

157. Telecomtoezicht anno 2015: steeds meer via het concentratiecontroletoezicht?

MR. C.A. EIJBERTS EN MR. B.J.H. BRAEKEN

Al enige tijd vindt er een sterke consolidatieslag plaats in de telecommunicatiesector. Door toenemende concurrentie vanuit Over-The-Top ('OTT') dienstenaanbieders (zoals WhatsApp en Skype) staat het verdienmodel van 'traditionele' telecomaandieners onder druk. Door concentraties tussen deze aanbieders worden zij beter opgewassen tegen bijvoorbeeld de concurrentie van OTT-spelers. Bovendien is de gedachte dat traditionele aanbieders door overnames schaalvoordelen behalen en dat zij beter in staat zijn omvangrijke (netwerk)investeringen te doen.

1. Inleiding

In Europa zijn er talloze voorbeelden van overnames van aanbieders van communicatienetwerken en -diensten. Binnen de landsgrenzen zijn de verkrijging van de uitsluitende zeggenschap over Reggefiber door KPN¹ en de overname van Ziggo door Liberty Global² in het oog springende (recente) voorbeelden van de consolidatieslag. In het merendeel van de concentratiezaken worden vergaande remedies door de Europese Commissie c.q. de bevoegde nationale mededingingsautoriteit afgedwongen. Een veelal afgedwongen remedie is bijvoorbeeld het afstoten van een bedrijfs onderdeel. Maar er zijn ook recente voorbeelden van (vergaande) gedragsremedies, zoals het afdwingen van een toegangsverplichting tot een mobiel netwerk, waarbij een percentage van de totale netwerkcapaciteit beschikbaar moet worden gesteld.

Tegelijkertijd kent de telecomsector al geruime tijd sector-specifiek toezicht gebaseerd op een specifiek raamwerk, het Europese Nieuw Regelgevend Kader ('NRK').³ Dit

raamwerk maakt het nationale regelgevende instanties (in Nederland: de Autoriteit Consument & Markt, 'ACM', hierna ook wel aangeduid als 'NRI' en voorheen de OPTA) mogelijk binnen een bepaald kader een markt ex ante te reguleren door middel van zogenoemde marktanalysebesluiten. Het startpunt van deze marktanalysebesluiten is de door de Europese Commissie vastgestelde Aanbeveling relevante markten.⁴ Deze Aanbeveling geeft een lijst van markten die (in beginsel) in aanmerking komen voor ex ante regulering. Op basis van de Aanbeveling moet de nationale regelgevende instantie vervolgens de markt afbakenen en onderzoeken of die markt daadwerkelijk concurrerend is. Indien dit niet het geval is kan de nationale regelgevende instantie één of meerdere aanbieders aanwijzen die beschikken over aanmerkelijke marktmacht (ofwel een economische machtspositie). Vervolgens kan ACM, voor zover passend, remedies opleggen (zoals toegangsverplichtingen of prijscontrole). Nationale regelgevende instanties zijn gehouden elke drie jaar de marktanalyses en de

1 Besluit van ACM van 31 oktober 2014, zaaknummer 14.0672.24, *KPN-Reggefiber*.

2 Commissiebeschikking van 10 oktober 2014, zaak M.7000, *Liberty Global/Ziggo*.

3 Het NRK bestaat uit vijf richtlijnen, te weten (i) Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), (ii) Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten ('Machtigingsrichtlijn'), (iii) Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten ('Toegangsrichtlijn'), (iv) Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart

2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatie-netwerken en -diensten ('UD-richtlijn') en (v) Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector. Het NRK is onderwerp van herziening, zo blijkt onder andere uit de Mededeling van 16 december 2014 van de Europese Commissie, '*Commission Work Programme 2015, A New Start*', COM(2104) 910 final.

4 Aanbeveling van de Europese Commissie van 9 oktober 2014 betreffende product- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten.

opgelegde verplichtingen te heroverwegen.⁵

In Nederland is zo'n moment van heroverweging inmiddels aangebroken en is ACM van start gegaan met de vierde reguleringsperiode. Het eerste ontwerp-marktanalysebesluit ('MA-besluit') Ontbundelde Toegang tot het koperen glasvezelnetwerk (*Unbundled Local Loop*, 'ULL')⁶ van ACM van de vierde periode is eind 2014 gepubliceerd en ter consultatie aan de Europese Commissie voorgelegd. Deze laatste heeft op 30 april 2015 ernstige twijfels geuit bij de marktafbakening en de dominantieanalyse. Hoewel de Europese Commissie zich (nog) niet heeft uitgelaten over de ontwerpmaatregelen, lijkt zij aan te sturen op (gedeeltelijke) deregulering. Zoals hierna zal worden beargumenteerd, lijkt dit in een bredere trend te passen.

Wij menen een ontwikkeling te kunnen vaststellen waarin de Europese Commissie aan de ene kant meer dan ooit kritisch kijkt naar concentraties in de telecommunicatiesector en aan de andere kant inzet op deregulering van deze sector. In de afgelopen drie jaren heeft de Europese Commissie vrijwel geen enkele overname goedgekeurd zonder daaraan bepaalde voorwaarden te verbinden.⁷ In enkele gevallen zijn zelfs verplichtingen afgedwongen die wel erg lijken op verplichtingen uit het 'klassieke' sector-specifieke toezicht, bijvoorbeeld een verplichting om niet te discrimineren tussen klanten of een verplichting te voldoen aan redelijke verzoeken tot toegang tot infrastructuur onder bepaalde voorwaarden/tarieven.

Een spanning lijkt dus te bestaan tussen een zeer kritische houding van de Europese Commissie in het kader van concentratiecontroletoezicht aan de ene kant en aan de andere kant de tendens van de door de Europese Commissie beoogde afname van regulering in de telecommunicatiesector. De vraag is of dat beeld terecht is en – zo ja – of die spanning kan worden verklaard door verschillen in het juridisch kader van het concentratiecontroletoezicht en sector-specifieke regulering en de verschillende rollen die zijn weggelegd voor de Europese Commissie en de nationale bevoegde autoriteit onder deze kaders. Die ontwikkeling roept vragen op: bewegen de remedies die onder concentratiecontroletoezicht worden overeengekomen naar hun aard steeds meer naar sector-specifieke ex ante verplichtingen? De vraag rijst ook of het concentratiecontroletoezicht wordt gebruikt om een mogelijke lacune in sector-specifieke regulering op te vullen. Daarnaast rijst de vraag of met het concentratiecontroletoezicht (indirect) toezicht op de telecommunicatiesector wordt geharmoniseerd en/of de Europese Commissie het concentratiecontroletoezicht gebruikt als instrument om haar doelstellingen in het kader van de digitale interne markt te realiseren.

De hierboven opgeworpen vragen zullen in deze bijdrage

nader worden besproken. Daarbij wordt allereerst ingegaan op het concentratiecontroletoezicht in de telecomsector, waarbij de remedies in concentratiebesluiten worden uitgelicht. Vervolgens worden ex ante verplichtingen onderzocht en wordt een conclusie geformuleerd over de toepassing van concentratiecontroletoezicht en sector-specifieke regulering en de ogenschijnlijk vergelijkbare remedies die worden opgelegd onder deze vormen van toezicht.

2. Concentratiecontroletoezicht

2.1 Consolidatieslag in de telecomsector: een overzicht van recente zaken

Concentraties kunnen ingrijpende structuurveranderingen in de markt teweeg brengen en daarmee grote gevolgen voor de mededinging hebben. Op grond van de Concentratieverordening 139/2004/EG⁸ is de Europese Commissie bevoegd ex ante toezicht te houden op concentraties die een communautaire dimensie hebben.⁹ Als geen sprake is van een communautaire dimensie, dan is een nationale mededingingsautoriteit bevoegd, als aan de nationale omzetcriteria wordt voldaan (in het geval van Nederland zoals die volgen uit artikel 29 van de Mededingingswet). Indien een transactie de mededinging op de markt kan belemmeren, kunnen remedies worden afgedwongen. Deze remedies '*dienen in verhouding te staan tot het mededingingsprobleem en dit probleem volledig weg te werken*'.¹⁰ Remedies moeten passend en effectief zijn.¹¹ In zijn algemeenheid gaat de voorkeur van de Europese Commissie en ACM uit naar structurele remedies in plaats van gedragsremedies, omdat hiermee de structuur van de markt op een duurzame wijze wordt veranderd.¹² Ook behoeven structurele remedies geen verder toezicht. Gedragsremedies – de naam zegt het al – trachten mogelijk concurrentiebelemmerende gedragingen van de desbetreffende ondernemingen te voorkomen. Een nadeel van gedragsremedies is dat partijen bij de concentratie de effectiviteit ervan feitelijk kunnen ondermijnen door de toepassing van de remedie uit te hollen.¹³ Ook het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde in de zaak Gencor dat concentratiecontroletoezicht zich primair dient te richten op marktstructu-

5 Ingevolge artikel 16 lid 6 van de Kaderrichtlijn en artikel 6a.4 van de Telecommunicatiewet.

6 ACM, *Ontwerpbesluit Marktanalyse ontbundelde toegang*, 31 oktober 2014, ACM/DTVP/2014/206057, nr. 13.0625.36.

7 Dat wil zeggen, in het geval van concentraties waarbij de betrokken partijen overlappende activiteiten hadden. Zie bijvoorbeeld Commissiebeschikking van 2 juli 2014, zaak M.7231, *Vodafone/ONO*.

8 Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU 2004, L 24/1.

9 Ingevolge artikel 1 van de Concentratieverordening heeft een concentratie een communautaire dimensie als de in lid 2 of 3 genoemde drempels worden gehaald.

10 Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU 2004, L 24/1, preambule, para. 30.

11 NMa, Richtsnoeren Remedies 2007, richtsnoeren voor de inhoud, indiening en tenuitvoerlegging van remedies bij concentraties, *Stcr*. 2007, 187, para. 12.

12 NMa Richtsnoeren Remedies 2007, para. 15 en Mededeling van de Europese Commissie betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Europese Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, para. 15.

13 In de NMa Richtsnoeren 2007, wordt dit in para. 15 omschreven als: '*door wel te voldoen aan de "letter" van de remedie, maar niet aan de geest ervan*'.

ren en niet op gedragingen van ondernemingen.¹⁴ Ongeacht de expliciete voorkeur voor structurele remedies kunnen gedragsremedies in sommige gevallen aangewezen zijn om het wegvallen van (potentiële) mededinging te voorkomen.¹⁵ Bij concentraties in de telecomsector lijkt veelal sprake te zijn van een combinatie van zowel structurele als gedragsremedies. In de hiernavolgende (enigszins willekeurige)

Wij menen een ontwikkeling te kunnen vaststellen waarin de Europese Commissie aan de ene kant meer dan ooit kritisch kijkt naar concentraties en aan de andere kant inzet op deregulering van de telecommunicatiesector.

selectie van recente concentratiebesluiten is een overzicht gegeven van de remedies die de Europese Commissie heeft weten af te dwingen teneinde goedkeuring voor een bepaalde overname te verlenen. Om een beter overzicht te geven, zijn deze besluiten tevens in tabelvorm weergegeven (zie tabel 1).

Tabel 1

Betrokken partijen	Belangrijkste markt(en)	Remedies
Concentratiebesluiten van de Europese Commissie		
Goedkeuring onder voorwaarden op 12 december 2012, zaak M.6497. Overname van Orange Austria door Hutchison 3G Austria	a. markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie; b. wholesaletoegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken; c. wholesalemarkt voor internationale roaming; en d. wholesalemarkt voor mobiele gesprekstterminatie.	- Afstoten frequenties en aanvullende rechten. - Verlenen van wholesalenetwerkttoegang voor 10 jaar op overeengekomen voorwaarden (tarieven) voor 3G en 4G tot 30% van de gezamenlijke netwerkcapaciteit aan maximaal 16 MVNO's.
Goedkeuring onder voorwaarden van 28 mei 2014, zaak M.6992. Overname van Telefónica Ireland (O2) door Hutchison 3G UK	a. markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie; b. wholesalemarkt voor toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele telefoonnetwerken ('de wholesalemarkt voor toegang en gespreksopbouw'); c. wholesalemarkt voor internationale roaming; en d. wholesalemarkt voor mobiele gesprekstterminatie.	- Verlenen van wholesalettoegang tot het netwerk in de vorm van een capaciteitsgebaseerd MVNO-model (tot maximaal 30% van gezamenlijke netwerkcapaciteit). - Bieden van een optie tot het kopen van frequenties door MVNO's. - Voortzetten van de overeenkomst inzake medegebruik van netwerken.

Goedkeuring onder voorwaarden van 2 juli 2014, zaak M.7018. Overname van E-plus door Telefónica Deutschland	a. markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie; b. wholesalemarkt voor toegang en gespreksopbouw; c. wholesalemarkt voor internationale roaming; en d. wholesalemarkt voor mobiele gespreksafgifte.	- Afstoten frequenties en bepaalde assets. - Aanbieden van een pakket aan toezeggingen, waarbij de toetreding of uitbreiding van een MVNO wordt verzekerd, hetgeen 30% van de gezamenlijke netwerkcapaciteit behelst. - Voortzetten van bestaande wholesaleovereenkomsten en garanderen van aanbod van wholesale 4G diensten aan alle geïnteresseerde partijen.
Goedkeuring onder voorwaarden van 10 oktober 2014, zaak M.7000. Overname van Ziggo door Liberty Global	a. markt voor wholesale betaalde TV filmzender; b. markt voor vaste telefonie en internet diensten over de kabel; c. markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie; d. markt voor multiple play diensten.	- Afstoten van premium betaalfilmzender (Film1), onder de toezegging Film1 voor de duur van 3 jaar toegang te blijven bieden tot haar betaald TV netwerk. - Verwijderen van clausules uit reeds bestaande overeenkomsten over zenderdoorgifte en toezegging ook in nieuwe overeenkomsten voor de duur van acht jaar niet te gebruiken. Deze clausules zouden omroepen (kunnen) beperken in hun mogelijkheden om hun zenders en content via het internet aan te bieden.
Goedkeuring onder voorwaarden van 20 april 2015, zaak M.7499. Overname van PT Portugal door Altice	a. wholesalemarkt voor huurlijnen en call transit diensten; b. wholesalemarkt voor vaste spraakdiensten; c. wholesalemarkt voor vast internettoegang diensten en betaalde TV diensten aan eindgebruikers; d. markt voor zakelijke telecommunicatiediensten.	- Afstoten van Portugese dochterondernemingen Cabovisão en ONI door Altice.
Goedkeuring onder voorwaarden van 19 mei 2015, zaak M.7421. Overname van Jazztel door Orange	a. ontbundelde toegang tot het koper- en glasvezelnetwerk; b. markt voor retail-diensten voor mobiele telefonie.	- Afstoten van (glasvezel) netwerk (FttH). - Verlenen van toegang tot het kopernetwerk (aan verkrijger van FttH-netwerk). - Verlenen van toegang tot het mobiele netwerk (aan verkrijger van FttH-netwerk).

14 Gerecht van Eerste Aanleg 25 maart 1999, zaak T-102/96, *Gencor/Commissie*, r.o. 314.

15 HvJ 15 februari 2005, C-12/03, *Commissie/Tetra Laval*, r.o. 86.

Goedkeuring (zonder voorwaarden) van 2 juli 2014, zaak M.7231. Overname van ONO door Vodafone	a. retailmarkt voor vaste internettoegang; b. retailmarkt voor vaste spraak diensten; en c. markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie.	Geen remedies.
Onderzoeken van de Europese Commissie		
Overname van Jazztel door Orange, zaak M.7421.	Waarschijnlijk (o.a.): - markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie.	Mogelijke remedies: - Afstoten van deel van het vaste netwerk door Orange. - Verlenen van toegang tot broadband- en vaste telefoniediensten.
Fusie tussen TeliaSonera en Telenor	Waarschijnlijk (o.a.): - markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie.	Nog niet duidelijk.
Overname van O2 UK door Hutchison	Waarschijnlijk (o.a.): - markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie.	Nog niet duidelijk.
Concentratiebesluiten door nationale mededingingsautoriteiten		
Franse Autorité de la concurrence, Goedkeuring onder voorwaarden Overname van SFR door Altice	Waarschijnlijk (o.a.): - markt voor retail-diensten voor mobiele telecommunicatie.	Voor de duur van vijf jaar (met de mogelijkheid van eenmalige verlenging): - Afstoten van een deel van het kopernetwerk van dochteronderneming Completel. - Afstoten van belangen in Outremer Telecom. - Verlenen van toegang tot het kabelnetwerk.
ACM Goedkeuring zonder voorwaarden Overname van Reggefiber door KPN	- ontbundelde toegang tot het koper- en glasvezelnetwerk.	Geen remedies, (toekomstige) sector specifieke regulering werd voldoende geacht om de mededingingsbezwaren weg te nemen.

2.2 Concentratiebesluiten van de Europese Commissie

In dit onderdeel van onze bijdrage zullen wij ingaan op een aantal recente concentratiecontrolebeslissingen van de Europese Commissie. Daarbij zullen wij met name ingaan op de remedies die in die zaken zijn aangeboden.

In Oostenrijk nam Hutchison 3G ('H3G') de concurrerende mobiele netwerk operator ('MNO') Orange Austria over, waarmee zij de derde grootste mobiele netwerk operator werd.¹⁶ Om goedkeuring van de Europese Commissie te verkrijgen zegde H3G toe bepaalde frequenties af te stoten. De koper van de frequenties (de potentiële MNO) zou bovendien kunnen profiteren van een nieuwkomersreservering in de aankomende frequentieverdeling georganiseerd door de nationale regelgevende instantie. Ook zegde Hutchison toe netwerktoegang voor 3G en 4G te verlenen aan maximaal 16 *mobile virtual network operators*¹⁷

('MVNO's'). Hutchison is verplicht tot maximaal 30% van de gezamenlijke netwerkcapaciteit aan te bieden tegen bepaalde voorwaarden voor een periode van 10 jaar. Deze voorwaarden moeten worden gepubliceerd in een referentieofferte. De goedkeuringsbeschikking van de Europese Commissie bevat voorts verschillende eisen waaraan de offerte dient te voldoen.

Ook bij de overname van O2 Ireland, de tweede grootste MNO in Ierland (dochteronderneming van Telefónica) door Hutchison 3G, de vierde grootste MNO in Ierland, dwong de Europese Commissie toezeggingen af. Hutchison zegde toe een pakket aan te bieden waarmee twee MVNO's op korte termijn de markt zouden kunnen betreden, waarbij deze twee MVNO's de optie toekomt om op een later moment spectrum van Hutchison te kopen om MNO te (kunnen) worden.¹⁸ Dit pakket behelst toegang tot 30% van de gezamenlijke netwerkcapaciteit tegen vaste betalingen. Hutchison zegde bovendien toe de bestaande *network sharing agreement* met Eircom, de kleinste MNO in Ierland, te continueren onder betere voorwaarden.

Bij de overname van het Duitse E-Plus, derde grootste MNO, door Telefónica Deutschland, vierde grootste MNO in Duitsland, verplichtten partijen zich ertoe frequenties en bepaalde activa af te stoten.¹⁹ Deze activa omvatten (i) nationale roaming, (ii) netwerksites, (iii) passieve radionetwerksharing, en (iv) winkels. Ook zegden partijen toe de bestaande wholesaleovereenkomsten onder dezelfde voorwaarden te zullen voortzetten en wholesale 4G-diensten aan te bieden aan alle geïnteresseerde spelers. Bovendien zegde Telefónica toe om 30% van de gezamenlijke netwerkcapaciteit te verkopen aan maximaal drie MVNO's tegen vaste voorwaarden.²⁰

De Europese Commissie keurde recent ook de overname van Ziggo door Liberty Global onder voorwaarden goed.²¹ Liberty Global zegde hierbij toe haar premium betaalfilmzender (Film1) te verkopen.²² Als gedragsremedie kwamen de Europese Commissie en Liberty Global overeen dat Liberty Global clausules uit reeds bestaande overeenkomsten over zenderdoorgifte verwijderd en deze ook in nieuwe overeenkomsten voor de duur van acht jaar niet zal gebruiken. Deze clausules zouden omroepen (kunnen) beperken in hun mogelijkheden om hun zenders en content via het internet (via OTT-diensten) aan te bieden. De overname van PT Portugal door Altice keurde de Europese Commissie goed onder de voorwaarde dat Altice haar Portugese dochterondernemingen ONI en Cabovisão afstoot. Door deze afstoting bestaat er geen overlap meer

moeten inhuren/inkopen bij hun concurrent die wel over een eigen netwerk beschikt, zijnde de mobiele netwerk operator.

18 Commissiebeschikking van 28 mei 2014, zaak M.6992, *Hutchison/Telefónica*.

19 Commissiebeschikking van 2 juli 2014, zaak M.7018, *Telefonica Deutschland/E-Plus*, par. 1357 e.v.

20 Commissiebeschikking van 2 juli 2014, zaak M.7018, *Telefonica Deutschland/E-Plus*, par. 1393.

21 Commissiebeschikking van 10 oktober 2014, zaak M.7000, *Liberty Global/Ziggo*.

22 Inmiddels is Film1 verkocht aan Sony Pictures Television.

16 Samenvatting van de commissiebeschikking van 12 december 2012, zaak M. 6497, *Hutchison/Orange*, C-224/12.

17 Dat zijn aanbieders van mobiele telecommunicatiediensten die niet over een eigen netwerk/infrastructuur beschikken en derhalve capaciteit

tussen de activiteiten van PT Portugal en Altice en worden de mededingingsbezwaren van de Europese Commissie weggenomen.²³

Overigens worden niet in alle zaken remedies afgedwongen. De overname van de Spaanse kabelaar ONO door Vodafone, aanbieder van o.a. mobiele en vaste telefonie, is door de Europese Commissie goedgekeurd zonder daarbij remedies af te dwingen. De betrokken partijen boden namelijk slechts beperkt vergelijkbare activiteiten aan.²⁴ Dit was ook het geval in de zaak Deutsche Telekom/GTS en Vodafone/Kabel Deutschland.²⁵

De overname van de Spaanse broadband provider Jazztel door het Franse Orange is op 19 mei 2015 goedgekeurd

Hoewel de Europese Commissie bij concentratiecontrole meer vrijheid heeft om gedragsremedies af te dwingen, lijkt zij concentratiecontrole eveneens te gebruiken voor lacunes die bestaan in het ex ante toezicht.

door de Europese Commissie.²⁶ Jazztel en Orange zijn twee van de vier telecommunicatieaanbieders met een landelijk vast netwerk. Jazztel en Orange bieden bovendien ten opzichte van elkaar aanvullende mobiele diensten aan. De Europese Commissie formuleerde haar zorgen over de effectieve mededinging op de markt van vaste internettoegang en heeft verscheidene remedies afgedwongen. De Europese Commissie dwong dan ook remedies af met als doel een vierde partij in staat te stellen vaste internettoegangsdiensten op de retailmarkt aan te bieden. Orange zegde toe een deel van het vaste (glasvezel)netwerk in Spanje verkopen. Orange behoudt daarbij het recht om maximaal 40% van de netwerkcapaciteit voor de duur van 35 jaar te gebruiken om haar (bestaande) dienstverlening voor eindgebruikers veilig te stellen. De verkrijger van dit netwerk krijgt eveneens de toegang tot Jazztel's koper (ADSL) en Orange's mobiele netwerk. De toegang tot het kopernetwerk zal in de vorm zijn van *bitstream*, hetgeen de koper in staat stelt *very-high-speed* diensten aan te bieden op de retailmarkt, tegen bepaalde voorwaarden/tarieven voor de initiële duur van vier jaar met de mogelijkheid van verlenging met nog eens vier jaar. Deze toegang wordt tevens mogelijk gemaakt door de gereguleerde toegang tot het kopernetwerk van incumbent Telefónica. Orange zal bovendien de koper 2G, 3G en 4G toegangsdiensten bieden tegen concurrerende tarieven (te vergelijken met de voorwaarden waaronder Orange Jazztel toegang tot het netwerk verleent).

23 Commissiebeschikking van 20 april 2015 (nog niet gepubliceerd), zaak M. 7499, *Altice/PT Portugal*.

24 Commissiebeschikking van 2 juli 2014, zaak M.7231, *Vodafone/ONO*.

25 Commissiebeschikking van 2 april 2015, zaak M.7109, *Deutsche Telekom/GTS* en Commissiebeschikking van 22 augustus 2013, M.6990, *Vodafone/Kabel Deutschland*.

26 Europese Commissie, genotificeerd op 16 oktober 2014, zaak M.7421, *Orange/Jazztel*.

2.3 Lopende onderzoeken bij de Europese Commissie

De Europese Commissie is bovendien onderzoeken gestart naar verschillende voorgenomen transacties in de telecommunicatiesector. Zo onderzoekt de Europese Commissie momenteel de mededingingsrechtelijke consequenties van het voornemen van TeliaSonera en Telenor om een 'wireless joint venture' in Denemarken aan te gaan.²⁷ Ook onderzoekt de Europese Commissie de voorgenomen overname van O2 UK, dochteronderneming van Telefónica, door Hutchison Whampoa in Groot-Brittannië.²⁸ Hutchison is op de Britse markt actief door middel van de MNO Three. Het samengaan van Three en O2 UK zou leiden tot het ontstaan van de grootste MNO in Groot-Brittannië. Telefónica heeft in de pers bekendgemaakt dat de Europese Commissie inmiddels een onderzoek is gestart.

2.4 Nationale concentratiebesluiten

Hoewel de bulk van de overnames in de telecommunicatiesector – vanwege hun omvang – door de Europese Commissie wordt beoordeeld,²⁹ zijn er ook enkele interessante nationale precedentes. Bij besluit van 27 oktober 2014 keurde de Franse mededingingsautoriteit (*Autorité de la concurrence*) de overname van SFR, dochteronderneming van Vivendi, door Numericable, een dochteronderneming van het Luxemburgse Altice, onder voorwaarden goed. Numericable zegde daarbij toe het kopernetwerk van haar dochter Completel af te stoten en de belangen in Outremer Telecom, dochter van Altice, in La Réunion en Mayotte af te stoten. Voorts zegden partijen toe maatregelen te nemen zodat Vivendi – door middel van haar te behouden minderheidsaandeel – na de totstandkoming van de concentratie geen toegang zal hebben tot bepaalde strategische informatie. Numericable zegde bovendien toe concurrenten toe te laten tot haar kabelnetwerk. Dit betreft het verlenen van toegang aan zowel (concurrerende) MVNO's, als ook Internet Service Providers op basis van een bitstream-aanbod, dat wil zeggen aanbod waarmee derden *very-high-speed* diensten kunnen aanbieden aan eindgebruikers. De toegang zal worden verleend op een 'non-squeezing' prijsniveau, waarmee concurrenten voldoende financiële marge wordt gegund voor ontwikkeling.

In Nederland heeft ACM recent beslist op de volledige overname van de passieve operator van glasvezelaansluitnetwerken Reggefiber door incumbent KPN.³⁰ ACM stelde

27 Europese Commissie, genotificeerd op 27 februari 2015, zaak M.7419, *TeliaSonera/Telenor/JV*, Persbericht van 8 april 2015 Europese Commissie, 'Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed merger of TeliaSonera and Telenor's Danish telecommunications activities'.

28 Zo blijkt uit verschillende kennisbanken en nieuwsberichten van de betrokken ondernemingen.

29 In het verleden heeft de Europese Commissie ook verscheidene verwijzingsverzoeken van nationale mededingingsautoriteiten afgewezen. Bijvoorbeeld Afwijzing verwijzingsverzoek van de Europese Commissie van 25 juni 2014 in zaak M.7000, *Liberty Global/Ziggo*. Zie voor een nadere toelichting hieronder.

30 Besluit van ACM van 31 oktober 2014, zaaknummer 14.0672.24, *KPN-Reggefiber*.

vast dat betreffende partijen de prikkel en mogelijkheid hebben om mededingingsbeperkend gedrag te vertonen. Bij de beoordeling van ACM van de voorgenomen concentratie was ACM reeds gestart met het onderzoek in het kader van het marktanalysebesluit ontbundelde toegang tot het koper en glasvezelnetwerk (ULL) 2015 – 2017. Hieruit blijkt dat ACM voornemens is KPN toegangs-, non-discriminatie-, transparantieplichtingen en tariefregulering op te leggen. ACM heeft informatie afkomstig uit dit onderzoek betrokken bij het komen tot haar oordeel.³¹ Daarom zag ACM af van het opleggen van remedies. ACM achtte sectorspecifieke regulering (het reeds bestaande en het te verwachten MA-besluit ULL) voldoende om de gepercipieerde concurrentiebeperkende effecten van de concentratie te voorkomen.³² Het MA-Besluit ULL bevindt zich echter in zwaar weer, aangezien de Europese Commissie ernstige bedenkingen heeft geuit bij het ontwerp MA-besluit.³³ Vooral nog is niet duidelijk wat de precieze invloed hiervan op het finale MA-besluit en uiteindelijk (indirect) mogelijk (alsnog) op de KPN/Reggefiber overname zal zijn.

2.5 Remedies

De hiervoor besproken zaken wijzen erop dat zowel de Europese Commissie als nationale autoriteiten vergaande remedies kunnen afdwingen om voldoende mate van concurrentie op de desbetreffende relevante markt te (blijven) garanderen. Structurele remedies zijn het afstoten van frequenties, het afstoten van (delen van) het netwerk of het afstoten van bedrijfsonderdelen. Door middel van deze remedies wordt de marktstructuur blijvend veranderd. De gedragsremedies bestaan uit het onder bepaalde voorwaarden toegang verlenen tot hun netwerk. De Europese Commissie acht – conform de uitspraak van het HvJEU *Tetra/Laval* – gedragsremedies in staat de versterking van een machtspositie te verhinderen. Uit de hierboven besproken concentratiebeschikkingen blijkt dat de Europese Commissie het opleggen van gedragsremedies, in combinatie met structurele remedies – los van haar voorkeur voor structurele remedies – de aangewezen route acht.

3. Ex ante regulering

3.1 Het Nieuw Regelgevend Kader

Sinds 1990 bestaat een Europeesrechtelijk reguleringsraamwerk met als doel de liberalisering van de telecommunicatiemarkt.³⁴ Het huidige ex ante reguleringsraam-

werk wordt gevormd door vijf richtlijnen (het NRK), die zijn geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet. Bij de introductie van het NRK waren de EU-instellingen duidelijk over wat het eindstation zou moeten zijn voor de telecommunicatiesector:

“Het huidige regelgevingskader voor de telecommunicatie heeft het mogelijk gemaakt de voorwaarden te scheppen voor daadwerkelijke mededinging in de telecommunicatiesector tijdens de overgang van een monopolistische situatie naar volledige mededinging.”³⁵

Totdat de telecommunicatiesector daadwerkelijk (volledig) concurrerend is, zullen ex ante verplichtingen nodig zijn om gepercipieerde mededingingsproblemen op de markten te remediëren. Regulering in de telecommunicatiesector heeft als doelstelling de concurrentie bij het leveren van openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten te bevorderen (terwijl het generieke mededingingsrecht ‘alleen’ belemmeringen tegen gaat). Bovendien wordt door middel van regulering getracht de eindgebruikersbelangen te bevorderen voor wat betreft keuze, prijs en kwaliteit en de interne markt.³⁶

De nationale regelgevende instantie bakent allereerst de relevante elektronische communicatieproduct- en dienstemarkten af. Zij zal veelal de Aanbeveling relevante markten van de Europese Commissie volgen, waarin de Europese Commissie markten aanbeveelt die in aanmerking komen voor regulering. Vervolgens analyseert de nationale regelgevende instantie de markten en legt met inachtneming van de specifieke omstandigheden op de markt (zo nodig) passende verplichtingen op.³⁷ Deze verplichtingen moeten passen binnen het NRK en de daarin geformuleerde be-

De vraag die ook opdoemt, is of de Europese Commissie het concentratiecontroletoezicht aangrijpt om toezicht op een bepaalde sector te harmoniseren.

leidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen als bedoeld in artikel 8 van de Kaderrichtlijn en 8 e.v. van de Toegangsrichtlijn. Zo dient de nationale regelgevende instantie (bijvoorbeeld) de concurrentie in het belang van de consument te beschermen en efficiënte investeringen en innovatie in nieuwe en betere infrastructuur te bevorderen. Aan deze beginselen kan gevolg worden gegeven door het opleggen van ex ante verplichtingen, zoals toegangs-, transparantie-, non-discriminatie- en tariefverplichtingen.³⁸ Voordat ACM tot een finaal MA-besluit komt, wordt de ontwerpversie van het MA-besluit ingevolge artikel 6b.1

31 Concentratiebesluit van ACM, zaaknr. 14.0672.24, *KPN/Reggefiber*, nr. 19 e.v.

32 Besluit van ACM van 31 oktober 2014, zaaknummer 14.0672.24, *KPN-Reggefiber*.

33 Brief van de Europese Commissie aan ACM in zaak NL/2015/1727: Lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie in Nederland, Opening van een fase II-onderzoek overeenkomstig artikel 7 van Richtlijn 2002/21/EG als gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG.

34 Mededeling van de Europese Commissie, *Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services*, COM

(1999) 539, p. ii.

35 Kaderrichtlijn 2002/21/EG, preambule, nr. 1.

36 Zoals blijkt uit artikel 1.3 Tw.

37 Zie voor een vergelijking van regulering en mededingingsrecht: Liyang Hou, *On Market, Competition and Regulation in the EU Telecom Sector*, Competition and Regulation in the EU Telecom Sector, February 4, 2015.

38 Zie Hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet.

van de Tw onderworpen aan een nationale consultatie.³⁹ Hierna volgt op grond van artikel 6b.2 van de Tw de Europese consultatie, waarbij de Europese Commissie, BEREC⁴⁰ en de NRI's van andere lidstaten binnen een maand opmerkingen bij het voorgenomen besluit kunnen plaatsen. De Europese Commissie kan in het geval dat zij bedenkingen heeft bij de marktafbakening dan wel het al dan niet aanwijzen van een onderneming met aanmerkelijke marktmacht – ernstige bedenkingen

De Europese Commissie en nationale autoriteiten kunnen zeer vergaande remedies afdwingen om voldoende mate van concurrentie op de desbetreffende relevante markt te (blijven) garanderen.

formuleren. Hiermee opent zij de zogenoemde Fase II, waarbij het doen van onderzoek met twee maanden wordt verlengd. Na het einde van de – in totaal – driemaandentermijn, deelt de Europese Commissie ingevolge artikel 7 lid 5 Kaderrichtlijn mede of zij van de NRI verwacht dat zij het ontwerpbesluit intrekt en/of besluit haar bedenkingen in te trekken. Hiermee heeft de Europese Commissie enige invloed op de totstandkoming van nationale marktanalysebesluiten, maar beschikt zij uitdrukkelijk niet over de bevoegdheid om verplichtingen op te leggen.

3.2 Marktafbakening

Het beginpunt voor ex ante regulering door ACM zijn de relevante producten- en dienstenmarkten die door de Europese Commissie worden aanbevolen om in aanmerking te komen voor regulering.⁴¹ De eerste versie van deze aanbeveling stamde uit 11 februari 2003⁴² en bevatte zeven retailmarkten en elf wholesalemarkten. De hierop volgende (tweede) aanbeveling van 17 december 2007 bevatte één retailmarkt en zes wholesalemarkten.⁴³ Eind 2014 is deze tweede versie van de aanbeveling relevante markten⁴⁴ herzien en is het aantal markten verder gereduceerd. In deze derde aanbeveling van 9 oktober 2014 zijn geen retailmarkten en vijf wholesalemarkten gereguleerd die in aanmerking komen voor regulering. Bovendien is de definitie van twee broadbandmarkten aangepast. De Europese Commissie merkt op dat door de herziening van de Aanbeveling de regeldruk beperkt wordt tot wat

strikt noodzakelijk is.⁴⁵ Zij verwacht voorts dat 'de nationale regelgevende instanties geleidelijk [zullen] constateren dat retailmarkten concurrerend zijn hoewel er op wholesale-niveau geen regelgeving van toepassing is, met name als er rekening wordt gehouden met te verwachten verbeteringen op het gebied van innovatie en mededinging'. In de herziening van de Aanbeveling kan dan ook de stap van de Europese Commissie naar deregulering gezien worden.

ACM heeft echter een beperkte bewegingsvrijheid om markten te reguleren die niet op de lijst voorkomen. Om meer markten af te bakenen (en te reguleren) dan die zijn opgesomd in de Aanbeveling, rust een zware bewijslast op ACM. In het geval dat ACM toch een markt wenst te reguleren die niet voorkomt op de Aanbeveling, dan dient aan de zogenaamde drie-criteria-toets te zijn voldaan. Deze drie cumulatieve criteria zijn:

1. de aanwezigheid van hoge en niet-voorbijgaande toegangsbelemmeringen van structurele, wettelijke of regelgevingsaard;
2. een marktstructuur die niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante periode, gezien de toestand van de op infrastructuur gebaseerde en andere mededinging die aan de toegangsbelemmeringen ten grondslag ligt; en
3. het mededingingsrecht alleen is niet voldoende om het vastgestelde marktfalen op adequate wijze aan te pakken.⁴⁶

De mogelijkheid om naar eigen inzicht af te wijken wordt dan ook gelet op deze criteria praktisch gezien klein geacht.⁴⁷ Van bijvoorbeeld de televisiemarkt en de (wholesale- en retail)markt voor mobiele telecommunicatie wordt het dan ook (zo goed als) onmogelijk geacht tot regulering over te gaan.

3.3 Tendens tot deregulering

ACM is aldus recent ingevolge artikel 16 van de Kaderrichtlijn en artikel 6a.4 Tw gestart met de heroverweging van bestaande MA-besluiten en de daarin vervatte verplichtingen. ACM heeft daartoe verschillende onderzoeken uitgevoerd en heeft eind 2014 het eerste MA-besluit (van een te verwachten reeks) gepubliceerd. De huidige marktanalyses, de te verwachten marktanalyses en de door de Europese Commissie aanbevolen relevante markten zijn in tabel 2 weergegeven:

39 Zie ook afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht.

40 Body of European Regulators for Electronic Communications, het overkoepelende Europese orgaan van de nationale regelgevende instanties.

41 *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 19.

42 *PbEG* 2003, L/114/45.

43 *PbEU* 2007, L 344/65.

44 Aanbeveling van de Europese Commissie van 9 oktober 2014 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, 2014/710/EU, *PbEU* L 295/79.

45 Persbericht Europese Commissie van 9 oktober 2014, 'Telecommunicatie: Commissie reduceert aantal gereguleerde markten in Europa', IP/14/1112.

46 Zoals ook aangehaald in het besluit van ACM van 18 maart 2015 op het verzoek van Tele2 Nederland B.V tot het nemen van een marktanalysebesluit televisie op basis van artikel 6a.1 lid 2 Telecommunicatiewet.

47 Zie bijvoorbeeld de brief van de Europese Commissie aan OPTA (als voorganger van ACM), document SG-Greffe (2005) D/205996 van 3 november 2005, Zaak NL/2005/0247: retailmarkten voor de doorgifte en verzorging van vrij toegankelijke radio- en televisie ('rtv') pakketten via de kabel in Nederland – Opening van een Fase II onderzoek overeenkomstig artikel 7(4) van de kaderrichtlijn 2002/21/EG.

Tabel 2

Aanbeveling relevante markten 2014	(Verwachte) toekomstige Marktanalysebesluiten 2015-2017	Huidige Marktanalysebesluiten 2012-2014
<p>Markt 1: Wholesalegespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie</p> <p>Markt 2: Wholesalegespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken</p>	Marktanalyse vaste en mobiele gespreksafgifte ('FTA' en 'MTA') ⁴⁸	Marktanalyse FTA en MTA van 5 augustus 2013 ⁴⁹ (beroepsprocedure aanhangig bij het CBb, die prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie) ⁵⁰
<p>Markt 3: a. Lokale toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie b. Centrale toegang op wholesale-niveau, verzorgd op een vaste locatie voor massa-producten</p>	Marktanalyse ontbundelde toegang (koper en Fiber to the Home ('FttH', Unbundled Local Loop, 'ULL')). Marktanalyse Fiber to the Office (FtO) ⁵¹	Marktanalyse ULL (koper en FttH) van 29 december 2011 ⁵² (gedeeltelijk vernietigd door het CBb) ⁵³ Marktanalyse FttO van 29 december 2012 ⁵⁴ (volledig vernietigd door het CBb) ⁵⁵
Markt 4: Hoogwaardige toegang op wholesaleniveau, verzorgd op een vaste locatie	Marktanalyse hoge kwaliteit wholesale breedband toegang (HKWBT) ⁵⁶	Marktanalyse hoge kwaliteit wholesale breedband toegang van 28 december 2012 ⁵⁷ (beroepsprocedure aanhangig) Marktanalyse lage kwaliteit wholesale breedband toegang van 27 april 2014 ⁵⁸ (geen regulering, bevestigd) ⁵⁹
-	Vaste Telefonie (enkel- en tweevoudig) ⁶⁰	Vaste Telefonie van 1 mei 2012 (enkel-, twee- en meervoudig) ⁶¹ (gedeeltelijk vernietigd door het CBb) ⁶² NB de markt voor vaste telefonie kwam wel voor in de voorafgaande Aanbeveling relevante markten van 2007.
-	Afwijzing verzoek tot reguleren van de televisiemarkt ⁶³	Oordeel Televisie van 20 december 2011 (besluit tot niet reguleren van de kabel) ⁶⁴

De markten die volgens de Europese Commissie voor regulering in aanmerking zouden moeten komen, de te verwachten markten die ACM wenst te reguleren en de huidige marktanalysebesluiten zijn in tabel 2 weergegeven.

Ten aanzien van de komende reguleringsperiode is vooralsnog alleen het ontwerp MA-besluit ontbundelde toegang tot het koper- en glasvezelnetwerk ('ULL') van KPN door ACM gepubliceerd. De verplichtingen die ACM in dit besluit voorstelt zien op toegang, non-discriminatie en transparantie. Bovendien tracht ACM tariefregulering op te leggen. De Commissie heeft in het kader van de Europese consultatie op 30 april jl. haar bedenkingen geuit en laten doorschemeren dat zij twijfelt aan de markt-afbakening en aan de omstandigheid of KPN nog wel aanmerkelijke marktmacht heeft. Reden hiervoor is de disciplinerende werking die uitgaat van de kabelaar UPC/Ziggo. Met in het achterhoofd de opmerking⁶⁵ van ACM dat de Europese Commissie niet uit is op meer regulering, zou deze ontwikkeling de opmaat kunnen zijn tot deregulering van de sector.

3.4 Gedragsremedies vergeleken met sectorspecifieke verplichtingen

In het kader van sectorspecifieke regulering heeft ACM in de huidige reguleringsperiode in de hiervoor genoemde markten verschillende gedragsremedies opgelegd. In de meeste gevallen heeft zij toegangs-, non-discriminatie, transparantieplichtingen en tariefregulering opgelegd.

48 Consultatie van het marktanalyse vaste en mobiele gespreksafgifte wordt in de tweede helft van 2015 verwacht.

49 Met kenmerk ACM/DTVP/2013/203266.

50 C-28/15.

51 Gebaseerd op de door ACM gecirculeerde vragenlijst Marktanalyse FttO en begeleidende brief van 28 januari 2015, kenmerk ACM/DTVP/2015/200290.

52 Met kenmerk OPTA/AM/2011/202886.

53 Uitspraak CBb van 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522.

54 Met kenmerk OPTA/AM/2012/203110.

55 Uitspraak van het CBb van 18 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:273.

56 Gebaseerd op de door ACM gecirculeerde vragenlijst Marktanalyse HKWBT en begeleidende brief van 20 januari 2015, kenmerk ACM/DTVP/2015/200286.

57 Met kenmerk OPTA/AM/2012/203111.

58 Met kenmerk OPTA/AM/2010/201220.

59 Uitspraak CBb van 15 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2014:1.

60 ACM liet eind 2014 weten voornemens te zijn de markt voor vaste telefonie ook in de reguleringsperiode 2015-2017 te reguleren, ook terwijl markten niet meer op in de Aanbeveling relevante markten voortkomen. De nationale consultatie is uitgesteld als gevolg van de ernstige bedenkingen die de Europese Commissie heeft geformuleerd naar aanleiding van het MA-Besluit ULL.

61 Met kenmerk OPTA/AM/2012/201189.

62 Uitspraak van het CBb van 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342.

63 Besluit van de ACM van 18 maart 2015 op het verzoek van Tele2 Nederland B.V tot het nemen van een marktanalysebesluit televisie op basis van artikel 6a.1 lid 2 van de Telecommunicatiewet.

64 Met kenmerk OPTA/AM/2011/202885.

65 ACM, Nieuwsbericht van 1 mei 2015, 'ACM bekijkt reactie van Europese Commissie over marktanalyse ontbundelde toegang'.

Onder het concentratiecontroletoezicht heeft de Europese Commissie onder andere (vergaande) gedragsremedies afgedwongen aan fuserende partijen die naar hun aard lijken op de toegangsverplichtingen uit de marktanalysebesluiten. Veelal vindt de concentratie plaats op een markt die echter niet in aanmerking komt voor sector specifieke regulering en daarmee buiten het bereik valt van (ex ante) sector specifieke verplichtingen. Een voorbeeld daarvan is de retailmarkt voor mobiele telecommunicatie. De Europese Commissie kan door middel van de concentratiebeschikkingen de markten alsnog sturen.

Dat de Europese Commissie ook invloed wil blijven uitoefenen op de (nationale) telecommunicatiemarkten lijkt bovendien voort te vloeien uit de vele afwijzingen van verwijzingsverzoeken van nationale mededingingsautoriteiten. Zo heeft de Europese Commissie het verzoek van ACM om verwijzing van de zaak waarbij Liberty Global voornemens was Ziggo over te nemen afgewezen. Ook (i) het verzoek van de Portugese autoriteit tot verwijzing van de Altice/PT Portugal overname,⁶⁶ (ii) het verzoek van de Spaanse autoriteit tot verwijzing van de Orange/Jazztel concentratie⁶⁷ en (iii) het verzoek van de Duitse autoriteit tot verwijzing van de Telefónica Deutschland/E-plus overname⁶⁸ waren hetzelfde lot beschoren. Door deze zaken aan zich te houden, behoudt de Europese Commissie zich de mogelijkheid voor om door middel van de concentratiebeschikkingen het landschap van de desbetreffende markten te beïnvloeden.

4. Conclusie

Volgens de Europese Commissie zouden toepassing van regulering en handhaving van het generieke mededingingsrecht in de telecomsector elkaar moeten versterken.⁶⁹ Toch is het ons inziens opvallend dat de Europese Commissie vaak atypische verplichtingen (te weten gedragsremedies) afdwingt op basis van het mededingingsrecht, terwijl zij aan de andere kant aanstuurt op deregulering van de telecommunicatiesector. Gebaseerd op de hierboven weergegeven analyse van concentratiebesluiten lijkt de concentratiecontrole zich steeds meer te begeven op het terrein van sector specifieke regulering. Onder beide vormen van toezicht legt de bevoegde autoriteit immers gedragsremedies op. De vraag is of deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid kan worden verklaard.

De bevoegde (Europese of nationale) autoriteit komt onder het generieke mededingingsrecht een rechtsinstrument toe

*‘waardoor alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden getoetst op hun effect op de mededingingsstructuur (...)’.*⁷⁰

De Europese Commissie of ACM zal de gevolgen van een concentratie op de markt prospectief toetsen om een *‘stelsel van ongestoorde mededinging (...) te waarborgen’*.⁷¹ Uit het voorgaande blijkt dat de Europese Commissie een verscheidenheid aan remedies weet af te dwingen. De Europese Commissie is bij het afdwingen van remedies niet gehouden aan een keurslijf of een uitputtende lijst. Zij dient (slechts) te toetsen of de remedies effectief en passend zijn. Logischerwijs doet deze situatie zich alleen voor – anders dan bij de terugkerende sector specifieke marktanalysebesluiten – als er sprake is van een meldingsplichtige concentratie.

Onder sector specifieke regulering is de nationale regelgevende instantie gehouden elke drie jaar marktanalyses uit te voeren. Sector specifieke remedies, zoals toegangs- en non-discriminatieverplichtingen, kunnen worden opgelegd door middel van MA-besluiten nadat uitvoerig onderzoek is gedaan naar de desbetreffende markt en nadat door middel van de nationale en Europese consultatie belanghebbenden hun zienswijze kenbaar hebben kunnen maken. De sector specifieke remedies dienen voorts te voldoen aan de in het NRK geformuleerde beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen. Remedies kunnen onder andere alleen worden opgelegd in situaties waar geen effectieve en duurzame concurrentie is, zo volgt uit artikel 8 van de Kaderrichtlijn. De nationale regelgevende instantie dient door middel van de MA-besluiten te trachten de concurrentie te beschermen en efficiënte investeringen in netwerken te bevorderen.⁷² De MA-besluiten zijn veelal voorwerp van beroepsprocedures en daarmee kwetsbaar.⁷³

Bij remedies in concentratiezaken is de situatie anders. Risico’s zijn daarbij dat de tijdsdruk vaak een grote rol speelt en dat betrokken partijen veelal geneigd zullen zijn om bepaalde – vaak zeer verstrekkende – remedies te accepteren teneinde een bepaalde overname zeker te stellen. Dat kan ertoe leiden dat partijen in sommige gevallen met strengere remedies zullen instemmen, dan strikt genomen noodzakelijk zou zijn om de eventuele negatieve consequenties van een transactie te remediëren. Weliswaar is beroep in zulke gevallen wel mogelijk,⁷⁴ maar gelet op de lange doorlooptijden bij de Europese rechters biedt dit doorgaans feitelijk gezien geen vorm van effectieve rechtsbescherming. Concentratiebeschikkingen zijn daarmee, in vergelijking met MA-besluiten, minder contentieus. De

66 Persbericht van de Europese Commissie van 20 april 2015, ‘Mergers: Commission clears Altice’s acquisition of PT Portugal, subject to conditions, rejects referral request by Portugal’s competition authority’, IP/15/4805.

67 Persbericht van de Europese Commissie van 26 januari 2015, Mergers: Commission continues its investigation of the Orange/Jazztel merger without referral to Spain, IP/15/3680.

68 Persbericht van de Europese Commissie van 30 januari 2014, Mergers: Commission continues its investigation of Telefónica Deutschland /E-Plus merger without referral to Germany, IP/14/95.

69 Alexander Italianer, Europese Commissie, DG Competition, Speech van 19 februari 2015.

70 Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU 2004, L 24/1, preambule para. 4.

71 Verordening (EG) Nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU 2004, L 24/1, preambule para.7.

72 Zoals ook volgt uit artikel 8 van de Kaderrichtlijn.

73 In de tweede tabel wordt dit ook geïllustreerd.

74 Dat wil zeggen als de remedies onder protest zijn overeengekomen en daarmee de belanghebbendheid (in de zin van artikel 1:2 Awb) niet is verloren.

Europese Commissie krijgt daarmee in onze ogen nog meer beleidsvrijheid.

Hoewel de Europese Commissie bij concentratiecontrole meer vrijheid heeft om per individuele zaak gedragsremedies af te dwingen, lijkt zij concentratiecontrole eveneens te gebruiken voor lacunes die bestaan in het ex ante toezicht, dat zich richt op geliberaliseerde netwerken. Het NRK is ontworpen om concurrentie te stimuleren op bestaande netwerken, dat wil zeggen de traditionele vaste netwerken van de *incumbents*. Door middel van de concentratiecontrole kan de Europese Commissie desalniettemin de nodige invloed uitoefenen op andere markten dan die zijn gereguleerd in de Aanbeveling relevante markten. De Europese Commissie kan bijvoorbeeld de mobiele markten sturen door remedies op te leggen. Dit is te meer relevant met het oog op de terugtrekkende bewegingen van de Europese Commissie in het kader van sectorspecifieke regulering.

De vraag die ook opdoemt, is of de Europese Commissie door middel van het concentratiecontroletoezicht het toezicht op een bepaalde sector tracht te harmoniseren. Het veelvoud aan afwijzingen van verzoeken tot verwijzing van nationale mededingingsautoriteiten geeft daar aanleiding toe. In al deze gevallen beargumenteerde de Europese Commissie haar besluit tot afwijzing door onder andere te wijzen op de noodzaak van het consistent toepassen van concentratiecontrole. Dit zou het beste gewaarborgd zijn als de Europese Commissie de zaken aan zich zou houden. Een risico is echter wel dat – juist doordat de Europese Commissie doorgaans niet instemt met een verwijzingsverzoek van een nationale mededingingsautoriteit – er onvoldoende oog is voor nationale marktomstandigheden. Ook lijkt de Europese Commissie als beleidsmaker door middel van concentratiebesluiten de ontwikkeling van de markt een bepaalde kant op te (kunnen) sturen. Een sprekend voorbeeld daarvan is het concentratiebesluit inzake de overname van Ziggo door Liberty Global, waarbij de Europese Commissie de toezegging afdwong aanbieders

van Over-The-Top-diensten onder bepaalde voorwaarden toe te laten tot haar netwerk. Om daar uitvoering aan te geven, verplichtte Liberty Global zich ertoe bepaalde clausules uit haar overeenkomsten met televisiezenders voor zenderdoorgifte te verwijderen, die de mogelijkheid beperken om OTT-diensten aan te bieden. Het is Liberty Global niet toegestaan dergelijke clausules in de komende acht jaar te gebruiken. Deze remedie past in het straatje van de Europese Commissie, meer specifiek om invulling te geven aan haar doelstelling een digitale interne markt op te bouwen. Hiervoor gelden dan geen aanvullende waarborgen, terwijl die wel gelden in het kader van sector-specifieke regulering (als bedoeld in het eerder aangehaalde artikel 8 van de Kaderrichtlijn).

Concluderend kan worden vastgesteld dat de Europese Commissie concentraties in de telecommunicatiesector veelal goedkeurt onder voorwaarden. Deze remedies zijn veelal vergaand en (veelal) van toepassing op markten die niet in aanmerking voor sectorspecifieke regulering. De Europese Commissie beperkt bovendien de bewegingsruimte van de nationale autoriteiten door (i) de markten die in aanmerking komen voor sectorspecifieke regulering in de Aanbeveling relevante markten te reduceren, (ii) de verwijzingsverzoeken van nationale mededingingsautoriteiten om bepaalde concentratiezaken af te wijzen en (iii) toekomstige voorstellen te doen om te komen tot een digitale interne markt, zo blijkt uit haar Strategie. Al met al lijkt de Europese Commissie in te zetten op een verdere Europeanisering van het telecommunicatierecht.

Over de auteurs

Charlotte Eijberts en Bas Braeken zijn beiden advocaat bij Maverick Advocaten N.V. te Amsterdam.