens naar Engels voorbeeld) het frequentiebeleid bij dat orgaan moeten onderbrengen. Het mechanisme van de AMM met daaraan gekoppeld een dynamische invulling van de omschrijving van de relevante markten wordt cruciaal voor de hele toepassing van het ex ante toezicht. Er zal daarom materieel en formeel een duidelijke procedure voor de marktpartijen moeten komen met duidelijke criteria en bewijsregels. Op tal van andere punten zullen echter (zoals ik in de tekst suggereerde) soms ingrijpende wijzigingen moeten worden doorgevoerd.