

# De rechterlijke toetsing van ACM's marktanalyses: de derde (maar ook nog deels tweede) reguleringsronde

Rechtspraak

Bas Braeken,  
Marlies Koppenol en  
Jade Versteeg\*

**Medio 2012 verscheen voor de laatste keer in Mediaforum een bijdrage van mrs. Q.R. Kroes en P. Glazener over de rechterlijke toetsing van ACM's (toen nog: OPTA) marktanalysebesluiten. Sinds die tijd, inmiddels ruim vijf jaar geleden, zijn er weer tientallen – vaak zeer lezenswaardige, soms ietwat droge – uitspraken van het CBB verschenen naar aanleiding van door marktpartijen ingestelde beroepen tegen ACM's beslissingen om bepaalde markten aan ex ante regulering te onderwerpen (of juist niet te reguleren!). Rode draad in al die uitspraken is de doorgaans behoorlijk zorgvuldige beoordeling van zelfs zeer technisch ingestoken beroepsgronden. Tijd dus om de draad van vijf jaar geleden weer op te pakken en te analyseren hoe de rechterlijke toetsing zich sindsdien heeft ontwikkeld.**

## Inleiding

Voor de lezer die minder bekend is met marktanalysebesluiten van de Autoriteit Consument & Markt (ACM voorheen OPTA) allereerst een korte schets van het relevante kader. Op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) is ACM gehouden om eens per drie jaar te onderzoeken of markten die onderdeel vormen van een door de Europese Commissie vastgestelde Aanbeveling relevante markten<sup>1</sup> (Aanbeveling) daadwerkelijk concurrerend zijn. De eerste stap bestaat uit het afbakenen van de relevante product- en geografische markt. Voorts wordt geanalyseerd of één of meerdere aanbieders beschikken over aanmerkelijke marktmacht (AMM) op de desbetreffende markt. Wanneer dit onderzoek tot een positief resultaat leidt, kan ACM aan de betreffende aanbieder verplichtingen opleggen die ertoe strekken de door ACM vastgestelde mededingingsproblemen te remediëren. Dergelijke verplichtingen dienen op grond van artikel 6a.2 lid 3 Tw passend te zijn. Verplichtingen zijn passend indien zij zijn gebaseerd op de aard van het geconstateerde mededingingsprobleem en indien zij geleet op de doelstellingen van artikel 1.3 Tw proportioneel en gerechtvaardigd zijn.

De Aanbeveling bevat uitsluitend wholesalemarkten. Alvorens te beoordelen of een wholesalemarkt voor ex ante regulering in aanmerking komt, analyseert ACM de onderliggende retailmarkten. Dit onderzoek strekt ertoe na te gaan of er, zon-

der wholesaleregulering, een risico is op AMM op de onderliggende retailmarkt(en). Indien dat het geval is, onderzoekt ACM allereerst of regulering van de (ten opzichte van de retailmarkt) stroomopwaarts gelegen wholesalemarkt passend is. De meest stroomopwaarts gelegen wholesalemarkt betreft de markt voor ontbundelde toegang (ULL-markt). Indien ACM overgaat tot regulering van de meest stroomopwaarts gelegen markt, zal zij vervolgens beoordelen of de daarvan stroomopwaarts gelegen markten ook voor regulering in aanmerking komen.

De in deze bijdrage besproken marktanalyses bestrijken hoofdzakelijk de derde reguleringsronde, maar bevatten deels een nasleep van vernietigde marktanalysebesluiten uit de tweede reguleringsronde. Het betreft in dat geval veelal herstelbesluiten inzake tarieven die na (verscheidene) vernietiging(en) nogmaals voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) komen terwijl de volgende reguleringsronde al van start is gegaan. Dit leidt soms tot een voor de buitenstaander wirwar van (bijna gelijknamige) procedures. Illustratief in dat verband is de uitspraak inzake Wholesale Line Rental tarieven uit september 2012. Het Besluit WLR-tarieven II vormde de laatste stap in een reeks herstelbesluiten op het gebied van wholesaletoeegang tot openbare telefoonnetwerken uit de eerste reguleringsronde. Twee maanden later besliste het CBB op het gelijknamige Besluit WLR-tarieven II, maar deze volgde uit het marktanalysebesluit vaste telefonie

\* Mr. B.J.H. Braeken LLM, mr. M. Koppenol en mr. X.Y.G. Versteeg zijn allen advocaat bij Maverick Advocaten NV te Amsterdam. Bas Braeken is bij enkele van de in deze bijdrage genoemde procedures betrokken (geweest).

<sup>1</sup> Aanbeveling 2014/710/EU van de Europese Commissie van 9 oktober 2014 betreffende producten- en dienstenmarkten in de elektronische communica-

tiesector 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.

uit de tweede reguleringsronde. Dit alles speelde zich af terwijl de derde reguleringsronde ten aanzien van vaste telefonie al van kracht was.

Het aantal uitspraken waarin marktanalysebesluiten zijn aangevochten is enigszins afgenomen ten opzichte van de tweede reguleringsronde die besproken is in de hiervoor genoemde bijdrage van Q.R. Kroes en P. Glazener.<sup>2</sup> De oorzaak hiervan kan liggen in de afname van het aantal markten dat voor regulering in aanmerking komt (zoals het wegvallen van omroeptransmissie en gespreksdoorgifte; zie de bijdrage van Q.R. Kroes en P. Glazener). Anderzijds wordt de afname enigszins gemitigeerd doordat de markt voor wholesale diensten over glas aan zakelijke eindgebruikers (ODF-access (FttO)) is afgesplitst van de ULL-markt. Bovendien blijkt dat het CBB zich in toenemende mate buigt over beslissingen om niet te reguleren, omdat dit voor partijen evengoed een aanleiding kan zijn om te procederen.

Ondanks dat deregulering niet direct tot significante afname van het aantal uitspraken heeft geleid, is er wel degelijk een ontwikkeling te zien in de aard van de beroepsgronden die worden aangevoerd. Waar voorheen met name de gereuleerde partij opkwam tegen de aan haar opgelegde verplichtingen, is er nu een groot aantal procedures die in de kern gaan om de vraag of ACM ten onrechte heeft afgezien van regulering of waarin regulering mogelijk niet streng genoeg is. Dit vereist een andere invalshoek van het CBB. Het CBB moet in toenemende mate oordelen of ACM terecht een markt als daadwerkelijk concurrerend heeft aangemerkt, dan wel of de door ACM opgelegde verplichtingen ver genoeg gaan om de geconstateerde mededingingsproblemen te remediëren.

Tot op heden heeft het CBB met een relatief kritische blik ACM's marktanalyses aan een rechterlijke toetsing onderworpen. Ook in de afgelopen reguleringsperiode heeft dat veelvuldig tot vernietigingen van marktanalysebesluiten geleid. Het CBB schroomt klaarblijkelijk niet om ACM op de vingers te tikken, voornamelijk wegens ondeugdelijke motivering of het opleggen van niet-passende verplichtingen. Ook heeft het CBB in de afgelopen reguleringsperiode in enkele gevallen geconcludeerd dat ACM ten onrechte heeft vastgesteld dat een aanbieder beschikt over AMM. Bij eerdere rondes slaagden beroepsgronden die waren gericht op de marktafbakening en dominantieanalyse relatief vaker. Mogelijk heeft de rechtspraak zich op deze punten inmiddels meer gestabiliseerd, terwijl de (technische) ontwikkelingen op de markt nog wel ruimte bieden voor het succesvol aanvechten van opgelegde verplichtingen. Daarnaast is opvallend de trend dat drie van de vijf schorsingsverzoeken die zich in de afgelopen reguleringsronde hebben voorgedaan, zijn toegewezen. Dit is in die zin opmerkelijk omdat de voorzieningenrechter bij het CBB voorheen terughoudender leek voorlopige voorzieningen te treffen. Een nadere analyse van de betreffende uitspraken leert evenwel dat het steeds vrij evidente gevallen waren die schorsing rechtvaardigden omdat de onderliggende grondslag voor de verplichting waartegen op wordt gekomen was komen te vervallen of ontbreekt, ofwel de opgelegde verplichting duidelijk strijdig leek met eerdere rechtspraak.

De in deze bijdrage besproken uitspraken geven tevens inzicht in de wijze waarop het CBB omgaat met inmenging door de Europese Commissie. Ondanks dat de Europese Commissie zich duidelijk tot doel heeft gesteld om door middel van aanbevelingen en opmerkingen op ontwerpbesluiten het Europese telecomtoezicht zo veel als mogelijk – en niet zelden ongeacht de nationale feitelijke omstandigheden – te harmoniseren, is het CBB niet in alle gevallen gevoelig gebleken voor die druk. Naar onze mening valt deze onafhankelijke houding van het CBB te prijzen nu een essentieel element van een rechtstaat is dat besluiten van toezichthouders door onafhankelijke rechterlijke instanties moeten kunnen worden getoetst.

De Commissie mengt zich onder meer in de specifieke uitwerking van marktanalysebesluiten. Dit roept de vraag op wat de verhouding is tussen nationale besluiten en rechterlijke oordelen enerzijds, en de centraal coördinerende rol die de Europese Commissie voor zichzelf voor ogen heeft anderzijds. Op grond van artikel 6b.2 lid 1 Tw is ACM gehouden om ieder ontwerp marktanalysebesluit voor te leggen aan de Europese Commissie, die hier vervolgens opmerkingen bij kan plaatsen. Hoewel de wet voorschrijft dat ACM zoveel mogelijk rekening houdt met het advies van de Commissie, benadrukt het CBB in zijn uitspraak van 15 januari 2014 (LK WBT) dat ACM gemotiveerd kan afwijken van de opmerkingen van de Commissie en vast kan houden aan haar ontwerpbesluit.<sup>3</sup>

De aanvankelijk zeer onafhankelijke en soms wat dogmatisch-juridische opstelling van het CBB creëert incidenteel enige spanning met de wens van de Europese Commissie om de regulering in de verschillende lidstaten zoveel mogelijk te harmoniseren. In de in deze bijdrage besproken uitspraken is reeds een duidelijke trend te ontwaren waarbij het CBB in toenemende mate aansluit bij Europese aanbevelingen en rechtspraak. Vermeldenswaardig in dat kader is de belangrijkere rol van het Hof van Justitie bij de beoordeling van de passendheid van bepaalde verplichtingen, zoals afgelopen reguleringsronde het geval was bij ontbundelde toegang en vaste en mobiele gespreksafgifte (FTA/MTA). De tariefverplichtingen die ACM had opgelegd in haar marktanalysebesluit FTA/MTA hebben geleid tot een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie.<sup>4</sup> De Europese rechter heeft in zijn arrest van 15 september 2016 nationale autoriteiten (waaronder nationale rechterlijke instanties) ruimte gegeven om af te wijken van de door de Europese Commissie voorgeschreven invulling van de tariefverplichting bij vaste en mobiele gespreksafgifte. Het CBB is vervolgens na jarenlang zijn eigen koers te hebben gevaren, overstag gegaan.<sup>5</sup> Op 10 juli 2017 oordeelde het CBB dat ACM bij haar keuze voor de tariefverplichting de Aanbeveling Afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie<sup>6</sup> (Aanbeveling Afgiftetarieven) als uitgangspunt dient te nemen, mede met het oog op bevordering van de interne markt. Met deze uitspraak lijkt een grote symbolische stap te zijn gezet richting verdere Europeanisering van het telecomtoezicht. In de paragraaf over verplichtingen zullen wij nader ingaan op de kenmerkende eigenschappen van het kostentoekekenings-systeem bij vaste en mobiele gespreksafgifte.

2 Q.R. Kroes & P. Glazener, 'De rechterlijke toetsing van OPTA's marktanalyses: de tweede ronde', *Mediaforum* 2012-6.

3 CBB 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1, par. 5.6.

4 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-28/15 (*KPN e.a./ACM*).

5 CBB 31 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6195.

6 Aanbeveling 2009/396/EG van de Commissie van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (*PbEU* 2009, L 124).

	Vernietiging?	Beroepsgrond gegrond?			
		Marktafbakening	Dominantie-analyse	Verplichtingen	Overig
<b>CBb 26 september 2012</b> (ECLI:NL:CBB:2012:BY0191; Wholesale toegang openbare telefoonnetwerken; besluit WLR-II en -implementatie)	Ja	Nvt	Nvt	Ja, invoering Besluit WLR- tarieven II met terugwerkende kracht.	
<b>CBb 5 november 2012</b> (ECLI:NL:CBN:2012:BY2135; Televisiemarkt)	Nvt	Nvt	Nvt	Nvt	Drie-criteria-toets dient als voorlopig marktonderzoek op hoofdpunten.
<b>CBb 9 november 2012</b> (ECLI:NL:CBB:2012:BY2811; Vaste telefonie; besluit WLR- tarieven II)	Ja	Nvt	Nvt	Ja, kennelijk vergissing kent niet zonder meer terugwerkende kracht, zware motiveringsplicht proportioneel toerekenen WSK en doorberekenen KPN's kosten voor compliance.	
<b>CBb 25 april 2013</b> (ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522; Ontbundelde toegang)	Ja	Nee	Nee	Ja, nadelen ND-5 t.a.v. SDF- access wegen niet op tegen voordelen, aankondigingstermijn van minimaal twee maanden.	
<b>CBb 22 mei 2013</b> (ECLI:NL:CBB:2013:CA1165; FTA/ MTA)	Nee	Nee	Nvt	Nee	
<b>Vzr. CBb 11 juni 2013</b> (ECLI:NL:CBB:2013:CA2714; ODF-access (FttO) en Hoge kwaliteit wholesale breedbandtoegang en huurlijnen (HK WBT/HL))	Ja, voorlopige voorziening getroffen.	Nvt	Nvt	Ja, near-netverplichting geschorst, aankondigingsplicht in stand gebleven.	
<b>Vzr. CBb 27 augustus 2013</b> (ECLI:NL:CBB:2013:99; FTA/MTA)	Ja, voorlopige voorziening getroffen.	Nvt	Nvt	Ja, plus BULRIC-tarief in plaats van pure BULRIC.	
<b>CBb 23 september 2013</b> (ECLI:NL:CBB:2013:184; Ontbundelde toegang; WPC-I en WPC-IIa besluiten)	Ja, opdracht tot het nemen van een herstelbesluit.	Nvt	Nvt	Ja, leegloepregeling niet nauwkeurig onderzocht, levensduur kopernet en toerekening WSK ondeugdelijk gemotiveerd.	
<b>Vzr. CBb 16 oktober 2013</b> (ECLI:NL:CBB:2013:187; ODF- access (FttO))	Nee, geen voorlopige voorziening getroffen.	Nvt	Nvt	Nvt	Ja, er is geen concreet handhavingsbesluit waartegen kan worden opgekomen.
<b>CBb 18 december 2013</b> (ECLI:NL:CBB:2013:273; ODF- access (FttO))	Ja	Nvt	Ja, aanwezigheid AMM niet aangetoond.	Nvt	
<b>Vzr. CBb 18 december 2013</b> (ECLI:NL:CBB:2013:274; ODF- access (FttO) Last onder dwangsom)	Ja, voorlopige voorziening getroffen	Nvt	Nvt	Nvt	Ja, onderliggende MA- besluit FttO is vernietigd.
<b>CBb 15 januari 2014</b> (ECLI:NL:CBB:2014:1; Lage kwaliteit wholesale breedband toegang ("LK WBT"))	Nee	Nee	Nee	Nvt	
<b>CBb 17 juli 2014</b> (ECLI:NL:CBB:2014:285; Ontbundelde toegang; tariefbesluit ODF-access (FttH)).	Nee	Nvt	Nvt	Nee	
<b>CBb 18 september 2014</b> (ECLI:NL:CBB:2014:342; Vaste telefonie)	Ja	Ja, retailmarkt tweevoudige gesprekken ondeugdelijk gemotiveerd.	Ja, afwezigheid AMM retail- en wholesale markt enkelvoudige gesprekken ondeugdelijk gemotiveerd.	Ja, niet aangetoond dat randvoorwaarden bij uitfaseringsplicht redelijk zijn.	
<b>CBb 21 november 2014</b> (ECLI:NL:CBB:2014:22; Vaste telefonie; aanvullend besluit zakelijke retailmarkt)	Nee	Nvt	Nvt	Nee	
<b>CBb 13 januari 2015</b> (ECLI:NL:CBB:2015:4; FTA/MTA)	Nvt	Nvt	Nvt	Nvt	Verwijzing naar Hof van Justitie voor prejudiciële vraag.

	Vernietiging?	Beroepsgrond gegrond?			
		Marktafbakening	Dominantie-analyse	Verplichtingen	Overig
<b>CBb 21 juli 2015</b> (ECLI:CBB:2015:260; Ontbundelde toegang; herstelbesluit WPC-IIa)	Ja			Ja, verhoging tariefplafonds kent terugwerkende kracht vanaf begin reguleringsperiode.	
<b>CBb 3 september 2015</b> (ECLI:NL:CBB:280; HK WBT/HL)	Ja	Nee	Nee	Ja, toegangsverplichting, near-netverplichting en ND-5 t.a.v. glas niet passend.	
<b>CBb 19 januari 2017</b> (ECLI:NL:CBB:2017:3; HK WBT/HL; wijzigingsbesluit tariefverplichting)	Ja	Nvt	Nvt	Nvt	Ja, grondslag voor reguleren van HKWBT/HL glasdiensten was komen te vervallen.
<b>CBb 10 juli 2017</b> (ECLI:NL:CBB:2017:213; FTA/MTA)	Nee	Nee	Nee	Deels, pure BULRIC kostentoekening is rechtmatig, maar glijpad ontbreekt.	
<b>CBb 17 juli 2017</b> (ECLI:NL:CBB:2017:219; FTA/MTA)	Nee, geen voorlopige voorziening getroffen.	Nvt	Nvt	Nee	
<b>CBb 17 juli 2019</b> (ECLI:NL:CBB:2017:218; Ontbundelde toegang)	Nee	Nee	Nee	Nee	

## Welke markten kwamen in aanmerking voor onderzoek?

De markten die worden onderworpen aan marktanalyses zijn primair (i) de markten die in de voorgaande ronde reeds waren gereguleerd en (ii) de markten die volgens de Commissie Aanbeveling in aanmerking komen voor ex ante regulering omdat kenmerken van de markt duiden op de afwezigheid van voldoende (potentiële) concurrentie.

Op basis van artikel 6a.4 Tw dient ACM binnen drie jaar na afloop van de periode waarin verplichtingen zijn opgelegd binnen een markt de mogelijkheid tot herregulering opnieuw te overwegen.<sup>7</sup> Terwijl artikel 6a.4 Tw uitgaat van mogelijke continuering van regulering, is op basis van de afname van het aantal markten die zijn opgenomen in de opeenvolgende Aanbevelingen relevante markten van de Europese Commissie juist een trend naar deregulering te zien. Zo bestond ten tijde van de tweede Aanbeveling volgens de Commissie geen aanleiding meer voor ex ante regulering van een aanzienlijk deel van (hoofdzakelijk) de (retail)markten wegens toenemende concurrentie op deze markten.<sup>8</sup> Volgend op de tweede Aanbeveling uit 2007, publiceerde de Commissie in 2014 een derde edi-

tie waarin het aantal relevante markten dat voor ex ante regulering in aanmerking komt verder is teruggebracht van zeven naar vijf.<sup>9</sup> De Commissie zag bij het opstellen van de derde Aanbeveling onvoldoende concurrentiebepalingen op zowel de wholesale- als retailmarkten voor vaste telefonie om regulering op deze markten te kunnen rechtvaardigen. Op deze wijze komt de Commissie geleidelijk aan dichterbij de beoogde deregulering van de telecommunicatiesector.

Wanneer een markt niet (langer) is opgenomen in de Aanbeveling, is ex ante regulering daarmee nog niet volledig uitgesloten. In dat geval dient ACM een zogeheten drie-criteria-toets toe te passen om te beoordelen of een markt voor een volledig en gedetailleerd marktonderzoek in aanmerking komt. Het CBb heeft herhaaldelijk overwogen dat het feit dat een markt al dan niet in de Aanbeveling is opgenomen als uitgangspunt dient te gelden voor de vraag wanneer ACM direct over dient te gaan tot een volledig marktonderzoek dan wel alleen een marktanalyse hoeft uit te voeren als de markt niet voldoet aan de drie-criteria-toets.<sup>10</sup> Met andere woorden: het CBb hecht – vermoedelijk vanwege de wettelijke verankering van de Aanbeveling in artikel 6a.1 Tw – veel waarde aan de Aanbeveling relevante markten.

<sup>7</sup> CBb 17 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:218, r.o. 5.3.

<sup>8</sup> Aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen.

<sup>9</sup> Aanbeveling 2014/710/EU van de Europese Commissie van 9 oktober 2014 betreffende 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.

<sup>10</sup> CBb 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522, par. 5.3.2.

## De drie-criteriatoets

Bij de drie-criteriatoets gaat het om de drie cumulatieve ver-  
isten dat er (i) sprake is van hoge toegangsbelemmeringen  
van niet voorbijgaande aard, (ii) de marktstructuur niet neigt  
naar daadwerkelijke mededinging en (iii) dat toepassing van  
het mededingingsrecht alleen de problemen niet afdoende  
kan verhelpen. Het CBB heeft meerdere malen benadrukt dat  
de drie-criteriatoets een 'voorlopig onderzoek op hoofdpun-  
ten' betreft en daarom altijd vooraf dient te gaan aan een  
eventueel diepgaande marktanalyse.<sup>11</sup> Dit punt kwam in meer  
detail naar voren bij behandeling van de beroepen tegen  
ACM's besluit om geen marktanalyse uit te voeren ten aanzien  
van de televisiemarkt.<sup>12</sup> In afwezigheid van regulering op de  
televisiemarkt in de voorafgaande periode en het feit dat tele-  
visiediensten niet in de destijds geldende Aanbeveling werden  
genoemd, had ACM de drie-criteriatoets gehanteerd en was zij  
tot de conclusie gekomen dat niet aan het tweede criterium  
was voldaan.<sup>13</sup> Het CBB oordeelde daarbij dat ACM in het  
onderhavige geval bij het definiëren van de markt mocht uit-  
gaan van een ruimere productmarkt zonder deze geografisch  
af te bakenen, omdat dit voldoende toereikend was voor het  
kunnen uitvoeren van de drie-criteriatoets.<sup>14</sup> Met deze beslis-  
sing heeft het CBB het voorlopige karakter van de drie-criteria-  
toets en de lagere eisen die hieraan worden gesteld in vergelij-  
king met een volledige marktanalyse nogmaals bevestigd. Een  
dergelijke uitleg is onder meer relevant omdat door de afname  
in het aantal markten dat in de Aanbeveling is opgeno-  
men, de drie-criteriatoets onverminderd actueel blijft en de  
toets op deze wijze de drempel verhoogt om niet in de Aanbe-  
veling opgenomen markten toch te reguleren.

Indien een markt door ACM dient te worden onderzocht,  
volgt ACM de opbouw voor marktanalysebesluiten zoals die in  
de inleiding is toegelicht. Bij het bespreken van de uitspraken  
van het CBB zullen wij in deze bijdrage dan ook aansluiten bij  
de opbouw die ACM hanteert. Om die reden zullen wij aller-  
eerst ingaan op (die onderdelen van) uitspraken van het CBB  
die zien op marktafbakening. Vervolgens zullen wij ingaan op  
de relevante overwegingen ten aanzien van de dominantie-  
analyse, waarna wij de uitspraken zullen behandelen voor  
zover die relevant zijn voor de verplichtingen.

## Marktafbakening

### Ontbundelde toegang (ULL) en ODF-access (FttO)

Aangezien de markt voor ontbundelde toegang – vanuit het  
perspectief van de retailmarkten – de meest stroomopwaarts  
gelegen markt is, zullen wij starten met de uitspraken van het  
CBB die zien op deze markt(en). In tegenstelling tot de markt-  
analysebesluiten ontbundelde toegang van de twee rondes  
daarvoor waarin ACM koper (MDF- en SDF-access) en glas  
(ODF-access (zowel FttH als FttO)) tot dezelfde relevante markt  
voor ontbundelde toegang rekende, ziet ACM's besluit inzake  
ontbundelde toegang uit 2011 niet langer op ODF-access  
(FttO). Aanleiding voor de afsplitsing van ODF-access (FttO)

van de markt voor ontbundelde toegang zijn de uitspraken  
van het CBB uit 2009 en 2011 waarin het oordeelde dat ACM ten  
onrechte had geconcludeerd dat ODF-access (FttH) en ODF-  
access (FttO) substituten van elkaar vormden.<sup>15</sup> De afbakening  
van een markt voor ontbundelde toegang zonder ODF-access  
(FttO) heeft de toets van het CBB wel kunnen doorstaan.<sup>16</sup>

Dat ACM sinds december 2011 ODF-access (FttO) niet meer  
tot de markt voor ontbundelde toegang rekent, neemt niet  
weg dat zij de verplichting heeft om de markt voor ODF-access  
(FttO) te onderzoeken.<sup>17</sup> ODF-access (FttO) maakt immers  
onderdeel uit van markt 3 van de meest recente Aanbeveling.  
In de daarop volgende marktanalysebesluiten van 28 decem-  
ber 2012 en 1 september 2016 stelt ACM opnieuw vast dat ODF-  
access (FttO) een afzonderlijke relevante markt vormt. Tegen  
deze marktafbakening is in beide gevallen door partijen  
beroep ingesteld onder aanvoering van het argument dat er  
aanwijzingen zijn dat ODF-access (FttO) wel tot de markt voor  
ontbundelde toegang behoort.<sup>18</sup> In de beroepsprocedure  
tegen het marktanalysebesluit van 28 december 2012 die heeft  
geleid tot de uitspraak van het CBB van 18 december 2013  
kwam het CBB echter niet aan deze beroepsgrond toe.<sup>19</sup> De  
beroepsprocedure tegen het meest recente marktanalysebe-  
sluit is nog aanhangig.

Op 17 juli 2017 heeft het CBB geoordeeld dat ACM op juiste  
gronden heeft geconcludeerd dat toegang tot kabelnetwerken  
niet tot de markt voor ontbundelde toegang (over koper en  
glas) gerekend dient te worden.<sup>20</sup> ACM had op basis van de  
Aanbeveling en bijbehorende *Explanatory Note* hier onderzoek  
naar verricht.<sup>21</sup> Het CBB bevestigt dat de cumulatieve criteria  
uit de *Explanatory Note* leidend zijn om te onderzoeken of op  
een hoger niveau toegang kan worden verleend tot kabelnet-  
werken. Volgens het CBB was ACM op grond van de *Explanatory  
Note* terecht tot de conclusie gekomen dat niet aan alle drie de  
criteria was voldaan. Bovendien is niet gebleken dat er indi-  
recte prijsdruk uitgaat vanuit de kabel op de koper- en glas-  
netwerken. ACM had om dit te onderzoeken gebruikgemaakt  
van de in het mededingingsrecht gangbare *Small but Signifi-  
cant NonTransitory Increase in Price test* (SSNIP-test) en mocht  
op basis daarvan concluderen dat geen sprake was van substi-  
tutie tussen kabel enerzijds en koper en glas anderzijds. Het  
argument van KPN dat de uitkomst van de SSNIP-test op enkele  
retailmarkten suggereerde dat daar wel sprake is van substi-  
tutie tussen kabel, koper en glas, gaat er volgens het CBB aan  
voorbij dat ontbundelde toegang op wholesaleniveau niet kan  
worden onderscheiden naar gelang de retailmarkt waarvoor  
deze dienst wordt gebruikt.<sup>22</sup> Inmiddels loopt echter alweer  
een nieuw ACM-onderzoek naar de marktanalyse voor ont-  
bundelde toegang. Deze analyse vindt plaats naar aanleiding  
van de joint venture Vodafone/Ziggo en de implicaties daar-  
van voor ex ante regulering.

### LK WBT

Ook in het marktanalysebesluit lage kwaliteit wholesale-  
breedbandtoegang (LK WBT) van 27 april 2012 heeft ACM de  
SSNIP-test toegepast. Deze markt betreft de ten opzichte van

11 Zie bijv. CBB 12 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW1529.

12 CBB 5 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2135.

13 CBB 5 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2135, r.o. 6.8.4.

14 CBB 5 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2135, r.o. 6.3.2. en 6.5.2.

15 CBB 28 oktober 2009, ECLI:NL:CBB:BK1315 en CBB 3 mei 2011,  
ECLI:NL:CBB:2011:BQ3135.

16 CBB 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522, r.o. 3.4.

17 CBB 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522, r.o. 3.4.

18 CBB 18 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:273, r.o. 4.1.

19 CBB 18 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:273.

20 CBB 17 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:218, r.o. 5.5.2.

21 Europese Commissie, *Explanatory Note* accompanying the Commission  
Recommendation on relevant product and service markets within the electro-  
nic communications sector, 9 oktober 2014.

22 CBB 17 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:218, r.o. 5.5.3.

ontbundelde toegang direct onderliggende markt. Door middel van LK WBT kunnen aanbieders op retailniveau internet-toegang aanbieden aan consumenten. Net zoals op ULL-niveau kan bij LK WBT onderscheid worden gemaakt tussen levering over koper, kabel of glasvezel. In zijn uitspraak van 15 januari 2014 oordeelde het CBB<sup>23</sup> over de vraag of LK WBT over de kabel en LK WBT over koper tot dezelfde markt behoren. Net zoals in eerdere besluiten heeft ACM bij de marktafbakening gewicht toegekend aan de indirecte prijsdruk die van LK WBT over kabel zou uitgaan ten opzichte van LK WBT over koper. Uit de SSNIP-test bleek dat een prijsverhoging van 10% voor een hypothetische monopolist op de markt voor LK WBT over koper niet winstgevend was, omdat hierdoor een zodanig groot aantal eindgebruikers zou overstappen naar breedbandtoegang op basis van kabel dat het verlies groter is dan de winsttoename door de prijsverhoging: de *actual loss* is groter dan de *critical loss*. In de beroepsprocedure bij het CBB hebben verschillende partijen de gebruikte parameters en de wijze waarop ACM de *actual loss* heeft afgezet tegen de *critical loss* aangevochten.<sup>24</sup> Vanwege de onzekerheidsmarges van de *critical loss* en de *actual loss* bestond volgens verschillende partijen onvoldoende zekerheid ten aanzien van de uitkomsten van de SSNIP-test. Toch onderschrijft het CBB de door ACM uitgevoerde SSNIP-test. Het CBB stelt hierbij voorop dat *'indien er een onzekerheidsmarge is bij de schatting van de waarden van parameters dit een factor is die noopt tot een zekere mate van voorzichtigheid bij het verbinden van conclusies aan de uitkomsten van de analyse, maar dit op zichzelf nog niet met zich brengt dat ACM deze uitkomsten in het geheel niet aan haar besluit ten grondslag mag leggen.'*<sup>25</sup> Het CBB oordeelt dat ACM, ondanks de op haar rustende bewijslast bij de marktafbakening, mocht uitgaan van de meest aannemelijke conclusie en dat een bepaalde onzekerheidsmarge is toegestaan bij de SSNIP-test.

### Vaste telefonie

De hierboven besproken uitspraak inzake LK WBT doet de vraag rijzen of ACM *altijd* gehouden is een SSNIP-test uit te voeren. Deze vraag komt aan de orde in de uitspraak van het CBB van 18 september 2014<sup>26</sup> naar aanleiding van het marktanalysebesluit vaste telefonie van 1 mei 2012. In het marktanalysebesluit vaste telefonie 2012 heeft ACM meerdere (afzonderlijke) retail- en wholesalemakten voor vaste telefonie afgebakend. Zij heeft de retailmarkten ingedeeld op basis van vraag- en aanbodsubstitutie, gelet op onder meer het feitelijke en verwachte overstapgedrag in combinatie met de verschillen in prijs en functionaliteit. Vervolgens heeft ACM de wholesalemakten naar analogie van de drie retailmarkten afgebakend. Tegen deze marktafbakening is beroep ingesteld, mede omdat ACM had nagelaten een (kwantitatieve) SSNIP-test uit te voeren. Het CBB gaat hier echter niet in mee en bevestigt het standpunt van ACM dat zij niet altijd is gehouden een kwantitatieve SSNIP-test uit te voeren.<sup>27</sup> Het CBB oordeelt verder met ACM dat onaannemelijk is dat een SSNIP-test in deze zaak tot een andere uitkomst zou hebben geleid.<sup>28</sup> Uit voorgaande overwegingen betreffende de SSNIP-test valt op te maken dat het CBB ACM een redelijke mate van vrijheid gunt bij het al dan niet toepassen van de SSNIP-test. Kennelijk beschouwt het CBB de SSNIP-test (slechts) als één van de *tools* waarover ACM

beschikt om de relevante markt af te bakenen. De enige maatstaf die uiteindelijk bepalend is voor het CBB is of de marktafbakening deugdelijk is gemotiveerd en ACM's conclusie wat betreft substitutie tussen producten op gegevens rust die haar standpunt kunnen dragen.<sup>29</sup>

### Gespreksafgifte (FTA/MTA)

Vergelijkbaar met de markt voor ontbundelde toegang speelde ook bij gespreksafgifte de vraag hoe ACM in een nieuw marktanalysebesluit zou omgaan met een eerdere vernietiging van het CBB ten aanzien van de marktafbakening. In voorgaand marktanalysebesluit van 7 juli 2010 concludeerde ACM immers nog dat gespreksafgifte op 084/087-nummers op een afzonderlijk netwerk *wel* en gespreksafgifte op 085-nummers op een afzonderlijk vast netwerk *niet* tot de relevante markt behoorde. Het CBB heeft toen ACM's marktanalysebesluit vernietigd en ACM opgedragen opnieuw te beslissen met betrekking tot 085-nummers.<sup>30</sup>

In het daaropvolgende marktanalysebesluit van 2 juli 2012 dat centraal staat in de uitspraak van het CBB van 22 mei 2013<sup>31</sup> heeft ACM vastgesteld dat afgifte op 085-nummers en 084/087-nummers allebei tot de markt voor vaste gespreksafgifte behoren. Naar de mening van KPN had ACM de 084/087-nummers echter niet tot de markt voor vaste gespreksafgifte mogen rekenen. KPN voerde tegen deze marktafbakening in beroep aan dat ACM ten onrechte had geconcludeerd dat de concurrentiesituatie voor gespreksafgifte op 084/087-nummers zonder vervolgdienst vergelijkbaar is met die voor gespreksafgifte op andere (geografische) nummers. Volgens ACM zijn (gebelde) gebruikers die bereikbaar zijn op (of via) 084/087-nummers, veelal niet bereikbaar op andere nummers zodat er vaak geen alternatieven zijn voor het bellen naar en de gespreksafgifte op 084/087-nummers. KPN stelt dat dit feitelijk onjuist is. Het beroep van KPN is door het CBB verworpen, mede omdat KPN tijdens de zitting expliciet opmerkte dat de beller *'dan wel moet weten op welke tijd van de dag de gebelde op welk nummer kan worden bereikt'* terwijl een 084/087-nummer altijd bereikbaar is. Juist in die opmerking ziet het CBB de bevestiging dat er geen effectieve substituten zijn voor 084/087-nummers.<sup>32</sup> Het CBB heeft vervolgens ACM's marktafbakening in stand gelaten.

### Dominantieanalyse

#### Ontbundelde toegang

Het startpunt van ACM's dominantieanalyse wordt gevormd door een analyse van de onderliggende retailmarkten. Slechts als er een risico bestaat op AMM op de onderliggende retailmarkten én de stroomopwaartse markt niet daadwerkelijk concurrerend is, mag ACM aan de onderneming met AMM op de stroomopwaartse markt verplichtingen opleggen. Een van de vragen die centraal staan in de uitspraak van het CBB van 25 april 2013<sup>33</sup> is of ACM gehouden is zowel op de retailmarkt als bovenliggende markt een dominantietoets uit te voeren. Anders dan KPN had bepleit, is het volgens het CBB afdoende

23 CBB 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1.

24 CBB 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1, r.o. 4.8.1.

25 CBB 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1, r.o. 4.8.2.

26 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342.

27 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342, r.o. 15.

28 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342, r.o. 9.

29 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342, r.o. 23-24.

30 CBB 31 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6195, 085-nummers zijn niet-geografische nummers die bijvoorbeeld door landelijk opererende ondernemingen kunnen worden gebruikt om onder één telefoonnummer toegankelijk te zijn.

31 CBB 22 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1165.

32 CBB 22 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1165, r.o. 3.13.2.

33 CBB 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522.

dat sprake is van een 'risico op AMM' op één of meer onderliggende retailmarkten.<sup>34</sup> Het is dus niet noodzakelijk dat *daadwerkelijk* sprake is van AMM op de onderliggende retailmarkten – deze toets is alleen vereist voor de stroomopwaarts gelegen markt. In zijn uitspraak van 25 april 2013 stelt het CBB bovendien voorop het feit dat de markt voor ontbundelde toegang is opgenomen in de Aanbeveling impliceert dat 'als uitgangspunt heeft te gelden dat [ACM] de bevoegdheid heeft om deze markt te reguleren'. Het CBB preciseert daarbij dat dit uitgangspunt in ieder geval geen uitzondering lijdt 'indien in afwezigheid van regulering een risico bestaat dat KPN op een of meer onderliggende retailmarkten beschikt over AMM. KPN bracht daar tegenin dat ontbundelde toegang slechts voor een zeer beperkt deel van de markten voor vaste telefonie en zakelijke netwerkdiensten een relevante input is zodat mededingingsproblemen op deze retailmarkten geen voldoende rechtvaardiging vormen om de markt voor ontbundelde toegang te onderzoeken en reguleren. Volgens het CBB is dit echter als zodanig niet doorslaggevend voor ACM's bevoegdheid tot regulering.<sup>35</sup>

### ODF-access (FttO)

Met betrekking tot de markt voor ODF-access (FttO) kwam ACM in het marktanalysebesluit FttO van 28 december 2012 op basis van de dominantieanalyse tot de conclusie dat KPN niet alleen een marktaandeel heeft dat indiceert dat KPN over AMM beschikt, maar dat zij ook verschillende netwerkvoordelen bezit die maken dat zij AMM heeft. KPN heeft hiertegen beroep ingesteld en betoogt dat ACM het belang van lokale en regionale spelers (die naar de mening van KPN een relatief sterke positie innemen) niet heeft onderkend. KPN is voorts van mening dat ACM ten onrechte heeft geconcludeerd dat het marktaandeel van KPN een indicatie vormt voor AMM. Bij de beoordeling van ACM's dominantieanalyse stelt het CBB in zijn uitspraak van 18 december 2013<sup>36</sup> voorop dat ACM ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de positie van lokale en regionale partijen. Als deze marktaandelen zouden zijn meegenomen, zou het marktaandeel van KPN lager zijn uitgevallen, aldus het CBB.<sup>37</sup> Ook overweegt het CBB dat ACM ten onrechte heeft geoordeeld dat aannemelijk is dat het hoge marktaandeel van KPN zich daadwerkelijk zou realiseren.<sup>38</sup> Uiteindelijk overweegt het CBB dat naar zijn oordeel 'de door ACM verzamelde informatie en gegevens ontoereikend zijn voor de vaststelling dat KPN op de relevante markt voor ODF-access (FttO) AMM heeft'.<sup>39</sup> Het CBB vernietigt om die reden het marktanalysebesluit.

Zoals hiervoor al is aangestipt, heeft ACM inmiddels een nieuw marktanalysebesluit ODF-access (FttO) genomen. Daarbij speelde de vraag hoe ACM in dit marktanalysebesluit gevolg zou geven aan de uitspraak van het CBB. In het nieuwe marktanalysebesluit van 1 september 2016 komt ACM met inachtneming van vrijwel gelijke omstandigheden als genoemd in haar eerdere marktanalysebesluit nu tot de conclusie dat KPN géén AMM heeft. Tegen deze vaststelling en aldus tegen de afwezigheid van ex ante regulering is door verschillende partijen beroep ingesteld. Een van de vragen die in deze procedure zal spelen is of ACM de uitspraak van het CBB

op de juiste wijze heeft geïnterpreteerd en KPN niet over AMM beschikt.

### LK WBT

Ook de hierboven reeds besproken beroepsprocedure naar aanleiding van het marktanalysebesluit LK WBT is een voorbeeld van een procedure waarin niet de aanwezigheid maar juist de afwezigheid van regulering de (primaire) steen des aanstoots vormde. De ontwikkelingen wat betreft regulering van LK WBT is als volgt. Het CBB had het marktanalysebesluit WBT van 19 december 2008 op 3 mei 2011<sup>40</sup> vernietigd, maar heeft de rechtsgevolgen voor LK WBT in stand gelaten tot inwerkingtreding van een nieuw marktanalysebesluit. Daarmee bleven de voor LK WBT aan KPN opgelegde verplichtingen voortduren. Het daaropvolgende onderzoek van ACM naar de markt voor LK WBT heeft geresulteerd in het marktanalysebesluit LK WBT van 27 april 2012. Hierin oordeelde ACM dat geen sprake is van AMM ten aanzien van de markt voor LK WBT, mede omdat het marktaandeel van KPN op de markt voor LK WBT sinds 2008 een dalende lijn vertoont van 50-55% naar 45-50% in 2012. ACM's verwachting is bovendien dat KPN's marktaandeel verder zou dalen tot 40-55% eind 2014. Naar de mening van ACM bieden de overige beoordeelde factoren zoals netwerkdekking, verticale integratie, alsmede schaal- en breedtevoordelen, slechts in beperkte mate voordelen voor KPN. ACM heeft om die reden de eerder opgelegde verplichtingen ingetrokken. Verschillende partijen zijn naar aanleiding van die conclusie in beroep gegaan. Zij stellen dat als regulering ontbreekt, het marktaandeel van KPN weer zal gaan stijgen. Bij uitspraak van 15 januari 2014<sup>41</sup> onderschrijft het CBB het standpunt van ACM dat appellanten ten onrechte een oorzakelijk verband leggen tussen de aanwezigheid van regulering en de ontwikkeling van het marktaandeel van KPN. Het CBB bevestigt tevens het standpunt van ACM dat KPN op de markt voor LK WBT niet (langer) als houder van AMM valt aan te wijzen.<sup>42</sup> De verplichtingen zijn dan ook terecht ingetrokken. Dat de Europese Commissie zich in haar opmerkingen kritisch had uitgelaten over deze stap deed daaraan niet af. De opmerkingen van de Commissie staan er gelet op vaste jurisprudentie volgens het CBB niet aan in de weg dat ACM een besluit vaststelt dat overeenstemt met het ontwerp.<sup>43</sup>

### Vaste telefonie

In de uitspraak van 18 september 2014<sup>44</sup> naar aanleiding van het marktanalysebesluit vaste telefonie 2012 biedt het CBB duidelijkheid omtrent de toepassing van de zogeheten driecriteria-toets in het kader van AMM. In het marktanalysebesluit vaste telefonie 2012 komt ACM tot de conclusie dat het *risico* bestaat dat KPN op de drie onderscheiden retailmarkten over AMM beschikt.<sup>45</sup> Het CBB onderschrijft het oordeel van ACM dat de stijging van het marktaandeel van de kabelaanbieders op deze markten niet dusdanig is dat er op de retailmarkten – in afwezigheid van regulering – geen risico op AMM van KPN bestaat. De daling van KPN's marktaandeel op de retailmarkten heeft bovendien plaatsgevonden in aanwezigheid van regulering.<sup>46</sup> Deze overweging is interessant wanneer deze wordt afgezet tegen de wijze waarop het CBB marktaandelen

34 CBB 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522, r.o. 5.3.1.

35 CBB 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522, r.o. 5.3.2.

36 CBB 18 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:273.

37 CBB 18 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:273, r.o. 5.5.

38 CBB 18 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:273, r.o. 5.6.1.

39 CBB 18 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:273, r.o. 5.9.

40 CBB 3 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3146.

41 CBB 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1.

42 CBB 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1, r.o. 5.4.2.

43 CBB 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1, r.o. 5.6.

44 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342.

45 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342, r.o. 29.

46 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342, r.o. 30.

van KPN meeweegt in de hierboven besproken uitspraken. Kennelijk hecht het CBB bij de vaststelling van een risico op AMM op de retailmarkten minder waarde aan een daling van marktaandeelen dan in het kader van een dominantieanalyse van wholesalemarkten die voor regulering in aanmerking komen. Volgens het CBB is ACM in haar marktanalyse vaste telefonie dan ook terecht tot de conclusie gekomen dat het risico bestaat dat KPN over AMM op de retailmarkten beschikt. Als vervolgstap heeft ACM de stroomopwaarts gelegen wholesalemarkten onderzocht en geconstateerd dat KPN over AMM beschikt. Het CBB ondersteunt deze conclusie.<sup>47</sup> ACM heeft gelet op haar conclusie ten aanzien van de wholesalemarkten diverse verplichtingen aan KPN opgelegd. Vervolgens heeft ACM de retailmarkten opnieuw geanalyseerd, ditmaal om te bezien of deze markten in aanwezigheid van de opgelegde wholesaleregulering al dan niet daadwerkelijk concurrerend zijn. Op basis van haar onderzoek van de retailmarkten komt ACM tot de conclusie dat de markt voor enkelvoudige gesprekken in aanwezigheid van wholesaleregulering concurrerend is. Omdat niet langer voldaan wordt aan het tweede criterium van de drie-criteriatoets, komt die markt volgens ACM niet in aanmerking voor ex ante regulering. Het CBB is echter van oordeel dat ACM niet kan volstaan met de stelling dat niet is voldaan aan (het tweede criterium van) de drie-criteriatoets. De drie-criteriatoets is naar het oordeel van het CBB van belang bij de selectie van markten die aan een marktanalyse onderworpen moeten worden en niet bij de waardering van de resultaten van een dergelijke analyse.<sup>48</sup> Het CBB oordeelt dat ACM alsnog nader onderzoek zal moeten verrichten naar de effecten die de wholesaleregulering heeft op de retailmarkten. Deze uitkomst is begrijpelijk gelet op eerdere uitspraken waarin het CBB een duidelijke lijn trekt tussen drie-criteriatoets als voorlopig onderzoek op hoofdpunten enerzijds en een volledige dominantieanalyse anderzijds.

## Verplichtingen

### Ontbundelde toegang

De afgelopen reguleringsronde kent enkele relevante ontwikkelingen ten aanzien van de non-discrimatieverplichting die aan een partij met AMM kan worden opgelegd. Onderdeel van deze verplichting vormt de ND5-verplichting die in feite neerkomt op een verbod op marge-utholling. In zijn uitspraak van 17 juli 2017<sup>49</sup> merkt het CBB op dat de ND5-verplichting een aantal principiële uitgangspunten kent en een concrete invulling daarvan. Wat betreft de concrete invulling komt ACM beoordelingsruimte toe om de invulling van de ND5-verplichting aan te passen al naar gelang de verwachte omstandigheden binnen de markt voor de aankomende reguleringsronde.<sup>50</sup> Vervolgens is het aan het CBB om te toetsen of deze invulling van de verplichting verenigbaar is met de reguleringsdoelstellingen. Op basis van dit uitgangspunt gaat het CBB in de uitspraak van 25 april 2013<sup>51</sup> uitvoerig in op de vraag of de door ACM gekozen invulling van de ND5-verplichting voldoende rekening houdt met het doel om infrastructuurconcurrentie te realiseren. Bij het bevorderen van infrastructuurconcurrentie draait het om het stimuleren van de aanleg of uitrol van nieuwe netwerken door concurrenten van KPN. Het CBB stelt voorop dat het primaat ligt bij de bevordering

van infrastructuurconcurrentie omdat dit een duurzamere vorm van concurrentie inhoudt dan dienstenconcurrentie. Volgens het CBB betekent dit dat ACM ten aanzien van MDF-access terecht voorrang heeft gegeven aan het belang van het bevorderen van infrastructuurconcurrentie omdat de ND5-verplichting Tele2 in staat stelt om op wholesaleniveau met KPN te concurreren. Voor SDF-access (i.e. toegang tot een lager gelegen niveau in het netwerk van KPN) ligt dit volgens het CBB echter anders. Voor deze dienst is niet aannemelijk dat replicatie van KPN's infrastructuur voor concurrenten haalbaar is. Het CBB noemt in zijn uitspraak expliciet dat ACM desgevraagd 'te kennen [had] gegeven nog steeds geen weet te hebben van partijen die wél voornemens zijn in de reguleringsperiode deze vorm van infrastructuurconcurrentie te realiseren'.<sup>52</sup> De afwezigheid van de voordelen van de ND5-verplichting voor het belang van infrastructuurconcurrentie wegen bij SDF-access niet op tegen de nadelen van deze verplichting voor de dienstenconcurrentie, aldus het CBB. Deze uitspraak is illustratief voor de kritische toets die het CBB hanteert bij de beoordeling van door ACM opgelegde verplichtingen. Per geval wordt met inachtneming van de specifieke omstandigheden een oordeel geveld over de passendheid van een verplichting.

### ODF-access (FttO) en HK WBT/HL

ACM's bevoegdheden om toegangsverplichtingen op te leggen zijn niet ongelimiteerd. Dit blijkt uit de procedures naar aanleiding van het marktanalysebesluit ODF-access (FttO) en het marktanalysebesluit hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en huurlijnen (HK WBT/HL), beide van 28 december 2012. ACM heeft in haar marktanalysebesluiten aan KPN onder meer een verplichting opgelegd tot het – op verzoek – aanleggen van glasvezelaansluitlijnen (near-netverplichting) alsook de verplichting om een aankondigingstermijn van twee maanden in acht te nemen voor de ontwikkeling van een nieuw netwerk (de wachtverplichting). Bij de voorzieningenrechter van het CBB heeft KPN verzocht om de aan haar opgelegde verplichtingen te schorsen. Hoewel de belangen van KPN niet nopen tot het treffen van een voorlopige voorziening ten aanzien van de wachtverplichting, acht de voorzieningenrechter van het CBB de belangen van KPN wel zwaarwegender ten aanzien van de near-netverplichting.<sup>53</sup> De voorzieningenrechter overweegt dat tegenover het belang van ACM om de dienstenconcurrentie op de markt voor ODF-access (FttO) te bevorderen en het daarmee corresponderende belang van KPN's concurrenten, staat dat de near-netverplichting voor KPN verstrekende gevolgen heeft. Door de near-netverplichting wordt KPN immers gedwongen om hoge kosten te maken indien haar concurrenten haar verzoeken om haar netwerk verder uit te rollen. Bovendien is volgens het CBB niet uitgesloten dat deze verplichte uitrol (nadelige) gevolgen heeft voor de infrastructuurconcurrentie. De voorzieningenrechter voegt daaraan toe dat hij twijfels heeft over de verenigbaarheid van een near-netverplichting met het Europees recht. Al bij al is de voorzieningenrechter van oordeel dat de belangen van KPN bij schorsing van de near-netverplichting de doorslag geven.

In de uitspraak van 3 september 2015<sup>54</sup> in de beroepsprocedure tegen het marktanalysebesluit HK WBT/HL wordt door het CBB verder ingegaan op de aan KPN opgelegde near-netverplichting. Voor de rechtmatigheid van de aan KPN opge-

47 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342, r.o. 44.

48 CBB 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342, r.o. 97.

49 CBB 17 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:218.

50 CBB 17 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:218, r.o. 5.8.9.2.

51 CBB 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522.

52 CBB 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8522, r.o. 5.6.8.

53 CBB 11 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA2714, r.o. 12.

54 CBB 3 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:280.



legde near-netverplichting is allereerst van belang dat het Hof van Justitie in de tussentijd naar aanleiding van prejudiciële vragen van een Deense rechtbank een arrest had gewezen over een enigszins gelijkende near-net verplichting.<sup>55</sup> Hierin oordeelt het HvJ dat nationale regelgevende instanties bevoegd zijn om aan een partij met AMM de verplichting op te leggen om tot aanleg van een netwerk over te gaan op verzoek van concurrerende exploitanten.<sup>56</sup> Daarbij dient de rechter echter wel te toetsen of (i) die verplichting is gebaseerd op de aard van het geconstateerde probleem en (ii) de verplichting in het licht van de doelstellingen van de Kaderrichtlijn proportioneel en gerechtvaardigd is. Het CBB neemt deze twee vragen als leidraad om de rechtmatigheid van de near-netverplichting te beoordelen. Ten aanzien van de tweede vraag onderzoekt het CBB of de near-netverplichting kwalificeert als een vorm van toegang in de zin van artikel 6a.6 Tw. Over dat laatste oordeelt het CBB – op basis van het arrest van het Hof – dat *'het begrip toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten hier niet limitatief dient te worden uitgelegd en dat daaruit volgt dat dit begrip de aanleg van bijzondere aftakkingen tussen het verdeelpunt in een toegangsnetwerk en het netwerkaansluitpunt bij de eindgebruiker kan omvatten'*.<sup>57</sup> Het CBB oordeelt echter ten aanzien van de eerste vraag dat de near-netverplichting niet is gebaseerd op de aard van het geconstateerde probleem.<sup>58</sup> In dat kader is volgens het CBB onder meer van belang dat de infrastructuurconcurrentie wordt ontmoedigd als gevolg van de near-netverplichting, waardoor deze verplichting niet passend is. Vergelijkbaar met de toetsing van de ND5-verplichting ziet het CBB aldus met een streng oog toe op naleving van de randvoorwaarden voor het opleggen van non-discriminatie- en toegangsverplichtingen. De beoordelingsruimte die ACM toekomt bij het opleggen van dergelijk verplichtingen, maar ook bij tariefverplichtingen zoals hieronder zullen worden besproken, is derhalve sterk ingekaderd.

### WPC I-besluit I en WPC Ila-besluit (2013)

In de uitspraak van het CBB van 23 september 2013<sup>59</sup> staan de beroepen tegen het WPC I-besluit en het WPC Ila-besluit centraal. Beide besluiten stammen uit 2009 en zien op de aan KPN opgelegde tarieven voor bepaalde aan ontbundelde toegang gerelateerde diensten. In beide besluiten heeft ACM de tarieven gebaseerd op het *embedded direct costs* systeem, ofwel het EDC-systeem: een kostentoerekeningssysteem dat in beginsel uitgaat van de daadwerkelijk gemaakte kosten.

Het CBB stelt in zijn uitspraak voorop dat aan ACM een redelijke mate van beoordelingsvrijheid toekomt bij haar beslissingen over de wijze waarop kosten van KPN moeten worden toegerekend. Anderzijds dient ACM bij het al dan niet doorberekenen van de daadwerkelijk gemaakte kosten te beoordelen of de kostentoerekening de toets van redelijkheid en noodzakelijkheid kan doorstaan.<sup>60</sup> Zo staat het ACM bijvoorbeeld op zichzelf genomen vrij om bij het bepalen van de afschrijvingsduur van het koperen af te wijken van de jaarrekening van KPN omdat ACM behoort te toetsen of de kosten redelijk en noodzakelijk zijn en niet dienen om concurrenten op kosten te jagen.<sup>61</sup> In deze beroepsprocedure richtte KPN zich tegen de wijze waarop ACM de leeglooptregeling heeft toegepast. De

leeglooptregel houdt in dat het KPN niet is toegestaan volumedalingen door leegloop naar alternatieve infrastructuur van KPN in de kostprijscalculatie van gereguleerde wholesalediensten te verwerken. Bij de leeglooptregeling gaat het om klanten van KPN die overstappen van het oude kopernetwerk naar haar nieuwe glasnetwerk. Voor de toepassing van de leeglooptregel is het dus van belang dat wordt vastgesteld hoeveel eindgebruikers overstappen van KPN-diensten over koper naar KPN-diensten over glasvezel. KPN stelt in haar beroep dat ACM dit percentage heeft overschat en heeft miskend dat (volgens KPN) circa 30 tot 40% van de nieuwe eindgebruikers op KPN's glasnetwerk niet van KPN's kopernetwerk afkomstig waren.<sup>62</sup> Daardoor heeft ACM de kostprijs voor de diensten van KPN onderschat en de tarieven te laag vastgesteld. Het CBB volgt KPN's klacht dat ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de mate van overstap van klanten van KPN en vernietigt in zoverre het besluit van ACM. Deze uitspraak is illustratief voor de hoge bewijsstandaard waaraan ACM moet voldoen om de proportionaliteit en noodzakelijkheid van de door haar gehanteerde kostentoerekeningsmethode aan te tonen.

### Herstelbesluit WPC Ila (2015)

De zojuist besproken vernietiging leidde vervolgens tot het Herstelbesluit WPC Ila van 24 juni 2014 dat op zijn beurt ook weer is aangevochten bij het CBB. Het CBB oordeelde in zijn uitspraak van 21 mei 2015 dat ACM de gebreken afdoende had hersteld in haar nieuwe besluit. In beroep ging het in essentie nog over de vraag of ACM terecht de tarieven met terugwerkende kracht had vastgesteld. Het herstelbesluit bouwde namelijk voort op het marktanalysebesluit ontbundelde toegang dat van toepassing was in de periode 1 januari 2009 tot en met 31 december 2011. ACM zag redenen om de (hogere) tarieven met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2011 te laten vaststellen omdat de belangen van KPN en haar afnemers even zwaar wogen. Door de hogere tarieven te laten ingaan vanaf 1 januari 2011 zouden de kosten gelijkmatig worden verdeeld.<sup>63</sup> Het CBB deelde deze conclusie niet en benadrukte dat het al dan niet met terugwerkende kracht vaststellen van tarieven berust op een op alle relevante feiten en omstandigheden gebaseerde zorgvuldige belangenafweging.<sup>64</sup> Als onderdeel van deze belangenafweging overwoog het CBB dat de rol van het rechtszekerheidsvereiste in dit soort situaties moet worden gerelativeerd omdat betrokken partijen vanaf het moment dat er beroep is ingesteld ermee rekening moeten houden dat dit kan leiden tot het aanpassen van tarieven door ACM.<sup>65</sup> Tegelijkertijd oordeelde het CBB dat ACM weliswaar een zekere beoordelingsruimte toekomt, maar dat haar keuze wel moet passen bij de doelstellingen van de Telecommunicatiewet en de eerdere overwegingen van het CBB in de (tussen)uitspraak.<sup>66</sup> Het CBB komt vervolgens tot de conclusie dat ACM de tarieven met terugwerkende kracht tot aan het begin van de reguleringsperiode had moeten laten ingaan. Onder verwijzing naar zijn tussenuitspraak benadrukt het CBB dat het hier een vergaande vorm van regulering betreft en dat KPN niet de mogelijkheid mag worden onthouden om de over de gehele periode gemaakte kosten terug te verdienen. Volgens het CBB mocht ACM niet tot de conclusie komen dat afwijking van deze belangen van KPN gerechtvaardigd was met het oog op bevordering van de concurrentie (artikel 1.3

55 HvJ EU 19 juni 2014, zaak C-556/12 (TDC/Teleklagenævnet).

56 HvJ EU 19 juni 2014, zaak C-556/12 (TDC/Teleklagenævnet), punt 37-48.

57 CBB 3 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:280, r.o. 6.4.3.

58 CBB 3 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:280, r.o. 6.4.3.

59 CBB 23 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:184.

60 CBB 23 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:184, r.o. 8.1.

61 CBB 23 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:184, r.o. 9.2.

62 CBB 23 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:184, r.o. 9.1.2.

63 CBB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260, r.o. 7.4.7.1.

64 CBB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260, r.o. 7.4.5.

65 CBB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260, r.o. 7.4.6.

66 CBB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260, r.o. 7.4.2. en 7.4.3.

Tw).<sup>67</sup> Aangezien het CbB niet inzielt hoe een dergelijk onderzoek nog binnen een redelijke tijd zou kunnen worden uitgevoerd, bepaalt het CbB dat de in het Herstelbesluit opgenomen gewijzigde tarieven per 1 januari 2009 in werking treden.<sup>68</sup>

### Vaste telefonie

In de uitspraak van 18 september 2014 naar aanleiding van ACM's marktanalysebesluit Vaste Telefonie van 1 mei 2012 oordeelt het CbB dat ACM op goede gronden de verplichting voor KPN om lokale interconnectie aan te bieden heeft ingetrokken. Het CbB overweegt dat een toegangsverplichting op lokaal niveau reguleringskosten voor KPN meebrengt, terwijl er geen duidelijke aanwijzingen zijn dat hiervan gebruik zou worden gemaakt.<sup>69</sup> Dit oordeel kan goed worden gevolgd vanuit het oogpunt van proportionaliteit: als er geen aantoonbare baten te zijn verwachten van een verplichting, dan is het onevenredig om een partij – ondanks diens AMM-positie – op te zadelen met de kosten die hij voor de implementatie van zo'n verplichting zou maken. Deze redenering kunnen we bijvoorbeeld ook terugvinden bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de near-netverplichting.

Doortastend is het CbB ten aanzien van KPN's grief tegen de door ACM bij uitfasering van C(P)S en WLR-toegang gehanteerde randvoorwaarde 'de beschikbaarheid van gereguleerde redelijke alternatieven'. Op grond van deze bepaling mag KPN bepaalde vormen van toegang tot haar netwerk intrekken als daarvoor gereguleerde alternatieven beschikbaar zijn. Het CbB meent dat ACM daarmee ten onrechte op voorhand de aanwezigheid van redelijke maar ongereguleerde alternatieven uitsluit. Het CbB vernietigt het besluit in zoverre, voorziet zelf in de zaak en bepaalt dat de randvoorwaarde in het dictum moet worden aangepast in 'de beschikbaarheid van redelijke alternatieven'.<sup>70</sup>

### Wholesale toegang openbare telefoonnetwerken (WLR-besluit)

Op 21 december 2005 heeft ACM in het marktanalysebesluit wholesalemakten voor toegang tot het openbare telefoonnetwerk KPN verplicht om aanbieders in staat te stellen telefoonansluitingen af te nemen (Wholesale Line Rental). De tarieven voor WLR moeten volgens het marktanalysebesluit op basis van de retail-minus methodiek worden vastgesteld. Ter uitvoering hiervan heeft ACM onder andere het Besluit WLR-tarieven I genomen. Dit besluit is door het CbB in een eerdere uitspraak vernietigd waardoor de daarin opgenomen tarieven waren komen te vervallen. Vervolgens had ACM in het Besluit WLR-tarieven II (het herstelbesluit) omwille van rechtszekerheid opgenomen dat de nieuwe tarieven niet met terugwerkende kracht in werking zouden treden. In zijn uitspraak van 26 september 2012 achtte het CbB deze keuze onvoldoende gemotiveerd en onbegrijpelijk omdat KPN daarmee bloot zou komen te staan aan vorderingen van afnemers die betogen dat de door KPN reeds in rekening gebrachte tarieven niet op geldende wet- en regelgeving zijn gebaseerd.<sup>71</sup> Op dit punt werd het Besluit WLR-tarieven II vernietigd waarna het CbB besliste dat de tarieven met terugwerkende kracht vanaf de datum van inwerkingtreding van het marktanalysebesluit

hebben gegolden. Opnieuw acht het CbB het rechtszekerheids criterium niet van doorslaggevend betekenis bij de belangenafweging voor het al dan niet met terugwerkende kracht in werking laten treden van tarieven.

### Vaste telefonie (WLR-besluit)

De benaderingswijze van het CbB bij het toekennen van terugwerkende kracht kent enkele maanden later nog een interessant vervolg. Dit betreft een uitspraak van het CbB van 21 november 2012 naar aanleiding van het Herstelbesluit WLR-tarieven II dat volgde op het marktanalysebesluit vaste telefonie van 19 december 2008 (een reguleringsronde later). Ook hier kwam terugwerkende kracht naar aanleiding van een kennelijke verschrijving van ACM aan de orde. In tegenstelling tot de hiervoor besproken kwestie, betoogde ACM dat partijen er rekening mee hadden moeten houden dat een verandering van de tarieven als gevolg van een kennelijke vergissing met terugwerkende kracht is doorgevoerd. Tele2 en Pretium stelden volgens het CbB echter terecht dat het rechtzetten van deze kennelijke vergissing niet zonder meer betekende dat zij ermee rekening moesten houden dat de tarieven met terugwerkende kracht zouden worden vastgesteld. De aangepaste tarieven vormden in het onderhavige geval een uitzondering op de regel die niet eenvoudig kenbaar was voor appellanten. Bovendien oordeelt het CbB dat tegenover het belang van KPN om niet te lage tarieven te ontvangen, het belang van Tele2 en Pretium moet worden afgewogen om niet met een navordering te worden geconfronteerd. ACM had om die reden pas na het maken van een belangenafweging de tarieven met terugwerkende kracht mogen vaststellen in het Herstelbesluit.<sup>72</sup> Overigens deelt het CbB niet de opvatting van Tele2 en Pretium dat het Herstelbesluit in een overgangstermijn had behoren te voorzien, omdat Tele2 en Pretium vanaf publicatie van het Herstelbesluit de hogere tarieven konden doorberekenen aan hun afnemers.<sup>73</sup> Hierin komt het strikte onderscheid dat het CbB kennelijk maakt tussen retroactieve en toekomstige vaststelling van tarieven duidelijk naar voren.

In deze uitspraak gaat het CbB ook uitvoerig in op de toerekening van bepaalde kosten. KPN had zich in de beroepsprocedure verzet tegen het niet mogen doorberekenen van de kosten voor compliance en tegen volledig proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten (WSK). Het CbB oordeelt in het voordeel van KPN door te overwegen dat KPN niet alleen compliancekosten maakt ten behoeve van zichzelf, maar ook specifiek voor afnemers. ACM dient om die reden na te gaan in hoeverre KPN compliancekosten maakt ten behoeve van anderen opdat zij deze kan doorberekenen aan externe afnemers.<sup>74</sup> Wat betreft toerekening van WSK, oordeelt het CbB dat, hoewel het ACM vrijstaat om WSK proportioneel (in het voordeel van afnemers) of causaal (in het voordeel van KPN) toe te rekenen, volgens vaste rechtspraak het kiezen van een verdergaande vorm van toerekening een zwaardere motiveringsplicht kent. Nu ACM geen eigen onderzoek had verricht maar was afgegaan op informatie van partijen, had zij de keuze voor volledig proportionele toerekening onvoldoende onderbouwd.<sup>75</sup> In een latere uitspraak van 23 september 2013 waarin KPN vergelijkbare grieven tegen proportionele toerekening van WSK aanvoerde, overwoog het CbB dat een causale toerekening van de kosten het uitgangspunt dient te zijn bij

67 CbB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260, r.o. 7.4.7.3.

68 CbB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260, r.o. 7.4.7.5.

69 CbB 21 november 2014, ECLI:NL:CBB:2014:422, r.o. 54.

70 CbB 21 november 2014, ECLI:NL:CBB:2014:422, r.o. 63.

71 CbB 26 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0191, r.o. 7.1.2.

72 CbB 9 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2811, r.o. 6.6.3.

73 CbB 9 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2811, r.o. 6.6.8.

74 CbB 9 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2811, r.o. 6.9.2.

75 CbB 9 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2811, r.o. 6.9.1.

de vaststelling en invulling van tariefverplichtingen. Alleen onder bepaalde omstandigheden kan een zuiver proportionele toerekening van wholesalespecifieke kosten toegestaan zijn. Dit kan het geval zijn indien de business case van de concurrenten 'dermate onaanvaardbaar [wordt] dat zij niet zullen toetreden tot de markt en de gewenste concurrentie niet tot stand wordt gebracht'. De bewijslast dat het, in afwijking van de hoofdregel, noodzakelijk is om over te gaan tot proportionele toerekening van de WSK rust opnieuw op ACM, aldus het CbB.<sup>76</sup> Een vernietiging van het besluit volgde, waarbij het CbB ACM verweet niet deugdelijk te hebben gemotiveerd dat KPN's concurrenten met proportionele toerekening van WSK wél een business case zouden hebben, maar bij causale toerekening niet.

### **Gespreksafgifte vaste telefonie en mobiele telefonie (FTA/MTA)**

Kostentoerekeningmethodes staan ook centraal in de discussie die afgelopen jaren is gevoerd over de tariefverplichtingen voor gespreksafgifte voor vaste telefonie en mobiele telefonie. De discussie concentreerde zich op de vraag of ACM de tariefplafonds mocht berekenen op basis van de pure BULRIC methode of dat de plus BULRIC methode dient te worden gebruikt. Bij de pure BULRIC methode worden – kort gezegd – alleen incrementele kosten vergoed. Bij plus BULRIC wordt eveneens uitgegaan van een vergoeding van incrementele kosten, maar wordt ook een mark-up voor gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten toegepast.

In het marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte van 5 december 2013 heeft ACM vanwege de geconstateerde mededingingsproblemen aan aanbieders van vaste en mobiele gespreksafgifte tariefverplichtingen opgelegd. Evenals in eerdere marktanalysebesluiten met betrekking tot gespreksafgifte volgt ACM in het marktanalysebesluit van 5 december 2013 de Aanbeveling Afgiftetarieven van de Commissie door de tariefplafonds te baseren op pure BULRIC.<sup>77</sup> Dit ondanks dat het CbB in zijn uitspraak van 31 augustus 2011 de door ACM opgelegde tariefplafonds op basis van pure BULRIC vernietigde en de tariefregulering zelf vaststelde op basis van plus BULRIC. Verschillende partijen beriepen zich zodoende op de onrechtmatigheid van de op basis van pure BULRIC vastgestelde tariefplafonds. De aanbieders van (in elk geval) mobiele gespreksafgifte waren van mening dat de pure BULRIC kostenmethode hen niet in staat stelt de voor gespreksafgifte gemaakte kosten te dekken. Met andere woorden: pure BULRIC zou niet tot kostengeoriënteerde tarieven leiden en dus in strijd zijn met artikel 6a.7 Tw. Zij voerden verder aan dat plus BULRIC wel tot kostengeoriënteerde tarieven leidt en dat artikel 6a.7 Tw in dat geval geen verdergaande vorm van kostenoriëntatie toestaat. Daarmee is de verdergaande vorm van tariefregulering, zoals pure BULRIC, niet passend in de zin van artikel 6a.2 Tw, aldus de aanbieders van mobiele gespreksafgifte.

Als uitgangspunt voor zijn uitspraak van 27 augustus 2013 neemt de voorzieningenrechter van het CbB zijn eerdere uitspraak van 31 augustus 2011.<sup>78</sup> Hierin had het CbB zoals gezegd de door ACM vastgestelde tariefregulering op basis van pure BULRIC onrechtmatig geoordeeld en vervangen voor plus BULRIC. De voorzieningenrechter neemt dit eerdere oordeel

over en benadrukt dat het door de Europese Commissie aanbevolen kostentoerekeningsstelsel op basis van pure BULRIC niet bindend is en dat daarvan dient te worden afgeweken indien anders in strijd met nationaal recht wordt gehandeld.<sup>79</sup> Ook het argument van ACM dat pure BULRIC gepast is omdat het de interne markt bevordert, kan niet slagen. Dat sinds de vorige reguleringsperiode de meeste Nederland omringende landen hebben gekozen voor pure BULRIC, doet niet af aan de ernstige twijfels die de voorzieningenrechter heeft over de rechtmatigheid van de pure BULRIC kostentoerekeningsmethode. Om die reden heeft de voorzieningenrechter van het CbB bij wijze van voorlopige voorziening vastgesteld dat de tariefplafonds conform de door ACM berekende tarieven op basis van plus BULRIC dienen te gelden totdat uitspraak in de beroepsprocedure is gewezen.

Door deze uitspraken zag ACM zich geconfronteerd met enerzijds een aanbeveling van de Europese Commissie die zij in aanmerking moet nemen en waarin pure BULRIC is voorgeschreven, en anderzijds met uitspraken van het CbB waarin haar keuze voor pure BULRIC telkens wordt vernietigd. Dit spanningsveld is voor het CbB aanleiding geweest tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. In zijn verwijzingsuitspraak van 13 januari 2015<sup>80</sup> in de bodemprocedure naar aanleiding van het marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte van 5 december 2013 vraagt het CbB in essentie of het CbB bevoegd is af te wijken van de Aanbeveling Afgiftetarieven waarin pure BULRIC wordt voorgeschreven.

In zijn arrest van 15 september 2016 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het CbB mag afwijken van de tariefverplichting zoals die is voorgeschreven in de Aanbeveling Afgiftetarieven 'indien zij van oordeel is dat redenen verband houdend met de feitelijke omstandigheden van het geval, en met name met de specifieke kenmerken van de markt van de betrokken lidstaat, dat vereisten'.<sup>81</sup> Kortom: het arrest van het Hof biedt (enige) ruimte voor afwijking. Niettemin ziet het CbB in dit prejudiciële antwoord aanleiding om te breken met zijn eerdere uitspraken. In de uitspraak van 10 juli 2017 oordeelt het CbB dat ACM gerechtvaardigd mocht uitgaan van de Commissie Aanbeveling Afgiftetarieven en dat daarmee de bewijslast op de aanbieders van gespreksafgifte komt te rusten om aan te tonen dat toepassing van pure BULRIC niet passend is.<sup>82</sup> Mede door de recente wijziging van plus naar pure BULRIC in Duitsland, acht het CbB de bevordering van de interne markt meer giend bij de toepassing van tarieven op basis van pure BULRIC. Daarnaast overweegt het CbB ten aanzien van het vereiste van kostenoriëntatie dat partijen bij pure BULRIC hun gemaakte kosten weliswaar niet op wholesaleniveau kunnen terugverdienen, maar wel op de retailmarkt. Het is volgens het CbB aan aanbieders van gespreksafgifte om te bewijzen dat de concurrentiesituatie op de retailmarkt hen niet in staat stelt de kosten onder een pure BULRIC regime goed te maken met een redelijk rendement.<sup>83</sup> Nu geen van de partijen dit aannemelijk heeft kunnen maken, is niet komen vast te staan dat pure BULRIC geen passende verplichting is, aldus het CbB. De omkering van de bewijslast als gevolg van het opvolgen van de Aanbeveling Afgiftetarieven is in die zin opmerkelijk dat het CbB in onder meer de uitspraken ten aanzien van proportionele toerekening van WSK, juist de bewijslast bij ACM legde wanneer zij een verdergaande vorm van kostentoerekening

76 CbB 23 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:184, r.o. 9.8.1 en 9.8.2.

77 Aanbeveling 2009/396/EG van de Commissie van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (PB 2009, L 124).

78 CbB 27 augustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:99, r.o. 7.4.2.

79 CbB 27 augustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:99, r.o. 7.11.3.

80 CbB 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:4.

81 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-28/15 (KPN e.a./ACM).

82 CbB 10 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:213, r.o. 7.2.1.

83 CbB 10 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:213, r.o. 7.2.3.

oplegt. De toenemende invloed van Europa is in deze uitspraak duidelijk merkbaar.

Opvallend aan deze uitspraak is ook dat het CbB ondanks de rechtmatigheid van pure BULRIC concludeert dat ACM ten onrechte geen overgangperiode heeft ingesteld. In de belangenafweging kent het CbB gewicht toe aan de grote invloed van een verlaging van het afgiftetarief op de gehele meerjarige bedrijfsvoering voor aanbieders van gespreksafgifte en mogelijk de concurrentieverhouding op de retailmarkt. Ook omwille van de rechtsonzekerheid en om hoge civiele terugvorderingen die zouden ontstaan indien de pure BULRIC tarieven met terugwerkende kracht zouden gelden te voorkomen, ziet het CbB aanleiding zelf in een glijpad te voorzien. Het CbB bepaalt vervolgens dat met terugwerkende kracht een glijpad wordt vastgesteld dat samenvalt met het plus BULRIC tarief zoals dat bij wijze van voorlopige voorziening door het CbB tot aan de datum van de uitspraak in de beroepsprocedure heeft gegolden.<sup>84</sup> Gelet op het contrast met eerder besproken uitspraken van het CbB, kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat het beoordelen van terugwerkende kracht een zeer casuïstieke aangelegenheid is. Het belang om terugvorderingen te voorkomen of juist toe te staan en het daarmee samenhangende belang van rechtszekerheid kan in elke situatie tot een andere uitkomst leiden.

Dit blijkt temeer uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CbB die direct op de uitspraak in de beroepsprocedure inzake FTA/MTA volgde. ACM had zonder de uitspraak in de beroepsprocedure af te wachten op 1 juni 2017 een nieuw marktanalysebesluit inzake vaste en mobiele gespreksafgifte genomen waarin zij was uitgegaan van pure BULRIC tariefplafonds. Dit besluit zou twee dagen na de uitspraak in de beroepsprocedure in werking treden. Aanbieders van gespreksafgifte hadden om die reden bij de voorzieningenrechter van het CbB om een schorsing van de inwerkingtreding van het nieuwe besluit en om de toepassing van een glijpad verzocht. De voorzieningenrechter van het CbB oordeelt op 10 juli 2017 – met inachtneming van zijn uitspraak in de beroepsprocedure eerder die dag – dat de verzoeken moeten worden afgewezen. Naar het oordeel van het CbB bestaat geen ernstige twijfel dat de pure BULRIC tarieven in het nieuwe ACM marktanalysebesluit onrechtmatig zijn.<sup>85</sup> Bovendien overweegt de voorzieningenrechter dat de gronden die bepalend waren voor het met terugwerkende kracht vaststellen van een glijpad in de beroepsprocedure, anders moeten worden beoordeeld indien het een toekomstige reguleringsronde betreft.<sup>86</sup> In de afwezigheid van bijzondere omstandigheden ziet de voorzieningenrechter van het CbB hier géén aanleiding voor het treffen van een glijpad als voorlopige voorziening.

Tot slot bevat ook de uitspraak van het CbB van 22 mei 2013 inzake FTA/MTA een relevante overweging met betrekking tot terugwerkende kracht. In deze uitspraak formuleerde het CbB een flexibel uitgangspunt door te overwegen dat in eerste instantie van belang is dat ACM beoordelingsruimte toekomt bij de keuze of een tariefverplichting in een herstelbesluit al dan niet met terugwerkende kracht dient te worden opgelegd bij de inwerkingtreding van een tariefverplichting in het herstelbesluit.<sup>87</sup> In casu had ACM naar het oordeel van het CbB terecht besloten dat het niet opportuun was om aan de inwer-

kingtreding van de tariefplafonds voor gespreksafgifte 084/087-nummers zonder vervolgdienst terugwerkende kracht te verlenen. Dit kort gezegd omdat niet op voorhand duidelijk was dat ACM in het te nemen herstelbesluit deze tariefregulering zou gaan opleggen.

## Overig

Het CbB gaat in veelvoorkomend geval niet louter over tot het vernietigen van het besluit, maar probeert waar mogelijk zelf in de zaak te voorzien door te dicteren welke tekst voor de vernietigde onderdelen van het besluit in de plaats komt. Een simpel voorbeeld waarin het CbB zelf voorziet in herstel van het besluit betreft het toepassen van gewijzigde tarieven met terugwerkende kracht.<sup>88</sup> Indien het CbB ACM opdraagt het besluit te herstellen wordt dit veelal verbonden aan een termijn van zes maanden. Dit geldt onder meer bij motiveringsgebreken, maar ook bij fundamentele tekortkomingen aan het besluit.

## Instandhouding rechtsgevolgen bij vernietiging

Na vernietiging van het bestreden besluit kan het CbB oordelen dat de rechtsgevolgen (opgelegde verplichtingen) in stand blijven. Dit met het oog op het vullen van een leemte die anders zou ontstaan tot het moment dat ACM met een nieuw besluit komt. Het CbB neemt hierbij 'als het ware kortstondig de besluitvormende rol van het bestuursorgaan waar' ex art 8:72 lid 3 Awb.<sup>89</sup> In de uitspraak van 15 januari 2014 (LK WBT) kwam dit ter sprake naar aanleiding van de stelling van appellante Vodafone dat ACM door de instandhouding van de rechtsgevolgen ten aanzien van LK WBT door het CbB in een eerdere uitspraak,<sup>90</sup> niet langer de bevoegdheid had de verplichtingen in te trekken. Volgens het CbB doet de opgeworpen rechtsvraag naar voorrang tussen rechterlijke en bestuurlijke herzieningsbevoegdheid zich hier niet voor. De uitspraak van het CbB voor zover het ziet op instandhouding van rechtsgevolgen moet worden beschouwd als (tijdelijk) in de plaats tredend besluit van een bestuursorgaan, zodat het de besluitvormende bevoegdheid van ACM niet aantast. Het CbB verwijst daarbij naar artikel 6a.4 lid 1 Tw waaruit volgt dat het bestuursorgaan binnen drie jaar moet beoordelen of zij de verplichtingen in stand laat of intrekt. Wel dient ACM de uitspraak van de rechter bij een volgend besluit te respecteren. De opheldering die het CbB geeft in deze uitspraak is in die zin relevant dat instandhouding van rechtsgevolgen in meerdere dicta terugkomt.

## Opkomen tegen herstelbesluiten

Bij het (herhaaldelijk) nemen van (herstel)besluiten lopen appellanten het risico op niet-ontvankelijkverklaring wanneer zij niet op zijn gekomen tegen de voorgaande besluiten. Dit speelde een rol in het beroep van appellanten Tele2 en Pretium tegen het Herstelbesluit WLR-implementatie dat geen volledig nieuw besluit was, maar voortborduurde op het eerdere Besluit WLR-implementatie. Pretium had geen zienswijze ingebracht of beroep ingesteld tegen het (voorgaande) Besluit WLR-implementatie. Aangezien Pretium niet had aangetoond dat zij door dit besluit in een nadeligere positie is komen te

84 CbB 10 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:213, r.o.7.5.

85 CbB 17 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:219, r.o. 5.

86 CbB 17 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:219, r.o. 6.

87 CbB 22 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1165, r.o. 3.2.2.

88 CbB 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260.

89 CbB 15 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:1.

90 CbB 3 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3146.

verkeren, had zij haar beroepsmogelijkheden ten aanzien van het herstelbesluit verspeeld.<sup>91</sup> Tele2 was weliswaar wel partij bij de beroepsprocedure tegen het Besluit WLR-Implementatie, maar had in de procedure alleen gronden aangevoerd tegen de toepassing van het besluit op 090x-restverkeer en niet op overig restverkeer. Het Cbb oordeelde dat nu het Herstelbesluit WLR-Implementatie als één besluit moet worden beschouwd, er geen grond bestaat voor niet-ontvankelijkverklaring van Tele2. Wel brengt de beperkte opdracht voor ACM tot herstel van het besluit voor zover het dictum zich richtte op 090x-restverkeer en niet op overig restverkeer met zich mee dat Tele2 niet tegen het overige restverkeer kan opkomen.<sup>92</sup>

## Vooruitblik

Op het moment van schrijven is ACM nog actief de vierde reguleringsronde aan het vormgeven. De marktanalysebesluiten ontbundelde toegang, ODF-access (FttO), vaste telefonie en vaste en mobiele gespreksafgifte zijn reeds van kracht.

Tegen de marktanalysebesluiten ODF-access en FTA/MTA zijn in ieder geval nog beroepsprocedures aanhangig waar het Cbb zich naar verwachting in het najaar van 2017 en in 2018 over zal gaan buigen. In de aanstaande FTA/MTA beroepsprocedure zal de vraag rijzen of aanbieders van gespreksafgifte kunnen voldoen aan de bewijsstandaard die het Cbb heeft vastgesteld om tariefplafonds op basis van Pure BULRIC als niet-passend te doen kwalificeren, dan wel of ACM met de Aanbeveling Afgiftetarieven aan haar zijde een dergelijke beroepsgrond kan pareren. Bij ODF-access (FttO) draait het om de vraag of regulering van glas voor zakelijke eindgebruikers als nog kan worden opgelegd nu de hele keten van wholesale-diensten op basis van ODF-access in de vorige reguleringsronde ongereguleerd is gebleven. Nu ODF-access (FttO) nog steeds onderdeel uitmaakt van de Aanbeveling relevante markten zou regulering in beginsel nog steeds een reële mogelijkheid moeten zijn. Dit ligt anders voor vaste telefonie. Als gevolg van het schrappen van de markten voor vaste telefonie in de derde Aanbeveling relevante markten, heeft ACM bij de marktanalyse zoals die op 23 februari 2017 is gepubliceerd in eerste instantie de drie-criteriatoets toegepast. De markten voor enkelvoudige en meervoudige gesprekken bleken niet te voldoen aan deze toets waardoor ACM niet gehouden is deze markten nader te onderzoeken. Alleen de markt voor tweevoudige gesprekken blijft in de huidige reguleringsronde gereguleerd.

Naar aanleiding van de joint venture tussen Vodafone en Ziggo die in de zomer van 2016 is 'goedgekeurd' door de Europese Commissie,<sup>93</sup> is ACM begin dit jaar een nieuwe marktanalyse gestart naar de markt voor ontbundelde toegang om te bezien of haar meest recente ULL-besluit als gevolg van de fusie moet worden gewijzigd. Het nu geldende marktanalysebesluit ontbundelde toegang van 17 december 2015 houdt geen rekening met de veranderingen in het telecomlandschap die de joint venture teweeg heeft gebracht, zoals het ontstaan van meerdere telecomaandieners die over een eigen vast en mobiel netwerk beschikken en hun producten kunnen integreren in vier-in-één-pakketten. De vraag is of de creatie van een sterke vast-mobiel geïntegreerde aanbieder naast KPN de trend naar deregulering kan keren. Lange tijd was de gedachte dat sectorspecifieke ex ante regulering van voorbijgaande aard is, maar wellicht kan zonder dergelijke regulering in het huidige telecomlandschap geen situatie van duurzame concurrentie worden gerealiseerd. Over die vraag zal ACM zich in haar nieuwe analyse van de markt voor ontbundelde toegang moeten buigen.

Voor het overige bevinden de marktanalysebesluiten voor de huidige reguleringsronde zich nog in de ontwerpfasen. Een belangrijke ontwikkeling doet zich hier voor op de markten voor wholesalediensten. Tot aan de huidige reguleringsperiode heeft ACM een onderscheid gemaakt tussen HK WBT enerzijds en LK WBT anderzijds. In het nieuwe ontwerp marktanalysebesluit is dit onderscheid niet langer relevant volgens ACM omdat de oude techniek is uitgefaseerd (ATM) en de huidige techniek (ethernet) geen verschillen in capaciteit kent. In het ontwerp marktanalysebesluit hoogwaardige wholesaletoevang (HWT) kwam ACM voorts tot de conclusie dat KPN AMM heeft op de markt voor HWT (die dus zowel koper als glas omvat). Ondanks de constatering van AMM op de gehele markt voor HWT, stelt ACM in het ontwerpbesluit voor om alleen de diensten over koper te reguleren. De Europese Commissie heeft naar aanleiding van het ontwerpbesluit aan ACM kenbaar gemaakt dat zij ernstige twijfels heeft of de constatering van AMM door ACM, alsmede de afbakening van de relevante productmarkt, verenigbaar is met Europees recht. In reactie hierop heeft ACM haar initiële ontwerpbesluit ingetrokken. ACM zal daarom de markt voor HWT opnieuw moeten analyseren.

91 Cbb 26 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0191, r.o. 8.2.

92 Cbb 26 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0191, r.o. 8.3.

93 Europese Commissie, Case M.7978 Vodafone / Liberty Global / JV, 3 augustus 2016.