

Computerrecht 2020/135

College van Beroep voor het bedrijfsleven 17 maart 2020, nr. 18/2103 ea

(Mrs. H.O. Kerkmeester, B. Bastein en D. Brugman)
m.nt. B.J.H. Braeken & X.Y.G. Versteeg¹

NJB 2020/837

ECLI:NL:CBB:2020:177

Het besluit van de ACM over recht op toegang tot zowel het netwerk van VodafoneZiggo als dat van KPN is vernietigd. Aanbieders zonder eigen netwerk kunnen geen toegang afdwingen tot die netwerken. Niet het begin van het einde, maar het begin van een nieuwe vorm van regulering.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 17 maart 2020 in de zaken van

1. Vodafone Ziggo Group Holding B.V. en Vodafone Ziggo Group B.V.,
2. Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V.,
3. T-Mobile Netherlands Holding B.V., T-Mobile Netherlands B.V. en T-Mobile Thuis B.V., en
4. Tele2 Nederland B.V.

(hierna tezamen ook: appellanten)

en

Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen:

YouCa B.V.,

De Vereniging van Commerciële Omroepen,

Eredivisie Media & Marketing C.V.,

Voiceworks B.V. en Xenosite B.V.,

Nederlands-Duitse Internet Exchange B.V., en

Netrebel B.V.

1 Procesverloop

Op 27 september 2018 heeft ACM het besluit Marktanalyse Wholesale Fixed Access (WFA-besluit) genomen.

Appellanten hebben tegen het WFA-besluit beroep ingesteld en zijn als derden-belanghebbenden aangemerkt in elkaars procedures.

(...)

5 De modified greenfield-benadering

5.1 ACM heeft bij de afbakening van en het onderzoek naar de relevante markten in het marktanalysebesluit de zogenoemde modified greenfield-benadering toegepast. Dit betekent dat zij bestaande regulering op basis van marktanalyses en ook de dreiging van regulering weg-

denkt. Tegen de invulling die ACM hiermee aan de modified greenfield-benadering heeft gegeven, hebben zowel KPN als VodafoneZiggo beroepsgronden gericht.

(...)

5.4 Het College stelt vast dat ACM naar vaste jurisprudentie van het College (zie naast de hiervoor genoemde uitspraken ook de uitspraak van 19 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:284) bij het analyseren van de relevante retailmarkten zal moeten abstraheren van bestaande toegangsregulering. In aanwezigheid van regulering die dient om de door het beschikken over AMM bestaande mogelijkheden tot mededingingsbeperkend gedrag weg te nemen zal immers, uitgaande van de effectiviteit van deze regulering, het risico op zulk gedrag niet meer bestaan. Dat deze benadering, zoals KPN suggereert, per definitie leidt tot eeuwigdurende regulering is onjuist. Dit blijkt reeds uit het feit dat deze niet in de weg heeft gestaan aan vernietigingen van eerdere marktanalysebesluiten. In de overwegingen 5.4.5.3 en 5.8.3 van de uitspraak van 17 juli 2017 en overweging 8.3 van de uitspraak van 6 november 2018 is het College expliciet ingegaan op de betekenis die bij het hanteren van een modified greenfield-benadering toekomt aan door KPN gesloten overeenkomsten. Dat betekent dat het denkbaar is dat ACM in haar marktanalyse door KPN vrijwillig gesloten overeenkomsten dient te betrekken. Het College heeft hierbij van doorslaggevend belang geacht welke motieven voor KPN bepalend zijn geweest voor het in de markt zetten van een vrijwillig aanbod. In het geval KPN, zoals ACM stelt, hier toe louter is overgegaan onder de druk van dreigende regulering ligt niet in de rede dat het in de markt zetten van het aanbod afbreuk doet aan het bestaan van de prikkel en mogelijkheid voor de mededingingsbeperkende gedraging van toegangsweigering. Het College heeft naar aanleiding daarvan overwogen dat het anderzijds ook niet uitgesloten is dat het aanbod is ingegeven doordat KPN en haar afnemers hiermee een wederzijds voordeel kunnen bereiken en KPN juist geen prikkel heeft tot het beperken van de mededinging, maar dat het dan wel aan KPN is om hierover het nodige te stellen en aannemelijk te maken. Anders dan ACM meent, heeft het College het mogelijke belang van de vrijwillige overeenkomsten niet beperkt tot de beoordeling van de opportuniteit en proportionaliteit van de opgelegde verplichtingen. Dit blijkt uit de volgende passage uit overweging 5.4.5.3 van de uitspraak van 17 juli 2017:

“Het College volgt het standpunt van ACM dat gelet op het feit dat de analyse plaats vindt in afwezigheid van regulering, het de vraag is in hoeverre KPN de Deals ook zou hebben aangeboden als er geen dreiging van regulering zou zijn geweest. Hoewel zeker niet uit te sluiten valt dat KPN ook dan overeenkomsten zou hebben gesloten met alternatieve aanbieders, ziet het College geen aanleiding om aan te nemen dat deze een

¹ Bas Braeken is partner en advocaat bij bureau Brandeis. Jade Versteeg is advocaat bij bureau Brandeis.

zodanig gewicht in de schaal zouden werpen dat ACM de conclusie dat er een risico op AMM van KPN is, naar redelijkheid niet had mogen trekken.”

Hieruit volgt dat het denkbaar is dat ACM de door KPN gesloten overeenkomsten dient te betrekken bij haar dominantieanalyse, zij het dat het College dat in het betreffende geval niet nodig achtte aangezien het de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten betrof waar gezien de markkenmerken geen aanleiding bestond om aan te nemen dat het betrekken van de overeenkomsten een ander licht zou werpen op het risico op AMM van KPN. Het standpunt van ACM dat deze eerst op het niveau van de verplichtingen en niet al bij de dominantieanalyse dienen te worden betrokken, is derhalve onjuist. Doorslaggevend is, zo volgt uit het voorgaande, of de gesloten overeenkomsten inderdaad niet onder dreiging van regulering tot stand zijn gekomen. Dat die dreiging aanwezig was, is hierbij niet voldoende. De vraag is of KPN ook los van die dreiging een motief had om die overeenkomsten in de markt te zetten. Het College zal deze vraag beantwoorden aan de hand van de beroepsgronden A.3 en A.4 van KPN en het tweede onderdeel van beroepsgrond 1 van VodafoneZiggo.

(...)

5.6.1 Het College oordeelt als volgt. KPN en VodafoneZiggo hebben er terecht op gewezen dat ACM zich op het standpunt stelt dat KPN in afwezigheid van de dreiging van regulering de prikkel heeft tot het verlenen van toegang. Dat, zoals ACM stelt, KPN hiervoor hogere tarieven zou vragen dan in aanwezigheid van die dreiging acht het College zeer wel mogelijk. Het College ziet echter niet in dat deze tarieven zo hoog zouden zijn dat afnemers van toegang geen business case zouden hebben, aangezien in dat geval het aanbieden van toegang economisch zinledig zou zijn. Aan de andere kant heeft KPN erkend dat zij niet de prikkel zou hebben om MDF-toegang te verlenen, zodat ACM in elk geval van deze vorm van toegang had mogen abstraheren. De conclusie is dat ACM er bij de door haar gemaakte dominantieanalyse niet zonder meer vanuit mocht gaan dat KPN in het geheel geen toegang zou aanbieden en partijen van wie het businessmodel steunt op de inkoop van toegang in het geheel niet op de retailmarkten vertegenwoordigd zouden zijn. Nu een hierop toegespitste analyse van ACM ontbreekt en zij ook geen, of althans onvoldoende, inhoudelijk verweer heeft gevoerd tegen de door KPN in beroepsgrond A.3 gemaakte berekeningen, staat voor het College niet vast wat de invloed zou zijn geweest van de commerciële overeenkomsten, zoals die door KPN ook in de afwezigheid van regulering zouden zijn aangeboden, op de verwerving van toegang door andere partijen. Voorts merkt het College op dat een consequente modified greenfield-benadering met zich brengt dat toegangzoekende partijen bij afwezigheid van (de dreiging van) regulering niet in het geheel moeten worden weggedacht. Het is immers denkbaar dat zij indien zij geen (gereguleerde) toegang kunnen verkrijgen

tot het netwerk van KPN en/of VodafoneZiggo zullen trachten op een andere wijze op de markt actief te blijven. In het kader van de bespreking van de door ACM gemaakte dominantieanalyse van de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang zal het College ingaan op de consequenties die aan het voorgaande moeten worden verbonden.

5.6.2 Voorts is het College, met reactie op hetgeen hierover ter zitting door VodafoneZiggo is aangevoerd, van oordeel dat het mogen wegdenken van (de dreiging van) regulering, niet met zich mag brengen dat ACM abstraheert van alle gevolgen die haar regulering op de marktstructuur heeft gehad sinds de invoering van het wettelijke kader voor marktanalyses in 2002. De rationale van de modified greenfield-benadering is immers dat een partij niet aan regulering ontkomt omdat bestaande regulering effectief een economische kracht die haar in staat zou stellen zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen, heeft ontnomen. Het College ziet geen aanleiding om toegespitst op het onderhavige geval ook weg te denken dat er tussen KPN en VodafoneZiggo aanmerkelijke verschillen kunnen bestaan wat betreft de mogelijkheden om toegang op wholesaleniveau te verlenen en de individuele business cases hiervoor. Dat deze verschillen, in ieder geval deels, kunnen worden verklaard doordat KPN in reactie op regulering door ACM in het verleden aanpassingen heeft gepleegd aan haar infrastructuur en daartoe voor VodafoneZiggo geen aanleiding was, doet hier niet aan af. Een zo vergaande abstractie als hiervoor bedoeld is niet nodig om de situatie te vermijden dat het opleggen van regulering te zeer zou worden bemoeilijkt, terwijl deze anderzijds dermate van de werkelijkheid zou abstraheren dat daardoor te zeer afbreuk zou worden gedaan aan de op grond van artikel 3.2 van de Awb op ACM rustende verplichting de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Op de consequenties hiervan zal het College eveneens ingaan bij zijn bespreking van de dominantieanalyse van de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang.

(...)

5.7 Naar aanleiding van het betoog van KPN in beroepsgrond A.1 dat het uitgangspunt van het Europeesrechtelijke kader voor de marktanalyses is dat de ex ante-regulering van de marktanalyses geleidelijk plaatsmaakt voor marktwerking en, waar nodig, handhaving op basis van ex post-mededingingstoezicht, merkt het College op dat dit steun vindt overweging 27 van de Kaderrichtlijn en in de preambule van de Aanbeveling relevante markten. Dat deze voorziene ontwikkeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, blijkt uit het feit dat het aantal markten dat volgens de Commissie voor ex ante-regulering in aanmerking komt, in de loop der jaren is verminderd. De Aanbeveling relevante markten bevat een aanmerkelijk lager aantal aangewezen markten dan haar voorlopers uit 2003 en 2007. Dit laat op zich onverlet dat een markt die in vorige reguleringsperiodes niet werd ge-

reguleerd, in een volgende periode wel voor regulering in aanmerking kan worden gebracht. Dat ACM anders dan in de vorige reguleringsperiode markt 3b nu (weer wel) reguleert en daarbij bovendien ook de voorheen ongereguleerde toegang tot de kabel betreft, is weliswaar niet in lijn met de in het genoemde kader beoogde richting, maar kan op basis van marktontwikkelingen gerechtvaardigd zijn. Het is dan echter wel aan ACM om hieromtrent het nodige aannemelijk te maken. Het College gaat nader in op de door ACM te hanteren bewijsstandaard in overweging 6.7.

6 ACM's dominantieanalyse

6.1 ACM is gestart met een analyse van de concurrentiesituatie op de relevante retailmarkten om vast te stellen of regulering van wholesalemarkten gerechtvaardigd is. Voor de marktanalyse WFA zijn twee retailmarkten onderzocht, namelijk de markt voor (bundels met) internettoegang en de markt voor zakelijke netwerkdiensten.

6.2 ACM komt tot de conclusie dat er op de afgebakende retailmarkt geen risico bestaat op enkelvoudige AMM van KPN of VodafoneZiggo. De posities van KPN en VodafoneZiggo zijn zeer vergelijkbaar op de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang. Beide partijen beschikken in afwezigheid van regulering over een marktaandeel van 45 tot 50 procent. In de afwezigheid van regulering zijn verder enkel nog kleine partijen zoals EQT actief op de retailmarkt, waarbij deze vanwege hun zeer beperkte netwerkdekking en marktaandeel geen significante invloed uitoefenen op KPN en VodafoneZiggo. KPN en VodafoneZiggo zijn ook in sterke mate symmetrisch wat betreft de mogelijkheid tot het leveren van bundels, groeimogelijkheden van het vaste netwerk, schaal en breedtevoordelen, distributie- en verkoopnetwerk en reputatie. Zij zijn daarom niet in staat om zich onafhankelijk van elkaar te gedragen. De mate van symmetrie zorgt er mogelijk wel voor dat KPN en VodafoneZiggo een prikkel hebben om de concurrentiedruk die zij op elkaar uitoefenen, te beperken en het kan voor hen relatief eenvoudig zijn om tot een onderlinge verstandhouding te komen. ACM heeft hierin aanleiding gezien om het risico op gezamenlijke AMM te onderzoeken.

Risico op gezamenlijke AMM

6.3.1 Bij gezamenlijke AMM vloeit de marktmacht voort uit stilzwijgende coördinatie tussen partijen. ACM analyseert de prikkel en de mogelijkheid voor partijen om tot een verstandhouding over de coördinatievoorwaarden te komen (het eerste Airtours-criterium), de mogelijkheid om in voldoende mate te controleren of de verstandhouding wordt nageleefd (het tweede Airtours-criterium), de aanwezigheid van een geloofwaardig disciplineringsmechanisme dat in werking kan worden gesteld bij afwijkend gedrag (het derde Airtours-criterium) en of de met de coördinatie beoogde resultaten ook stabiel zijn voor

versturende factoren van buitenaf (het vierde Airtours-criterium).

(...)

6.6 Zowel VodafoneZiggo als KPN richten zich tegen de analyse van ACM aan de hand van de zogenoemde Airtours-criteria.

(...)

Beoordeling dominantieanalyse

6.9.1 Het College stelt vast dat ACM in haar verweer tegen hetgeen VodafoneZiggo in de inleiding van onderdeel c van beroepsgrond 1 stelt, niet inhoudelijk ingaat op de constatering van VodafoneZiggo dat er in Nederland een hoge gemiddelde downloadsnelheid, een hoge dekkinggraad en snel breedband is. Het betreft hier factoren die op zichzelf niet wijzen in de richting van gemeenschappelijke AMM. Uit hetgeen ACM wel aanvoert, kan het College geen steun voor het tegendeel afleiden. Dat de situatie anders zou zijn als toegang afnemende partijen als T-Mobile/Tele2 zouden worden weggedacht, volgt niet eenduidig uit het verweer. Als T-Mobile/Tele2 zich, zoals ACM stelt, op meer prijsgevoelige klanten richt, ligt het in afwezigheid van een nadere motivering niet voor de hand dat zij de drijver is achter de hoge kwaliteit van het Nederlandse internet. Evenmin maakt ACM duidelijk hoe haar stelling dat buitenlandse operators eerder investeren zich met de constatering van VodafoneZiggo laat rijmen. Het College deelt voorts het standpunt van VodafoneZiggo dat prijzen en prijsontwikkelingen pas op hun betekenis kunnen worden beoordeeld indien zij worden gerelateerd aan hetgeen precies wordt geboden en de kwaliteitsontwikkelingen hierin. ACM heeft hierover in haar verweer geen nadere informatie verschaft. Aan de andere kant heeft het College ook oog voor de met name door T-Mobile benadrukte gegevens die erop wijzen dat de opwaartse druk op de door KPN en VodafoneZiggo in rekening gebrachte consumentenprijzen relatief sterker is in de hogere kwaliteitssegmenten van de markt. Dit ondersteunt het argument dat wel degelijk druk uit gaat van T-Mobile/Tele2 en met het wegdenken van de toegangzoekende partijen KPN en VodafoneZiggo beter in staat zouden zijn om in de lagere prijssegmenten hun prijzen te verhogen. Het College zal voorgaande overwegingen betrekken bij zijn beoordeling van de specifiek tegen de Airtours-criteria gerichte beroepsgronden.

Eerste Airtours-criterium: symmetrie

6.9.2 Het College constateert dat ACM slechts in beperkte mate reageert op de door KPN en VodafoneZiggo aangevoerde beroepsgronden, terwijl het onderzoek waarnaar zij verwijst niet vanzelfsprekend leidt tot de door haar getrokken conclusie. Het College mist met name een overtuigend verweer ten aanzien van de argumenten dat de marktaandelen van KPN en VodafoneZiggo op segmenten van de retailmarkt aanzienlijk verschillen en hetzelfde geldt voor de aanwezige infrastructuur en de met verdere uitrol gemoeide kosten. In dit licht acht het

College allerminst uitgesloten dat de verschillen tussen KPN en VodafoneZiggo ertoe leiden dat de ene partij een comparatief voordeel heeft bij de ene bundeling van specifieke producten (mede afhankelijk van de regio waarin het aanbod wordt gedaan en de daarin per aanbieder aanwezige netwerken) en de andere partij weer een ander comparatief voordeel. Bovendien is de verhouding tussen partijen wat dit betreft dynamisch en hecht het College in dit licht waarde aan het niet door ACM weersproken standpunt van KPN en VodafoneZiggo dat zij bezig zijn met een haasje-over spel, waarin zij op diverse en onderling uiteenlopende wijzen innoveren. Op basis van de door partijen overgelegde gegevens acht het College de rol van content met name voor de “marginale” consument die een overstap overweegt groter dan waar ACM van uitgaat en kan coördinatie dus minder gemakkelijk op alleen prijs plaatsvinden. EMM heeft dit betwist met een betoog dat het hanteren van een aanmerkelijk lagere prijs voor de betaalzender Fox Sports Eredivisiepakket door KPN ten opzichte van Vodafone (€ 9,99 versus € 17,50) niet heeft geleid tot een merkbare overstap. Dit voorbeeld kan echter ook worden gebruikt om te illustreren dat KPN en VodafoneZiggo niet op prijs zouden coördineren, maar differentiëren in een strijd om de consument.

Tweede Airtours-criterium: transparantie en mogelijkheid tot coördinatie

6.9.3 Tegenover de stelling van KPN en VodafoneZiggo dat er een groot aantal onderscheiden (combinaties van) diensten is met bijbehorende prijzen waardoor het niet goed mogelijk is om een focal point te vinden waarop tot stilzwijgende afstemming kan worden gekomen, heeft ACM gesteld dat er een aanzienlijke mate van standaardisatie van het aanbod is en afstemming van prijzen wel degelijk kan plaatsvinden. Bovendien betoogt ACM dat de mate waarin een partij een voor de andere partij niet kenbare prijsstelling hanteert zoals een individuele korting beperkt is. Het College is, deze argumenten afwegende, van oordeel dat de complexiteit van de prijsstelling inderdaad een factor is die coördinatie bemoeilijkt, maar niet per se zodanig problematisch is dat deze op zichzelf in de weg zou staan aan transparantie en de mogelijkheid tot coördinatie. Het College hecht echter waarde aan het door KPN ter zitting naar voren gebrachte argument dat op het moment dat de andere partij een prijsverlaging doorvoert het niet eenvoudig is vast te stellen of deze prijsverlaging wordt doorgevoerd uit concurrentieoverwegingen of moet worden gezien als een disciplinerende. KPN noemde dit argument in het kader van de disciplinerende, maar dit betreft een factor die ook twijfel zaait over de transparantie van de prijsvorming.

Derde Airtours-criterium: disciplinerende

6.9.4 ACM onderscheidt twee disciplinerende mechanismen: via prijsverlagingen op de retailmarkt en via het verlenen van toegang tot de wholesalemarkt. Het College kan de achter de redenering van ACM liggende theorie dat

partijen die frequent herhaalde interacties met elkaar hebben, elkaar kunnen disciplineren door op afwijkingen van het stilzwijgende coördinatiepunt te reageren met een proportionele sanctie, op zich goed volgen. De vraag in hoeverre dit ook mogelijk is in het voorliggende geval, wordt met name bepaald door de mate waarin aan de eerste twee Airtours-criteria is voldaan. Het College zal hierover derhalve geen zelfstandig oordeel geven.

Het College is voorts van oordeel dat ACM in elk geval onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat disciplinerende via toegangverlening een geloofwaardige disciplineringsstrategie is. De analyse die ACM tot deze conclusie heeft gebracht, is dat partijen zich (ook) wat betreft de vraag of zij al dan niet toegang zullen verlenen met elkaar in een prisoners' dilemma bevinden. Een van de kenmerken van het prisoners' dilemma is dat het een symmetrisch spel is. Het College begrijpt op zich de analyse van ACM die erop neer komt dat partijen in de statische variant van het prisoners' dilemma niet tot stilzwijgende samenwerking zullen komen, maar dat dit onder bepaalde voorwaarden wel zal gebeuren in een dynamisch prisoners' dilemma, dat vele malen wordt gespeeld. Om meerdere redenen acht het College deze analyse hier echter niet adequaat. Zoals het College heeft opgemerkt in overweging 5.6.2 brengt de modified greenfield-benadering niet met zich dat ACM mag abstraheren van de verschillen in infrastructuur tussen KPN en VodafoneZiggo, ook al laten deze verschillen waar zij de mogelijkheden en business cases voor het verlenen van toegang betreffen zich (deels) verklaren vanuit toegangsverplichtingen die door ACM in het verleden wel aan KPN, maar niet aan VodafoneZiggo zijn opgelegd. Het College volgt Ecorys waar zij in haar rapport “Wholesale access to cable” van 23 november 2017 betoogt dat (ook) in afwezigheid van regulering VodafoneZiggo geen business case heeft voor het verlenen van wholesaletoegang. Hieruit volgt dat wat betreft toegangverlening de interactie tussen KPN en VodafoneZiggo niet symmetrisch is, maar asymmetrisch aangezien het verlenen van toegang voor KPN aantrekkelijker is dan voor VodafoneZiggo. VodafoneZiggo verwijst in dit verband naar het rapport “A review of ACM’s game theory analysis” van Radicand economics 2018. Oxera heeft in overeenstemming hiermee in haar rapport van 10 april 2018 uiteengezet dat de interactie tussen KPN en Vodafone beter als volgt kan worden weergegeven:

		VodafoneZiggo	
		Toegang weigeren	Toegang verlenen
KPN	Toegang weigeren	3, 3 (scenario 1)	1, 4 (scenario 3)
	Toegang verlenen	4, 1 (scenario 2)	2, 0 (scenario 4)

Het College volgt de conclusie van Oxera. Het verschil ten opzichte van de in overweging 6.5.1 weergegeven spelmatrix van ACM is dat in scenario 4 het verlenen van toegang voor VodafoneZiggo als onaantrekkelijker is weergegeven (opbrengst 0 bij Oxera tegenover 2 bij ACM). Het gevolg is dat nu toegang verlenen voor KPN nog steeds de strategie is die ongeacht de keuze van VodafoneZiggo voor KPN de

beste uitkomst geeft, maar de keuze voor VodafoneZiggo anders uitvalt. Gegeven de keuze van KPN voor toegang verlenen, levert nu voor VodafoneZiggo toegang weigeren het meeste op (de 1 die bij scenario 2 hoort, in plaats van de 0, die bij scenario 4 hoort). Indien de spelsituatie wel symmetrisch zou zijn, zou het College overigens ACM niet hebben gevolgd in haar opvatting dat de interactie tussen KPN en VodafoneZiggo wat betreft toegangverlening zich laat karakteriseren als een dynamisch spel waarin een stilzwijgende coördinatie zou ontstaan. Voor dit laatste is vereist dat er frequente interactie plaatsvindt en de disciplinerende van de partij die afwijkt van de gecoördineerde uitkomst een proportioneel karakter heeft. Het College volgt echter KPN en VodafoneZiggo waar zij betogen dat het verlenen van toegang geen relatief lichte, proportionele, disciplinerende is en bovendien indien deze wordt afgenomen voor een aanzienlijk aantal jaren zal gelden, zodat een terugkeer naar de gecoördineerde uitkomst niet eenvoudig plaats zal vinden.

Vierde Airtours-criterium: externe factoren

6.9.5 KPN en VodafoneZiggo hebben factoren genoemd die volgens hen een destabiliserende werking zullen hebben als zij al een stilzwijgend gecoördineerd evenwicht zouden beogen te bereiken. ACM heeft niet ontkend dat van bijvoorbeeld EQT, mobiele aanbieders en OTT-aanbieders enige invloed zou kunnen uitgaan, maar acht deze invloed gering. Naar het oordeel van het College is deze invloed groter dan door ACM wordt ingeschat. Het College betreft hierbij hetgeen hij in overweging 5.6.1 heeft geoordeeld ten aanzien van de juiste invulling die aan de modified greenfield-benadering moet worden gegeven. Met name betreft het de factoren dat ook in de afwezigheid van elke dreiging van regulering KPN waarschijnlijk wel enige vorm van toegang zou verlenen en dat nu via gereguleerde toegang tot het netwerk van KPN op de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang actieve partijen in afwezigheid van ex ante-regulering wellicht ook andere wegen zouden zoeken om op die markt actief te blijven. Daar komt bij dat voor zover het de uitrol van eigen netwerken betreft, het gaat om glasvezel of Docsis 3.1 waardoor, meer dan in het verleden het geval was, door alternatieve aanbieders wellicht ook in hogere kwaliteitssegmenten kan worden geconcurrereerd. Anders dan VCO meent, is er geen "natuurlijk duopolie" in die zin dat economische wetmatigheden zouden dicteren dat er (slechts) twee (grote) aanbieders zullen zijn. Het College overweegt ook dat in de huidige situatie in aanwezigheid van regulering het marktaandeel van andere aanbieders dan KPN en VodafoneZiggo beperkt is en hieruit niet volgt dat de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang niet concurrerend zou zijn. Het College is er daarom niet van overtuigd dat toegangsverplichtingen noodzakelijk zijn om op dit punt het verschil te maken.

Conclusie

6.9.6 Het College stelt voorop dat de te beantwoorden vraag niet is of de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang sterker concurrerend zou zijn en/of een hoger consumentenwelvaart zou worden behaald indien KPN en VodafoneZiggo zouden worden verplicht om onder gereguleerde voorwaarden toegang tot hun netwerk te bieden. De vraag is of ACM heeft voldaan aan de op haar rustende bewijslast bij het aannemelijk maken van een risico op gezamenlijke AMM van KPN en VodafoneZiggo dan wel, indien daadwerkelijke inbreuken worden geconstateerd, zij een eventueel ingrijpen ex post dient te baseren op het generieke mededingingsrecht. Niet in geschil is dat deze vraag in het huidige regelgevend kader dient te worden beantwoord aan de hand van de Airtours-criteria, waardoor er op ACM een bewijslast berust waaraan niet gemakkelijk kan worden voldaan. In overeenstemming met randnummer 68 van de AMM-richtsnoeren 2018 zal het College geen oordeel geven per afzonderlijk Airtours-criterium, maar deze criteria in onderlinge samenhang bezien. De conclusie is dat hetgeen ACM heeft aangevoerd, bezien in het licht van de betwisting hiervan door KPN en VodafoneZiggo, niet voldoende is om aannemelijk te maken dat in de hypothetische situatie die hoort bij de modified greenfield-benadering stilzwijgende coördinatie tussen KPN en VodafoneZiggo plaatsvindt op de retailmarkten voor (bundels met) internettoegang. De hiertegen door KPN en Vodafone gerichte beroepsgronden slagen.

6.10 (...)

ACM heeft bij de dominantieanalyse van de door haar afgebakende wholesalemarkt geconcludeerd dat er een risico bestaat op gezamenlijke AMM van KPN en VodafoneZiggo. Dragend voor deze conclusie is dat KPN en VodafoneZiggo de prikkel en de mogelijkheid hebben om stilzwijgend tot onderling afgestemd gedrag te komen, gericht op het weigeren van toegang tot het eigen netwerk aan toetreders. Deze prikkel en mogelijkheid bestaan omdat het voordeel dat KPN en VodafoneZiggo kunnen ontlenen aan het verlenen van toegang op de wholesalemarkt kleiner is dan het voordeel dat zij hebben indien zij, in afwezigheid van partijen die via toegang op de wholesalemarkt met hen kunnen concurreren op de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang, de prijzen op laatstgenoemde markt door onderlinge afstemming hoog te houden. In overweging 6.9.6 is het College tot het oordeel gekomen dat de conclusie van ACM dat KPN en Vodafone op de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang in staat zijn om door onderlinge afstemming de prijzen hoog te houden, geen stand houdt. Hiermee ontvalt de grondslag aan het betoog van ACM dat KPN en VodafoneZiggo op de wholesalemarkt de prikkel en mogelijkheid zouden hebben tot het niet verlenen van toegang, zodat ook deze conclusie geen stand kan houden. Overigens zou deze conclusie ook anders niet zijn blijven staan en wel vanwege de redenering in overweging 6.9.4. Daarmee komt vast te staan dat het WFA-besluit hoe dan ook niet in stand kan blijven. Of ACM de wholesalemarkt juist heeft afgebakend, doet voor deze conclusie niet

ter zake en de door KPN en VodafoneZiggo tegen die afbakening gerichte gronden behoeven derhalve geen bespreking. Omdat de analyse van de wholesalemarkt als gezegd niet in stand kan blijven, doet evenmin ter zake of ACM bevoegd was deze wholesalemarkt vol te onderzoeken op grond van een risico op (enkelvoudige of gemeenschappelijke) AMM op een onderliggende retailmarkt. Of, anders dan op de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang, een risico op AMM wel zou bestaan op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten, is dus evenmin relevant en hetzelfde geldt derhalve voor de vraag of deze markt juist was afgebakend.

6.11 Hetgeen partijen verder hebben aangevoerd, behoeft geen bespreking.

7 Conclusie

7.1 De beroepen van KPN en VodafoneZiggo zijn gegrond. De beroepen van T-Mobile en Tele2, die zich uitsluitend hebben gericht tegen de door hen, kort gezegd, niet als zwaar genoeg beschouwde aan KPN en VodafoneZiggo opgelegde verplichtingen zal het College ongegrond verklaren.

7.2.1 Het College vernietigt het WFA-besluit.

7.2.2 T-Mobile heeft het College verzocht om indien het College de beroepen van KPN en VodafoneZiggo gegrond zou verklaren, met toepassing van artikel 8:51a van de Awb ACM in staat te stellen de gebreken in het bestreden besluit te herstellen, dan wel met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit (deels) in stand te laten, of een voorlopige voorziening te treffen. T-Mobile heeft in dit verband onder meer aangevoerd dat indien een beroepsgrond tegen de afbakening van de wholesalemarkt voor WFA zou slagen en WBT niet tot die markt zou behoren, meteen vast zou staan dat KPN over AMM beschikt en in ieder geval MDF/ODF-access, FttH en VULA moet leveren.

Het College ziet hiertoe, gelet op de aard van de geconstateerde gebreken, geen aanleiding. Indien het College de suggestie van T-Mobile zou volgen, zou dit tot gevolg hebben dat juist als KPN's beroepsgrond tegen de afbakening van de WFA-markt zou slagen, de aan haar opgelegde regulering op zijn minst deels in stand zou kunnen blijven. Het College acht deze uitkomst niet acceptabel. Het is aan ACM om, indien zij dat opportuun acht, een nieuw onderzoek te doen naar de relevante markten met het oog op eventuele toepassing van artikel 6a.2, eerste lid, van de Tw. Dat T-Mobile van mening is dat het commercieel aanbod van KPN voor een partij als zij ontoereikend is, maakt dit niet anders.

(...)

Beslissing

Het College:

- verklaart de beroepen van KPN en VodafoneZiggo gegrond;

- vernietigt het bestreden besluit;
- verklaart de beroepen van T-Mobile en Tele2 ongegrond;
- draagt ACM op om het betaalde griffierecht van € 338,- elk te vergoeden aan KPN en VodafoneZiggo;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van KPN en VodafoneZiggo elk tot een bedrag van € 3.675,-.

Noot

Vernietiging WFA-Besluit: niet het begin van het einde, maar begin van een nieuwe vorm van regulering

I. Inleiding

(1) Op 17 maart 2020 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBB") het marktanalysebesluit Wholesale Fixed Access ("WFA") van de Autoriteit Consument en Markt ("ACM") van 28 september 2018 (hierna het "WFA-Besluit") vernietigd.¹⁹ In het WFA-Besluit legt de ACM verplichtingen op aan KPN en (voor het eerst ook) aan VodafoneZiggo ("VFZ") om toegang te verlenen aan alternatieve aanbieders tot hun aansluitnetwerken over koper, glasvezel en kabel. Het WFA-Besluit trad per 1 oktober 2018 in werking.

WFA-Besluit

(2) De ACM stelt in het WFA-Besluit vast dat er – met toepassing van de Modified Greenfield-benadering ("MGB"): in afwezigheid van regulering – sprake is van een risico op gezamenlijke aanmerkelijke marktmacht ("AMM") van KPN en VFZ op de retailmarkt voor bundels met internettoegang en enkelvoudige AMM van KPN op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten.²⁰ Vervolgens bakent de ACM de relevante wholesalemarkt af als de markt voor WFA. Deze markt omvat zowel de voorheen afgebakende markt voor (virtueel) ontbundelde toegang ("ULL"), als voor wholesale breedbandtoegang ("WBT").²¹ WBT over coaxnetwerken is volgens de ACM een (in)direct substituuut voor WBT en (virtueel) ontbundelde toegang over koper- en glasvezelnetwerken.

(3) Vervolgens stelt de ACM vast dat KPN en VFZ op de markt voor WFA ieder afzonderlijk niet beschikken over (enkelvoudige) AMM, maar er wel een risico bestaat op gezamenlijke AMM. De ACM concludeert onder meer dat KPN en VFZ – gelet op hun symmetrische posities – de prikkel en mogelijkheid hebben om tot een verstandhou-

¹⁹ CBB 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:177.

²⁰ WFA-Besluit, hfdst. 2.4 en Bijlagen E en F.

²¹ Dit correspondeert met markten 3a en 3b uit de Aanbeveling relevante markten van de Europese Commissie. Nu er volgens de ACM geen functioneel onderscheid bestaat tussen het leveren van diensten via fysieke en virtuele ontbundelde toegang en WBT en er volgens de analyse van onderzoeksbureau WIK voor alle drie de toegangsvormen een positieve business case bestaat bij een relatief laag marktaandeel, vormt WBT over koper en glasvezel een direct substituuut voor (virtueel) ontbundelde toegang over koper en glasvezel. Mede gelet op de ketensubstitutie vormt WBT over kabel volgens de ACM onderdeel van de markt voor WFA.

ding te komen nu zij er beide baat bij hebben om hun marktgedrag (verhoging retailprijzen en weigering van wholesaletoeegang) te coördineren. De ACM paste hierbij de *Airtours*-criteria toe en onderbouwt dit met behulp van speltheorieën.²² De ACM voorzag als gevolg hiervan mededingingsproblemen die het opleggen van toegangsverplichtingen rechtvaardigen.

Beroepsgronden

(4) Zowel KPN als VFZ zijn in beroep gegaan tegen het WFA-Besluit. Hun beroepsgronden richtten zich onder meer tegen de marktafbakening, alsmede de gezamenlijke AMM op de retailmarkt voor bundels met internettoegang en de markt voor WFA.²³ In het bijzonder klaagden KPN en VFZ in hun beroepsgronden over (i) het onvoldoende meewegen van het bestaande commerciële wholesaleaanbod van KPN, en (ii) het gebrek aan een positieve business case voor VFZ om wholesaletoeegang te verlenen.

II. Modified Greenfield-benadering

(5) Om te beoordelen of er een risico bestaat dat de mededinging op de relevante markten blijvend wordt beperkt, heeft de ACM de retailmarkt voor bundels met internettoegang geanalyseerd met behulp van de uit de Kaderrichtlijn voortvloeiende Modified Greenfield-methodiek.²⁴ Hierbij ging de ACM uit van een hypothetische marktsituatie waarin de ontwikkelingen in de markt moeten worden geanalyseerd in afwezigheid van (de dreiging van) regulering.

(6) In zijn uitspraak volgde het CbB het standpunt van KPN en VFZ dat de MGB niet toestaat dat in zoverre wordt geabstraheerd van de bestaande marktsituatie dat thans geldende commerciële overeenkomsten met betrekking tot toegang tot het netwerk van KPN worden weggedacht.²⁵ Het CbB oordeelde dat de ACM ten onrechte had overwogen dat bestaande overeenkomsten met alternatieve aanbieders onder de dreiging van regulering tot stand waren gekomen en dus mochten worden genegeerd in het kader van de MGB. De ACM had aldus rekening moeten houden met de mogelijkheid dat alternatieve aanbieders, ook in afwezigheid van regulering, actief zouden kunnen worden/blijven op de retailmarkt voor bundels met internettoegang.

(7) De overwegingen van het CbB in relatie tot de toepassing van de MGB zijn van grote invloed op de rechterlijke toetsing van de dominantieanalyse van de ACM

aangezien sprake is van asymmetrie indien (alleen) KPN, ook zonder (de dreiging van) regulering, zou overgaan tot het verlenen van wholesaletoeegang.

III. Gezamenlijke AMM

(8) De uitspraak van het CbB concentreert zich hoofdzakelijk op de dominantieanalyse van de ACM. Bij de beoordeling of er een risico aanwezig is dat twee of meer ondernemingen tezamen beschikken over AMM, is de ACM gehouden de *Airtours*-criteria te hanteren.²⁶ De drempel om een risico op gezamenlijke AMM vast te stellen, ligt hiermee bijzonder hoog. De herziene AMM-richtsnoeren van de Europese Commissie moesten het gemakkelijker maken voor telecomautoriteiten om meer dan één onderneming in een markt te reguleren (joint Significant Market Power).²⁷ Hierin past de Commissie de *Airtours*-criteria specifiek toe op elektronische communicatiemarkten en benadrukt daarbij de omstandigheden waarin een bepaalde marktstructuur stilzwijgende coördinatie in de hand werkt.²⁸

Dominantieanalyse in WFA-Besluit

(9) In grote lijnen heeft de ACM aan de hand van de *Airtours*-criteria geconstateerd dat er een risico bestaat op gezamenlijke AMM van KPN en VFZ op de retailmarkt voor bundels met internettoegang, gelet op:²⁹

- a. de prikkel van KPN en VFZ om, in afwezigheid van alternatieve aanbieders, hun gedrag onderling af te stemmen. De ACM illustreerde dit aan de hand van het speltheoriemodel waarbij zowel KPN als VFZ de prikkel hebben om retailprijzen te verhogen en wholesaletoeegang te weigeren;
- b. de mogelijkheid voor KPN en VFZ om, onder meer vanwege de symmetrie en de frequentie van de interactie tussen partijen, alsmede de aanwezigheid van een coördinatiemechanisme waarbij zowel KPN en VFZ vergelijkbare prijsstijgingen kunnen doorvoeren tot een bovencompetitief niveau, hun gedrag onderling af te stemmen. Eén en ander in het licht van de beperkte complexiteit, stabiliteit en transparantie van de markt die het makkelijker maken voor KPN en VFZ om tot een verstandhouding te komen;
- c. de mogelijkheid om afwijkend gedrag te monitoren en te disciplineren door de retailprijzen juist te verlagen en/of wholesaletoeegang te gaan verlenen;
- d. het gebrek aan externe factoren die het (intern stabiele) gecoördineerde evenwicht tussen KPN en VFZ kunnen verstoren.

22 WFA-Besluit, Bijlage D.

23 Daarnaast zijn ook T-Mobile/Tele2 en Eurofiber in beroep gegaan tegen het WFA-Besluit. Eurofiber heeft haar beroep uiteindelijk ingetrokken.

24 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"), punt 12. Deze richtlijn is inmiddels vervangen door Richtlijn EU 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie. Richtsnoeren 2018/C 159/01 van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het EU-regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ("AMM-richtsnoeren"), punt 17.

25 CbB, r.o. 5.6.1.

26 Bijlage II van de Kaderrichtlijn. Zie voorts GvEA EG 6 juni 2002, zaak T-342/99 (*Airtours*), en HvJ EU 10 juli 2008, zaak C-413/06 (*Impala*).

27 AMM-richtsnoeren, hfdst. 3.2.

28 AMM-richtsnoeren, par. 65.

29 WFA-Besluit, hfdst. 4.4 (zakelijk weergegeven in r.o. 6.3).

Oordeel CbB

(10) Het CbB volgt de ACM niet in haar dominantie-analyse. In de eerste plaats heeft de ACM onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er sprake is van symmetrie tussen KPN en VFZ, nu zij zich ieder richten op een ander segment van de retailmarkt en in feite bezig zijn met een 'haasje-over-spel' waarin zij ieder op uiteenlopende manieren innoveren.³⁰

(11) In de tweede plaats oordeelt het CbB dat de complexiteit van het prijsbeleid van bundels de retailmarkt minder transparant maakt. Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk of een prijsstijging al dan niet gerelateerd is aan een upgrade van het netwerk. Eén en ander bemoeilijkt ook de mogelijkheid om afwijkingen te disciplineren.³¹

(12) In de derde plaats overweegt het CbB dat de ACM ten onrechte heeft geconcludeerd dat er sprake is van een effectief disciplineringsmechanisme. In navolging van de economische rapporten van VFZ, oordeelt het CbB dat KPN onveranderd zou doorgaan met het verlenen van toegang, terwijl voor VFZ geen geloofwaardige business case aanwezig zou zijn voor het introduceren van een wholesale-aanbod. Door deze asymmetrie wordt het gecoördineerde evenwicht tussen KPN en VFZ verstoord. Het CbB betwijfelt bovendien of het verlenen van wholesaletoegang überhaupt kan gelden als een relatief lichte en proportionele vorm van vergelding, nu terugkeer naar de gecoördineerde situatie niet eenvoudig zal plaatsvinden.³²

(13) Tot slot oordeelt het CbB dat de ACM de invloed van externe factoren, zoals concurrentiedruk vanuit andere glasvezelnetwerken en verzoeken om toegang tot het netwerk van KPN door alternatieve aanbieders, heeft onderschat.³³

Vernietiging WFA-Besluit

(14) Het CbB concludeert vervolgens dat hetgeen de ACM heeft aangevoerd, gelet op de betwisting hiervan door KPN en VFZ, niet voldoende is om aannemelijk te maken dat in de hypothetische situatie die hoort bij de MGB stilzwijgende coördinatie zal plaatsvinden tussen KPN en VFZ op de retailmarkten voor bundels met internettoegang. Gelet op de aard van de geconstateerde motiveringsgebreken, vernietigt het CbB daarom het WFA-Besluit.³⁴ De overige gronden, waaronder de juistheid van de marktafbakening, blijven daarmee onbesproken.

IV. Relevantie uitspraak en toekomst telecomregulering

(15) In de uitspraak wijst het CbB zelf op de kern van deze zaak, die niet zozeer draait om de vraag "of de retailmarkt voor (bundels met) internettoegang sterker concurrerend zou zijn en/of hoger consumentenwelvaart zou worden

behaald indien KPN en VFZ zouden worden verplicht om toegang tot hun netwerk te bieden", maar om de vraag of de ACM heeft voldaan aan de op haar rustende bewijslast (bij het aannemelijk maken van een risico op gezamenlijke AMM).³⁵ De zeer indringende toets die het CbB hier toepast, is kenmerkend voor de wijze waarop het CbB marktanalysebesluiten toetst. Eerder was ook het marktanalysebesluit voor de 72-uurs postbezorging slachtoffer van een uitermate kritisch CbB.³⁶ Beide besluiten hebben gemeen dat ze cruciaal waren voor de marktordening in een sector. Algemeen aangenomen wordt dat de uitspraak van het CbB in de postsector (op zijn minst) mede heeft geleid tot een, al dan niet versnelde, consolidatie in deze sector. De consequenties van de vernietiging van het WFA-Besluit zullen vermoedelijk niet dermate drastisch zijn maar een flinke knauw voor de concurrentiepositie van telecom-aanbieders is het zeker.

(16) Hoewel op beide besluiten zeker het nodige viel aan te merken – zo betrad de ACM in het WFA-Besluit onbekend terrein en door uit te gaan van één zeer brede markt – speelde zij een alles-of-nietspelletje. Ook rijst de vraag of de ACM überhaupt wel de slagkracht heeft om dit soort zaken (bijna) volledig zelf te behandelen. Tegen de juridische en economische firepower van VFZ en KPN lijkt de ACM soms te weinig tegenwicht te kunnen bieden. Het zou goed zijn als de ACM intern te rade gaat hoe zij de kans op dit soort wel heel pijnlijke nederlagen kan reduceren (als zij dat al niet heeft gedaan).

(17) Maar de wijze waarop het CbB dit soort besluiten toetst en met name haar weigering om door middel van voorlopige maatregelen ex artikel 8:72 lid 5 Awb de soms dramatische consequenties van haar uitspraken te mitigeren roepen ook vragen op. Zowel in de WFA-zaak als in de 72-uurspost-zaak heeft het CbB geen gebruik gemaakt van de mogelijkheden die dit artikel biedt. Vanzelfsprekend moet bij procedures bij het hoogste rechtscollege voor economisch-ordeningsrechtelijke zaken het recht altijd voorop staan. Ook als dat moet leiden tot een vernietiging, met soms voor andere marktpartijen zeer ingrijpende consequenties. Maar dat laat onverlet dat bij de vraag of een voorlopige maatregel in het kader van artikel 8:72 lid 5 Awb passend is, wel degelijk een belangenafweging kan – en misschien zelfs moet – worden gemaakt. De wetgever heeft met dit artikel de bodemrechter, juist bij vernietigingen van besluiten, de mogelijkheid geboden de consequenties van haar uitspraken, voor een overgangspeperiode, te verzachten.

(18) Door dit na te laten spreekt het CbB een impliciet oordeel uit dat het niet meer mogelijk is om de geconstateerde gebreken te herstellen. Dat is ook wat het CbB lijkt te zeggen in de WFA-zaak. Weliswaar is de vernietiging gestoeld op een gebrekkige motivering en staat het de ACM vrij een herstelbesluit te nemen, de vraag is inderdaad in hoeverre dit haalbaar is voor de ACM. De vrij fun-

30 CbB, r.o. 6.9.2.

31 CbB, r.o. 6.9.3.

32 CbB, r.o. 6.9.4.

33 CbB, r.o. 6.9.5.

34 CbB, r.o. 7.1 en 7.2.

35 CbB, r.o. 6.9.6.

36 CbB 3 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:440.

damentele kritiek op haar dominantieanalyse van het Cbb liegt er namelijk niet om. Het opnieuw opleggen van symmetrische verplichtingen op basis van gezamenlijke AMM lijkt dus op zijn zachtst gezegd lastig. Maar dat neemt niet de mogelijkheid weg van een herstelbesluit dat uitgaat van enkelvoudige AMM van KPN (vergelijkbaar met de eerdere marktanalysebesluiten betreffende ULL).³⁷ Ook zou er in theorie een mogelijkheid zijn voor de ACM om een tijdelijk besluit te nemen om in ieder geval de tot voor kort geldende verplichtingen die rusten op KPN (op basis van het marktanalysebesluit ULL van 17 december 2015) te prolongeren.

(19) Waar de ACM juist probeerde de *ex ante* regulering van wholesaletoeegang tot vaste netwerken uit te breiden, lijkt met de vernietiging van het WFA-Besluit een einde te zijn gekomen aan regulering van deze markten op basis van hoofdstuk 6a en 6b van de Telecommunicatiewet. Hoewel meer en meer reguleringsbevoegdheden op elektronische communicatiemarkten verschuiven van nationaal naar Europees niveau,³⁸ blijft AMM een voorwaarde voor het kunnen opleggen van toegangsverplichtingen op beheerders van vaste netwerken.³⁹

(20) Anders dan soms wordt betoogd, is de WFA-uitspraak niet het begin van het einde van *ex ante* regulering van telecommarkten. Het is eerder het startschot voor een nieuwe vorm van regulering, maar dan door middel van geschilprocedures. Dit soort procedures werden ook eind jaren '90/begin 21^{ste} eeuw veelvuldig geïnitieerd, onder meer op het gebied van (vaste en mobiele) gespreksafgiftetarieven. Recent zijn er namelijk nieuwe bevoegdheden voor de ACM in het leven geroepen om concurrentie op bundels met internettoegang te bevorderen. Op 2 juni jl. is de wetwijziging van de Telecommunicatiewet aangenomen in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/1972 tot vaststelling van het Europees wetboek van elektronische communicatie (EECC). Hiermee krijgt de ACM nog dit jaar ruime bevoegdheden om toegang tot (vaste) netwerken af te dwingen. Zo bepaalt artikel 6.3 Tw (nieuw) dat de ACM op verzoek verplichtingen kan opleggen aan netwerkbeheerders om toegang te verlenen tot kabels, faciliteiten binnen gebouwen of het meest dichtbijgelegen punt van samenkomst, indien replicatie daarvan economisch inefficiënt of onuitvoerbaar is.⁴⁰ Indien de ACM gebruik wil maken van deze bevoegdheid heeft zij geen volledige marktanalyse uit te voeren. Hoewel voor het vaststellen of sprake is van "repliceerbare faciliteiten"

ook wel degelijk een grondige motivering vereist is, mag worden aangenomen dat de bewijsstandaard lager ligt dan voor het *ex ante* reguleren van een gehele markt. De ervaringen met eerdere geschilprocedures in verband met de gespreksafgiftetarieven indiceren dat hier mogelijk weer een nieuw *lawyers' paradise* ligt.

B. Braeken & J. Versteeg

België

Computerrecht 2020/136

Grondwettelijk Hof 20 februari 2020, nr. 27/2020

(Mrs. Alen, Daoût, Lavrysen, Moerman, Merckx-Van Goey, Nihoul, Giet, Leysen, Moerman, Pâques)
m.nt. F. Schuermans & L. Keunen¹

(Art. 6, 7 en 8 EVRM; art. 7, 8, 47, 48 en 52 Handvest grondrechten EU; art. 10, 11, 12, 14 en 22 Grondwet, art. 47sexies Wetboek van Strafvordering)

Het Grondwettelijk Hof verworpt het beroep tot vernietiging van de wet van 21 maart 2018. De mogelijkheid om persoonsgegevens en informatie die middels politionele camera's worden verzameld gedurende twaalf maanden te bewaren en om beelden die door gebruik van niet-politionele bewakingscamera's zijn opgenomen gedurende drie maanden te bewaren, vormt geen inbreuk op het recht op eerbiediging van het privéleven. Ook de verwerking van deze persoonsgegevens en informatie is in overeenstemming met het recht op eerbiediging van het privéleven. Dit arrest bouwt, wat de politionele informatieverwerkingen betreft, in grote mate voort op het eerdere principearrest 108/2016 van het Grondwettelijk Hof van 14 juli 2016.

Arrest nr. 27/2020

Ten aanzien van het recht op eerbiediging van het privéleven

B.5. Volgens de verzoekende partij vormt de mogelijkheid waarin de wet van 21 maart 2018 voorziet om de informatie en persoonsgegevens die door middel van politionele camera's worden verzameld gedurende twaalf

37 Een mogelijkheid voor de ACM zou kunnen zijn om de markt voor WFA te analyseren (en te reguleren) via de route van enkelvoudige AMM van KPN op de retailmarkt voor zakelijke netwerkdiensten. Immers, het bestaan van een risico op een retailmarkt is voldoende om de stroomopwaarts gelegen markt te analyseren, zie ook Cbb, r.o. 6.10.

38 Zoals ten aanzien van *roaming*, mobiel en vast bellen (vanuit de éénge-maakte digitalemarktgedachte), zie bijv. artikel 75 EECC.

39 Artikel 68 EECC.

40 Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de implementatie van onderdelen van Richtlijn (EU) 2018/1972 die betrekking hebben op toegangsregulering in geval van replicatiebelemmeringen. Zie ook artikel 61 EECC.

1 F. Schuermans is lid-raadsheer in het Controleorgaan op de Politionele Informatie (COC), Advocaat-generaal bij het Hof van Beroep te Gent, Praktijk-assistent privacy- en Gegevensbeschermingsrecht Universiteit Gent, faculteit recht en criminologie, *Institute for International Research on Criminal Policy (IRCP)* en Interdisciplinair kennis- en onderzoeksplatform "Privacy, Information Exchange, Law Enforcement and Surveillance" (PIXLES). L. Keunen is doctoraatsonderzoeker Universiteit Gent en Antwerpen – FWO, lid Human Rights Centre, Digitax en Interdisciplinair kennis- en onderzoeksplatform "Privacy, Information Exchange, Law Enforcement and Surveillance" (PIXLES).