

Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt

Egbert Dommering, Nico van Eijk en Nirmala Sitompoel

Zo juist is het rapport ‘Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt’¹ verschenen, een studie naar de verschillende aspecten van algemeen en sectorspecifiek mededingingstoezicht (en regulering) in de telecommunicatiesector. Een aantal van de betrokkenen bij het rapport vat hier de belangrijkste onderdelen samen en gaat tevens in op het recente concept-kabinetsstandpunt over de toekomstige inrichting van het telecommunicatietoezicht in Nederland.

Met *Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt* is met name beoogd om de discussie over dit onderwerp los te maken van politieke en dogmatische stellingnamen. Daarnaast is getracht een *toolbox* benadering te ontwikkelen om aan te geven dat bij verschillende marktsituaties verschillende instrumenten horen. Dat is soms sectorspecifiek en soms algemeen mededingingstoezicht. Uit de studie volgt dan ook dat er geen automatisme valt aan te wijzen dat sectorspecifiek toezicht na enige tijd moet worden opgevolgd door algemeen toezicht.

Economische analyse

Allereerst wordt in het rapport een economische analyse gemaakt van de kwestie algemeen versus sectorspecifiek mededingingstoezicht. Uit deze analyse volgt dat het praktisch gezien niet mogelijk is om op economische gronden een scherp omslagpunt – het punt waarop de markt uit zichzelf overgaat van een monopolistische structuur naar een situatie van effectieve mededinging en dus het algemene mededingingsrecht de rol van de sectorspecifieke regelgeving en toezicht kan overnemen – te definiëren. Wel is een pragmatische evaluatie op basis van onder meer *benchmarking* en enquêtes mogelijk, op basis waarvan drie zones kunnen worden onderscheiden: een zone waarin sprake is van een monopoliesituatie, een zone waarin effectieve mededinging geldt en een overgangszone daartussen. Deze situaties gaan niet automatisch in elkaar over en het is mogelijk dat er een omgekeerd effect optreedt, bijvoorbeeld door het tot stand komen van blijvende oligopolies. Bovendien kan een situatie van effectieve mededinging weer omslaan in een oligopolie met monopolistische kenmerken, zoals bijvoorbeeld het geval is bij collectieve dominantie. Gegevens van onder meer OPTA maken duidelijk dat er op belangrijke delen van de Nederlandse markt nog nauwelijks sprake is van relevante concurrentie,² terwijl tegelijkertijd zichtbaar is dat zich binnen de telecommunicatiemarkt oligopolische tendensen voordoen.

Aan de hand van de afweging tussen specialisatievoordelen van het specifieke toezicht versus de schaalvoordelen van algemeen toezicht, alsmede de verschillen in informatie en slagvaardigheid wordt geconcludeerd dat bij bestaande, functionerende markten alleen in de gevallen waar wordt afgeweken van marktwerking corrigerend moet worden opgetreden. Een ‘lichte’ vorm van toezicht is hier aangewezen. In situaties waarbij de markt faalt, is er reden voor meer intensief, specifiek op dit marktfalen gericht toezicht. Bij de inrichting van een markt in transitie moet veel meer sturend en richtinggevend worden opgetreden. In een natuurlijk monopolie situatie komt effectieve mededinging per definitie nooit tot stand en moet toezicht blijvend georganiseerd worden. Dit kan ook bij een blijvend oligopolie het geval zijn.

De marktdefinitie onder het sectorspecifieke toezicht wordt door de Europese Commissie bepaald op basis van technische kenmerken en houdt weinig rekening met de mogelijke invloed van bestaande en toekomstige substituten. Dit is minder flexibel dan de definitie van de relevante markt bij het algemene toezicht. In de telecommunicatiemarkt is het niveau van

technologische innovatie vrij hoog, waardoor een marktdefinitie gebaseerd op technische kenmerken snel verouderd. Een meer flexibel kader voor marktafbakening bij het sectorspecifieke toezicht is dan ook nuttig voor de kwaliteit van dat toezicht.

Sectorspecifiek versus algemeen

Er wordt in de discussie over mededingingstoezicht veelal van uitgegaan dat er een keuze moet worden gemaakt tussen sectorspecifiek of algemeen mededingingstoezicht. Er zijn echter verschillende aspecten, die soms beter in het sectorspecifieke toezicht en soms beter in het algemene mededingingstoezicht tot hun recht komen.³ Aan de hand van een aantal vergelijkingsparameters is in de studie een inventarisatie gemaakt van de theoretische verschillen en mogelijkheden van het ex ante en ex post mededingingstoezicht.

Bij vergelijking van de algemene karakteristieken kan geconstateerd worden dat sectorspecifiek ex ante toezicht ziet op markttoegang, de aanwijzing van partijen met aanmerkelijke marktmacht en het aangeven van prijskaders. Op het gebied van prijscontrole, monitoring van de ontwikkeling en toepassing van technologie en monitoring van de markt is zowel ex ante als ex post sectorspecifiek toezicht mogelijk. In het algemeen mededingingsrecht bestaat alleen ex ante toezicht in het geval van concentraties en is er slechts ex post controle mogelijk op onder andere misbruik van machtspositie zonder aanwijzingsbevoegdheid van aanmerkelijke marktmacht, markttoegang via de essential facilities doctrine en foreclosure (marktafscherming).

Een ander punt van vergelijking, dat in *Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt* aan de orde komt, betreft de structuur van markttoegang voor operators. Onder een sectorspecifiek regime gelden voor incumbents (zoals KPN in Nederland) beperkingen en/of een vergunningplicht; er worden in tijd beperkte concessies verleend, bijvoorbeeld door middel van een veiling. Dit levert strijd 'om' de markt op: via gunning verkrijgt een partij (of enkele partijen) voor een bepaalde tijd toegang tot de markt. Op het gebied van telecommunicatie kan verder onderscheid worden gemaakt tussen *regulated access* (kabel,⁴ interconnectie, bijzondere toegang,⁵ carrier preselectie⁶) en *negotiated access*. Op basis van het algemene mededingingsrecht kunnen de foreclosure effecten onder zowel art. 82 sub b EG als art. 81 EG worden getoetst. Hier is sprake van strijd 'op' de markt: partijen kunnen de markt naar eigen believen betreden en verlaten.

Op basis van het sectorspecifieke recht kan asymmetrische regelgeving worden ingevoerd voor het verlenen van toegang tot opstartende markten. Ook is het mogelijk nieuwe markttoetreders een in tijd beperkte *competition holiday* te verlenen, zodat zij eigen investeringen veilig kunnen stellen alvorens toegang te moeten verlenen aan derden of horizontale mededinging moeten dulden. In dit verband wordt er op gewezen dat KPN momenteel wezenlijk goedkoper is dan haar concurrenten, omdat zij een natuurlijk monopolie bezit door de eigendom van het aansluitnet. Om een werkelijk *level playing field* te creëren, zou het derhalve noodzakelijk kunnen blijken het aansluitnet te 'nationaliseren' (analoog aan de ontwikkelingen die hebben geleid tot Tennenet en Railnet) teneinde langs die weg gelijke toegangscondities te realiseren. Onder een mededingingsrechtelijk regime dragen markttoetreders zelf het volle concurrentiële risico.

Wat betreft de bescherming van downstream markten zijn in het sectorspecifieke toezicht diverse beschermingsmechanismen denkbaar, zoals wetgeving, een vergunningplicht bij cumulatie van eigendom op downstream markten, eisen met betrekking tot third party access, de verplichting tot unbundling, etc. Bij gebreke van bijzondere regelingen is er geen ex ante

toezicht mogelijk, zoals thans de situatie is bij toegang tot internet via de kabel. In het algemene mededingingstoezicht speelt vooral de essential facilities doctrine als onderdeel van het art. 82 EG-beleid een rol in het kader van *third party access*.

Binnen het sectorspecifieke toezicht speelt prijscontrole zich af op horizontaal niveau bij interconnectieprijzen en op verticaal niveau bij consumentenprijzen. Sectorspecifiek toezicht biedt mogelijkheden om bepaalde prijsverlagingen af te dwingen dan wel om bepaalde prijsniveaus of calculatiemethoden vast te stellen of aan goedkeuring te onderwerpen. Voorbeelden hiervan zijn de herbalancing, de beoordeling van interconnectietarieven en site sharing vergoedingen en de price squeeze toets. In het algemene mededingingstoezicht zijn er op dit gebied geen bevoegdheden en ontbreekt ook de wil bij de Commissie en de NMa om als prijscontroleur op te treden.

De mate waarin en de periode waarvoor sectorspecifiek toezicht zal gelden, dient voor sectorspecifiek toezicht bij wet geregeld te zijn. Dit hangt sterk samen met de wens om opstartende markten en hoge investeringen in nieuwe technologie te beschermen c.q. te stimuleren, maar ook met de omslagzone en met de slagvaardigheid, omdat het er om gaat toetredingsbarrières te slechten. Algemeen mededingingsrechtelijk toezicht daarentegen is steeds direct toepasselijk; er is geen tijdselement of overgangsrecht.

Op grond van art. 13 lid 2 van de ontwerp-Kaderrichtlijn⁷ wordt een onderneming geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met andere, een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Dit ziet op de collectieve machtspositie, een begrip dat bekend is uit het algemene mededingingsrecht, maar daar vanwege de hoeveelheid bewijsproblemen die het met zich meebrengt moeilijk blijkt te operationaliseren.⁸ Deze bewijslastproblematiek is wellicht te vermijden door het sectorspecifiek invoeren van criteria die kunnen leiden tot meer duidelijkheid voor toezichthouder, marktspelers en consument. Een voorbeeld hiervan zijn de zogenaamde *Vermutungsschwellen* zoals neergelegd in art. 19 lid 3 van het Duitse Gesetz gegen unlautere Wettbewerbsbeschränkungen, waarin het vermoeden van dominantie wordt gebaseerd op het marktaandeel van een groep ondernemingen (*Oligopolmacht*). Zo wordt een aantal ondernemingen gezamenlijk vermoed dominant – in de zin van een oligopolie – te zijn als het gaat om twee of drie ondernemingen die een gezamenlijk marktaandeel van 50% hebben, of als het twee tot vijf ondernemingen betreft die een marktaandeel van twee derde bezitten. Het vermoeden gaat niet op als de ondernemingen kunnen aantonen dat op grond van de (te verwachten) marktstructuur kan worden verwacht dat er substantiële concurrentie tussen hen zal blijven bestaan of dat de ondernemingen geen aanzienlijke marktpositie innemen ten opzichte van overige marktpartijen. De bewijslast rust derhalve op de ondernemingen in kwestie. De toezichthouder dient vervolgens de marktposities van de betreffende ondernemingen, de marktstructuur en de daartoe door de ondernemingen overlegde gegevens te onderzoeken. Als hieruit niet onomstotelijk blijkt dat de ondernemingen geen dominante positie innemen, mag worden uitgegaan van het vermoeden van dominantie. Collectieve marktmacht kan in de telecommunicatiesector bovendien al snel worden vermoed, omdat de parameters daarvoor inherent aanwezig zijn: er is geen vrije toetreding tot de markt, mede veroorzaakt door de schaarste aan de grondstof spectrum en de daarmee samenhangende regelgeving; er ligt een natuurlijk belang tot coördinatie tussen het geringe aantal marktpartijen, wat betreft prijzen, techniek en interconnectie en men zal roaming willen vermijden. In het algemene mededingingstoezicht staat de bevoegdheid om collectieve macht aan te pakken volgens de algemene mededingingsrechtelijke regels inmiddels vast, zowel in het kader van art. 82 EG (ex post) als bij concentratietoezicht (ex ante). Ook hier levert het al dan niet bestaan van een collectieve machtspositie iedere keer netelige bewijslastproblemen op.⁹ Omkering van

de bewijslast door invoering, in Nederland, van *Vermutungsschwellen* in het algemene mededingingsrecht ligt niet voor de hand, zolang dat niet tevens op communautair niveau gebeurt.

De *ex ante* toezichthouder lijkt sneller en wat slagvaardiger te kunnen reageren dan de algemene toezichthouder. Een nadeel verbonden aan het gegeven dat markten *ex ante* moeten worden vastgesteld is dat de specifieke toezichthouder door de gefixeerde marktdefinities minder goed in staat is te reageren op veranderingen in de markt. Een voordeel is dat wanneer eenmaal een partij met aanmerkelijke marktmacht is aangewezen, de markt niet elke keer opnieuw hoeft te worden gedefinieerd. De vraag is echter gerechtvaardigd of de stelling, dat de sectorale toezichthouder sneller en slagvaardiger lijkt te kunnen reageren, in objectieve zin houdbaar is. Het gaat in hoofdzaak immers om de 'slagvaardigheidspotentie', van de sectorale toezichthouder, eerder dan om de 'uitvoeringsefficiëntie'. Slagvaardigheidspotentie kan bovendien alleen worden gerealiseerd als de wettelijke instrumenten daarvoor toereikend zijn en juist daar schort het aan in de Nederlandse wetgeving. Bezien we de onderwerpen waarbij van de sectorale toezichthouder slagvaardigheid wordt verwacht, dan gaat het om het vooraf kunnen inspelen op ontwikkelingen in de markt, maar daarvoor zijn in Nederland de bevoegdheden ontoereikend. Voor het overige gaat het voornamelijk om het beslechten van interconnectie- en toegangsgeschillen al of niet op basis van eerder opgestelde richtsnoeren. Het betreft daarbij eerder *ex post* dan *ex ante* toezicht. Al doende worden daarbij de richtsnoeren aangepast en verfijnd. Deze taak zou wellicht ook door een generieke toezichthouder kunnen worden verricht, gezien de slagvaardigheidspotentie van deze laatste (voorlopige maatregelen, structurele maatregelen, dwang, geldboetes, etc.). De algemene toezichthouder heeft echter het nadeel dat deze dat moet doen op basis van het generieke misbruikbegrip, hetgeen tot feitelijke en juridische complicaties kan leiden die op zich zelf weer afbreuk kunnen doen aan de slagkracht. Overigens doen zich hier dikwijls situaties van *concurrent powers* voor zoals de richtsnoeren 'Toegang tot omroepnetwerken' 10 en 'Prijsqueeze' 11 leren. Binnen het algemene mededingingstoezicht blijkt met name het optreden bij wege van repressief toezicht in de praktijk veel tijd te kosten, hetgeen ten koste gaat van de slagvaardigheid. Concentratietoezicht ligt nu al in handen van de algemene mededingingsautoriteit en wordt binnen strakke tijdschema's afgewikkeld. Binnen de concentratiecontrole verkregen marktdefinities hebben een ruimere precedentwerking en worden in het overige mededingingsrecht gehanteerd.

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

Internationale ontwikkelingen

Aan de hand van enkele specifieke voorbeelden wordt in de studie op hoofdlijnen een analyse gemaakt van enkele internationale ontwikkelingen. De gekozen voorbeelden geven een

indicatief beeld van benaderingen die deels met de Nederlandse opvattingen in lijn zijn, maar daar ook in belangrijke mate van afwijken.

Het betreft allereerst het nieuwe door de Commissie voorgestelde regelgevingskader. Met de definitie van 'elektronische communicatie' – die is opgenomen in de definities van 'elektronisch communicatienetwerk' en 'elektronische communicatiedienst' – wordt op regulatorisch niveau de convergentie tussen elektronische media gerealiseerd en zijn de voornaamste scheidingslijnen tussen telecommunicatie en omroep geslecht. In de concept-regels blijft het accent liggen op sectorspecifieke regulering, maar wordt wel een stap in de richting van het algemene mededingingsrecht gezet door een nieuwe invulling te geven aan het begrip 'aanmerkelijke marktmacht'. De toetsing aan aanmerkelijke marktmacht komt in belangrijke mate overeen met de toetsing aan 'economische machtspositie' zoals bekend uit het gewone mededingingsrecht. Aldus worden algemeen mededingingsrechtelijke paradigma's met een ex post-karakter geïntroduceerd in de (ex ante) sectorspecifieke regulering.

Een tweede internationale ontwikkeling wordt geïllustreerd aan de hand van het onlangs gepubliceerde Britse White Paper *A New Future for Communications*.¹² In dit White Paper wordt voorgesteld om – in navolging van de Verenigde Staten, waar sinds 1934 (de inwerkingtreding van de Communications Act) sprake is van één regulator en één wetgevend kader – tot één regulator voor de gehele communicatiesector te komen. Deze trend wordt ook gesignaleerd in een recente studie van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.¹³ In Nederland zijn reeds lang geleden suggesties gedaan om tot één geïntegreerde sectorspecifieke toezichthouder te komen.¹⁴

In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk wordt bovendien gewerkt met concurrent powers tussen sectorspecifieke en algemene toezichthouders waar het de toepassing van het algemeen mededingingsrecht betreft. In dit verband wordt aandacht besteed aan de *AOL/Time Warner*-zaak, een recent voorbeeld van concurrent powers, waarin sprake is van toetsing door zowel de algemene mededingingsautoriteit (de Federal Trade Commission) als de sectorspecifieke toezichthouder (de Federal Communications Commission). Deels komen de toezichthouders tot gelijke voorwaarden, deels verschillen deze mede als gevolg van het regelgevend kader dat wordt toegepast.¹⁵ Voor zover er problemen zijn bij de handhaving als gevolg van samenloop lijken die zowel in de VS als in het VK niet problematisch genoeg om specifieke afstemmingsregels voor te schrijven. De auteurs van het Britse White Paper zien mede als voordeel van concurrent powers dat over een breder instrumentarium wordt beschikt en de overgang van sectorspecifiek naar algemeen meer vloeiend kan verlopen.

Knelpunten

In aansluiting op het theoretische kader met betrekking tot algemeen versus sectorspecifiek toezicht/regulering, is tevens een analyse te maken van knelpunten die zich in de praktijk hebben voorgedaan en zich waarschijnlijk ook in de toekomst nog zullen voordoen. Tot de gesignaleerde knelpunten behoort de historische opbouw van het telefoonnet die een efficiënte interconnectie bemoeilijkt, zowel op het vlak van de techniek als op dat van de prijs. Ten aanzien van het netwerk wordt voorts geconstateerd dat een onafhankelijke netbeheerder ontbreekt en er geen bestuurlijke instrumenten zijn om de bouw en de exploitatie van een *state of the art* netwerk te bevorderen. Een ander kenmerkend probleem in dit verband betreft de *price squeeze* die optreedt omdat de historische monopolist dominant is zowel op de wholesale- als de retailmarkt.

Voor wat betreft het regulatorische kader ontbreken heldere doelstellingen in de regelgeving, hetgeen deels de formele wetsuitleg door de bestuursrechter verklaart. Het

technologiespecifieke kader van de ONP technologie (spraaktelefonie) en onduidelijkheid van de wet op essentiële punten (antenne-opstelpunten, carrier preselectie, marktdefinities van het ONP kader en de omschrijving van het begrip aanmerkelijke macht) versterken de problematiek. Daar komt bij dat bevoegdheden zijn versnipperd (zie bijvoorbeeld frequenties, nummers en de omroepnetwerken) en dat procedures onduidelijk zijn en te lang duren. Er is onduidelijkheid over het soort besluiten dat OPTA kan nemen en, daarmee verband houdende, een bevoegdheid van OPTA algemene aanwijzingen te geven, los van geschillen, ontbreekt. Ook is OPTA niet bevoegd om (in coördinatie met de NMa) mededingingsrecht toe te passen.

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

Aanbevelingen

Op basis van de geconstateerde knelpunten en het onderliggende theoretische kader is een aantal aanbevelingen geformuleerd, dat hier onverkort wordt weergegeven:

1. Door middel van benchmarking kan nader worden bepaald wanneer er sprake zou kunnen zijn van een situatie van effectieve mededinging, aan de hand waarvan in meer of mindere mate kan worden geopteerd voor (een combinatie van) sectorspecifieke of algemene regulering en toezicht.
2. Voor de bewijsregels in het kader van het al dan niet bestaan van collectieve machtsposities kan worden aangesloten bij het begrip Vermutungsschwellen.
3. Neutralisering van het netwerkbeheer. Het netwerk zou kunnen worden ondergebracht in een zelfstandige onderneming. Wanneer dat door indertijd gemaakte politieke keuzen niet meer valt te realiseren, lijkt een sterk sectorspecifiek toezicht om onafhankelijke toegang tot het net te realiseren noodzaak.
4. In de regulering is een herstel van de doel/middel-relatie gewenst. Dit betekent dat de inrichting van regulering en toezicht weer in relatie wordt gebracht met het bereiken van een (meer) competitieve markt en de bescherming van consumentenbelangen.
5. Aangezien er geen scherp onderscheid is te maken tussen beleid en uitvoering dient de toezichthouder over alle (beleids)instrumenten te beschikken. Dat betekent in de praktijk dat frequentie- en nummerbeleid bij de toezichthouder moeten berusten. Voorts verdient het aanbeveling de toezichthouder algemene aanwijzingsbevoegdheden te geven, die los staan van aanhangig gemaakte geschillen.
6. Mede om de transactiekosten van betrokken partijen zo laag mogelijk te houden, verdient het de voorkeur om toezicht en regulering zoveel mogelijk in één hand te plaatsen.
7. Bij de implementatie van de nieuwe richtlijnen moet de bestaande wet geëvalueerd worden.
8. De processuele/bestuursrechtelijke aspecten van de regulering en het toezicht vragen nadere aandacht. De onverkorte toepassing van de Awb op geschillen verdient heroverweging in termen van procedures, betrokken partijen en termijnen. De bewijs- en geheimhoudingsregels verdienen meer precisie.

9. Er zou een analyse moeten worden gemaakt van de kosten die gemoeid zijn met de lange tijd tot een definitief bindend oordeel wordt verkregen.

Kabinetsstandpunt

De Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat heeft aan het Overlegorgaan Post en Telecommunicatie een concept-kabinetsstandpunt gezonden waarin wordt ingegaan op de evaluatie van OPTA.¹⁶ Deze evaluatie wordt hier als zodanig niet nader besproken. Wel wordt stilgestaan bij hetgeen in het concept wordt gesteld met betrekking tot de toekomstige positionering van het telecommunicatietoezicht.¹⁷

Het standpunt, dat een uitgebreide historische inleiding kent, herhaalt in belangrijke mate het structuurdenken dat al eerder ten toon is gespreid met betrekking tot het toezicht op de telecommunicatiesector. Niet de doelen die worden beoogd met regulering van de sector en het daarbij behorende toezicht staan voorop, maar de nadruk ligt primair op het belang van algemene rapporten over het toezicht en de positionering van toezichthouders. Daarbij gaat het om studies zoals het rapport 'Zicht op toezicht'¹⁸ van de commissie-Visser, 'Vertrouwen in onafhankelijkheid' van de commissie-Borghouts en het ICER-advies 'De Europese dimensie van toezicht'.¹⁹

Het standpunt is dus niet gebaseerd op of onderbouwd met gegevens over de feitelijke situatie in de telecommunicatiemarkt en bevat geen analyse van de toekomstverwachtingen met betrekking tot de markt. Ook een analyse van de overeenkomsten en verschillen van sectorspecifieke en algemene mededingingsregulering en de hieraan verbonden effecten op de marktsector wordt niet gegeven. Het kabinet staat hierin overigens niet alleen. Ook de Raad voor Verkeer en Waterstaat publiceerde eind vorig jaar een advies over het toezicht en de regulering van de communicatiesector waaraan feitelijke onderbouwing ontbreekt.²⁰

Voor wat betreft de toekomstige bestuurlijke inrichting van het toezicht wordt in het concept gesteld dat sectorspecifiek toezicht nodig zal blijven en effectiviteit en efficiency voorop staan. Het feit dat de NMa op grond van een ingediende wetswijziging een zelfstandig bestuursorgaan wordt, maakt het in beginsel mogelijk om specifiek mededingingstoezicht op de communicatiesector aan de NMa op te dragen. Voor het op termijn samenvoegen van NMa en OPTA bestaan derhalve geen institutionele belemmeringen meer.

Uiteindelijk worden in het concept drie opties voorgesteld – waarbij nog niet direct een keuze wordt gemaakt – die ter tafel zouden liggen. In de eerste optie blijft OPTA zelfstandig en zou er in 2005 een nieuwe evaluatie moeten plaatsvinden. In de tweede optie is er sprake van een 'toegroeimodel'. OPTA wordt voorlopig gehandhaafd als zelfstandige toezichthouder, maar de NMa krijgt een instemmingsrecht op dossierniveau vanaf 2003 (bij de introductie van het nieuwe Europese regelkader voor de communicatiesector). Binnen deze optie zou er ook sprake kunnen zijn van een verdere institutionalisering door een overkoepelende Raad in te stellen waarin OPTA en NMa vertegenwoordigd zijn, maar uiteindelijk zou dit model er toe moeten leiden dat OPTA als kamer binnen de NMa gaat functioneren. In de derde optie wordt OPTA met ingang van 2003 een kamer van de NMa.

Regulerings- en toezichtssqueeze

Het kabinetsstandpunt kiest dus een totaal andere benadering dan *Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt*. Zo wordt vrijwel geheel voorbijgegaan aan een beschrijving van de onderliggende markten en de verwachtingen ten aanzien van hoe die zich zullen gaan ontwikkelen. Nog steeds wordt – zij het met enige nuanceringen – verwacht dat de telecommunicatiesector een markt is waarop effectieve mededinging in de meeste gevallen kan

worden gerealiseerd. Deze verwachte maar niet onderbouwde ontwikkeling van de markt behoort tot de ijkpunten voor de geschetste opties, waarbij bovendien wel erg gemakkelijk wordt voorbijgegaan aan andere opties die in de evaluatierapportages zijn geschetst, zoals het toekennen van concurrent powers aan OPTA en het vormen van één toezichthouder voor de communicatiesector. Dat OPTA – mede op grond van de Europese regels – ook allerlei andere taken kent (zoals het toekennen van vergunningen, het bijhouden van registraties, consumentenbescherming, privacyregels, universele dienst, etc.), die niet of nauwelijks een mededingingskarakter hebben, wordt evenmin aan de orde gesteld.

De kort-door-de-bocht-redenering van het concept-kabinetsstandpunt is niet uniek. In het al genoemde advies van de Raad voor Verkeer en Waterstaat wordt bepleit dat – met uitzondering van het zogenaamde aansluitnet – er kan worden volstaan met algemeen mededingingstoezicht.

De aanpak van het concept-kabinetsstandpunt heeft alle kenmerken van een omkering van de problematiek. Het middel (de inrichting van het toezicht en de regulering) wordt tot doel verheven met als gevolg dat de doelstellingen van de telecommunicatieregulering verder in het gedrang komen. In telecomland is men bekend met dit soort dynamiek, die ten volle tot uitdrukking komt in de beruchte prijsqueeze: al zijn de tarieven die KPN voor haar diensten bij concurrenten in rekening mag brengen gebaseerd op kosten, dan hoeft dit nog niet te betekenen dat concurrenten vervolgens tegen concurrerende tarieven de markt op kunnen. De opties van het kabinetsstandpunt kunnen tot een *regulerings- en toezichtsqueeze* leiden: modelmatig ziet het er allemaal prachtig uit, maar de consequentie is mogelijk dat de doelstellingen – zoals marktwerking en bescherming van eindgebruikers – alleen maar verder aan de horizon komen te staan. Met weinig doordachte documenten als het concept-standpunt wordt slechts onrust gezaaid en schade aangericht daar waar sprake is van in belangrijke mate goed functionerend toezicht en vooral de behoefte bestaat aan betere regulering.

1 Aan het rapport, dat in opdracht van OPTA werd geschreven, werkten mee: Prof. mr. E.J. Dommering, Dr. N.A.N.M. van Eijk, Prof. mr. J.J.M. Theeuwes (Stichting Economisch Onderzoek, SEO) en Prof. mr. F.O.W. Vogelaar (Europa Instituut/Amsterdam Centre for International Law, ACIL).

2 OPTA, AMM - aanwijzing voor vaste openbare telefonie, OPTA/EGM/2000/-202722, 15 november 2000.

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

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

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

Worldcom/KPN Telecom); OPTA 3 november 2000, OPTA/IBT/2000/202922 (Voorlopig besluit Eager Telecom/KPN Telecom); OPTA 21 november 2000, OPTA/IBT/2000/202886 (MCI WorldCom/KPN Telecom).

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

7 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, COM(2000) 393 def., PbEG 2000 C 365 E/198.

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

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

10 OPTA/NMa, Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken, OPTA/IBT/99/7064, 17 augustus 1999.

11 OPTA/NMa, Richtsnoeren prijsstijging, OPTA/EGM/2000/200494, NMa/- 2201/ 12, 28 februari 2001.

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

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

14 J.C. Arnbak, J.J. van Cuilenburg & E.J. Dommering, Verbinding en Ontvlechting in de Communicatie, een studie naar toekomstig overheidsbeleid voor de openbare elektronische informatievoorziening, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1990, hoofdstuk 10.

15 Zie FTC, 'Agreement containing consent orders', 14 december 2000, File no. 001 0105; FTC, 'Order to hold separate', 14 december 2000, Docket No. C-3989. Zie tevens FCC, Memorandum Opinion and Order, 11 januari 2001 (datum van uitgifte: 22 januari 2001, CS Docket No. 00-30).

16 Het stuk heeft nummer OPT 2001/117 en is besproken tijdens de OPT-vergadering van 15 mei jl. Zie de agenda van dit overleg op <<http://www.overlegvenw.nl>>. Het conceptvoorstel als zodanig is niet via een openbare bron toegankelijk gemaakt, maar mogelijk bij het OPT op te vragen.

17 Zie voor het onderzoeksrapport de website van het ministerie van Verkeer en Waterstaat: <<http://www.minvenw.nl>> (nieuws, meer/brieven aan de tweede kamer/2001/april 2001, 3 april). Directe referenties: <<http://www.minvenw.nl/cend/bsg/brieven/data/986300450.pdf>>, <<http://www.minvenw.nl/cend/bsg/brieven/data/986300379.pdf>>.

18 Het rapport-Visser en het kabinetsstandpunt zijn op 12 januari 1998 aangeboden aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 73H en is op 14 april 1998 besproken met de vaste commissies voor Economische Zaken en voor Justitie in de Tweede Kamer, Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 93.

19 ICER, De Europese dimensie van toezicht, 6 oktober 2000.

20 Raad voor Verkeer en Waterstaat, Communicatie à la carte, 9 november 2000.