

# Telecommunicatierecht in het digitale tijdperk 3.0

Oratiebespreking

Bas Braeken\*

**Oratie uitgesproken door prof. mr. dr. S.J.H. Gijrath bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar op het gebied van het Telecommunicatierecht aan de Universiteit Leiden (17 mei 2014)**

Op 17 maart 2014 hield prof. mr. dr. S.J.H. Gijrath ter gelegenheid van zijn aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar aan de universiteit Leiden zijn oratie. De titel van zijn oratie was ‘Telecommunicatierecht in het digitale tijdperk 3.0: interoperabiliteit, internationalisering & een imploderende soufflé’.

Gijrath deelt zijn leerstoel met Gera van Duijvenvoorde,<sup>1</sup> waarbij beide hoogleraren – afgaande op hun oraties – een zekere verdeling hebben aangebracht qua aandachtsgebieden. Centraal in de oratie van Gijrath staan de drie i’s van het telecommunicatierecht: interoperabiliteit, innovatie en internationalisering. Twee van de i’s (interoperabiliteit en internationalisering) komen terug in de titel. Over interoperabiliteit (althans interconnectie) heeft Gijrath enkele jaren geleden zelfs een omvangrijk proefschrift geschreven.<sup>2</sup>

Gijrath heeft ervoor gekozen om de drie thema’s te verbinden aan de wetgevingsvoorstellen van de Europese Commissie in het kader van *Connected Continent*.<sup>3</sup> Het betreft hier een voorstel voor de vijfde generatie van het telecommunicatierecht in minder dan 25 jaar. Gijrath plaatst dit voorstel in een breder perspectief. Gijrath’s benadering is in zekere zin atypisch, aangezien de drie thema’s (interoperabiliteit, innovatie, internationalisering) verschillende grootheden betreffen en bovendien omdat *Connected Continent* vooralsnog niet meer is dan een wetgevingsvoorstel van de Europese Commissie waarop na eerste lezing door het parlement een zeer groot aantal amendementen in ingebracht. Het is daarbij nog onzeker of – en zo ja, in welke vorm – dit voorstel de eindstreep haalt. Niettemin leidt deze benadering tot een aantal interessante inzichten en scherpe (zij het doorgaans diplomatiek verpakte) conclusies.

Gijrath onderschrijft in zijn oratie allereerst het belang van interoperabiliteit voor de *gatekeepers* van de telecomsector. Hieronder verstaat hij de traditionele netwerkaanbieders. Deze partijen worden geconfronteerd met nieuwe consumptiepatronen (de *gamechangers*) en zien daardoor hun bedrijfswinsten onderuit gaan. Met name mobiele operators worden hierdoor getroffen. Gijrath stelt zich vervolgens drie vragen. In hoeverre kan de Europese Commissie: (i) regelgeving, die wordt gedreven door technologische ontwikkelingen, nog als autonoom rechtstelsel vormgeven (ii) innovatie door middel van wetgeving realiseren en (iii) internationale ontwikkelin-

gen meer beheersbaar maken? De beantwoording van deze vragen geschiedt aan de hand van de drie i’s.

## Interoperabiliteit

Door middel van een drietal treffende voorbeelden illustreert Gijrath dat *Connected Continent* een volgende stap is in de Europeanisering van het telecommunicatierecht. Zo bevat *Connected Continent* diverse verplichtingen die kunnen worden gezien als een verbijzondering van de thans in artikel 6.1 Telecommunicatiewet (‘Tw’) vastgelegde interoperabiliteitsverplichting. De Europese Commissie trekt daarbij diverse bevoegdheden naar zich toe.

Deze tendens is, zo licht Gijrath toe, allereerst zichtbaar bij de in het nieuwe kader voorgestelde verplichting tot IP-connectiviteit. Dit is een bijzondere toegangsverplichting die ertoe strekt dat een aanbieder in staat is zijn klanten een bepaalde kwaliteit dienstverlening voor internetverkeer te bieden. Op grond van de voorgestelde verordening die onderdeel uitmaakt van *Connected Continent* moeten aanbieders binnen twee maanden overeenstemming bereiken over gedefinieerde netwerkprestaties en minimum dienstenniveaus. Daarmee gaat deze voorgestelde verplichting aanzienlijk verder dan de huidige interoperabiliteitsverplichting van artikel 6.1 Tw. De impact van deze verplichting is op dit moment nog lastig te bepalen. Gijrath wijst er terecht op dat *Connected Continent* niet bepaalt hoe de financiële lasten tussen de gatekeepers en de gamechangers op evenwichtige wijze kunnen worden verdeeld. Gijrath suggereert, zij het zeer voorzichtig, dat *Connected Continent* een mogelijke spanning kent tussen enerzijds de noodzaak om efficiënte investeringen te stimuleren en anderzijds het op voorhand afbakenen van het prijsvormingsproces. Gijrath drukt zich diplomatiek uit. Minder diplomatiek gezegd zou de boodschap ook kunnen zijn dat de voorgestelde regulering het gevaar in zich bergt dat efficiënte investeringen niet worden aangemoedigd maar juist worden ontmoedigd. Gijrath slaat naar mijn mening hiermee de spijker op zijn kop. De aanleg en het onderhoud van snelle glasvezelnetwerken vergt zeer aanzienlijke investeringen. In een markteconomie is een onderneming alleen bereid tot die investeringen als hij weet dat hij die – op termijn – zeer waarschijnlijk kan terugverdienen. Het aanleggen van zo een netwerk heeft dus, com-

\* Mr. B.J.H. Braeken is advocaat te Amsterdam (Maverick Advocaten NV).

1 Zie de oratiebespreking door Bootsma elders in dit nummer.

2 S.J.H. Gijrath, *Interconnection Regulation and Contract Law*, 2007.

3 Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, COM(2013) 627.

mercieel gezien, alleen zin als partijen die gebruik maken van zijn netwerk een vergoeding betalen die de netwerkaanbieder in staat stelt om binnen een redelijke termijn zijn kosten terug te verdienen. Door op voorhand het resultaat van de onderhandelingen in detail te willen vast te leggen en zonder dat de Commissie zich uit laat over de toegangstarieven verschuift mogelijk de balans tussen partijen van de netwerkaanbieder naar de dienstenleverancier. In elk geval ontstaat daardoor onzekerheid over het verdienmodel voor de netwerkaanbieder. Voor de dienstenleverancier is dat niet zonder risico's.

De wens om tot één Europese markt te komen is de aanleiding voor een tweede door Gijrath in dit kader besproken wijziging in Connected Continent, namelijk het voorstel van de Commissie om nationale toezichthouders de bevoegdheid te geven om op verzoek een transnationale verplichting op te leggen aan gereguleerde marktpartijen om met een Europees virtueel breedbandproduct te komen. Gijrath wijst, mijns inziens terecht, op het feit dat deze bepaling niet alleen complex in de uitvoering is maar ook nog eens de beleidsvrijheid van de nationale toezichthouder beknot. Voor verschillende vormen van toegang zal een transnationaal verzoek namelijk moeten worden ingewilligd. Dat perkt de mogelijkheden voor maatwerk op nationaal niveau zeer aanzienlijk in.

Ook bij de door de Europese Commissie voorgestelde verplichting tot netneutraliteit plaatst Gijrath kritische kanttekeningen. Volgens Gijrath doet dit voorstel afbreuk aan de expliciete doelstelling van de Europese Commissie om de Europese telecomsector meer slagkracht te geven.

## Innovatie

Eén van de belangrijkste doelstellingen van Connected Continent is het stimuleren van innovatie. Aan deze doelstelling wordt veel lippendienst bewezen, maar Gijrath wijst er terecht op dat in de materiële bepalingen de term innovatie nauwelijks terugkomt. Gijrath plaatst twee belangrijke kanttekeningen bij innovatie. Allereerst kan het afdwingen van innovatie door het voorschrijven van bepaalde technieken ertoe leiden dat nieuwe toetreders op hoge kosten worden gedreven waardoor juist toetredingsdrempels worden gecreëerd. In de tweede plaats kan een belangrijke katalysator voor innovatie, te weten standaardisatie, leiden tot uniformiteit en onwenselijke homogeniteit. Gijrath verwijt de Commissie niet echt een keuze te maken voor innovatie. Hij wijst erop dat zolang de gatekeepers gereguleerd blijven en hun bedrijfsmodellen onder druk staan het minder waarschijnlijk is dat zij gaan investeren in nieuwe netwerken. Er is als het ware sprake van een vicieuze cirkel. De Commissie beoogt door middel van regulering innovatie te bewerkstelligen maar diezelfde regulering ondermijnt de levensvatbaarheid van bestaande bedrijfsmodellen van gereguleerde ondernemingen en ontmoedigt hen mogelijk tot het doen van verdere investeringen. Gijrath is op dit punt (terecht) uitermate kritisch en stelt dat het voorgestelde reguleringskader op dit punt heroverweging verdient.

## Internationalisering

Elektronische communicatie houdt niet op bij de landsgrenzen. Nederland vormt geen eiland in de Europese Unie en de Europese Unie vormt op haar beurt geen eiland in de wereld. Gijrath wijst erop dat binnen de ITU, de *International Telecommunications Union*, het standaard besluitvormingsproces nog

steeds is gericht op het bereiken van consensus. In *Connected Continent* gaat de Commissie uit van een zwaarder onderhandelmodel dat veel meer is gericht op het bereiken van een bepaald resultaat. Niet is gebleken dat dit model meer voordelen heeft dan het lichter onderhandelmodel. Gijrath moedigt dan ook nader onderzoek aan naar de effectiviteit van de verschillende onderhandelmodellen, mede om te voorkomen dat ook de vijfde generatie telecomregulering alweer spoedig verouderd is. Dit kritiekpunt sluit aan bij de voorgaande punten. Wel moet hierbij worden opgemerkt dat een traditioneel onderhandelmodel vermoedelijk alleen zal werken bij de aanwezigheid van een effectieve geschilbeslechtingmogelijkheid (vergelijk artikel 12.2 Tw). Berucht is het voorbeeld van de telecommunicatiemarkt in Nieuw-Zeeland, waar het door de afwezigheid van een snelle geschilbeslechtsingsprocedure nieuwkomer Clear Communications Limited jaren kostte om interconnectie-overeenkomsten uit te onderhandelen.

Gijrath ziet een duidelijke rol voor de Europese Commissie bij de internationale coördinatie van het frequentiebeleid. Eén consistente lijn zou bijdragen aan de concurrentiepositie van Europa. Ook wijst hij op het belang om initiatieven van vergunninghouders om hun infrastructuur (tijdelijk) te delen te faciliteren. In de praktijk stuiten voornemens tot samenwerking tussen netwerkaanbieders vaak op mededingingsrechtelijke bezwaren. Netwerkaanbieders moeten aannemelijk kunnen maken dat de voordelen van hun samenwerking de nadelen overstijgen. Zeker bij nieuwe diensten en netwerken is het voor partijen lastig om aan deze maatstaf te voldoen, aangezien de voordelen vaak moeilijk te voorspellen zijn terwijl het veel makkelijker is een beeld te vormen van de nadelen van samenwerking.

## Conclusie

Gijrath rondt zijn oratie af met niet malse kritiek op *Connected Continent*. De belangrijkste punten van kritiek, geformuleerd in retorische vragen, zijn:

- (i) Is de wetgeving wel voldoende toekomstvast?
- (ii) Leidt het kader niet tot rechtsonzekerheid en kan hierdoor de investeringsbereidheid niet juist afnemen?
- (iii) Trekt de Commissie niet te veel bevoegdheden naar zich toe?

In Connected Continent worden volgens Gijrath onvoldoende kritische keuzes gemaakt waardoor – en zo komen we weer bij de titel van de oratie uit – het kader kenmerken vertoont van een soufflé die te veel ingrediënten heeft en daardoor het risico op imploderen loopt. Met zijn kritiek kan Gijrath rekenen op steun uit onverdachte hoek: de Body of European Regulators for Electronic Communications ('BEREC') heeft in een verklaring in 2013 ongekend fel uitgehaald naar het voorstel van de Commissie.<sup>4</sup> BEREC betwijfelt het nut van en de noodzaak voor een nieuw reguleringskader en maakt(e) zich zorgen over de verschuiving van bevoegdheden van de Commissie, BEREC en de nationale toezichthouders. Stuk voor stuk ook punten die Gijrath behandelt in zijn oratie. Over enkele maanden zal blijken of Connected Continent de streep haalt van het wetgevingsproces, en zo ja in welke vorm. Professor Gijrath kan zich alvast opmaken voor een volgende ronde.

<sup>4</sup> BEREC statement on the publication of a European Commission proposal for a Regulation on the European single market, BoR (13) 104.