



De Telecommunicatiemarkt na 2004: Een nieuw reguleringsconcept voor de mededinging

verschenen in: *Financieel Dagblad - Telecommunicatiebijlage*, 5 april 2004.

E.J. Dommering [1]

Inleiding

In april van dit jaar wordt een voor een belangrijk deel nieuwe wetgeving voor de marktordening in de telecommunicatie in Nederland van kracht, bijna negen maanden later dan dat volgens de EG richtlijnen die hiermee worden geïmplementeerd moest zijn gebeurd. Wat gaan die nieuwe regels ons brengen? Daarvoor moeten we eerst kijken hoe de oude regels in elkaar staken. Na deze terugblik analyseer ik wat de voornaamste wijziging voor de marktordening is. De conclusie is dat wij met deze regels een nieuw terrein van het mededingingsrecht betreden dat veel van de spelers (behalve de marktpartijen ook toezichhouders, rechters en adviseurs) gaat vergen. De inzet is hoog: loopt het hele nieuwe kader in een gecompliceerde regelmachine vast of zijn de spelers in staat met dit instrumentarium een interessant nieuw mededingingsinstrument te ontwikkelen?

Korte terugblik op het oude kader

 [2]

De ONP regels: alleen vaste telefonie

De oude regels duiden wij ook wel aan als ONP regels (van Open Network Provision). De doelstelling van deze regels was om de concurrentie in de telefoniemarkt te bevorderen. De ONP regels waren gebaseerd op een ex ante interventie in de markt om *marktstructuren* te wijzigen en vorm te geven. Deze ex ante interventie was nieuw, omdat het mededingingsrecht (behalve bij de concentratiecontrole)[3] ex post *gedragingen* van marktpartijen controleert en, zo nodig, redresseert en bestraft. Het ONP-kader identificeerde daarvoor in de jaren negentig de 'oude' markten van de dienst van de openbare spraaktelefonie en de vaste telefonie-infrastructuur (het koperpaar van het aansluitnet, de schakelcentrales en de hogere netlagen). Mobiele telefonie was al wel in beeld, maar niet het hoofddoel. De omroepnetwerken stonden evenmin hoog op de Brusselse agenda. Internet kwam in dit verhaal helemaal niet voor. Voor de oude markten van de vaste telefonie werd een verfijnd instrumentarium ontworpen voor de regulering van de toegang. De gedachte was dat er asymmetrische regels moesten komen die de nieuwe toetreders een steun in de rug moesten opleveren om toegang op concurrerende voorwaarden te krijgen tot de infrastructuur en de diensten van de incumbent. Zij stonden immers met lege handen en moesten dus de infrastructuur en de diensten van de incumbent gebruiken om diensten aan het gehele publiek aan te bieden.

De doelstelling van de ONP regels werd voor de vaste telefonie alleen in de concurrentie in de internationale telefonie gehaald. In de huurlijnenmarkt was dat ook het geval voor de lijnen met grote capaciteit. De regels voor mobiele telefonie waren ontoereikend, zoals bleek bij de

geschillen over de hoge terminating tarieven van de mobiele operators. Tegenover de nieuwe Internetontwikkelingen stonden de toezichthouders betrekkelijk machteloos. In Nederland strandde de regulering van de internettoegang in bevoegdheidsgeschillen en onduidelijke marktdefinities. Dat laatste kwam vooral doordat Nederland met de kabel een eigen positie in de breedbandmarkt in Europa inneemt, aangezien naast het door ADSL geüpgrade aansluitnet van de telefoon het kabelnet ligt.

Concurrentie op diensten of infrastructuur?

Toch was binnen deze beperkte doelstelling de focus niet scherp. Wilde Brussel, wilden de lidstaten dat met behulp van deze regels landelijk dekkende, alternatieve en concurrerende infrastructuur tot stand kwam of wilden zij vooral concurrentie op het niveau van de tele- en informatiediensten? Een duidelijke keus werd in Brussel niet gemaakt en nationaal werd een verschillend beleid gevoerd.^[4] Is het wel haalbaar om een geheel nieuw aansluitnet naar alle gebruikers te ontwikkelen? Het oude aansluitnet was onder dekking van het monopolie en met de door de overheid opgelegde universele dienstverplichting, aangelegd. Geen enkele nieuwkomer zal de investering willen doen om een aansluitnet naast het bestaande aan te leggen, omdat het graven van een dergelijk fijnmazig net astronomische kosten met zich meebrengt. Het kabelnet was ontworpen voor het transport van omroepprogramma's. De nieuwe toetreders die ook eigen netten ontwikkelden, richtten zich op niche markten en op de hogere netdelen. Het bezit van het telefoonaansluitnet bleek echter een zodanige sleutelpositie op te leveren dat concurrentie op de vaste nationale telefonie (wat toch een van de doelstellingen was) maar moeizaam tot stand kwam. De Europese Commissie zag dat de positie van het aansluitnet via het ONP-scenario een level playing field verhinderde en stelde daarom begin 2001 een direct werkende verordening voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnet vast. Daarmee werd beoogd om het gebruik van dit aansluitnet ook open te stellen voor concurrenten. Inmiddels heeft de geschiedenis geleerd dat de volledige privatisering van de telefooninfrastructuur een struikelblok op de weg naar volledige concurrentie is geweest.

Dat geldt vooral wanneer het aansluitnet niet van de geprivatiseerde monopolist wordt afgesplitst.

Conclusie

ONP faalde dus op een aantal punten. Het was gebaseerd op een technologie uit het verleden. De markten waren wettelijk gedefinieerd en daardoor ontbrak voor de toezichthouders het instrumentarium om ex ante de toegang tot nieuwe markten te reguleren. De marktstructuur gebaseerd op het telefoonaansluitnet (en in Nederland: de omroepnetwerken) bleek te taai om deze geheel te liberaliseren. Een duidelijk beleid ten aanzien van diensten of infrastructuurconcurrentie ontbrak.

De nieuwe regels voor de telecommunicatiemarkt veranderen het mededingingsrecht

Nieuw mededingingsrecht

De set richtlijnen die in de nieuwe Telecommunicatiewet wordt omgezet in nationale wetgeving beoogt het hele oude ONP kader te vervangen door nieuwe regels. Ik beperk mij tot de belangrijkste richtlijnen: de Kaderrichtlijn en de Toegangsrichtlijn. Globaal genomen gaat het in die richtlijnen om twee nieuwe ontwikkelingen: ten eerste om de invoering van een flexibel ex ante instrument dat kan worden afgestemd op de ontwikkeling van de betrokken markt, en ten tweede om de gecoördineerde Europese aanpak. Zij zullen, naar mijn mening, niet alleen het

sector specifieke toezicht, maar het mededingingsrecht in het algemeen beïnvloeden.

Flexibele ex ante interventie, al naar gelang de structuur van de markt

Het nieuwe kader draagt de toezichthouders op om op basis van marktonderzoek geografische productmarkten te definiëren, en, aan de hand van de structuur van die markt, vast te stellen of er dominante partijen zijn aan wie ex ante verplichtingen kunnen worden opgelegd. De toezichthouder kan kiezen tussen het opleggen van verplichtingen die oplopen van licht naar zwaar: transparantie, non discriminatie, een systeem van kostentoerekening per dienst, kostenoriëntatie, toegang en regulering van eindgebruikertarieven. Wij kennen die verplichtingen uit het ONP kader. Het verschil is echter dat de keuze van de markten en van de verplichtingen goeddeels in de wet vast lagen, maar nu daarvan helemaal zijn los gemaakt. Bovendien worden de maatregelen aan een termijn gekoppeld. Dit betekent dat marktstructuur een onderdeel is geworden van het markttoezicht. Dit kan in het mededingingsrecht als geheel beïnvloeden. Hoewel het mededingingsrecht ook in de controle op marktgedrag een zekere ex ante invloed uitoefent, is deze aanpak toch nieuw en zal zij veel van de spelers vragen.

De toezichthouders zullen hun denkkaders moeten bijstellen. De OPTA zal bij het vaststellen van de markten, de dominantie op die markten en de op te leggen verplichtingen meer in termen van mededinging moeten gaan denken. Omgekeerd zal de NMa de markt meer in termen van marktstructuur dan marktgedrag moeten gaan benaderen, niet alleen bij het concentratietoezicht. De mededingingsautoriteiten hebben onder aanvoering van de economen het begrip *dynamische efficiëntie* omhelsd, wat wil zeggen dat je de marktontwikkeling in de toekomst in ogenschouw moet nemen bij de beslissing die je nu neemt. Dat maakt ze in beginsel bij nieuwe markten tot anti-interventionisten, omdat ze eerst de nieuwe kat uit de boom willen kijken. Het nieuwe systeem dwingt ze echter om zich met de Engelse filosoof Popper af te vragen of het begrip dynamische efficiëntie in de praktijk van het toezicht wel een falsificeerbaar begrip is. Volgens Popper kunnen beweringen waarvan nooit kan worden aangetoond dat ze onjuist zijn (niet falsificeerbaar zijn) geen basis zijn van maatschappelijk handelen. En hoe kun je nu ooit bewijzen dat een markt door niet te interveniëren zich beter heeft ontwikkeld dan wanneer je wel zou hebben geïntervenieerd? De effectiviteit van een non-interventie kun je niet testen, die van een interventie wel. In een systeem dat uitgaat van tijdelijke maatregelen, waar de dynamiek van de markt regelmatig wordt beoordeeld, kun je misschien beter te werk gaan met wat, alweer, Popper heeft genoemd *piecemeal engeneering*, een vorm van social engeneering die je telkens bijstelt aan de hand van de opgedane ervaringen. En hier keert de beleidsvraag die ik bij het ONP kader aanstipte terug. Willen we in de betrokken markt infrastructuur of dienstenconcurrentie: wat is de juiste mix van de bescherming van investering in infrastructuur en de keuze van de consument uit verschillende diensten? Daarbij spelen in een netwerkmarkt als die van telecommunicatie ook de transactievoordelen voor de consument een rol: het is voor de consument immers niet efficiënt dat hij bij iedere infrastructuur een andere dienstverlener en dikwijls ook een ander randapparaat moet kiezen.

Ook in het bestuursrecht (de rechters, de adviseurs) zal over een nieuwe rechtsfiguur moeten worden nagedacht. Het besluit dat de toezichthouder moet nemen behelst de definitie van een markt, aanwijzing van dominante partijen, en een keuze voor de op te leggen verplichtingen. Dat alles voor een zekere tijdsduur. Dat besluit lijkt op de in de bestuurspraktijk bekende figuur van een plan, maar wijkt daar ook van af. Wanneer je juridisch te hoge eisen stelt aan de mate van detaillering van het plan, is het niet flexibel en beantwoordt het niet aan zijn doel van bijstelling van de structuur van de markt. Om een analogie met de ruimtelijke ordening te trekken: het moet ergens tussen de vlekken van het streekplan en gedetailleerde gebruiksvoorschriften van het

bestemmingsplan in liggen.

Marktpartijen zullen ook hun strategie moeten bepalen. In de oude ONP situatie zagen we dat de incumbents in de thuismarkt (BT, Deutsche Telekom, France Télécom) op de rem traptten als het ging om toegang tot hun diensten en infrastructuur, maar in de nieuwe exportmarkten agressief toegang tot de infrastructuur en de diensten van de incumbent aldaar vroegen. De markt is gewijzigd, en zeker de Europese coördinatie draagt daar toe bij. Een agressieve afwijzing van het opleggen van verplichtingen in (geografische) markt A, kan op een even agressieve weigering van toegang in (geografische) markt B komen te staan. Binnen het Europese coördinatieproces kan een tegengestelde benadering in verschillende markten tot een verslechtering van de Europese onderhandelingspositie leiden.

Europese coördinatie

De Europese Commissie krijgt in het nieuwe systeem een behoorlijke vinger in de pap. Alle besluiten die de Nationale Toezichthouders nemen, waarvan effecten op de gemeenschappelijke markt verwacht kunnen worden, moeten op grond van artikel 7 van de Kaderrichtlijn ter toetsing aan de Commissie worden voorgelegd. De Commissie hoopt daardoor te bewerkstelligen dat het nieuwe kader zoveel mogelijk gelijk in de verschillende lidstaten zal worden toegepast. Dit maakt de besluitvorming gecompliceerd. Het betekent ook dat het noodzakelijk wordt nauwkeurig te volgen wat in de andere Europese markten gebeurt en daar marktgedrag in nationale markten op af te stemmen. De OPTA is in Nederland nog maar net met de marktanalyses begonnen en hoopt daar begin volgend jaar mee klaar te zijn. Dat gaat dus nog lang duren als de wet in april in werking treedt. Het VK is echter al klaar en heeft op grond van art 7 alle relevante markten in Brussel aangemeld en groen licht van de Commissie gekregen. Hier kan een zekere precedentwerking van uitgaan...

De nieuwe telecommunicatiemarkten

De aanbeveling van de Europese Commissie

De telecommunicatiemarkt wordt het proefkonijn van deze nieuwe aanpak. In het kader van de Europese coördinatie heeft de Commissie een lijst van aanbevolen geografische productmarkten opgesteld, onder verdeeld in wholesale- en retailmarkten. Deze lijst is niet bindend en er kunnen nieuwe markten aan worden toegevoegd. In heel Europa zijn de nationale toezichthouders bezig om de markten in kaart te brengen. Daarbij speelt de lijst van de Commissie een belangrijke rol. De grote vraag is natuurlijk of die lijst van de Commissie de fouten van het ONP kader (te technologie specifiek en te weinig dynamisch) repareert. Het antwoord is deels bevestigend, deels ontkennend. Volgens de nieuwe richtlijnen zijn alle netten voortaan 'communicatienetten', maar kijkend naar de markten op de lijst lijkt het er sterk op dat er allerlei markten rechtstreeks uit het oude ONP telefoonmodel naar het nieuwe kader worden geëxporteerd. Een vraag die al meteen opduikt is hoe we met IP telefonie moeten omgaan, waarvan de verwachting is dat deze een explosieve ontwikkeling gaat doormaken. Een ander open einde, zeker voor Nederland, is de breedband-toegangsmarkt, die in de aanbeveling niet nader wordt gespecificeerd. Het probleem van de relatie tussen ADSL en breedbandkabel wordt daardoor in de Nederlandse markt opnieuw actueel. Complicaties zullen ook ontstaan, nu de aanbeveling een scheiding maakt tussen mobiele en vaste markten, terwijl de verwachting is dat steeds meer combinatieproducten tussen vast en mobiel zullen ontstaan. De toelichting op de aanbeveling van de Commissie en artikel 14 lid 3 van de Kaderrichtlijn geven wel een indicatie dat de nationale toezichthouders op dit aspect bedacht moeten zijn,^[5] maar daarbij zal ook teruggerepen moeten worden op de misbruikregels die het algemene mededingingsrecht heeft ontwikkeld voor dominante

misbruikgedragingen op markt A die hun uitstraling hebben op markt B (de problematiek van de zogenaamde *upstream* en *downstream* markten). De aanbeveling is evenmin duidelijk over de vraag wanneer een specifiek netwerk als een markt moet worden aangemerkt. Een ding maakt de aanbeveling wel duidelijk, namelijk dat er terminating markten voor netten zijn. Dat wil zeggen dat de Commissie het afleveren van verkeer op bij een netwerk aangesloten als een aparte markt aanmerkt. In dit opzicht is dus ieder netwerk een aparte markt en daar zullen alle marktpartijen mee te maken krijgen.

Een geheel open vraag blijft wat we gaan doen met het groeiend aantal producten en diensten die in en rond het netwerk worden aangeboden om intelligentie aan het netwerk of de toegang tot het netwerk toe te voegen (behalve IP voice software, bijv. navigators, zoekmachines).

Tot slot: Wat wordt de strategie van de spelers?

De OPTA en de NMa (die in deze immers samen op moeten trekken) zullen in deze een heldere strategie moeten bepalen. De keuzes waar ze onder meer voor staan lijken mij de volgende:

- Wanneer willen zij in een deelmarkt infrastructuurconcurrentie en wanneer willen zij ten behoeve van de consument dienstenconcurrentie?
- Wat bedoelen ze precies als ze het hebben over de dynamische efficiëntie van een nieuwe markt en hoe is dat (juridisch) te toetsen?
- Welke aanpak kiezen zij voor het opleggen van verplichtingen in een marktbesluit (het door mij gesignaleerde compromis tussen een streekplan en een bestemmingsplan)?
- Wanneer gaan ze er toe over nieuwe markten bij de Commissie aan te melden en kiezen zij dus voor het maken van nieuwe marktbesluiten voor nieuwe (deel)markten?
- Hoe gaan ze om met combinatieproducten (vast-mobiel, software-netwerk)?

De rechters zullen ook een strategie moeten bepalen. In de nieuwe wet is dat het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, die als eerste en enige instantie bevoegd wordt om recht te spreken in geschillen over de telecommunicatie. De nieuwe wet draagt de toezichthouder op uitdrukkelijk de algemene doelstellingen van bevordering van de concurrentie voor aanbieders en consumenten in acht te nemen. Dat is dus ook een toetsingsnorm voor de rechter. Hoeveel marge gaat hij binnen de strenge normen van het bestuursrecht laten aan de strategische keuzen van de toezichthouders? Met name is dat interessant als het gaat om de motiveringseisen te stellen aan het opleggen van verplichtingen, de vaststelling van (nieuwe) marktdefinities en de dominantie in die markten. Ontwikkelingen in andere lidstaten zullen ook in het toetsingskader betrokken moeten worden.

En de marktpartijen zelf? KPN heeft er onder het ONP regime voor gekozen om het oude monopolie met alle middelen in rechte, in de politiek en in de publiciteit te verdedigen. Zij zou er ook nu voor kunnen kiezen om zoveel mogelijk zand in deze nieuwe en gecompliceerde regelmachine te gooien. Zij zou dan kiezen voor een strategie om deze nieuwe vorm van marktstructurenregulering te torpederen onder het mom dat het algemene mededingingsrecht het nu verder maar moet doen, een boodschap die haar adviseurs reeds lange tijd van de kansel verkondigen. Realistischer is het te aanvaarden dat deze markt nog gedurende lange tijd (en misschien wel altijd) gekenmerkt wordt door een structuur waarin marktfalen zal optreden. Het is de toekomst van het mededingingsrecht om structurele interventies ook buiten het concentratietoezicht in het instrumentarium op te nemen. Een aanzet daarvoor is te vinden in de nieuwe Raadsverordening voor het mededingingsrecht.^[6]

[1] Hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam, adviseur bij Stibbe.

[2] Voor een uitvoerige analyse van verleden en toekomst verwijs ik naar mijn *De Telecommunicatie explosie rond de Eenumwisseling*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003.

[3] De tegenstelling tussen ex ante en ex post is niet absoluut, omdat de concentratiecontrole ook naar marktstructuur kijkt en daarop invloed uitoefent, zie de studie E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.J.M. Theeuwes & F.O.W. Vogelaar, *Toezicht en Regulering in de telecommunicatiemarkt*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2001.

[4] Zie daarover E.J. Dommering, 'Een nieuw maatpak voor netwerkmarkten', in: *Informatie & Informatiebeleid (i&i)* 2002-4, p. 24-33.

[5] Zie voetnoot 24 op p. 14 van Toelichting bij de Aanbeveling: “[...] Afhankelijk van nationale omstandigheden kan er ook grond zijn voor het verbreden van de marktdefinitie zodanig dat twee of meer markten die in deze aanbeveling afzonderlijk zijn vastgesteld, worden bijeengevoegd tot een enkele markt. Ook kunnen er redenen zijn om een nieuw ontwikkeld marktsegment vast te stellen en dit samen te voegen met een in deze aanbeveling vastgestelde markt. [...]”; zie ook art. 14 lid 3 Kaderrichtlijn over 'leveraging' van marktmacht naar 'nauw verwante' markten.

[6] Zie Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, [Pb L 1/1 \(04.01.2003\)](#), art. 7 (Vaststelling en beëindiging van inbreuken), lid 1): “Wanneer de Commissie, naar aanleiding van een klacht of ambtshalve, een inbreuk op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken. *Zij kan hun daartoe alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken. Structurele maatregelen kunnen alleen worden opgelegd als er niet een even effectieve maatregel ter correctie van gedragingen bestaat of als een dergelijke even effectieve maatregel voor de betrokken onderneming belastender zou zijn dan de structurele maatregel.* [...]” (nadruk toegevoegd). Zie ook *id.*, considerans 12.