

Artikel

Aanmerkelijke marktmacht en (economische) machtspositie in de communicatiesector: eeneiige tweeling of mismatch?

Mr. drs. P. Kuipers en mr. J. Kohlen*

Een vergelijking tussen de toepassing van het begrip machtspositie in het mededingingsrecht en het begrip aanmerkelijke marktmacht in het sectorspecifieke mededingingsrecht in de elektronische communicatiesector zou geen hogere wiskunde moeten zijn. Zeker niet sinds de introductie van het nieuwe Europese reguleringskader voor de elektronische communicatiesector in 2002, waarin deze begrippen – althans de definities daarvan – identiek zijn. Desondanks moeten we, ruim zeven jaar verder, constateren dat er een groot verschil bestaat tussen theorie en praktijk. Om die reden is het interessant om nader te onderzoeken waarom theorie en praktijk zo uiteen lopen, welke gevolgen dit heeft voor de toepassing van deze begrippen in het sectorspecifieke recht enerzijds en het reguliere mededingingsrecht anderzijds en of het reguliere mededingingsrecht een noodzakelijk vangnet is voor het sectorspecifieke mededingingsrecht.¹

Hoopvolle ontwikkelingen?

Kees Schillemans heeft in een bijdrage in *M&M* 2007/1 betoogd dat het probleemoplossend vermogen tussen beide vormen van mededingingsrecht geen fundamentele verschillen behoeft te vertonen.

* Mr. drs. P. Kuipers is advocaat bij Bird & Bird LLP in Den Haag. Mr. J. Kohlen is advocaat bij Bird & Bird LLP in Den Haag. Beide auteurs staan in hun praktijk diverse aanbieders van communicatiediensten bij.

1. Deze bijdrage is tot stand gekomen naar aanleiding van de presentatie van Pauline Kuipers op het 8^e Markt & Mededingingscongres van 12 mei 2009. Het onderwerp van dat congres was marktmacht in verschillende gereguleerde sectoren.

‘De praktijk toont aan dat het probleemoplossend vermogen van het algemene mededingingsrecht en dat van het sectorspecifieke mededingingsrecht geen fundamentele verschillen behoeft te vertonen. Consistentie in bewijslast alsmede een nauwe wisselwerking tussen beide vormen van marketingrijpen dient voorop te staan. In dit verband tekent zich een hoopvolle trend af.’

De vraag is echter of die trend wel zo hoopvol is. Onze twijfel zit niet zozeer in het probleemoplossend *vermogen* van beide vormen van mededingingsrecht, maar wel in de vraag of dat vermogen in de praktijk voldoende wordt benut en daarmee over de vraag of de wisselwerking tussen beide vormen van marketingrijpen altijd even optimaal is. Ter beantwoording van deze vraag concentreren wij ons in het bijzonder op de toepassing van de begrippen aanmerkelijke marktmacht en economische machtspositie in de telecomsector.

Voordat wij toekomen aan een vergelijking van de begrippen (economische) machtspositie en aanmerkelijke marktmacht en de toepassing daarvan in de praktijk, is het van belang om het kader van met name de telecomregulering te schetsen. Van belang zijn in dit verband vooral de uitgangspunten van deze regulering en de verhouding tot het reguliere mededingingsrecht.

Sectorspecifieke regulering

Het huidige Europees regelgevend kader dat relevant is voor de telecommunicatiesector bestaat uit een aantal richtlijnen die per 25 juli 2003 in alle EU-lidstaten moes-

ten zijn geïmplementeerd. De Kaderrichtlijn² is het meest van belang voor onze bijdrage en bevat de kaders voor EU-regelgeving met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, waaronder regels omtrent de positie van de nationale regelgevende instanties ('NRI's'),³ verplichtingen tot coördinatie en consultatie en de regels omtrent marktanalyse en aanmerkelijke marktmacht. In de Richtsnoeren voor de marktanalyse en beoordeling van aanmerkelijke marktmacht uit 2002⁴ (de 'Richtsnoeren') geeft de Commissie aan wat het doel van sectorspecifieke regulering onder het nieuwe kader is. Randnummer 16 van de Richtsnoeren luidt als volgt:

'Doel van het opleggen van ex ante-verplichtingen aan ondernemingen die zijn aangemerkt als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht, is ervoor te zorgen dat deze marktmacht niet kan worden gebruikt om de mededinging op de relevante markt te beperken of te verstoren of om door hefboomwerking marktmacht op naburige markten te verkrijgen.'

Om tot het opleggen van *ex ante*-verplichtingen te komen, moet de NRI eerst de relevante markten afbakenen die voor ex ante regulering in aanmerking komen. Dat is het geval indien aan drie cumulatieve criteria is voldaan:⁵ (1) de aanwezigheid van hoge toetredingsdrempels met een structureel, wettelijk of regelgevend karakter die niet van voorbijgaande aard zijn, (2) de markt neigt niet naar daadwerkelijke concurrentie binnen de tijdshorizon van drie jaar en (3) het reguliere mededingingsrecht volstaat niet om het geconstateerde marktfalen voldoende te verhelpen. De Commissie helpt de NRI's door in haar Aanbeveling betreffende relevante producten- en dienstenmarkten die voor ex ante regulering in aanmerking komen (de 'Aanbeveling') een aantal relevante markten te definiëren die – vanuit Europees perspectief bezien – mogelijk aan deze drie criteria voldoen. Uiteraard kan dit per land verschillen, zodat de NRI's dit voor hun eigen land moeten checken en daarnaast de mogelijkheid hebben aanvullende relevante markten te definiëren die voor ex ante regulering in aanmerking zouden moeten komen. Indien de NRI's besluiten dat aanvullende markten voor ex ante regulering in aanmerking komen dan geldt een extra bewijsplicht voor de NRI's⁶ in die zin dat bij het aanwijzen van andere markten dan die welke in de Aan-

beveling zijn opgenomen, de NRI's erop dienen toe te zien dat aan de drie cumulatief geformuleerde criteria is voldaan.⁷

Voor elk van de relevante markten die op basis van die marktanalyses aan ex ante regulering zouden kunnen worden onderworpen, moet de NRI – hier dus OPTA – onderzoeken of die daadwerkelijk concurrerend is. Daartoe moet OPTA een prospectieve, structurele beoordeling van de relevante markt maken op basis van de bestaande marktvoorwaarden.⁸ OPTA moet onderzoeken of de markt in de toekomst concurrerend zal zijn en dus of een eventueel gebrek aan daadwerkelijke mededinging blijvend is, gelet op de op redelijke termijn te verwachten of te voorspellen marktontwikkelingen. OPTA moet bij die analyse overigens wel rekening houden met gegevens uit het verleden, wanneer dergelijke gegevens relevant zijn voor de ontwikkelingen op die markt in de nabije toekomst.⁹ De Commissie legt daartoe in de Richtsnoeren een directe relatie tussen het bestaan van aanmerkelijke marktmacht en het gebrek aan daadwerkelijke mededinging:

'De conclusie dat op een relevante markt daadwerkelijke mededinging bestaat, is equivalent aan de conclusie dat geen enkele exploitant een individuele of collectieve machtspositie op die markt bekleedt. (...) Wanneer een NRI concludeert dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, zal deze de ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op die markt aanwijzen en hetzij specifieke verplichtingen opleggen of, indien zulke verplichtingen al bestaan, deze handhaven of aanpassen'.¹⁰

Opmerkelijk is dat de Commissie hieraan toevoegt dat de aanwijzing van een onderneming als onderneming met aanmerkelijke marktmacht op een markt die met het oog op voorafgaande regulering is gedefinieerd, niet automatisch impliceert dat die onderneming ook een machtspositie heeft in de zin van artikel 102 van het Verdrag betreffende het Functioneren van de Europese Unie ('TFEU') of nationale bepalingen van gelijke werking.¹¹ Met andere woorden, hoewel de definitie van aanmerkelijke marktmacht één op één overeenstemt met die van economische machtspositie, hoeft de toepassing van deze begrippen in de praktijk niet synchroon te verlopen. Dat is – gezien de eensluidende definitie – een opmerkelijke ontwikkeling. Zo kan het gebeuren dat KPN door OPTA niet als AMM-partij (onderneming met aanmerkelijke marktmacht) is aangewezen op de retailmarkten voor vaste telefonie, hoewel zij daarop een marktaandeel van 70-80% heeft, hetgeen een lastig te weerleggen vermoeden oplevert voor de

2. Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb. EG 2002, L 108/33.

3. In Nederland is dit de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA).

4. Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb. EG 2002, C 165/6.

5. Aanbeveling van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regulering ex ante kunnen worden onderworpen. Pb. EG 2007, L 344/65 (de 'Aanbeveling').

6. Aanbeveling 17 december 2007, artikel 2.

7. Zie ook artikel Paul Glazener en Quinten Kroes, 'De rechterlijke toetsing van OPTA's marktanalyses – Materiële aspecten', *Mediaforum* 2007, p. 337. In dit artikel is onder andere gesproken over de verzwaarde bewijslast indien OPTA besluit tot het afbakenen van aanvullende markten.

8. Randnr. 20 Richtsnoeren.

9. Randnr. 20 en 27 Richtsnoeren.

10. Randnr. 19 Richtsnoeren.

11. Randnr. 30 Richtsnoeren.

aanname dat een partij over een machtspositie beschikt.¹²

Regulering van de communicatiesector in de praktijk

Inmiddels is de nodige ervaring opgedaan met de regulering onder het nieuwe kader¹³ door OPTA. Na de eerste serie marktanalysebesluiten van OPTA in 2005 en de daartegen door verschillende marktpartijen aanhangig gemaakte beroepen bij het CBb, heeft OPTA medio december 2008 haar tweede serie marktanalysebesluiten afgeleverd. Ook daartegen is wederom door verschillende marktpartijen, waaronder Tele2, bbned en Online, beroep ingesteld.

De meer economische benadering in het nieuwe kader leidt bepaald niet tot minder regulering en zeker niet tot minder reguleringslast. De drempel voor het aanwijzen van een onderneming als partij met aanmerkelijke marktmacht is aanzienlijk hoger komen te liggen en ook de belasting van de regulering voor alle ondernemingen is aanzienlijk gestegen. Niet alleen voor de AMM-partijen maar voor alle marktpartijen, die elke drie jaar opnieuw moeten meedraaien in het circus van informatieverstrekking, consultaties en beroepen, monitoring, nadere invulling via beleidsregels en tussentijdse implementatie-, wijzigings- en herstelbesluiten.

Inmiddels is bovendien duidelijk geworden wat de waarde is van de prospectieve analyses, waarop de eerste serie marktanalysebesluiten – en dus de regulering door OPTA – waren gebaseerd. Wij menen dat deze ervaring leert dat bij een prospectieve analyse voorzichtigheid geboden is, hetgeen moge blijken uit de hierna volgende praktijkvoorbeelden.

WBT

Allereerst noemen wij de markt voor lage kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang ('WBT'). Dit is de *wholesale*markt waarop KPN concurreert met de DSL (*Digital Subscriber Line*)-aanbieders zoals Tele2, bbned en Online. Het is ook de markt waarop deze partijen – om op *retail*niveau een landelijk breedbandaanbod in de markt te kunnen zetten – tevens van KPN afhankelijk zijn voor toegang tot het KPN-netwerk in gebieden waar de uitrol van een eigen netwerk economisch niet rendeert. In 2005 oordeelde OPTA dat het niet nodig was om de markt voor WBT te reguleren omdat deze markt daadwerkelijk concurrerend was. Weliswaar had KPN een marktaandeel tussen de 40% en 45%, maar dat zou volgens OPTA niet verder stijgen dan 48% in 2008 als gevolg van indirecte prijsdruk van het *retail* breedbandaanbod van de kabel. De argumenten van diverse DSL-aanbieders dat een marktaandeel van 40-50%, ook volgens de Richtsnoeren

van de Commissie¹⁴ nog altijd een indicatie is van een mogelijke machtspositie, zeker bij een stijgend marktaandeel, werden genegeerd. Bovendien was het verschil met de tweede marktpartij op deze markt, UPC, dat volgens OPTA's prospectieve analyse op 13% zou uitkomen, ruim 25% en kon UPC slechts indirecte prijsdruk¹⁵ uitoefenen. Het verschil in marktaandeel met de grootste DSL-aanbieders Tiscali, bbned en Tele2 bedroeg zelfs ongeveer 40%. Diverse marktpartijen hebben erop gewezen dat de door OPTA geschatte stijging van KPN's marktaandeel tot 48% wel zeer conservatief was. De vrees van de marktpartijen werd waarheid. In de voorbereidende fase voor de nieuwe ronde marktanalysebesluiten voor 2008 bleek dat het marktaandeel van KPN was gestegen tot ongeveer 50-60%.¹⁶ Deze stijging werd mede veroorzaakt door de overname van een van de grootste DSL-aanbieders, Tiscali. Overigens kon deze overname niet worden voorzien door OPTA in haar prospectieve analyse. De toevoeging van het marktaandeel van Tiscali aan het marktaandeel van KPN is echter niet de enige verklaring voor de stijging van KPN's marktaandeel. Door het ontbreken van regulering, zijn de marktomstandigheden en daarmee de concurrentie niet verbeterd (en zelfs verslechterd) hetgeen wel een van de doelstellingen is van de sectorspecifieke regulering en waardoor het marktaandeel van KPN is toegenomen. In het recente marktanalysebesluit heeft OPTA dan ook geconcludeerd dat KPN over AMM beschikt op de markt voor lage kwaliteit WBT.¹⁷ Voorts hebben de All IP plannen¹⁸ van KPN ertoe geleid dat de uitrol van alternatieve DSL infrastructuur geheel tot stilstand is gekomen evenals de ontwikkeling van de concurrentie. De concurrentie vanuit de kabel is maar ten dele van de grond gekomen ondanks dat de positie van de kabelexploitanten is gegroeid. Inmiddels is ook OPTA tot de conclusie gekomen dat een duopolie tussen KPN en de kabel verre van ideaal is. Dit wordt ook wel aangeduid met het mantra *two is not enough* dat als een rode draad door de huidige serie marktanalysebesluiten loopt.

Vaste telefonie

Een ander voorbeeld van een falende prospectieve analyse door OPTA betreft de markten voor vaste telefonie. In

12. HvJ EG zaak C-62/68, *Akzo vs. Commissie*, Jur. 1991, p. I-3359, r.o. 60.

13. Na de inwerkingtreding van de nieuwe richtlijnen vanaf 25 juli 2003.

14. Randnr. 75 Richtsnoeren.

15. Overigens concludeerden het CBb en OPTA op grond van de indirecte prijsdruk dat WBT via de kabel en DSL tot dezelfde markt behoren. Zoals Glazener en Kroes in *Mediaforum* terecht opmerkten, halen OPTA en CBb hierbij twee zaken door elkaar: 'Indien er geen sprake is van relevante vraag- en aanbodsstitutie tussen wholesalebreedband toegang via de kabel en DSL, kunnen beide vormen van breedbandtoegang niet tot dezelfde markt worden gerekend. De indirecte prijsdruk vanuit de retailmarkt kan hoogstens betekenen dat een aanbieder van wholesalebreedbandtoegang ondanks een hoog marktaandeel, toch geen marktmacht heeft.'

16. Breedband openbare rapportage Q2 2008, pagina 2; marktaandelen WBT lage kwaliteit.

17. Alex Meijer, 'OPTA's herziene marktanalysebesluiten', *Mediaforum* 2009, p. 242.

18. All IP plannen van KPN: eind 2005 heeft KPN bekend gemaakt haar netwerk de komende jaren te willen migreren naar een zogenoemd *Next Generation Network*. Deze migratie moet KPN de beschikking geven over een kostenefficiënt breedbandig IP-netwerk waarmee KPN de elektronische communicatiediensten van morgen kan aanbieden. KPN noemt deze operatie de migratie naar 'All-IP'.

2005 bedroeg het marktaandeel van KPN op de *retail*markt voor telefoniediensten via het traditionele kopernetwerk (dat wordt onderscheiden van telefonie via internet) volgens OPTA ongeveer 65%. Op dat moment ondervond KPN op de consumentenmarkt voor traditionele telefonie concurrentie van ongeveer 20 CPS (*CareerPreSelect*) aanbieders. Hoewel OPTA op grond van haar prospectieve analyse voorspelde dat het aantal aansluitingen op het (PSTN= *Public Switched Telephone Network*) kopernetwerk van KPN zou teruglopen omdat steeds meer consumenten zouden overstappen naar telefonie via kabel of DSL en het marktaandeel van KPN zou dalen tot ca. 60-70% in 2008, merkte zij KPN zowel op de *wholesale*- als op *retail*markten aan als AMM-partij en legde haar op beide markten verplichtingen op waaronder tariefregulering op de markt voor zakelijke- en consumentelefoniediensten. Inmiddels zijn we vier jaar verder. De terugloop van het aantal PSTN-aansluitingen stabiliseert en de infrastructuurconcurrentie van kabel en DSL-aanbieders komt minder goed van de grond dan door OPTA was voorspeld. Op de markt voor telefoniediensten is de voorspelde daling van het marktaandeel van KPN veel minder dan verwacht. Ondanks de *retail*regulering in de afgelopen drie jaar bedraagt het marktaandeel van KPN op de consumentenmarkt voor telefoniediensten nog altijd 70-80%¹⁹ en *niet* de voorspelde 60-70%. Desalniettemin voorspelt OPTA dat het marktaandeel van KPN in de komende drie jaar zal dalen tot 50-60%, en dat zonder *retail*regulering. Hoewel dit nog steeds ruim boven de 50% ligt – en dus, zelfs al zou de daling zich deze keer wel voordoen, nog altijd een sterke indicatie van een machtspositie c.q. aanmerkelijke marktmacht is – heeft OPTA op basis van haar prospectieve analyse besloten dat de *retail*markt voldoende concurrerend is. De regulering op de *wholesale* markten moet voldoende corrigerende werking op het marktgedrag van KPN op de *retail*markt hebben, aldus OPTA, waardoor KPN in aanwezigheid van *wholesale*regulering geen AMM meer heeft.²⁰ OPTA schaft daarop de *retail*regulering op de consumentenmarkt per 1 januari 2009 en op de zakelijke markt per 1 januari 2010 af. OPTA heeft het niet aangedurfd om in afwijking van de Aanbeveling van de Commissie, toch tot *retail*regulering voor vaste telefonie over te gaan. Indien een markt door de Commissie niet in haar Aanbeveling is opgenomen – omdat de Commissie meent dat die markt niet voor ex ante regulering in aanmerking komt – dan kan een NRI alsnog besluiten om tot regulering over te gaan. Daarvoor geldt dan wel een extra bewijsplicht voor de NRI.²¹ Dat het gebrek aan ‘durf’ van OPTA om in haar prospectieve analyse af te wijken van de Europese lijn onjuist is geweest, is reeds gebleken in het eerste half jaar van 2009. De inkt van het marktanalysebesluit, waarin de *retail*regulering op de consumentenmarkt is afgeschaft, was nog niet droog of KPN heeft haar tarieven voor vaste telefonie aanzienlijk verhoogd. Telecompaper berichtte

hierover met de veelzeggende titel: ‘In duopolie kan KPN zonder consequenties tarieven verhogen’.²²

OPTA kan dan weliswaar toezicht houden op de *wholesale* tarieven maar of zij daarmee een *margin squeeze* (door een verlaging van de *retail*tarieven) kan voorkomen, is de vraag. Immers, wie de prijzen ongestraft kan verhogen, kan deze vaak ook verlagen waardoor mogelijk een *margin squeeze* ontstaat. Het mogelijke vangnet voor de ontbrekende regulering van de vaste telefonietelecommarkt is de toepassing van het reguliere mededingingsrecht door de NMa en de Europese Commissie.

NMa-toezicht op de communicatiesector

De NMa heeft niet alleen de mogelijkheid om *ex post* concurrentiefalen in de communicatiemarkten te corrigeren door misbruik van dominante ondernemingen te bestraffen op grond van artikel 102 VFEU en/of artikel 24 Mw, maar ook om mededingingsgebreken te voorkomen door middel van concentratiecontrole op fusies en overnames in de communicatiesector.

Concentratietoezicht

Zoals Schillemans in zijn artikel in *M&M* stelt, zou concentratietoezicht ook als een ‘probleemoplossend’ of probleemvoorkomend marktordeningsinstrument kunnen worden gezien. De NMa kan daarmee immers *ex ante* de marktstructuur beschermen tegen vermindering van concurrentie die optreedt als gevolg van een wijziging van de marktstructuur. ‘Concentratiecontrole kan een effectief middel zijn om toetredingsbelemmeringen weg te nemen of te verminderen en bijgevolg de mededinging te bevorderen’, aldus Schillemans. Maar is dat ook de ervaring in de communicatiesector in de afgelopen vijf jaar? Of is het middel van concentratiecontrole toch van (te) beperkt belang voor de marktordering omdat de toepassing daarvan zich tot een specifieke markt beperkt en uitsluitend gericht is op het *voorkomen* van concurrentiebeperking. Want voorkoming van concurrentiebeperking is uiteraard iets anders dan de bevordering of totstandbrenging van daadwerkelijke concurrentie.

Met name als men de reeks concentraties van KPN op de verschillende relevante markten in de telecomsector ziet,²³ kan men zich – gezien de sterke, zo niet dominante positie van KPN op de betreffende en aanverwante markten – afvragen of concentratiecontrole wel zo’n effectief instrument is.

Pas bij de concentratiemelding voor de verwerving van gezamenlijke zeggenschap door KPN in Reggefiber, is de

19. Marktanalysebesluit Vaste Telefonie d.d. 19 december 2008.

20. Zie ook Alex Meijer, ‘OPTA’s herziene marktanalysebesluiten’, *Mediaforum* 2009, p. 240.

21. Aanbeveling 17 december 2007, artikel 2.

22. <<http://www.telecompaper.com/nl/article.aspx?cid=665843#>>.

23. NMa-besluit zaaknr. 6397 (*KPN – Reggefiber*) van 23 maart 2009, NMa-besluit zaaknr. 6651 (*Reggefiber – GNA – OGA*) van 21 oktober 2009, NMa-besluit zaaknr. 6332 (*KPN – Ortel*) van 16 april 2008, NMa-besluit zaaknr. 5807 (*KPN – Tiscali*) van 23 mei 2007, NMa-besluit zaaknr. 5687 (*KPN – Enertel*) van 21 juli 2006 en NMa-besluit zaaknr. 5104 (*KPN – Enertel*) van 30 augustus 2005.

NMa kritischer.²⁴ Naar onze mening is dat terecht. Getracht is om mogelijk marktfaalen te voorkomen door een nauwsluitend net te vormen, waarbij de remedies van de NMa dienen als vangnet voor het geval de door OPTA in het kader van de marktanalyses opgelegde verplichtingen bij het CBb geen stand zouden houden. Naar aanleiding van de daarop volgende melding dat KPN – middels Reggefiber – ook gezamenlijke zeggenschap in Glasvezelnet Amsterdam (GNA) wilde verwerven, heeft de NMa door middel van een wijzigingsbesluit de remedies bij het goedkeuringsbesluit *KPN/Reggefiber* nog wat aangescherpt.²⁵ De uitkomsten van het lopende beroep tegen dit *Reggefiber*-besluit alsmede het beroep tegen OPTA's ULL marktanalysebesluit²⁶ moeten uitwijzen hoe sterk het instrument van concentratiecontrole is naast het sectorspecifieke mededingingsrecht en of het net van in elkaar grijpende sectorspecifieke en reguliere mededingingsinstrumenten standhoudt.

Handhaving verbod misbruik machtspositie

Daarnaast is de NMa belast met de handhaving van het verbod op misbruik van machtspositie (zowel op grond van artikel 24 Mw als artikel 102 VFEU) in de Nederlandse communicatiemarkten. Het is van belang om hierbij stil te staan aangezien de NMa – bij het wegvallen van sectorspecifieke regulering – daarmee *ex post* het vangnet moet bieden indien een dominante partij op een daadwerkelijk concurrerende markt toch misbruik maakt van haar dominante positie.

Hoewel de NMa in andere sectoren, denk aan de Rapportage betreffende de tarieven van Schiphol, stevige verplichtingen met betrekking tot de door een dominante marktpartij te hanteren tarieven afleidt uit artikel 24 Mw, lijkt zij in de communicatiesector een andere weg te kiezen. In dit verband zijn de besluiten betreffende de kabeltarieven van UPC en Casema uit 2005 interessant.²⁷ Leidde de NMa in de Schipholrapportage uit artikel 24 Mw af dat de tarieven van een dominante onderneming *kostengeoriënteerd* moeten zijn (dat wil zeggen doorberekening van de kosten vermeerderd met een redelijk rendement op geïnvesteerd vermogen), met betrekking tot de tarieven van UPC en Casema is dit niet aan de orde. In die zaken hanteerde de NMa als toets of het met de tarieven gerealiseerde rendement duurzaam aanzienlijk hoger lag dan de vermogenskostenvoet (het normrendement voor de betreffende sector) waardoor er 'een al te grote disproportie bestaat tussen de kosten en de werkelijk gevraagde

prijs'.²⁸ Daarbij gold bovendien dat geen sprake mocht zijn van onnodig hoge kosten.

De NMa oordeelde dan dat de tarieven van Casema weliswaar ruim boven het normrendement lagen, maar dit slechts gedurende enkele jaren terwijl in de voorafgaande periode sprake was van een betrekkelijk laag rendement. Bovendien meende de NMa dat de ontwikkeling in de RTV-sector ertoe leidde dat er geen garantie bestond dat in de nabije toekomst duurzaam aanzienlijk hogere rendementen konden worden gerealiseerd. Enkele jaren hoge rendementen is geen reden om misbruik van machtspositie aan te nemen wanneer een prospectieve analyse uitwijst dat dit niet duurzaam kan worden voortgezet. Ten aanzien van de tarieven van UPC komt de NMa tot een soortgelijk oordeel.

KPN zag niet alleen haar poging om bezwaar in te stellen tegen de voornoemde besluiten inzake de tarieven van UPC en Casema stranden op niet-ontvankelijkheid (geen belanghebbende en geen procesbelang), maar ook haar eigen klacht tegen de kabelbedrijven wegens kruissubsidiëring, rooftprijzen, koppeling/bundeling en toegangsweigering werd afgewezen.²⁹ Zonder in te gaan op de vraag of de kabelbedrijven beschikken over een economische machtspositie oordeelde de NMa dat van misbruik geen sprake was. Onder verwijzing naar de kostprijsonderzoeken met betrekking tot de excessieve tarieven oordeelde de NMa dat geen sprake was van rooftprijzen. De klachten wegens bundeling en koppelverkoop werden afgewezen omdat de betrokken diensten tot dezelfde markt werden gerekend zodat overheveling van marktmacht om die reden al niet aan de orde was. Ook de klacht wegens *wholesale* toegangsweigering strandde omdat de NMa het niet opportuun achtte een diepgaand onderzoek te verrichten gezien het feit dat OPTA op dat moment reeds was gestart met de analyse van de omroepmarkten. Een klacht van Tele2 jegens KPN inzake misbruik van machtspositie wegens de weigering om op *wholesaleniveau* telefonie-abonnementen te leveren (WLR) strandde op prioritering.³⁰ De NMa weigerde de klacht van Tele2 te onderzoeken omdat de gevraagde *wholesale* levering van abonnementen waarschijnlijk geen aanzienlijke tariefverlaging door concurrenten zou betekenen en Tele2 ook al op basis van CPS (dus op dienstenniveau) met KPN kon concurreren (betere of volledige concurrentie is voor de NMa dus geen rechtvaardiging). Ook achtte de NMa de kans op toewijzing van de klacht niet groot omdat niet aannemelijk was dat het netwerk van KPN – gezien de concurrentie door de kabel – als essentiële faciliteit kon worden beschouwd en ten slotte moest OPTA een dergelijke leveringsverplichting maar opleggen indien dat zou bijdragen tot verbetering van de concurrentie op de markten voor vaste telefonie.

Kortom, een klacht wegens misbruik van machtspositie is bepaald geen recept voor mededingingsrechtelijk ingrijpen door de NMa. Voor zover de klager er al in slaagt de

24. NMa-besluit zaaknr. 6397 (*KPN – Reggefiber*) van 23 maart 2009.

25. NMa-besluit zaaknr. 6651 (*Reggefiber – GNA – OGA*) van 21 oktober 2009. Net voor het afsluiten van de tekst voor het onderhavige artikel maakte de NMa bekend ook de deelname in GNA te hebben goedgekeurd. Zie ook: <http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Nieuwsberichten/Nieuwsberichten_2009/2009_Q4/22_09_Joint_venture_Gemeente_Adam_en_Reggefiber_in_Glasvezelnet_Amsterdam.asp>.

26. OPTA heeft in haar ULL-marktanalysebesluit geconstateerd dat KPN beschikt over AMM op de markt voor ULL. Deze markt omvat zowel het koperen aansluitnetwerk alsmede de glasvezelaansluitnetwerken. Zie ook Bart van Aarnhem, 'De sectorspecifieke regulering van glasvezel in Nederland', *Mediaforum* 2009, p. 282.

27. NMa-besluit zaaknr. 3588 (*Casema*) van 27 september 2005 en NMa-besluit zaaknr. 3528 (*UPC*) van 27 september 2005.

28. NMa-besluit zaaknr. 3588 (*Casema*) van 27 september 2005, randnr. 48.

29. NMa-besluiten op bezwaar in zaaknr. 3588 en 3528 van 6 april 2006 en NMa-besluit zaaknr. 5702 (*KPN – kabelbedrijven*) van 20 juli 2007.

30. NMa-besluit zaaknr. 3439 (*Tele2 – KPN*) van 7 juni 2004.

NMa tot een onderzoek te bewegen, is de kans dat een klacht wordt toegewezen niet bepaald groot te noemen. Dat is niet verrassend, maar wel van belang voor de vraag welke waarde aan het reguliere mededingingsrecht als ‘vangnet’ voor wegvallende of niet-toegepaste sectorspecifieke regulering kan worden toegekend.

Europese toepassing misbruikverbod

Hoe gaat de Commissie om met het misbruikverbod in de telecomsector? Het staat buiten twijfel dat de Commissie vindt dat naast het sectorspecifieke telecomrecht, het gewone mededingingsrecht een rol speelt in de communicatiesector. Dit blijkt uit een aantal misbruikzaken waarin de Commissie oordeelde dat de telecombedrijven – ondanks de regulering – ook gebonden blijven aan het gewone mededingingsrecht, in het bijzonder artikel 102 VFEU. Hierna bespreken we kort drie relevante Europese zaken.

Wanadoo

In de *Wanadoo*-zaak³¹ heeft de Commissie vastgesteld dat Wanadoo rooftprijzen hanteerde met de intentie om de markt voor hogesnelheidinternettoegang in Frankrijk te veroveren voordat haar concurrenten daartoe in staat zouden zijn. Wanadoo bood de dienst onder de kostprijs aan, dat wil zeggen verliesgevend. Een belangrijk punt van discussie in de *Wanadoo*-zaak was of het aantonen van (de intentie tot) het terugwinnen van de gemaakte verliezen (*recoupment*) een voorwaarde vormt om van misbruik van een economische machtspositie te kunnen spreken. Wanadoo stelde dat de Commissie dit had moeten aantonen maar het GvEA en het HvJ EG hebben de Commissie uiteindelijk gelijk gegeven.³²

Deutsche Telekom en Telefonica

In de zaken *Deutsche Telekom*³³ en *Telefonica*³⁴ was naar het oordeel van de Commissie sprake van *margin squeeze* in strijd met artikel 102 VFEU. In *Deutsche Telekom* heeft het GvEA het besluit van de Commissie bevestigd.³⁵ Het beroep tegen de *Telefonica*-beschikking loopt nog.³⁶ Deutsche Telekom verlangde van concurrenten voor de toegang tot haar netwerk vergoedingen die hen dwong om aan hun eindgebruikers (dus op *retail*niveau) hogere tarieven in rekening te brengen dan de *retail*tarieven van Deutsche Telekom. Daardoor werden concurrenten en nieuwe toetreders van concurrentie op de *retail*markt uitgesloten omdat zij niet de lage prijzen aan de eindgebruikers konden rekenen die Deutsche Telekom wel kon rekenen.

31. Zaak COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*.

32. HvJ EG 2 april 2009, zaak C-202/07, *France Telecom vs. Commissie*, r.o. 112 en 113.

33. Zaak COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*.

34. Zaak COMP/38.784 - *Wanadoo Espana vs. Telefonica*.

35. GvEA 10 april 2008, zaak T – 271/03, *Deutsche Telekom vs. Commissie*.

36. Beroep ingesteld op 31 oktober 2007, Pb. EG 2008 C-17/8.

Een soortgelijke gedraging werd bij Telefonica geconstateerd. Ook in die zaak heeft de Commissie, net als bij Deutsche Telekom, de inbreuk op artikel 102 VFEU vastgesteld in een relevante markt waar ook al *ex ante* toezicht werd uitgeoefend door de sectorspecifieke toezichthouder. De Europese Commissie stelt in de *Telefonica*-zaak dat Telefonica op grond van *ex ante* regulering alleen verplicht was om maximumtarieven voor WBT te hanteren op *regionaal* niveau. De tarieven voor WBT op nationaal niveau waren tot december 2006 helemaal niet gereguleerd.³⁷ Telefonica kon derhalve makkelijk een einde maken aan de *margin squeeze* door haar WBT-tarieven te verlagen. De sectorspecifieke regulering stond daaraan in ieder geval niet in de weg.

Margin squeeze OPTA

OPTA heeft het verbod tot *margin squeeze* nader uitgewerkt in een Beleidsregel³⁸ waardoor ten aanzien van het voorkomen van *margin squeeze ex ante* toezicht op de Nederland telecomsector kan worden uitgeoefend en men niet afhankelijk is van het reguliere (*ex post*) mededingingsrecht.

OPTA heeft in haar marktanalysebesluiten van 19 december 2008 de zogenoemde ‘vijfde gedragsregel’ geïntroduceerd die door OPTA nader is uitgewerkt in de hiervoor aangehaalde Beleidsregel. De vijfde gedragsregel dient te voorkomen dat de verticaal geïntegreerde onderneming haar controle over een input die zij levert aan stroomafwaartse concurrenten gebruikt om te voorkomen dat deze concurrenten winstgevend kunnen opereren op de stroomafwaartse markt waarop zij ook zelf actief is; het verbod tot *margin squeeze*.

De vijfde gedragsregel, zoals OPTA die heeft geformuleerd, luidt als volgt:

‘Tariefdifferentiatie is niet toegestaan voor zover dit in feite betekent dat KPN haar eigen downstream bedrijf (waaronder het retailbedrijf van KPN) een wholesale-tarief in rekening brengt waardoor andere afnemers als gevolg van marge-utholling op de downstream-markten niet onder concurrerende voorwaarden hun diensten kunnen aanbieden.’

Door het opleggen van de vijfde gedragsregel als verplichting voor KPN heeft OPTA het tot nu toe door de NMa en Commissie *ex post* toegepaste toezicht op basis van het verbod van misbruik van machtspositie ten aanzien van marge-utholling naar het domein van de sectorspecifieke toezichthouder getrokken. Daarmee is het echter niet automatisch een *ex ante* maatregel geworden. Inhoudelijk is de vijfde gedragsregel van OPTA gebaseerd op toepassing van het misbruikverbod op *margin squeeze* conform de eerder genoemde Europese beschikkingen en jurisprudentie. De toets komt op hoofdlijnen overeen met

37. Vrij naar annotatie drs. M. Bolhuis bij Commissiebeschikking *Wanadoo Espana vs. Telefonica* in M&M 2008/2.

38. Beleidsregel inzake gedragsregel 5 van OPTA d.d. 27 mei 2009.

het verbod op *margin squeeze* door een dominante onderneming in het reguliere mededingingsrecht, maar qua effectiviteit biedt het *ex ante* opleggen van deze verplichting voor concurrenten (en dus op langere termijn consumenten) grote voordelen. OPTA kan namelijk veel sneller ingrijpen dan de NMa indien er sprake zou zijn van marge-uittholling. Een klacht wegens schending van artikel 24 Mw duurt immers een stuk langer dan wanneer OPTA haar bevoegdheden als sectorspecifieke toezichthouder uitoefent. Bovendien wordt hiermee voorkomen dat een klacht van een concurrent betreffende marge-uittholling door de NMa wordt ‘weggeprioriteerd’.

Conclusie

Gelet op hetgeen wij hiervoor hebben uiteengezet is de conclusie onontkoombaar dat de begrippen aanmerkelijke marktmacht en economische machtspositie bepaald niet zo sterk overeenkomen als de definities doen vermoeden. Een machtspositie in de zin van artikel 102 VFEU hoeft geen aanmerkelijke marktmacht op te leveren en staat er niet aan in de weg dat *ex ante* regulering wordt afgeschaft. Daarnaast blijkt de vangnetfunctie van artikel 102 VFEU / artikel 6 Mw beperkt. Dat lijkt vooral te wijten aan het onderscheid tussen *ex ante* en *ex post* toezicht. Bij de prospectieve analyses lijkt de wens van daadwerkelijke mededinging meer dan eens de vader van de gedachte. Want hoewel de feitelijke marktontwikkelingen aantonen dat OPTA (en ook de NMa bij concentratietoezicht) minstgenomen voorzichtig zou moeten zijn met prospectieve analyses op basis van veronderstelde ontwikkeling van marktaandelen, is van die ervaring die tot terughoudendheid had moeten leiden weinig te merken in de nieuwe serie marktanalysebesluiten.

In vervolg op die conclusie hebben wij de vraag gesteld wat er dan overblijft voor marktpartijen én consumenten op het moment dat de regulering wegvalt of achterwege blijft op markten, waar de bestaande marktaandelen en een alternatieve visie op de te verwachte marktontwikkelingen toch sterk wijzen op het bestaan van een dominante marktpartij. Die partijen zijn aangewezen op het vangnet van het reguliere mededingingsrecht.

Natuurlijk kan – in theorie althans – ook bij het ontbreken van regulering worden vastgesteld dat een marktpartij zonder aanmerkelijke marktmacht wel over een economische machtspositie beschikt. Indien misbruik van die machtspositie wordt gemaakt, kan men met klachten terecht bij de mededingingsautoriteiten. In sommige gevallen zal dat, zo blijkt uit de *margin squeeze*-beschikkingen van de Commissie, effect sorteren, zij het dat de klagers en andere benadeelde marktpartijen over een lange adem (en *deep pockets!*) moeten beschikken. In andere gevallen zal een klacht stuklopen op prioriteringsbeslissingen of zullen de prospectieve markt- en dominantie-analyses in de weg blijken te staan aan een frisse kijk op de markt door de NMa.

Dat brengt ons uiteindelijk bij de vraag of in het huidige reguleringskader nog wel sprake is van marktordening in

die zin dat regulering wordt gebruikt om concurrentie tot stand te brengen of te bevorderen. Of is uitsluitend sprake van mededingingsrechtelijk toezicht, *ex ante* dan wel *ex post*, ter voorkoming van concurrentievermindering en (ter voorkoming van) toename van marktmacht? En is daarmee niet het tempo waarmee de verwerkelijking van het doel van de Europese telecomregulering – namelijk om daadwerkelijke mededinging tot stand te brengen zodat communicatiemarkten ‘gewone’ markten worden waarop het reguliere mededingingsrecht volstaat – vertraagd? Dit zijn vragen naar het hoe en waarom van industriepolitiek en de doeltreffendheid van sectorspecifieke regulering die het kader van deze bijdrage te buiten gaan. Wat ons betreft zou al een heleboel vooruitgang worden geboekt als het OPTA werkelijk zou lukken invulling te geven aan de *ex ante* regulering en OPTA zich niet laat verrassen door marktontwikkelingen of eindeloos lange onderzoeken doet waardoor zij achter de feiten aanloopt. Daarmee lijkt een begin te zijn gemaakt voor wat betreft de regulering van de toegang tot de glasvezelnetwerken.³⁹ Ook de NMa zou daadkrachtiger gebruik kunnen maken van haar handhavinginstrumenten en zou – gezien haar eigen verantwoordelijkheid – niet te veel moeten leunen op de analyses door OPTA. Alleen dan kan het mededingingsrecht een effectief vangnet bieden voor weggevallen of niet goed functionerende sectorspecifieke regulering.

39. Zie ook artikel Alex Meijer, ‘OPTA’s herziene marktanalysebesluiten’, *Mediaforum* 2009, p. 242.