



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het Europese telecommunicatierecht na 24 juli 2003 en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving

Geus, M.J.; Zwenne, G.J.

Citation

Geus, M. J., & Zwenne, G. J. (2002). Het Europese telecommunicatierecht na 24 juli 2003 en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving. *Mediaforum*, 14(6), 196-205. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3720>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3720>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het Europese telecommunicatierecht na 24 juli 2003 en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving

Op Europees niveau is recentelijk een pakket nieuwe telecommunicatierichtlijnen aangenomen, waarmee het Europese regelgevend kader ingrijpend wordt herzien. Met de nieuwe richtlijnen wordt recht gedaan aan de toegenomen concurrentie en convergentie in de communicatiesector. Dit artikel bespreekt een aantal belangrijke wijzigingen en mogelijke gevolgen voor de Nederlandse wetgeving.

Marjolein Geus en Gerrit-Jan Zwenne
Mr. M.J. Geus (marjolein.geus@twobirds.com) is advocaat te Den Haag en redacteur van dit blad. Mr. G.J. Zwenne (gerrit-jan.zwenne@twobirds.com) is eveneens advocaat te Den Haag alsmede universitair docent aan de Universiteit Leiden (Centrum voor eLaw@Leiden) en fellow bij het E.M. Meijers Instituut van dezelfde universiteit.

I. Inleiding

Op 25 juli 2003 verandert het telecomlandschap in Europa. Dat is althans de bedoeling van de vijf nieuwe telecomrichtlijnen die tezamen de basis vormen van het nieuwe regelgevingskader voor de communicatiesector. De bedoeling van dit nieuwe regelgevingskader is het bieden van een nieuwe flexibele benadering van de regulering van elektronische communicatienetwerken en diensten in de zich snel ontwikkelende markten.¹

De richtlijnen waar het om gaat zijn de Kaderrichtlijn (2002/21)² en vier bijzondere richtlijnen, namelijk de Machtigingsrichtlijn (2002/20),³ de Toegangsrichtlijn (2002/19),⁴ de Universele-dienstrichtlijn (2002/22)⁵ en een nieuwe Telecom-privacyrichtlijn die als het goed is binnenkort wordt vastge-

steld.⁶ Deze richtlijnen zijn gebaseerd op artikel 95 EG-Verdrag, met als uitgangspunt volledige harmonisatie. In een aantal richtlijnbevestigingen wordt aan de lidstaten expliciet een keuzemogelijkheid geboden en is sprake van optionele harmonisatie.

Afgezien van de voornoemde richtlijnen op basis van artikel 95 EG-Verdrag worden de Dienstenrichtlijn (90/388)⁷ en andere liberaliseringsrichtlijnen⁸ vervangen door een nieuwe richtlijn betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatie.⁹ De grondslag voor deze richtlijn ligt in artikel 86 lid 3 EG-Verdrag dat ziet op liberalisering.

In onderstaand schema is aangegeven welke van de belangrijkste oude richtlijnen door de nieuwe richtlijnen worden vervangen.¹⁰

- 1 Zie over de eerdere ontwikkelingen in de telecommunicatieregulering o.a. M.J. Geus en C. Hoepied, 'Het Europeesrechtelijke kader voor nationale telecommunicatieregulering: de blik op 1 januari 1998', *Mediaforum* 1997-5, p. 81-82 en M.J. Geus, 'Telecomregulering: het Europese orakel en de Nederlandse wetgever', *Mediaforum* 1996-4, p. 50-55.
- 2 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) *PbEG* 2002 L 108/33.
- 3 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), *PbEG* 2002 L 108/21.
- 4 Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn) *PbEG* 2002 L 108/7.
- 5 Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universele-dienstrichtlijn) *PbEG* 2002 L 108/51.
- 6 Gemeenschappelijk Standpunt (EG) Nr. 26/2002 door de Raad vastgesteld op 28 januari 2002 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2002/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (2002/C 113 E/03), *PbEG* 2002, C 113 E/39.
- 7 Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mede-

dinging op de markten voor telecommunicatiediensten, *PbEG* 1990 L 192/10.

- 8 Resp. Richtlijn 94/46/EG van de Commissie van 13 oktober 1994 tot wijziging van Richtlijn 88/301/EEG en Richtlijn 90/388/EEG met name met betrekking tot satellietcommunicatie, *PbEG* 1994 L 268/15; Richtlijn 95/51/EG van de Commissie van 18 oktober 1995 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie inzake de opheffing van de beperkingen op het gebruik van kabeltelevisienetten voor het verrichten van reeds geïntegreerde telecommunicatiediensten, *PbEG* 1995 L 256/49; Richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van de Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie, *PbEG* 1996 L 20/59; Richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie, *PbEG* 1996 L 74/13; Richtlijn 1999/64/EG van de Commissie van 23 juni 1999 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG teneinde ervoor te zorgen dat telecommunicatienetwerken eigendom van eenzelfde exploitant zijn, gescheiden juridische eenheden vormen, *PbEG* 1999, L 175/39.
- 9 Inmiddels is een ontwerp-richtlijn betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatiediensten bekendgemaakt, zie 2001/C96/02, *PbEG* 2001 C 96/2-7.
- 10 Een compleet overzicht van de huidige harmoniserings- en liberaliseringsrichtlijnen staat in E. J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht*, Den Haag: Sdu 1999, p. 142 en 144-145; zie verder ook Knol, Schmidt en Zwenne (*TenCTw*), *Inl. opm. Telecommunicatiewet*, aant. 4 en 5, p. 2-4.

Old	Nieuw
Dienstenrichtlijn (90/388) Satellietrichtlijn (94/46) Kabelrichtlijn (95/51) Richtlijn Mobile Communicatie (96/2) Richtlijn Volledige Mededinging (96/19) Richtlijn eigendom kabeltelevisienetten (99/64)	ontwerp Mededingingsrichtlijn (2002/...)
ONP-Kaderrichtlijn (90/387) (97/51) Vergunningenrichtlijn (97/13) GSM richtlijn (87/372) ONP-huurlijnenrichtlijn (92/44) (97/51) Richtlijn normen televisiesignalen (95/47) Interconnectierichtlijn (97/33) (98/61) ONP-spraakrichtlijn II (98/10)	Kaderrichtlijn (2002/21) Machtigingsrichtlijn (2002/20) Toegangsrichtlijn (2002/19) Universele Dienstrichtlijn (2002/22) Verordening Ontbundelde Toegang EG2887/2000
Telecomprivacy-richtlijn (97/66)	Nieuwe Telecomprivacyrichtlijn (2002/..)

Niet alle richtlijnen worden vervangen. De RTE-richtlijn (99/5)¹¹ en de EMC-richtlijn (89/336, 91/263, 92/31, 93/68)¹² blijven van toepassing.

2. De nieuwe richtlijnen

Het pakket nieuwe Europese telecommunicatierichtlijnen is ingegeven door de toegenomen concurrentie binnen de communicatiesector en de toegenomen convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie, op basis waarvan voor alle transmissienetwerken en -diensten een zelfde regelgevingskader gaat gelden.

De huidige Europese telecommunicatierichtlijnen, waarbij in belangrijke mate sprake is van aparte regelgeving per soort van telecommunicatienetwerk en -dienst worden daarbij ingetrokken.

2.2 Kaderrichtlijn

Toepassingsgebied van de Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen

In de nieuwe Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen (Machtigings-, Toegangs-, Universele-dienst- en Telecomprivacyrichtlijn) is uitgegaan van convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie op basis waarvan alle transmissienetwerken en -diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen (artikel 1 lid 1, artikel 2 sub a en c Kaderrichtlijn).

In lijn met dit uitgangspunt geeft de Kaderrichtlijn een geharmoniseerd kader voor de regulering van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten en bijbehorende faciliteiten en diensten. In de richtlijn zijn de definities van onder meer 'elektronisch communicatienetwerk' en 'elektronische communicatiedienst' opgenomen (artikel 1^o artikel 2 sub a en c Kaderrichtlijn). Op grond van die definities geldt het geharmoniseerde regelgevend kader onder meer voor satellietnetwerken, vaste netwerken (met inbegrip van internet), mobiele netwerken, elektriciteitsnetten (voorzover deze voor overdracht van signalen worden gebruikt), netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken. Tot de bijbehorende faciliteiten die op

grond van de Kaderrichtlijn ook op geharmoniseerde wijze worden gereguleerd behoren faciliteiten die het aanbieden van diensten mogelijk maken of ondersteunen, waaronder systemen voor voorwaardelijke toegang en elektronische programmagidsen.

Het bereik van de Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen is beperkt tot de harmonisatie van de regelgeving terzake van de transmissie. Het nieuwe geharmoniseerde kader heeft geen betrekking op de inhoud van de diensten die via elektronische communicatienetwerken met behulp van elektronische communicatiediensten worden aangeboden, zoals de inhoud van omroepprogramma's. Anderzijds wordt in de overwegingen bij de Kaderrichtlijn wel gesteld dat rekening mag worden gehouden met de relaties die tussen transmissie en inhoud bestaan, teneinde pluralisme in de media, culturele verscheidenheid en consumentenbescherming te garanderen (overweging 5 Kaderrichtlijn). Deze overweging lijkt aldus te moeten worden begrepen dat regelgeving terzake van bijvoorbeeld de transmissie van omroepprogramma's, zoals het verlenen van vergunningen voor het gebruik van omroepfrequenties en de doorgifte van programma's via kabeltelevisienetwerken, weliswaar valt onder het nieuwe geharmoniseerde regelgevingskader, maar dat bij de invulling daarvan wel rekening gehouden mag worden met de genoemde aspecten die op de inhoud van die programma's betrekking hebben. Een en ander brengt met zich mee dat behalve bepalingen uit de telecommunicatiewetgeving ook de onderdelen van de Mediawet die zien op de transmissie van signalen (d.w.z. uitzenden van programma's) moeten worden aangepast. Dit betreft –naar het zich laat aanzien – de artikelen 82a tot en met 82k Mediawet.¹³

Het uitgangspunt is dat de regelgeving technologisch neutraal moet zijn, zodat het gebruik van een bepaalde technologie niet mag worden voorgeschreven of bevoordeeld. Er mogen echter wel evenredige maatregelen worden genomen om bepaalde specifieke diensten te bevorderen mits dit gerechtvaardigd is. Een voorbeeld daarvan is het bevorderen van het digitale televisieaanbod, en wel omdat dit een middel is om spectrumefficiency te vergroten (overweging 18 Kaderrichtlijn).

¹¹ Richtlijn 1999/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 1999 betreffende radioapparatuur en telecommunicatie-eindapparatuur en de wederzijds erkenning van hun conformiteit, PbEG 1999 L 091.

¹² Richtlijn 89/336/EEG van de Raad van 3 mei 1989 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de Lidstaten inzake elektromagnetische

compatibiliteit, PbEG 1989 L 139/19 (nadien gewijzigd bij Richtlijnen 91/263/EEG, 92/31/EEG en 93/68/EEG)

¹³ Zie ook E. J. Dommering, 'De nieuwe Brusselse Telecommunicatierichtlijnen', *Computerrecht* 2001-2.

Hierna bespreken wij enkele belangrijke, in de Kaderrichtlijn geregelde onderwerpen. Voor de bepalingen die betrekking hebben op de toewijzing van frequenties en nummers verwijzen wij naar de bespreking van de Machtigingsrichtlijn (par. 2.3)

NRI's (Nationale Regelgevende Instanties)

Onder NRI's verstaat de Kaderrichtlijn één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met één van de regelgevende taken die in de Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd (artikel 2 sub g Kaderrichtlijn). Met NRI's worden dus bedoeld de nationale instanties die zijn belast met de uitvoering van de toezichthoudende en handhavende taken als bedoeld in de richtlijnen. De Kaderrichtlijn staat toe dat er in een lidstaat meerdere NRI's zijn.

De lidstaten moeten deze NRI's melden bij de Commissie. En daarbij moeten zij een heldere omschrijving van de onderscheiden verantwoordelijkheden geven (artikel 3 lid 6 Kaderrichtlijn). Evenals thans het geval is, moeten NRI's onafhankelijk zijn van de elektronische communicatiebedrijven (artikel 3 lid 2 Kaderrichtlijn). De nationale mededingingsautoriteiten zijn echter geen NRI in de zin van de Kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen. Wel schrijft de Kaderrichtlijn overleg en samenwerking tussen de NRI's en de nationale mededingingsautoriteit voor.¹⁴

Installatie en gedeeld gebruik van faciliteiten

In het nieuwe regelgevend kader wordt de installatie en het gedeeld gebruik van faciliteiten geregeld in artikel 8 ontwerp-Mededingingsrichtlijn, alsmede in de artikelen 11 en 12 van de Kaderrichtlijn en artikel 12 van de Toegangsrichtlijn en artikel 6 lid 1 j° Bijlage A onder 5 van de Machtigingsrichtlijn. Het onderwerp is ook, zij het summier, geregeld in de huidige richtlijnen (artikel 4 quinquies Richtlijn Volledige Mededinging, artikel 11 Interconnectierichtlijn).

Artikel 11 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat de bevoegde instanties die gaan over de installatie van faciliteiten ten behoeve van openbare of niet-openbare elektronische communicatienetwerken op, over of onder openbaar of particulier eigendom dienen te handelen op basis van doorzichtige en openbare procedures die zonder discriminatie en onverwijld worden toegepast. Daarbij zullen de beginselen van transparantie en non-discriminatie ook moeten gelden bij het verbinden van voorwaarden aan de betreffende rechten. De bepalingen gelden dus zowel voor particuliere als voor openbare gronden, gebouwen etc. en zowel voor openbare als voor niet-openbare netwerken.

Bij gedeeld gebruik van faciliteiten kan het gaan om fysieke collocatie en gedeeld gebruik van leidingen, gebouwen, masten, antennes of antennesystemen. De regeling met betrekking tot het gedeelde gebruik is verspreid over de verschillende richtlijnen.¹⁵ De mogelijkheid van het voorschrijven van gedeeld gebruik geldt in ieder geval ten aanzien van een partij met een installatierecht, indien er voor andere aanbieders van openbare telecommunicatienetten geen andere mogelijkheden zijn (om redenen van milieubescherming en ruimtelijke ordening). Daarnaast kunnen verplichtingen tot gedeeld gebruik opgelegd worden aan een partij die een openbaar communicatienetwerk aanbiedt en een machtspositie heeft (artikel 12 lid 1 sub f Toegangsrichtlijn). Tot slot kunnen ook in andere gevallen door lidstaten uitgebreidere verplichtingen

tot gedeeld gebruik worden opgelegd, bijvoorbeeld ten behoeve van aanbieders van niet-openbare communicatienetwerken en aan partijen die niet over een installatierecht beschikken (artikel 12 Kaderrichtlijn).

Geharmoniseerde doelstellingen en beginselen voor alle NRI's

Nieuw ten opzichte van de huidige telecommunicatierichtlijnen zijn ook de geharmoniseerde doelstellingen en regelgevingsbeginselen die gelden voor alle NRI's in de diverse lidstaten. De geharmoniseerde doelstellingen en beginselen zijn gelegen op het gebied van de bevordering van de concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en de bevordering van de belangen van de burgers van de Europese Unie. De NRI's moeten er bijvoorbeeld voor zorgen dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie bestaat. Daarnaast moeten zij efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aanmoedigen en innovaties steunen, alsmede het opzetten en ontwikkelen van trans-Europese netwerken en de interoperabiliteit van pan-Europese diensten en eind-tot-eind connectiviteit aanmoedigen. Ook moeten zij aandacht schenken aan de behoeften van specifieke maatschappelijke groepen, met name gehandicapte gebruikers (artikel 8 Kaderrichtlijn). Het feit dat thans aan alle NRI's in de Europese Unie wordt opgedragen om bij de vervulling van de specifiek aan hen opgedragen taken de genoemde doelstellingen en beginselen in acht te nemen lijkt voor veel NRI's een belangrijke aanpassing van bevoegdheden en toetsingscriteria in te houden. Zie ook hierna bij de bespreking van de gevolgen voor de Nederlandse regelgeving (par. 3).

Het begrip 'aanmerkelijke markt macht' (AMM)

Het begrip 'aanmerkelijke markt macht' of AMM wordt ook in de nieuwe richtlijnen gebruikt. De invulling daarvan verandert echter. In plaats van thans gehanteerde maatstaf van een marktaandeel van 25 procent wordt in de nieuwe richtlijnen uitgegaan van een economische machtspositie in de zin van het mededingingsrecht. Er is sprake van aanmerkelijke markt macht als een onderneming, alleen of samen met andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie heeft. Dat wil zeggen, dat deze onderneming een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. Van belang daarbij is dat de richtlijn nadrukkelijk spreekt over de mogelijkheid van gezamenlijke machtsposities en machtsposities op nauw verwante markten (artikel 14 lid 2 en 3 Kaderrichtlijn).

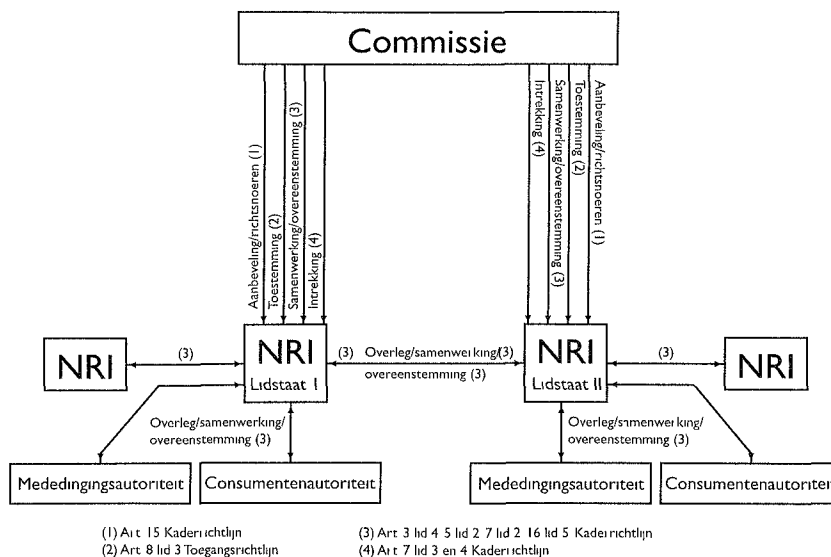
Er blijft onder de nieuwe richtlijn sprake van ex ante regulering. Er is echter niet langer sprake van een vaste set specifieke verplichtingen die automatisch van toepassing is op de AMM-partij. De specifieke verplichtingen die kunnen worden opgelegd zijn omschreven in de Toegangsrichtlijn en de Universele-dienstrichtlijn.

Of een partij aanmerkelijke markt macht heeft, wordt bepaald aan de hand van de volgende procedure. De Commissie neemt een 'aanbeveling' aan waarin de markten voor producten en diensten worden vermeld waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen als beschreven in de bijzondere richtlijnen gerechtvaardigd kan zijn (artikel 15 lid 1 Kaderrichtlijn). Daarnaast publiceert de Commissie 'richtsnoeren' voor marktanalyse en

14 Zie over de ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak t.a.v. overleg en informatie-uitwisseling tussen nationale toezichthouders ook J. van de Gronden en K. Mortelmans, 'Holland Media Groep of Luxemburg Media Groep: de trouwvaille van de Raad van State', *Mediaforum* 2001-6, p. 191-200.

15 Artikel 8 Mededingingsrichtlijn, artikel 12 Kaderrichtlijn, artikel 12 lid 1 sub f Toegangsrichtlijn en artikel 6 lid 1 j° Bijlage A onder 5 Machtigingsrichtlijn.

Figuur 1: Procedurele Verhoudingen



de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in overeenstemming met de beginselen van het mededingingsrecht (artikel 15 lid 2 Kaderrichtlijn).¹⁶ Deze aanbeveling en de richtsnoeren dienen de NRI's zoveel mogelijk in acht te nemen bij de aanwijzingen van partijen met aanmerkelijke marktmacht (artikel 15 lid 3 en artikel 16 lid 1 Kaderrichtlijn). Voorzover bij deze besluiten sprake is van aanzienlijke gevolgen voor de relevante markt geldt daarbij de verplichting om 'belanghebbers' te consulteren (artikel 6 Kaderrichtlijn). Daarnaast zal met de NRI's en de Commissie moeten worden samengewerkt met het oog op een consistente toepassing van de richtlijnen (artikel 7 lid 2 Kaderrichtlijn). De NRI's dienen daartoe in veel gevallen ontwerpmaatregelen voor te leggen aan de Commissie en de andere NRI's (artikel 7 lid 3 Kaderrichtlijn). Onder bepaalde omstandigheden kan de Commissie de betreffende maatregel doen intrekken (artikel 7 lid 4 Kaderrichtlijn).

De procedurele verhouding tussen de NRI's en de Europese Commissie

De regeling van de procedurele verhoudingen tussen de NRI's in verschillende lidstaten en de Commissie laat zien dat het nieuwe regelgevend kader een belangrijke nieuwe stap is op weg naar een gecodificeerd uniform Europees telecommunicatie(bestuurs)recht. Het gaat hier om een voortschrijdende ontwikkeling die in de rechtspraak reeds was ingezet.¹⁷ Onder het huidige Europeesrechtelijk telecommunicatierecht opereren de NRI's autonoom, met dien verstande dat zij uiteraard gebonden zijn aan het Europese en het nationale mededingingsrecht. Voorzover tussen de NRI's onderling afstemming plaatsvindt, geschiedt dat in de Independent Regulators Group die niet in de thans geldende telecomrichtlijnen is voorgeschreven.¹⁸ Slechts in een enkel geval stellen de huidige richtlijnen coördinatie tussen NRI's van verschillende lidstaten verplicht, namelijk bij de indiening van parallele klachten bij NRI's in verschillende lidstaten met betrekking tot eenzelfde interconnectiegeschil (artikel 17 Interconnectierichtlijn). Daarnaast kennen de Huurlijnenrichtlijn (92/44) en de ONP Spraak II-richtlijn (98/10) de mogelijkheid van bemid-

deling door het ONP Comité, overigens zonder dat het ONP Comité een beslissing kan nemen waaraan partijen gebonden zijn (artikel 12 Huurlijnenrichtlijn en artikel 26 ONP Spraak II-richtlijn).

De nieuwe Kaderrichtlijn gaat wat dat betreft veel verder en geeft voorschriften voor achtereenvolgens:

- de informatie-uitwisseling tussen NRI's onderling en met de Commissie (artikel 3 lid 5 en 6, 5 lid 2 en 7 lid 2 Kaderrichtlijn)
- de samenwerking en overeenstemming tussen NRI's onderling en tussen NRI's en de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale instanties belast met de uitvoering van het consumentenrecht (artikel 3 lid 4 en 16 lid 5 Kaderrichtlijn)
- de samenwerking en overeenstemming tussen NRI's onderling en met de Commissie (artikel 7 lid 2 Kaderrichtlijn).

Daarnaast voorziet de Kaderrichtlijn ook in actieve bevoegdheden van de Europese Commissie om in te grijpen (artikel 15 Kaderrichtlijn, artikel 8 lid 3 Toegangsrichtlijn, alsmede artikel 7 lid 3 en 4 Kaderrichtlijn).

In figuur 1 zijn de procedurele verhoudingen tussen de NRI's, de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale organisaties belast met de bescherming van het consumentenbelang schematisch weergegeven.

Overgangsmaatregelen Kaderrichtlijn en bijzondere richtlijnen

Zolang de NRI's geen nieuwe besluiten over het opleggen van ex ante-verplichtingen hebben genomen (o.g.v. artikel 16 Kaderrichtlijn), blijven de huidige verplichtingen inzake toegang en interconnectie gehandhaafd. Hetzelfde geldt voor de verplichtingen inzake spraaktelefonie, huurlijnen en universele dienstverlening (artikel 27 Kaderrichtlijn, artikel 7 Toegangsrichtlijn en artikel 16 Universele-dienstrichtlijn).

¹⁶ Op de eu-lex website (www.europa.eu.int/eu-lex) staan documenten gepubliceerd ter voorbereiding van de aanbeveling voor de relevante product en dienstenmarkten en de richtsnoeren voor marktanalyses, namelijk: Commission Recommendation of ... On Relevant Product and Service Markets susceptible to ex ante regulation, 25 January 2002 en Werkdocument van de Commissie van 28 maart 2001 betreffende de richtsnoeren voor de marktanalyse en de berekening van aanmerkelijke marktmacht o.g.v. artikel 14 van het voorstel

voor een richtlijn inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.

¹⁷ Zie J. van de Gronden en K. Mortelmans, 'Holland Media Groep of Luxembourg Media Groep: de trouvaille van de Raad van State', *Mediaforum* 2001-6, p. 191-200.

¹⁸ Zie J. van de Gronden en K. Mortelmans, 'Holland Media Groep of Luxembourg Media Groep: de trouvaille van de Raad van State', *Mediaforum* 2001-6, p. 199 en de aldaar aangehaalde publicaties.

2.3 Toegangsrichtlijn

Toepassingsgebied en doelstelling

Binnen het door de Kaderrichtlijn vastgestelde kader harmoniseert de Toegangsrichtlijn de wijze waarop de lidstaten de toegang tot en de interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten reguleren. (artikel 1 lid 1 Toegangsrichtlijn). In dat verband is het doel van de Toegangsrichtlijn het tot stand brengen en behouden van duurzame concurrentie, interoperabiliteit van elektronische communicatiediensten en voordelen voor de consument (artikel 1 lid 1 Toegangsrichtlijn). De Toegangsrichtlijn reguleert met het oog daarop de betrekkingen tussen aanbieders van netwerken en diensten.

Toegang voor eindgebruikers valt niet onder de Toegangsrichtlijn (artikel 1 lid 2 Toegangsrichtlijn). De eindgebruikers zullen het voor hun basisvoorzieningen moeten hebben van de Universele-dienstenrichtlijn. De Toegangsrichtlijn reguleert bovendien niet de toegang tot niet-openbare communicatienetwerken (artikel 1 lid 2 j° artikel 2 sub c Toegangsrichtlijn).

Het toepassingsgebied van de Toegangsrichtlijn omvat daarmee dat van de huidige Interconnectierichtlijn (97/33) alsmede de regeling van ‘bijzondere netwerktoegang’ in de ONP Spraakrichtlijn II (98/10). Daar komt bij dat de huidige regeling van bijzondere netwerktoegang, die op dit moment alleen van toepassing is op de toegang tot openbare spraaktelefoonnetwerken, wordt uitgebreid tot alle openbare netwerken en bijbehorende faciliteiten. Het nieuwe begrip ‘toegang’ omvat mede toegang tot gebouwen, kabelgoten en masten, alsmede toegang tot programmatuursystemen, toegang tot nummervertaling of systemen met vergelijkbare functionaliteit, toegang tot vaste en mobiele netwerken (m.n. roaming), toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen voor digitale televisiediensten en toegang tot virtuele netwerkdiensten.

De verwarring, waarvan eerder sprake was, tussen de begrippen ‘interconnectie’ en ‘(bijzondere) toegang’ is met de nieuwe Toegangsrichtlijn verleden tijd.¹⁹ In de definities wordt thans met zoveel woorden bepaald dat ‘interconnectie een vorm van ‘toegang’ is (artikel 2 sub a en b Toegangsrichtlijn).

Rechten en verplichtingen op grond van de Toegangsrichtlijn

Zoals gezegd wordt op grond van de Kaderrichtlijn voor het begrip ‘aanmerkelijke marktmacht’ aangesloten bij het begrip ‘economische machtspositie’ uit het mededingingsrecht. Daarbij geldt op grond van de Kaderrichtlijn een aangepaste procedure om tot de bepaling van relevante markten en de aanwijzing van partijen met aanmerkelijke marktmacht op die markten te komen. De Toegangsrichtlijn regelt vervolgens welke verplichtingen voor aanbieders van openbare communicatienetwerken gelden voor de toegang tot hun netwerken. De systematiek die de Toegangsrichtlijn daarbij volgt is dat enkele algemene verplichtingen worden opgelegd aan aanbieders van openbare communicatienetwerken, ongeacht of zij zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht. Daarnaast kunnen door de NRI’s specifieke verplichtingen worden opgelegd aan partijen die zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht voorzover noodzakelijk en passend. Uitgangspunt daarbij is dat de opgelegde specifieke verplichtingen evenredig en gerechtvaardigd moeten zijn en dat de toepassing van het mededingingsrecht en andere nationale procedures onvoldoende soelaas

bieden (artikel 8 Toegangsrichtlijn).

Algemene verplichtingen die gelden voor alle aanbieders van openbare communicatienetwerken zijn de verplichting om te onderhandelen over interconnectie (artikel 4 lid 1 Toegangsrichtlijn). Daar komt bij dat de NRI’s verplichtingen kunnen opleggen om interconnectie (direct of indirect) en interoperabiliteit van diensten tot stand te brengen (artikel 5 Toegangsrichtlijn). Daarnaast gelden een aantal algemene verplichtingen met betrekking tot de voorwaardelijke toegang tot digitale televisie- en radio-omroepdiensten.

Aan AMM-partijen kunnen aanvullende verplichtingen worden opgelegd (artikel 9 t/m 13 Toegangsrichtlijn). Het gaat om de bekende verplichtingen op het gebied van transparantie, non-discriminatie, gescheiden boekhouding, ingaan op redelijke verzoeken tot toegang en/of gebruik, prijscontrole en kostentoerekening. De betreffende artikelen in de Toegangsrichtlijn geven aan deze verplichtingen echter een nadere invulling. In uitzonderlijke omstandigheden kunnen NRI’s nog andere verplichtingen opleggen. Daarvoor is echter wel voorafgaande toestemming van de Commissie vereist (artikel 8 lid 3 Toegangsrichtlijn).

2.4 Machtigingsrichtlijn

De Machtigingsrichtlijn vervangt de Vergunningenrichtlijn (97/13). Veel nieuws brengt de nieuwe richtlijn niet en ingrijpende wijzigingen in de nationale wetgeving zijn dan ook niet te verwachten. Op enkele, niet altijd onbelangrijke punten betekent de nieuwe richtlijn niettemin dat de nationale wetgeving moet worden aangepast.

Het doel van de richtlijn is het realiseren van een interne markt voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, teneinde het aanbieden van deze netwerken en diensten in de Gemeenschap te vergemakkelijken. Om dat te bereiken, beoogt de richtlijn regels en voorwaarden inzake machtigingen voor het aanbieden van de netwerken en diensten te harmoniseren en te vereenvoudigen (artikel 1 lid 1 Machtigingsrichtlijn). Het uitgangspunt is dat voor het aanbieden van de netwerken en diensten een zo licht mogelijk machtigingssysteem wordt gehanteerd, zodat de ontwikkeling van nieuwe (transnationale) diensten en netwerken wordt bevorderd en aanbieders en consumenten kunnen profiteren van de schaalvoordelen van de interne markt (overweging 7 Machtigingsrichtlijn). Dit doel komt overeen met het doel van de Vergunningenrichtlijn, behalve natuurlijk dat de nieuwe richtlijn betrekking heeft op het bredere begrip ‘elektronische communicatie’ in plaats van ‘telecommunicatie’ (zie § 2.1).

De systematiek van de nieuwe richtlijn komt in hoofdlijnen overeen met die van de Vergunningenrichtlijn. De richtlijn kent enerzijds het stelsel van de algemene machtiging, dat van toepassing is op het aanbieden van netwerken en diensten, en anderzijds de specifieke gebruiksrechten die worden verleend voor het gebruik van radiofrequenties en nummers. Aan zowel de algemene machtiging en de gebruiksrechten mogen alleen de voorwaarden worden verbonden die in de bijlagen bij de richtlijn zijn genoemd. Daarbij moeten deze voorwaarden objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst, en bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant (artikel 6 lid 2 Machtigingsrichtlijn).

Het toezicht op naleving van een en ander moet passend en evenredig zijn. Een aanbieder die volgens de NRI niet voldoet aan de voorwaarden voor de algemene machtiging (lees: de

19 Vgl. onder meer Tempelman (TenCTW), Inleidende opmerkingen, aant 3a en 3b.

registratieplicht) of de gebruiksrechten, moet de aanbieder in beginsel eerst een termijn van één maand geven om een eind te maken aan de eventuele niet-nakoming. Als de aanbieder dat dan niet doet, mag de NRI 'de nodige passende en evenredige maatregelen' nemen. Zo een maatregel kan zijn het opleggen van een boete (artikel 10, tweede en derde lid, Machtigingsrichtlijn).

Algemene machtiging voor aanbieden van elektronische communicatienetwerken en -diensten

De voorwaarden voor het aanbieden van de netwerken en diensten moeten zijn geregeld in een 'algemene machtiging'. Dit begrip ziet op de nationale wetgeving waarbij rechten worden verleend voor het aanbieden van elektronische communicatienetwerken of -diensten, alsmede op de regelgeving waarbij specifieke sectorgebonden verplichtingen worden vastgesteld voor alle of specifieke soorten van elektronische communicatienetwerken en -diensten (artikel 2 lid 2 sub a Machtigingsrichtlijn).

Voor het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en -diensten mag geen voorafgaande toestemming van overheid of NRI worden verlangd. Van de aanbieder mag alleen worden verlangd dat hij bij de NRI een kennisgeving indient, maar niet dat hij een uitdrukkelijk besluit verkrijgt (artikel 3 lid 2 Machtigingsrichtlijn). De kennisgeving die van de aanbieder wordt verlangd mag niet meer omvatten dan een verklaring waarmee de aanbieder de NRI in kennis stelt van zijn voornemen om elektronische communicatienetwerken of -diensten aan te bieden, alsmede de informatie die de NRI nodig heeft om een register met aanbieders bij te houden. Deze informatie mag niet meer omvatten dan wat strikt noodzakelijk is voor de identificatie van de aanbieder (zoals Kamer van Koophandel-nummer en adresgegevens), contactpersonen, een korte beschrijving van het netwerk of de dienst, alsmede de datum waarop de activiteiten waarschijnlijk van start gaan (artikel 3 lid 3 Machtigingsrichtlijn).

Het huidige registratiestelsel (artikel 2.1 en 2.2 Tw) voldoet grotendeels aan deze vereisten. Anders is dat de Machtigingsrichtlijn de NRI verplicht om op verzoek van de betreffende aanbieder binnen één week te bevestigen dat de kennisgeving is gedaan (artikel 9 Machtigingsrichtlijn). Dit betekent dat de termijn van zes weken, die OPTA blijkens het registratieformulier hanteert voor de bevestiging van de registratie, moet worden bekort.²⁰ Als de NRI van oordeel is dat de aanbieder niet voldoet aan de voorwaarden verbonden aan de machtiging, moet dit in beginsel binnen één maand aan de aanbieder worden medegedeeld (artikel 10 Machtigingsrichtlijn).

Gebruiksrechten voor frequenties en nummers

Voor radiofrequenties en nummers mag gebruik worden gemaakt van gebruiksrechten, tenminste als dat echt nodig is. Waar mogelijk, bijvoorbeeld als bij radiofrequenties het gevaar van schadelijke interferentie te verwaarlozen is, wordt de nationale wetgever geacht de voorwaarden voor het gebruik daarvan niet te regelen in individuele gebruiksrechten maar in de algemene machtiging (d.w.z. in de nationale wetgeving) (artikel 5 lid 1 alsmede overweging 15, Machtigingsrichtlijn).

De belangrijkste uitgangspunten bij de verlening van gebruiksrechten op frequenties en nummers staan in de Kaderrichtlijn. Een en ander komt erop neer dat de gebruiksrechten moeten worden verleend op basis van objectieve,

transparante en niet-discriminerende criteria. Voor radiofrequenties geldt dat deze criteria ook proportioneel moeten zijn (resp. artikel 5, eerste en tweede lid, Machtigingsrichtlijn, alsmede artikel 9 en 10, alsmede overweging 12 en 19-21 Kaderrichtlijn).

Over de verdeling van radiofrequenties is verder in de Machtigingsrichtlijn weinig opgenomen dat niet ook al in de Vergunningenrichtlijn of de dienstenrichtlijn stond. De verdelingsmethoden moeten objectief, transparant, niet-discriminatoir en proportioneel zijn. Als er geen sprake is van schaarste kunnen frequentievergunningen worden verleend op basis van het *first come, first served*-beginsel. En als er wel sprake is van schaarste, mag er gebruik worden gemaakt van de 'vergelijkende methode' en de 'mededinginggebaseerde selectieprocedure', ofwel de vergelijkend toets en de veiling (artikel 5 lid 4 Machtigingsrichtlijn).

De richtlijn laat het aan de lidstaten over om te bepalen of frequentievergunningen kunnen worden overgedragen (artikel 5 lid 2 Machtigingsrichtlijn en artikel 9 lid 3 Kaderrichtlijn). Wel wordt in de overwegingen bij de Kaderrichtlijn opgemerkt dat 'overdracht van radiofrequenties een doeltreffend middel [kan] zijn om het spectrum efficiënter te gebruiken' (overweging 19 Kaderrichtlijn). Als wordt toegestaan dat vergunningen kunnen worden overgedragen, moet het voornemen daartoe aan de verantwoordelijke NRI worden bekendgemaakt. Deze moet ervoor zorgen dat er geen concurrentievervalsing optreedt als gevolg van de overdracht (artikel 9 lid 4 Kaderrichtlijn). Ook dat brengt geen nieuws (vgl. artikel 3.8 lid 3^j 3.6 lid 2 sub d Tw).

Wel nieuw in de Machtigingsrichtlijn is de mogelijkheid dat radiofrequenties worden verdeeld volgens een methode die op Europees niveau is geharmoniseerd. Als er is besloten voor zo een geharmoniseerde verdeelmethode, mogen de lidstaten geen nadere voorwaarden, criteria of procedures opleggen die de correcte toepassing van deze verdelingsmethode frustreert (artikel 8, overweging 24 Machtigingsrichtlijn). De gedachte achter deze regeling is waarschijnlijk dat de UMTS-toestanden, waarbij verschillende landen volgens verschillende methoden veilden en weer anderen een vergelijkende toets toepasten, moeten worden voorkomen.²¹

Voor nummers brengt de Machtigingsrichtlijn meer veranderingen met zich mee dan voor radiofrequenties.

Een eerste verandering is dat de gebruiksrechten volgens de richtlijn kunnen worden toegekend aan alle ondernemingen die diensten of netwerken aanbieden of gebruiken in het kader van de algemene machtiging (artikel 5 lid 2 en overweging 14 Machtigingsrichtlijn). Dit betekent dat er, anders dan in de huidige wet, ook nummers kunnen worden toegekend aan aanbieders van niet openbare netwerken of diensten (vgl. artikel 4.2 lid 1 sub a t/m c, Tw).

Een andere verandering houdt verband met de verdelingsmethoden. In de richtlijn wordt het begrip 'nummers van uitzonderlijke waarde' geïntroduceerd. Deze nummers kunnen worden verdeeld via 'vergelijkende selectieprocedures' of de 'op mededinging gebaseerde selectieprocedures' (artikel 5 lid 4 Machtigingsrichtlijn). De laatste methode lijkt het meest praktisch te zijn.

De loting, die in de huidige wet nog als verdeelmethode wordt genoemd (artikel 4.2 lid 6 Tw), kan voor deze nummers dus niet meer worden toegepast. Voor andere nummers, die niet van uitzonderlijke waarde zijn, blijft loting mogelijk. Het zal dan gaan om de niet erg voor de hand liggende situatie dat

²⁰ Op het registratieformulier staat deze weinig bemoedigende mededeling: 'Binnen zes weken ontvangt u van OPTA schriftelijk bericht of de openbare telecommunicatiedienst is geregistreerd. Als deze termijn niet haalbaar is zul-

len wij zo snel mogelijk contact met u opnemen.'
²¹ E.J. Dommering, 'De nieuwe Brusselse Telecommunicatierichtlijnen', *Computerecht* 2001-2.

er meerdere aanvragen voor een bepaald nummer op dezelfde dag worden gedaan.

In het nummerplan wordt vastgelegd of een bepaald nummer een uitzonderlijke waarde heeft en welke verdeelmethode daarvoor wordt toegepast. Dit moet gebeuren in overleg met de belanghebbende partijen (artikel 5 lid 4 Machtigingsrichtlijn, artikel 6 Kaderrichtlijn). Omdat volgens de huidige wet bij de vaststelling van een nummerplan de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb moet worden gevolgd, brengt de Machtigingsrichtlijn hier waarschijnlijk geen veranderingen met zich mee (artikel 4.1 lid 2 Tw).

Wat weer wel moet worden aangepast in de nationale wetgeving, is de termijn voor de toekenning van nummers. In de huidige wet is dat zes weken (artikel 4.2 lid 2 Tw), terwijl dat volgens de nieuwe richtlijn niet langer mag zijn dan drie weken (artikel 5 lid 3 Machtigingsrichtlijn). Echter, als het gaat om een nummer van uitzonderlijke waarde, dat dus wordt toegekend via veiling, mag de termijn met nog eens drie weken worden verlengd (artikel 5 lid 4 Machtigingsrichtlijn).

De bepalingen van deze richtlijn doen geen nieuwe gebieden ontstaan waarop de nationale regelgevende instanties verantwoordelijk zouden zijn wat internet-naamgeving en -adressering betreft (overweging 20 Machtigingsrichtlijn).

2.5 Universele-dienstrichtlijn

In de nieuwe Universele-dienstrichtlijn wordt een aantal onderwerpen geregeld uit de verschillende ONP-richtlijnen (met name de richtlijnen 90/387, 92/44, 97/51 en 98/10).²² Behalve de universele dienst heeft de nieuwe richtlijn betrekking op huurlijnen en de rechten van eindgebruikers, alsmede daarmee corresponderende verplichtingen van aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten (zoals contractvoorwaarden, nummerportabiliteit, carrier(pre)selectie, geschillenbeslechting e.d.).

Het doel van de richtlijn is ervoor te zorgen dat door middel van daadwerkelijke mededinging en keuzevrijheid in de gehele Gemeenschap diensten van hoge kwaliteit tegen een betaalbare prijs algemeen beschikbaar zijn, en maatregelen vast te stellen voor situaties waarin de markt niet op bevredigende wijze in de behoeften van eindgebruikers voorziet (artikel 1 lid 1 Universele-dienstrichtlijn).²³

Universele dienst

De universele dienst is een dienstenpakket dat tegen een betaalbare prijs voorziet in een vastgesteld minimumaantal diensten voor alle eindgebruikers. Het waarborgen dat dit minimumpakket er inderdaad is, kan inhouden dat er moet worden voorzien in bepaalde diensten tegen prijzen die afwijken van die welke het resultaat zijn van normale marktomstandigheden (overweging 4 Universele-dienstrichtlijn). De richtlijn regelt dit door de lidstaten te verplichten ervoor zorg te dragen dat de in de richtlijn beschreven diensten tegen een betaalbare prijs beschikbaar zijn voor alle eindgebruikers op hun grondgebied, onafhankelijk van de geografische locatie (artikel 3 lid 1 Universele-dienstrichtlijn).

Het gaat om de volgende diensten:

- Aansluiting op het openbare telefoonnetwerk en toegang tot openbare telefoondiensten, beide op een vaste locatie. Eindgebruikers moeten in staat zijn om te telefoneren en te

faxen (lokaal, nationaal en internationaal), alsmede om 'functionele toegang tot internet' te verkrijgen (artikel 4, eerste en tweede lid, zie ook overweging 8 Universele-dienstrichtlijn).

- Telefoongids en inlichtingendienst. Voor eindgebruikers moet een volledige telefoongids, gedrukt of elektronisch of beide, beschikbaar zijn. Deze gids moet ten minste eenmaal per jaar worden bijgewerkt. Verder moet er voor alle eindgebruikers, dus ook voor de gebruikers van openbare betaaltelefoons, een volledige telefooninlichtingendienst beschikbaar zijn (artikel 5, eerste en tweede lid, Universele-dienstrichtlijn).
- Openbare betaaltelefoons. Er moet worden gewaarborgd dat er voldoende openbare betaaltelefoons zijn om te voorzien in de redelijke behoeften van eindgebruikers, zowel wat geografische spreiding als wat het aantal telefoons, de toegankelijkheid van dergelijke telefoons voor gebruikers met een handicap en de kwaliteit van de dienst betreft (artikel 6 Universele-dienstrichtlijn).

Omdat de communicatiemarkten zich blijven ontwikkelen moet de omvang van de universele dienst regelmatig worden geëvalueerd. De eerste evaluatie zal plaatsvinden binnen twee jaar nadat de richtlijnen zijn geïmplementeerd (d.w.z. vóór 25 juli 2005) en vervolgens om de drie jaar (artikel 15 en overweging 25 Universele-dienstrichtlijn).

Verder schrijft de richtlijn voor dat er maatregelen worden genomen om er voor te zorgen dat gehandicapte eindgebruikers ook betaalbare toegang hebben tot openbare telefoon-diensten. Voorbeelden van voorzieningen zijn teksttelefoons voor doven en verstrekking van facturen in alternatieve vorm voor blinden en slechtzienden (artikel 7 en overweging 13 Universele-dienstrichtlijn).

De verschillende diensten waren grotendeels ook al in de ONP-Spraakrichtlijn (98/10) geregeld. In de nieuwe richtlijn is alleen de 'functionele toegang tot internet' nieuw. In de nationale wetgeving zal er dan ook, behalve dan wat betreft de internettoegang, niet veel moeten worden veranderd.

Ook biedt de nieuwe richtlijn de mogelijkheid dat lidstaten een of meer ondernemingen aanwijzen om te waarborgen dat de universele dienst in het gehele grondgebied wordt aangeboden. Daarbij kan worden gedifferentieerd. Er kunnen verschillende ondernemingen of groepen van ondernemingen worden aangewezen die verschillende onderdelen van de universele dienst aanbieden of verschillende gedeelten van het nationale grondgebied voor hun rekening nemen (artikel 8 lid 1 Universele-dienstrichtlijn).

De belangen en rechten van eindgebruikers

In de Universele-dienstrichtlijn staan verder bepalingen ter bescherming van de belangen van consumenten en in een aantal gevallen, als de lidstaten daarvoor kiezen, andere eindgebruikers. Daarnaast zijn er bepalingen over huurlijnen. Een en ander wordt op dit moment geregeld in de ONP Spraakrichtlijn (98/10) en voor huurlijnen in de ONP Huurlijnenrichtlijn (92/44).

Nieuw in de richtlijn is de mogelijkheid van carrier(pre)selectie op mobiele netwerken. Als de marktanalyse daartoe aanleiding geeft, kan de NRI van een mobiele aanbieder met AMM verlangen dat hij zijn abonnees in staat stelt om via carrierselectie of carrierpreselectie diensten af te nemen van derden (artikel 19, tweede lid en overweging 29 Universele-dienstrichtlijn).

²² Zie voor de verhouding tussen de verschillende ONP-richtlijnen en de Richtlijn Volledige Mededinging (96/16) Van Duijvenvoorde (*TenC Tw*), Inl. opm. hoofdstuk 9 Tw, aant 1.

²³ De Nederlandse vertaling van artikel 1 lid 1 is verwarrend doordat daarin de term 'Kaderrichtlijn' wordt gebruikt om de Universele-dienstrichtlijn aan te duiden.

De richtlijn bevat verder een aantal min of meer bekende verplichtingen ter bescherming van consumenten en eventueel andere eindgebruikers die spraaktelefonie en andere elektronische communicatiediensten afnemen. In de overeenkomsten met hen moet informatie worden opgenomen over de aanbieder en de kwaliteit van de diensten, onderhoud, tarieven, contractduur, geschillenbeslechting enz. Als de overeenkomst wordt gewijzigd moeten de abonnees daarvan tenminste één maand van te voren over worden geïnformeerd. De abonnees hebben dan het recht de overeenkomst op te zeggen, en ook daarover moeten zij worden geïnformeerd (artikel 20 Universele-dienstrichtlijn).

Doorgifteverplichtingen

Binnen de reikwijdte van de Universele-dienstrichtlijn vallen ook de doorgifteverplichtingen die onder bepaalde voorwaarden door de lidstaten mogen worden opgelegd aan aanbieders bepaalde radio- en televisieomroepnetwerken en -diensten (artikel 31 en overweging 43-45 Universele-dienstrichtlijn).

2.6 Privacy-richtlijn

De nieuwe telecom-privacyrichtlijn is 'om procedurele redenen' nog niet vastgesteld. Anders gezegd, het Europees Parlement en de Commissie konden het op belangrijke onderdelen niet eens konden worden. Inmiddels is er wel in januari 2002 een Common Position verschenen waarin een aantal compromisoplossingen worden voorgesteld.²⁴ Op dit document heeft de Commissie vervolgens weer gereageerd.²⁵

De onderdelen waarover geen overeenstemming kon worden bereikt zijn met name het gebruik van verkeersgegevens en locatiegegevens, het gebruik van z.g. cookies en de regeling voor ongevraagde communicatie (spam).

Verkeersgegevens

Verkeersgegevens zijn gegevens betreffende het feitelijke netwerkgebruik van een gebruiker, welke gegevens worden gebruikt ten behoeve van de transmissie van de communicatie over een elektronisch communicatienetwerk of voor de facturering daarvan (artikel 2 sub b voorstel telecom-privacyrichtlijn). Deze gegevens mogen volgens het huidige voorstel alleen worden verwerkt ten behoeve van de doeleinden die de richtlijn noemt. Deze doeleinden betreffen, behalve de transmissie van de communicatie, de facturering en interconnectiebetalingen. Als de betrokken gebruikers toestemming hebben gegeven mogen de verkeersgegevens verder worden gebruikt voor het de verkoop van de eigen elektronische communicatiediensten en verder het verlenen van toegevoegde waarde diensten (artikel 6 sub b voorstel Telecom-privacyrichtlijn). Het gegevensgebruik voor toegevoegde waardediensten is nieuw ten opzichte van de huidige telecom-privacyrichtlijn.²⁶

Locatiegegevens, niet zijnde verkeersgegevens

Nieuw in de richtlijn is ook dat er een regeling wordt getroffen voor het gebruik van z.g. locatiegegevens die geen verkeersgegevens zijn. Locatiegegevens zijn gegevens wordt bepaald waar in GSM of UMTS-netwerken de handsets van

eindgebruikers zich bevinden (artikel 2 sub c voorstel telecom-privacyrichtlijn). Voor deze locatiegegevens gelden, evenals voor verkeersgegevens, vergaande gebruiksbeperkingen. De gegevens mogen alleen met toestemming van de betreffende gebruikers of abonnees worden toegevoegde waarde diensten. In dat verband kan worden gedacht aan locatiegebonden diensten zoals de dienst die de mobiele abonnee informeert waar de dichtstbijzijnde taxistandplaats of snackbar zich bevindt. De betrokken gebruikers en abonnees moeten wel blijven beschikken over de mogelijkheid om op eenvoudige en kosteloze wijze om het verwerken van deze locatiegegevens te stoppen (artikel 9 en overweging 14 voorstel Telecom-privacyrichtlijn).

Ongevraagde communicatie

Veel discussie is er geweest over commerciële berichten die ongevraagd worden verstuurd naar eindgebruikers. Het gaat dan meestal om faxberichten die zomaar binnen komen of e-mailberichten die ongevraagd in de mailbox aankomen (spam) of ook wel sms-berichten (bijv. het sms-bericht 'bel mij snell! 1gpm'). In Nederland en een aantal andere lidstaten geldt op dit moment voor dergelijke berichten een z.g. opt out-systeem. De berichten mogen worden verstuurd, tenzij de eindgebruiker daartegen bezwaar heeft gemaakt. Daartegenover staat het z.g. opt in-systeem. Volgens dit veel strengere systeem mogen de berichten alleen worden verstuurd als de betrokken eindgebruiker daarvoor toestemming heeft gegeven.

Over de keuze tussen opt in en opt out is veel discussie geweest. Er is uiteindelijk gekozen voor een compromisoplossing die uitgaat een opt in-systeem met daarop echter één niet onbelangrijke aanpassing. Voor het sturen van ongevraagde berichten is toestemming van de geadresseerde nodig, behalve het gaat om bestaande klanten van wie de betreffende aanbieder zelf de contactgegevens heeft verkregen, en dan alleen als deze ongevraagde communicatie wordt gebruikt om eigen producten of diensten onder de aandacht te brengen. En er moet deze bestaande klanten wel een eenvoudige en kosteloze opt out-mogelijkheid worden geboden (artikel 13 voorstel Telecom-privacyrichtlijn).

Cookies

Onder 'cookies' worden verstaan het tekstbestandje dat websites tijdens het gebruik van het internet op de hard disk van de internetgebruiker plaatsen. Zo een cookie stelt de website in staat om informatie verzamelen over het websurfgedrag van gebruikers. Deze informatie kan worden gebruikt om het gebruik van het internet gemakkelijker, sneller en persoonlijker te maken – en ook leuker. Cookies kunnen echter ook worden gebruikt om gedetailleerde gebruikersinformatie te verzamelen zonder dat de gebruiker dat weet. Bedrijven als Doubleclick en Flycast gebruiken deze informatie om marketing informatie te genereren of om reclamebanners gericht in te zetten.

De regeling met betrekking tot cookies in de richtlijn is nieuw en komt erop neer dat het gebruik daarvan is toegestaan als dat voor gerechtvaardigd doeleinden gebeurt, zoals bijvoorbeeld het verlenen van informatiediensten, en onder

24 Gemeenschappelijk Standpunt (EG) Nr. 26/2002 door de Raad vastgesteld op 28 januari 2002 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2002/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (2002/C 113 E/03), *PbEG* 2002, C 113 E/39.

25 Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251 (2) of the EC Treaty concerning the common position of the Council on the adoption of a Directive of the Europe-

an Parliament and of the Council on processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector Brussels, 30.01.2002, SEC(2002)124 final 2000/0189 (COD).

26 Zie o.a. G-J Zwenne, 'Verkeersgegevens en persoonsgegevens in de Telecommunicatiewet en de Wet bescherming persoonsgegevens', in P. Cliteur et al (red.) *It ain't necessarily so opstellen aangeboden aan Prof. mr. H. Franken*, Deventer: Kluwer, 2001.

de voorwaarde dat de gebruiker is geïnformeerd en hij tenminste de gelegenheid heeft om daarvan gevrijwaard te blijven (artikel 5 lid 3 en overweging 24-25 voorstel Telecomprivacy-richtlijn).

3. Enige gevolgen voor de Nederlandse regelgeving

De gevolgen van de nieuwe telecommunicatierichtlijnen voor de Nederlandse regelgeving lijken groot. Daarbij komt dat die gevolgen niet beperkt zijn tot de telecommunicatieregeling. Ook voor andere regelgeving, zoals de Mediawet en de bestuursrechtelijke wet- en regelgeving, lijken de nieuwe richtlijnen consequenties te hebben. In het navolgende beperken wij ons tot enkele in het oog springende gevolgen.

Nederlandse NRI's en de verhoudingen met andere NRI's en de Commissie

Volgens de huidige Nederlandse wetgeving zijn er veel verschillende toezichthouders die als NRA in de zin van de nieuwe richtlijnen lijken te kwalificeren. Het gaat daarbij om OPTA en de Divisie Telecom van de Inspectie van Verkeer en Waterstaat voor wat betreft het frequentiebeheer (o.a. frequentievergunningen), randapparaten en radiozendapparaten, buitengewone omstandigheden en bevoegd aftappen. Als NRI kwalificeren ook het Commissariaat voor de Media (doorgifte basispakket) en het College bescherming persoonsgegevens (privacy). Hetzelfde geldt wellicht ook voor Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (geschilbeslechting), de gemeenten (coördinatie van graafwerkzaamheden) en de Stic (toezichthouder met betrekking tot informatienummers).

De NMa kwalificeert niet als NRI, aangezien deze toezichthouder haar bevoegdheden rechtstreeks aan het mededingingsrecht ontleent.

De kwalificatie als NRI heeft niet alleen theoretische betekenis. Ingevolge de nieuwe Europese richtlijnen en met name de Kaderrichtlijn gelden voor alle NRI's immers verplichtingen om met elkaar en met de Commissie te overleggen, samen te werken, etc. Bovendien is van belang dat artikel 8 van de Kaderrichtlijn voor iedere NRI voorschrijft dat deze bij de invulling van de eigen taken de gemeenschappelijke doelstellingen en beginselen in acht moet nemen.

Figuur 1 geeft de procedurele verhoudingen tussen de verschillende NRI's, de Commissie en de mededingingsautoriteiten weer zoals die volgens de nieuwe telecomrichtlijnen gaan gelden. Duidelijk is dat naarmate het aantal nationale NRI's toeneemt de procedurele verhoudingen navenant gecompliceerder worden. Om een voorbeeld te geven: op dit moment geldt voor OPTA en NMa een samenwerkingsprotocol. Op grond van de nieuwe telecommunicatieregels zou een dergelijk protocol er moeten komen voor alle NRI's en voorts met buitenlandse NRI's en de Commissie. Voor Nederland zou in de huidige verhoudingen dus niet zozeer sprake zijn van de situatie als weergegeven in schema 1, maar van een veel gecompliceerder plaatje. De roep om een Nederlandse Communicatieautoriteit is daarmee alleszins begrijpelijk.²⁷

Vooralsnog is er in Nederland niet gekozen voor het samenvoegen van de verschillende NRI's met elkaar en/of de NMa. In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van OPTA wordt, onder andere met verwijzing naar de nieuwe

richtlijnen, gekozen voor het 'stroomlijnen' van mededingingstoezicht door vergroting van samenhang tussen de verschillende toezichthouders.²⁸ Wij hebben echter de indruk dat in het kader van de evaluatie van OPTA niet ten volle is rekening gehouden met de procedurele implicaties van de nieuwe Europese richtlijnen als weergegeven in figuur 1.

Gevolgen voor andere wettelijke regelingen

Het gewijzigde Europese telecommunicatiekader heeft niet alleen ingrijpende gevolgen voor de Nederlandse telecommunicatieregeling, maar ook voor andere wet- en regelgeving.

Zo ziet het er naar uit dat de Mediawet zal moeten worden aangepast voorzover deze betrekking heeft op andere onderwerpen dan de inhoud van omroepprogramma's. Dat geldt naar onze mening in ieder geval voor de bepalingen met betrekking tot de doorgifte van het basispakket (vgl. artikel 31 Universele-dienstrichtlijn en artikel 8.1 Tw j° 82a t/m 82k Mediawet).²⁹ Daarnaast is de vraag gerechtvaardigd of het toestemmingsregime voor commerciële omroepprogramma's op grond van artikel 71a Mediawet, dat zich relatief eenvoudig tot een systeem van algemene machtiging zou laten omvormen, niet in de Telecommunicatiewet zou thuishoren.

Verder volgen uit de nieuwe richtlijnen procedurele aanpassingen die van belang zijn voor het Nederlandse bestuursrecht in de communicatiesector. Het gaat daarbij niet alleen om de nieuwe procedurele verhoudingen tussen binnen- en buitenlandse NRI's en de procedurele verhoudingen tussen enerzijds NRI's en anderzijds NMa en de Commissie. De richtlijnen geven ook voorschriften op het gebied van bijvoorbeeld het horen van belanghebbenden (waarbij het begrip 'belanghebbende' breder lijkt dan in de Awb), informatie-uitwisseling, vertrouwelijkheid van bedrijfsgegevens, de mogelijkheid van bemiddelingsprocedures, de inhoud van de beroepsprocedures, voorlopige voorzieningen etc.

Aanleg van faciliteiten

De regelingen omtrent de aanleg van faciliteiten zijn thans opgenomen in hoofdstuk 5 Tw. De betreffende bepalingen zijn mede gebaseerd op artikel 4 quinquies van de Richtlijn Volledige Mededinging. Het recht om installaties aan te leggen is in de wet beperkt tot het aanleggen van vaste openbare infrastructuur. Mobiele aanbieders kunnen zich niet op hoofdstuk 5 beroepen voor de verwerving van sites. Naar onze mening is het de vraag of een dergelijk ingrijpend onderscheid tussen aanbieders van vaste openbare communicatienetwerken en aanbieders van mobiele openbare communicatienetwerken gehandhaafd kan blijven. Immers, een belangrijk uitgangspunt in de nieuwe richtlijnen is dat bevoordeling van bepaalde typen netwerken boven andere in beginsel moet worden voorkomen (overweging 18 Kaderrichtlijn). In overeenstemming met dit uitgangspunt bepaalt artikel 11 van de Kaderrichtlijn dat de bevoegde instanties die aanvragen behandelen voor het verlenen van rechten om faciliteiten te installeren op particuliere en openbare eigendom non-discriminatoir te werk moeten gaan. Bij dit alles speelt ook een rol dat juist de frequentievergunningen op basis waarvan de mobiele aanbieders diensten aanbieden vergaande uitrolverplichtingen bevatten. Overigens hoeft het toekennen van installatierechten ook niet te betekenen dat iedere mobiele aanbieder maar overal sites zou moeten kunnen claimen. Tegelijkertijd staat het de lidstaten immers vrij

27 In het jaarverslag van OPTA wordt aangedrongen op de instelling van een communicatie-autoriteit die is belast met toezicht op alle economische regulering ten aanzien van telecommunicatie-, ICT- en media sectoren. Zie OPTA, *Viste op de markt: Jaarverslag 2001*, maart 2001, p. 14.

28 Kabinetsstandpunt Evaluatie Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit van 6 juli 2001, *Kamerstukken II* 21 693, nr. 56, p. 17-19.

29 Zie ook E.J. Dommering, 'De nieuwe Brusselse Telecommunicatierichtlijnen', *Computerrecht* 2001-2.

om verplichtingen tot het delen van voorzieningen op te leggen.

Andere aanpassingen in hoofdstuk 5 van de wet lijken verband te houden met het feit dat de vereisten van *non-discriminatie*, transparantie en snelheid van procedures gelden voor alle bevoegde instanties die aanvragen behandelen voor het verlenen van rechten om faciliteiten te installeren op of over of onder eigendommen. Die vereisten gelden zowel voor openbare als voor particuliere gronden, gebouwen, leidingen, masten etc., en zowel voor openbare als voor niet openbare netwerken. De vraag is wie de hierbedoelde bevoegde instanties zijn. In de huidige regelgeving lijken dat enerzijds de gemeenten met hun coördinerende taak te zijn, en anderzijds (andere) eigenaren en beheerders van openbare en particuliere gronden, gebouwen, leidingen, masten etc. Overigens kan de regeling voor aanbieders van openbare en niet-openbare communicatienetwerken en voor openbare en particuliere eigendommen wel verschillend zijn.

Tot slot betreft artikel 11 van de Kaderrichtlijn de installatie van communicatienetwerken op, over of onder openbare of particuliere eigendommen. Dit is wellicht een goede aanleiding om de verfijnde en gecompliceerde regeling in hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen, enerzijds, het leggen van kabels in de grond, en anderzijds, het aanleggen van kabels boven de grond alsmede het bevestigen van kabels in en aan gebouwen, te verlaten.

Toegang

Het nieuwe Europeesrechtelijke kader gaat over op een enkel regime voor alle vormen van toegang. In de huidige wetgeving zijn verschillende vormen van toegang op onoverzichtelijke en onvolledige wijze geregeld, namelijk in de artikelen 3.11 en 3.12 (site sharing), in artikel 5.10 (duct sharing), hoofdstuk 6 Tw (interconnectie en bijzondere toegang) en hoofdstuk 7 Tw en het (openbare telefoonnetwerken), alsmede hoofdstuk 8 Tw (omroep- en omroepzendernetwerken, voorwaardelijke toegangssystemen³⁰).

Inhoudelijk zullen de bepalingen die betrekking hebben op toegang in de Telecommunicatiewet ingrijpend moeten worden herzien, zowel wat betreft de te volgen procedures (bepaling relevante markten, aanwijzing partijen met aanmerkelijke marktmacht, procedure om te komen tot het opleggen van verplichtingen) als wat betreft de inhoud van de (mogelijk) op te leggen verplichtingen.

Het gedeeld gebruik van faciliteiten wordt beschouwd als een vorm van toegang. Een dergelijk gedeeld gebruik is op dit moment in de Telecommunicatiewet geregeld in de artikelen 3.11 en 3.12 (site sharing), artikel 5.10 (medegebruik van voorzieningen terzake van de aanleg en instandhouding van kabels), hoofdstukken 6 en 7 (bijzondere toegang en collocatie). Een dergelijke gespreide regeling lijkt niet erg praktisch in het licht van het geharmoniseerde Europese kader. Daarnaast zullen in ieder geval enkele inhoudelijke aanpassingen moeten worden doorgevoerd. Zo zal moeten worden overwogen of de Nederlandse NRI's (inclusief de gemeenten) de mogelijkheid moeten krijgen om gedeeld gebruik van voorzieningen als verplichting op te leggen. De huidige Nederlandse wettelijke bepalingen voorzien daarin op dit moment nog niet. Daarnaast zal op grond van de Toegangsrichtlijn een strengere regime voor partijen die zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht mogelijk moeten worden gemaakt (artikel 12 lid 1 sub f Toegangsrichtlijn).

4. Conclusie

De aanpassing van de Nederlandse wet- en regelgeving aan de nieuwe Europese telecommunicatierichtlijnen wordt een hele klus voor de nationale wetgever. Niet alleen moet er wets-technisch gezien veel worden aangepast, maar ook moet er beleidsmatig en politiek een aantal belangrijke knopen worden doorgehakt.

Hoewel in Nederland aan de huidige Europese richtlijnen op het gebied van de telecommunicatie reeds een behoorlijke liberale invulling is gegeven, zal ook de Nederlandse wetgever niet ontkomen aan het doorvoeren van belangrijke inhoudelijke en procedurele wijzigingen. Daarbij zal ook niet kunnen worden ontkomen aan een hernieuwde bezinning op een aantal eerdere principiële beslissingen, onder meer met betrekking tot het aantal en de bevoegdheden van de huidige toezichthouders en de nadere inhoudsbepaling van en de afstemming tussen wat nu nog is geregeld in de Telecommunicatiewet en de Mediawet.

³⁰ Zie ook wetsvoorstel 28 203 dat beoogt te komen tot een regeling voor toegang tot openbare telecommunicatienetwerken bestemd voor het bieden van toe-

gang tot internet en een verduidelijking en een verruiming van de regeling voor toegang tot omroepnetwerken.