

# Annotatie

## Het Gerecht in Slovak Telekom: een triomf van vorm over inhoud?

Jotte Mulder\*

### Inleiding

Eind 2018 heeft het Gerecht van de Europese Unie (het Gerecht) een interessante uitspraak gedaan in een artikel 102 VWEU-kwestie waarin onder meer de misbruikvormen van een constructieve leveringsweigering en een marge-utholling centraal staan.<sup>1</sup> Na een onderzoek dat *ex officio* is gestart beboette de Europese Commissie Slovak Telekom (ST) en haar moedermaatschappij Deutsche Telekom (DT) omdat ST als *incumbent* op het Slowaakse kopernetwerk ontbundelde toegang tot haar aansluitnetten (*local loops*) praktisch onmogelijk zou maken en concurrerende aanbieders, voor zover toegang wel mogelijk was, een toegangsprijs zou aanbieden die kwalificeert als een marge-utholling.<sup>2</sup> Het Gerecht heeft het Commissiebesluit grotendeels in stand gelaten, met uitzondering van een deel van het besluit dat ziet op analyse van de marge-utholling.<sup>3</sup> ST heeft beroep ingesteld waarin met name de leveringsweigering centraal staat.<sup>4</sup>

\* Mr. dr. J. Mulder is werkzaam bij de ACM en tevens universitair docent aan de Universiteit van Utrecht. Deze annotatie is geschreven op persoonlijke titel. Met dank aan de redactie voor inzichtelijke opmerkingen op een eerdere versie.

1. Gerecht 13 december 2018, zaak T-851/14, *Slovak Telekom/Commissie*, ECLI:EU:T:2018:929.
2. Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014, zaak AT.39523 (*Slovak Telekom*). Een boete van 38.838.000 euro voor Slovak Telekom en Deutsche Telekom gezamenlijk en tevens een aparte boete voor Deutsche Telekom van 31.070.000 euro op basis van haar moederaansprakelijkheid.
3. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 260.
4. Zaak C-165/19 P.

Het is een rijke uitspraak waarin uitgebreide overwegingen te vinden zijn met betrekking tot de invulling van het recht op verdediging indien er materiële verschillen zitten tussen het besluit en de *statement of objections*,<sup>5</sup> de vaststelling van een economische eenheid bij een aandelenbezit van 51 procent door de moeder<sup>6</sup> en de toetsing van een marge-uthollingsanalyse.<sup>7</sup> Ik zal deze annotatie echter met name wijden aan de leveringsweigering en de wijze waarop het Gerecht in deze zaak invulling geeft aan deze misbruikvorm. De reden daarvoor is dat rondom leveringsweigering als misbruikconcept nog belangrijke open vragen bestaan die in de jurisprudentie niet volledig zijn uitgekristalliseerd. Deze uitspraak van het Gerecht geeft aanleiding een aantal van die vragen te bespreken.<sup>8</sup>

In een notendop gaat het daarbij om het volgende. In de uitspraak hecht het Gerecht bij de invulling van het standaardkader – de *Bronner*-criteria – op het eerste gezicht veel waarde aan ‘vorm’ en het Gerecht oordeelt dat de enkele aanwezigheid van toegangsregulering, waarin de wetgever een uitdrukkelijke keuze heeft gemaakt voor het creëren van toegangsverplichtingen, tevens invulling geeft aan de vraag of die toegang ook onontbeerlijk is.<sup>9</sup> Dat terwijl het criterium onontbeerlijkheid normaal gesproken een uitgebreide economische beoordeling vereist waarmee wordt aangetoond dat toegang objectief noodzakelijk is om op de markt actief te

5. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 171 e.v.

6. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 280 e.v.

7. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 260 e.v.

8. Het deel van de uitspraak over de marge-utholling is van wat meer technische aard en zeer zaakspecifiek. Gezien de vragen die de benadering van het Gerecht met betrekking tot de leveringsweigering oproept, bespreek ik in deze annotatie met name dat aspect van de uitspraak.

9. Vandaar de titel. Vergelijk ook met J. Clarke, ‘The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?’, *World Competition* 2017, nr. 2, p. 241-269.

kunnen worden. Dat was in deze zaak niet evident vanwege de aanwezigheid van diverse alternatieve infrastructuraanbieders in Slowakije.

In deze bijdrage bespreek ik of het Gerecht daarmee een (wenselijke) keuze maakt voor vorm over inhoud. Ik zal toelichten dat deze discussie ook indirect van belang kan zijn voor een aantal *trending* onderwerpen die hoog op de toezichtagenda staan voor de digitale markt, in het bijzonder toegang tot ‘*big data*’ of het nieuwe *buzzword*, de zogenoemde ‘*walled gardens*’,<sup>10</sup> dat wil zeggen data-intensieve ecosystemen van grote techondernemingen. Het draait in *Slovak Telekom* weliswaar om een oude telecom *incumbent* maar er is – met enige welwillendheid – een scenario denkbaar waarin de benadering van het Gerecht ook voor deze kwestie relevant kan gaan worden. Die beschouwing volgt onder het kopje ‘Commentaar’. Hierna volgt eerst een weergave van de feiten, de standpunten van partijen en de uitspraak van het Gerecht.

## Feiten

ST is de post- en telecommunicatie *incumbent* en de grootste telecommunicatie-exploitant en breedbandprovider in Slowakije. In 2000 kwam een einde aan het wettelijke monopolie dat zij bezat op de Slowaakse telecommunicatiemarkt. De koperen en mobiele netwerken van ST bestrijken echter nog steeds bijna het hele grondgebied van Slowakije. Het besluit van de Commissie ziet op de voorwaarden die door ST zijn gesteld voor ontbundelde toegang van andere exploitanten tot het koperen aansluitnet in Slowakije tussen 2005 en 2010. Ontbundelde toegang tot aansluitnetwerken is op EU-niveau geregeld.<sup>11</sup> Europese regelgeving vereist onder meer dat exploitanten die ‘aanmerkelijke marktmacht’ hebben, toegang verlenen tot ontbundelde aansluitnetten en een referentieaanbieding publiceren. In essentie vereist het regelgevingskader dat de aanbieder met aanmerkelijke marktmacht, doorgaans de *incumbent*, aan concurrerende aanbieders ontbundelde toegang verleent op basis van transparante, eerlijke en niet-discriminerende voorwaarden.

ST is na een marktanalyse door de Slowaakse nationale regelgevende autoriteit voor telecommunicatie aangewezen als een aanbieder met aanmerkelijke marktmacht op de groothandelsmarkt. ST heeft daarmee een aantal verplichtingen opgelegd gekregen, waaronder de verplich-

ting om binnen 60 dagen een referentieaanbod op te stellen bij een toegangsverzoek. ST moet in beginsel alle redelijke en gerechtvaardigde verzoeken om toegang tot het aansluitnetwerk inwilligen. ST heeft een referentieaanbod gepubliceerd in 2005 dat vervolgens tot aan 2010 nog negen keer is gewijzigd. Gedurende deze periode is door één aanbieder gebruikgemaakt van de mogelijkheid via het aansluitnetwerk van ST breedbanddiensten te leveren.

Wellicht dat deze data de Commissie een basis hebben gegeven een *ex officio* onderzoek te starten naar de voorwaarden die ST in haar referentieaanbod heeft opgenomen. Na een aantal verzoeken om informatie en een bedrijfsbezoek is in 2009 een formele procedure geopend en in 2012 zijn punten van bezwaar aan ST en DT (als moederonderneming) uitgebracht. Daarin concludeerde de Commissie dat ST artikel 102 VWEU zou hebben geschonden door middel van een praktijk van marge-utholling en een constructieve leveringsweigering. Toezeggingen vanuit ST en DT werden door de Commissie als onvoldoende beoordeeld en de Commissie heeft vervolgens in 2014 de hiervoor reeds genoemde boetes opgelegd.

De constructieve leveringsweigering bestond volgens de Commissie uit een reeks van gedragingen. Zo bevatte het referentieaanbod geen basisinformatie over de fysieke locaties van toegangsplekken tot het netwerk en de beschikbaarheid van aansluitnetten. Deze informatie werd enkel aangeboden tegen betaling van een vergoeding, het overleggen van een bankgarantie en de ondertekening van een geheimhoudingsovereenkomst. De Commissie achtte dit onredelijk en met name het ontbreken van informatie omtrent de beschikbaarheid van aansluitnetten ook belemmerend omdat dit alternatieve exploitanten in staat had kunnen stellen om hun bedrijfsmodellen tijdig voor te bereiden en het zakelijke potentieel van de toegang te identificeren. In aanvulling hierop zijn door ST volgens de Commissie nog een aantal aanvullende belemmeringen opgeworpen.

Zo werden zogenoemde ‘passieve’ lijnen uitgesloten, dat wil zeggen lijnen die fysiek wel bestonden maar nog niet actief in gebruik waren. Door dit te doen heeft ST volgens de Commissie een aanzienlijk aantal potentiële klanten *de facto* ‘gereserveerd’. Daarnaast werden ‘conflicterende diensten’ uitgesloten. Deze zijn gekwalificeerd als diensten die ST zelf zou gaan aanbieden en waar het verlenen van een concurrerende dienst door ST potentieel belemmerend voor zou zijn. Ten slotte hanteerde ST volgens de Commissie een reeks van oneerlijke condities in het referentieaanbod, waaronder een aantal onredelijke technische vereisten en andere niet gerechtvaardigde barrières die enkel gecreëerd leken te zijn om toegangsverzoeken te ontmoedigen.<sup>12</sup>

In het tweede deel van het besluit stelt de Commissie dat er sprake is van een marge-utholling. De spreiding tussen de prijzen die ST rekende voor toegang tot haar netwerk en de prijzen die aan de eigen klanten werden

10. Over *walled gardens* zie P. de Poulpique, ‘What is a Walled Garden? And why it is the strategy of Google, Facebook and Amazon Ads platform?’, 3 november 2017, toegankelijk op <https://medium.com/mediarithmics-what-is/what-is-a-walled-garden-and-why-it-is-the-strategy-of-google-facebook-and-amazon-ads-platform-296ddeb784b1>.

11. Door, onder meer, Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet, en Richtlijn 2002/21 / EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* 2000, L 108/33.

12. Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014, zaak AT.39523 (*Slovak Telekom*), hoofdstuk 7.

gevraagd, was negatief of ontoereikend voor een even efficiënte alternatieve exploitant om kostendekkend op de markt te kunnen opereren.

## Standpunten

De discussie bij het Gerecht spitst zich voor wat betreft de leveringsweigering met name toe op de volgende vragen. In de eerste plaats stelt ST zich op het standpunt dat de Commissie onterecht geen volledige toepassing geeft aan het *Bronner*-kader.<sup>13</sup> In het bijzonder met betrekking tot de vraag of de Commissie moet aantonen dat toegang tot het aansluitnetwerk van ST onontbeerlijk is (*indispensable*) voor alternatieve aanbieders om op de *downstream* markt telecomdiensten aan te bieden.<sup>14</sup> De Commissie stelt zich primair op het standpunt dat aan *Bronner* geen toepassing gegeven hoeft te worden omdat (1) ST reeds de verplichting had op basis van het *ex ante* reguleringskader om toegang te verlenen en (2) het netwerk van ST is ontwikkeld in de context van een staatsmonopolie.<sup>15</sup>

ST beargumenteerde daarnaast dat *ex ante* opgestelde toegangsverplichtingen geen rol zouden moeten spelen voor de vraag of toepassing gegeven zou worden aan het *Bronner*-kader. De reden hiervoor is volgens ST dat de onderliggende ratio van de *ex ante* verplichtingen ziet op het verminderen van de marktmacht van een dominante onderneming en het creëren van meer concurrentie terwijl mededingingsautoriteiten op basis van artikel 102 VWEU kijken naar de gedragingen van dominante ondernemingen in het verleden en de vraag of bestaande marktmacht heeft geleid tot misbruik van die positie.<sup>16</sup>

ST beargumenteerde ook dat het *Bronner*-kader een algemenere toepassing zou moeten toekomen. De beperkte lezing die de Commissie aan *Bronner* gaf, zou in ieder geval geen basis hebben in de rechtspraak. Uit het *TeliaSonera*-arrest volgt volgens ST dat enkel in de context van een marge-uitholling geen beslissend belang toekomt aan het criterium van onontbeerlijkheid. Dat zou niet moeten betekenen dat vervolgens alle ‘*terms of trade*’ misbruikvormen – met uitzondering van de absolute leveringsweigering – nu niet meer de hobbel van onontbeerlijkheid zouden hoeven te nemen.<sup>17</sup>

## Uitspraak van het Gerecht

Het Gerecht begint met de standaardformule die nu reeds lange tijd gebruikt wordt in artikel 102 VWEU-zaken die zien op vormen van uitsluitingsmisbruik. Die formule bestaat uit een aantal vaste componenten: mis-

bruik van een economische machtspositie is een objectief concept dat is verbonden aan de handelswijze van een dominante onderneming die zijn toevlucht zoekt in methodes die niet kunnen worden gezien als ‘normale mededinging’;<sup>18</sup> in een markt die reeds wordt gekenmerkt door verflauwde mededinging vanwege de aanwezigheid van een dominante onderneming kan elk potentieel negatieve effect op bestaande of toekomstige mededinging een inbreuk opleveren;<sup>19</sup> artikel 102 VWEU ziet daarbij niet alleen op directe schade voor consumenten maar ook op schadelijke effecten die ontstaan vanwege gedragingen die het vrije concurrentiespel schaden;<sup>20</sup> met effecten op de mededinging worden geen concrete effecten bedoeld aangezien het voor de vaststelling van een overtreding voldoende is dat het misbruikelijke gedrag van een dominante onderneming de neiging heeft om de mededinging te beperken of dat de mogelijkheid bestaat dat sprake is van een dergelijk effect.<sup>21</sup>

Voor zover het gaat om de specifieke misbruikvorm van de leveringsweigering merkt het Gerecht echter op dat, op basis van de *Bronner*-uitspraak, alleen sprake is van een overtreding indien het waarschijnlijk is dat de weigering leidt tot een uitsluiting van alle mededinging op de markt van de verzoekende partij, dat geen sprake is van een objectieve rechtvaardiging en dat de toegang op zichzelf onontbeerlijk is voor de uitoefening van de activiteiten van de verzoekende partij.<sup>22</sup> Er is sprake van onontbeerlijkheid indien geen mogelijkheden bestaan voor alternatieve oplossingen. Daaronder vallen tevens minder aantrekkelijke opties. Er zal moeten worden aangetoond dat het niet mogelijk is om vergelijkbare producten te creëren met een schaal die vergelijkbaar is met de onderneming die de controle heeft over het bestaande product of de bestaande dienst.<sup>23</sup>

Het Gerecht merkt echter op dat deze zaak in belangrijke mate afwijkt van de context in *Bronner*. In de eerste plaats omdat ST haar positie van dominantie heeft verkregen op basis van een wettelijk monopolie.<sup>24</sup> Er komt in deze zaak volgens het Gerecht tevens een bepaalde relevantie toe aan het bestaande reguleringskader ten aanzien van de telecommunicatiesector. Daarin is namelijk reeds vastgesteld wat de condities zijn op basis waarvan een onderneming binnen de telecommunicatiesector zich dient te gedragen. Dat is volgens het Gerecht een relevante factor in de toepassing van artikel 102 VWEU, in het bijzonder ten aanzien van de vraag of

13. HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569.

14. *Bronner*, r.o. 46.

15. Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014, zaak AT.39523 (*Slovak Telekom*), vanaf punt 362.

16. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 93 e.v.

17. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 93 e.v.

18. HvJ EU 6 september 2017, zaak C-413/14 P, *Intel/Commissie*, ECLI:EU:C:2017:632, r.o. 136.

19. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-549/10 P, *Tomra Systems e.a./Commissie*, ECLI:EU:C:2012:221, r.o. 17; Gerecht 9 september 2009, zaak T-301/04, *Clearstream/Commissie*, ECLI:EU:T:2009:317, r.o. 140.

20. Zie HvJ EU 27 maart 2012, zaak C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, r.o. 20 en Gerecht 29 maart 2012, zaak T-336/07, *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, ECLI:EU:T:2012:172, r.o. 171.

21. *Tomra Systems e.a./Commissie*, r.o. 68; *Clearstream/Commissie*, r.o. 144 en *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, r.o. 268.

22. *Bronner*, r.o. 41; *Clearstream/Commissie*, r.o. 147.

23. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, *IMS Health*, ECLI:EU:C:2004:257, r.o. 28.

24. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 117 e.v.

gedrag kan worden gekwalificeerd als misbruik.<sup>25</sup> De *Bronner*-uitspraak is echter gedaan binnen een feitelijke context die hier sterk van afwijkt.

Volgens het Gerecht is van belang dat de nationale reguleringsinstantie op basis van Unierecht reeds had besloten dat ST alle redelijke en gerechtvaardigde verzoeken om ontvlechting van haar aansluitnet moest inwilligen omdat in overweging 6 van Verordening (EG) nr. 2887/2000 staat dat het

‘voor nieuwe aanbieders economisch niet haalbaar [is] om de metalen lokale toegangsinfrastructuur van de gevestigde exploitant volledig en binnen redelijke tijd te dupliceren. Alternatieve infrastructuren, zoals kabeltelevisie, satellieten en draadloze aansluitnetten, bieden voorsnog over het algemeen niet dezelfde functionaliteit of dekingsgraad, hoewel de situaties in de lidstaten kunnen verschillen’.

Het Gerecht besluit dat, gezien het reguleringskader waarin reeds duidelijk de noodzaak van toegang tot het aansluitnet van ST is erkend teneinde de opkomst en ontwikkeling van daadwerkelijke concurrentie op de Slowaakse markt voor hogesnelheidsinternetdiensten mogelijk te maken, de Commissie niet verplicht is aan te tonen dat toegang tot het netwerk onontbeerlijk was.<sup>26</sup>

## Commentaar

190

Zoals benadrukt in de introductie valt deze uitspraak mij vooral op vanwege de benadering van het Gerecht van het misbruikconcept leveringsweigering. Hieronder bespreek ik respectievelijk welke open vragen nog spelen rondom dat concept en op welke wijze de uitspraak van het Gerecht bijdraagt aan een verdere invulling van die vragen. Ik sluit af met een avontuurlijk uitstapje naar de digitale economie en bespreek daar – met een vraagteken – of de uitspraak van het Gerecht voor sommige prangende uitdagingen een rol kan gaan spelen.

### De open vragen rondom leveringsweigering

Van een misbruikelijke leveringsweigering is niet snel sprake. Deze vorm van misbruik is onderworpen aan striktere condities dan andere vormen van misbruik binnen artikel 102 VWEU. In de welbekende *Bronner*-zaak heeft het Hof van Justitie bepaald dat moet worden aangetoond dat de relevante input waar toegang tot wordt verzocht in die mate onontbeerlijk moet zijn dat iedere mogelijke mededinging van de aanvrager zal worden uitgesloten indien toegang onthouden wordt. Daarvoor is tevens vereist dat de input, in alle redelijkheid, niet kan worden gedupliceerd. Dit vereist een analyse waarin wordt vastgesteld dat zelfs indien een vergelijkbare marktpositie zou worden behaald als die van de

dominante onderneming, het economisch niet rationeel of haalbaar zal zijn om de input te dupliceren. Dit is een veel hogere standaard dan andere misbruikvormen waarvoor doorgaans ‘slechts’ hoeft te worden aangetoond dat een gedraging de neiging heeft om de mededinging te beperken of dat de mogelijkheid bestaat dat sprake is van een dergelijk effect.<sup>27</sup>

Na het *TeliaSonera*-arrest is enige discussie ontstaan over het bereik van de *Bronner*-criteria.<sup>28</sup> In *TeliaSonera* besloot het Hof van Justitie namelijk dat indien een dominante onderneming oneerlijke handelsvoorwaarden hanteert (zoals bijvoorbeeld een marge-utholling of het afhankelijk stellen van de verlening van diensten of de verkoop van producten van voorwaarden die nadelig zijn), dit een andere – autonome – misbruikvorm oplevert waarvoor het *Bronner*-kader niet geldt:

‘een andersluidende uitlegging van het arrest Bronner [zou] erop neerkomen, [...], dat [elke] gedraging van een onderneming met een machtspositie betreffende haar commerciële voorwaarden slechts kan worden geacht misbruik op te leveren wanneer is voldaan aan alle voorwaarden voor het bestaan van een leveringsweigering, waardoor op ongerechtvaardigde wijze afbreuk zou worden gedaan aan het nuttige effect van artikel 102 VWEU’.<sup>29</sup>

Na *TeliaSonera* speelde daarom de vraag op welke situaties nu de striktere *Bronner*-criteria, en in het bijzonder uiteraard het criterium van onontbeerlijkheid, zouden moeten worden toegepast. De uitspraak in *TeliaSonera* biedt daarvoor geen duidelijke richting, anders dan dat de *Bronner*-criteria niet van toepassing zijn op marge-utholling en situaties waarin dominante ondernemingen nadelige handelsvoorwaarden aanbieden aan afnemers die tevens concurrent zijn. Anderzijds oordeelt het Hof van Justitie ook niet dat het onontbeerlijkheidscriterium is beperkt tot absolute leveringsweigeringsen. Dat betekent dat er rondom deze misbruikvorm nog genoeg vragen spelen. Wat bijvoorbeeld als een bestaande afnemer van een dominante onderneming meer wil gaan afnemen? Zou een dergelijke weigering anders moeten worden beoordeeld dan een absolute leveringsweigering? En hoe moet worden omgegaan met constructieve leveringsweigeringsen, waarbij dermate onredelijke voorwaarden worden gecreëerd dat de facto sprake is van een leveringsweigering? Is dat een *TeliaSonera*- of *Bronner*-situatie?

Dit zijn belangrijke vragen. In essentie draait het hierbij telkens om de vraag wanneer op basis van het mededingingsrecht kan worden gelegitimeerd dat een onderne-

25. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 107. Zie tevens HvJ EU 14 oktober 2010, zaak C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissie*, ECLI:EU:C:2010:603, r.o. 224.

26. *Bronner*, r.o. 46 e.v.

27. Bijvoorbeeld HvJ EU 17 februari 2011, zaak C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, r.o. 64; *Tomra Systems*, r.o. 68; HvJ EU 6 december 2012, zaak C-457/10 P, *AstraZeneca*, ECLI:EU:C:2012:770, r.o. 112; Gerecht 9 september 2009, zaak T-301/04, *Clearstream/Commissie*, ECLI:EU:T:2009:317, r.o. 144 en *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, r.o. 268.

28. Zie voor een kort overzicht, Th. Graf, ‘How Indispensable Is Indispensability?’, zie <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2011/04/18/how-indispensable-is-indispensability/>.

29. *TeliaSonera Sverige*, r.o. 58.

ming verplicht wordt haar eigendom te delen met (potentiële) concurrenten of afnemers. Hier is altijd sprake van een gevoelige balans waarbij het uiteraard van belang is dat een onderneming niet gestraft wordt voor het verkrijgen van een dominante positie door vervolgens een verplichting opgelegd te krijgen om actief concurrentie tegen zichzelf te gaan faciliteren. Het belang van de ontwikkeling van de mededinging moet in dit soort gevallen op een nauwgezette wijze worden afgewogen tegen de impact die dat heeft op prikkels voor ondernemingen om te innoveren.<sup>30</sup>

### De invulling van het misbruikconcept leveringsweigering door het Gerecht

Gezien deze achtergrond is het niet verassend dat het Gerecht in deze zaak zijn uitspraak zodanig heeft geformuleerd dat daarvan op het eerste gezicht weinig precedentwerking uitgaat omdat de kernoverwegingen sterk worden verbonden aan de feiten in de zaak. De overwegingen van het Gerecht bieden bij nadere reflectie echter wel degelijk enig houvast voor een verduidelijking van de algemene principes die een rol zouden moeten spelen bij de vraag wanneer aan het *Bronner*-kader toepassing gegeven moet worden. Het is echter interessant eerst kort stil te staan bij de vraag waarom onontbeerlijkheid überhaupt zo centraal stond in deze zaak. Als het gaat om toegang tot telecominfrastructuur lijkt onontbeerlijkheid namelijk op het eerste gezicht geen grote hobbel. Dat lag in deze zaak wat anders.

De rode draad in de beschikking van de Commissie is dat een gebrek aan toegang tot de aansluitnetten van ST aanzienlijke nadelige gevolgen heeft gehad voor de concurrentie in breedbanddiensten in Slowakije. Volgens het besluit van de Commissie was de toegang tot de aansluitnetten van ST cruciaal voor de ontwikkeling van breedbandconcurrentie in Slowakije. ST zou daarmee hebben weten te voorkomen dat alternatieve exploitanten de toegang tot haar netwerk zouden kunnen gebruiken als een 'ladder' om vervolgens eigen infrastructuur te gaan ontwikkelen, waardoor op termijn hun afhankelijkheid zou afnemen.<sup>31</sup> ST beargumenteerde echter, naar het zich laat aanzien terecht, dat de concurrentie in de telecommarkt in Slowakije zich op een heel andere manier ontwikkeld heeft dan in West-Europese lidstaten. Slowakije miste bijvoorbeeld een alomtegenwoordig kopernetwerk en het kopernetwerk dat wel aanwezig was, bleek veelal van slechte kwaliteit. Dit heeft ertoe geleid dat alternatieve exploitanten reeds in een vroegtijdig stadium hun eigen alternatieve infrastructuur hebben ontwikkeld, op basis van een verscheidenheid aan technologieën, waaronder bijvoorbeeld kabel, glasvezel en wifi.

ST beargumenteerde dat toen zij haar eerste breedbanddienst lanceerde, zij daarom reeds werd geconfronteerd met op infrastructuur gebaseerde concurrentie, aangezien alternatieve exploitanten in deze fase hun diensten

reeds hadden gelanceerd op basis van een verscheidenheid aan alternatieve technologieën. Daarom hadden alternatieve exploitanten geen echt blijvend belang bij toegang tot de aansluitnetten van de ST, omdat dit hoge investeringen van hun kant zou vereisen, in omstandigheden waarin ze al commerciële strategieën hadden op basis van de investeringen in hun eigen infrastructuur. Dienovereenkomstig bestond er volgens ST toegang tot alternatieve netwerken. Zelfs als deze netwerken minder voordelig zouden zijn dan het aansluitnet van ST, dan zou dit op het eerste gezicht betekenen dat niet kon worden voldaan aan de *Bronner*-test. In *Bronner* oordeelde het Hof van Justitie immers dat er geen sprake is van een misbruikelijke leveringsweigering indien 'minder voordelige' alternatieve distributiemethoden zouden bestaan.<sup>32</sup>

Volgens ST vormde dit obstakel de belangrijkste reden voor de Commissie om zich vanaf het begin van deze procedure op het standpunt te stellen dat onontbeerlijkheid van toegang niet aangetoond zou hoeven te worden.<sup>33</sup> Gezien deze omstandigheden op de Slowaakse markt zou het voor de Commissie moeilijk zijn om aan te tonen dat toegang tot het aansluitnet van ST onontbeerlijk was. Vandaar ook dat het debat rondom de toepasselijkheid van onontbeerlijkheid zo'n belangrijke rol speelde in deze zaak.

Het Gerecht oordeelt echter dat de Commissie inderdaad, gezien de feitelijke context van deze zaak, geen onontbeerlijkheid hoeft aan te tonen. Het Gerecht overweegt dat in een reguleringcontext waarbinnen de wenselijkheid en noodzaak van toegang reeds duidelijk is vastgelegd in de wettelijke kaders, geen noodzaak meer bestaat voor de Commissie om onontbeerlijkheid nog aan te tonen. Volgens het Gerecht werkt een dergelijke vorm van *ex ante* regulering ook door voor de mededingingsrechtelijke beoordeling of sprake is van een leveringsverplichting en wordt er in het geheel niet toegekomen aan het *Bronner*-kader.

Deze overweging van het Gerecht roept in eerste instantie de vraag op of regulering en mededingingsrecht in deze context wel in voldoende mate hetzelfde doel nastreven. Een eerste verschil is bijvoorbeeld dat binnen een reguleringcontext een toegangsverplichting kan worden opgelegd als middel om concurrentie te vergroten. Op basis van artikel 102 VWEU kan een toegangsverplichting echter alleen worden opgelegd als remedie tegen misbruik. Daarbij komt dat het doel van *ex ante* regulering doorgaans is om concurrentie te stimuleren en misbruik door een *incumbent* te voorkomen.

Daarnaast kunnen voor een overtreding van artikel 102 VWEU uiteraard flinke boetes worden opgelegd. Op die basis kan worden gesteld dat mededingingsautoriteiten niet alleen zouden moeten vertrouwen op conclusies die eerder door een regulerende instantie zijn getrokken, maar altijd een eigen analyse van de onmisbaarheid van

30. Zie met name ook de conclusie van A-G Jacobs van 28 mei 1998 in zaak C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:264, punt 65.

31. Besluit van de Commissie van 15 oktober 2014, zaak AT.39523 (*Slovak Telekom*), vanaf punt 1074.

32. *Bronner*, r.o. 43 e.v.

33. Zie ook D. Geradin en R. O'Donoghue, 'Papering Over the Cracks: The GCEU Judgement in Case T-851/14 Slovak Telekom v Commission', 4 februari 2019. Toegankelijk op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3328476> (laatst bezocht 18 augustus 2019).

toegang tot infrastructuur moeten uitvoeren om vast te stellen of er voor de mededinging schadelijke effecten optreden. Temeer nu, gezien de feitelijke context van deze zaak, alternatieve netwerken beschikbaar leken te zijn. De economischschadetheorie voor de potentiële nadelige effecten in de markt is derhalve niet evident; door het reguleringskader een beslissende invloed te geven in de beoordeling lijkt de door het Gerecht aangelegde toets, op het eerste gezicht, een meer formele te zijn.

Het zou echter te ver gaan om te zeggen dat het Gerecht geen oog heeft gehad voor de eerdergenoemde belangrijke balans. Dat wil zeggen de balans tussen enerzijds de impact op prikkels om te innoveren indien dominante ondernemingen een verplichting krijgen opgelegd om concurrentie tegen zichzelf te faciliteren en anderzijds de ontwikkeling van concurrentie door essentiële input beschikbaar te stellen aan meer marktpartijen.

Een van de overwegingen die daarbij een rol speelt, is immers de wijze waarop een onderneming in een positie van dominantie terecht is gekomen. Ondernemingen die op hun eigen merites dominant zijn geworden, moeten zich uiteraard wel houden aan artikel 102 VWEU, maar de impact van een toegangsverplichting is in de regel voor een dergelijke onderneming een stuk groter dan voor een onderneming die dominant is vanwege een historische *incumbent* positie op de relevante markt.

Het is daarom niet verwonderlijk dat de bijzondere verantwoordelijkheid van een onderneming die op eigen merites succesvol is geworden op een andere manier invulling krijgt dan een onderneming met de kenmerken van ST. Gezien haar positie als *incumbent* op de relevante markt heeft zij volgens het Gerecht een verzwaarde bijzondere verantwoordelijkheid niet te handelen op een wijze die belemmerende en potentieel uitsluitende effecten heeft voor de ontwikkeling van effectieve concurrentie:

‘according to established case-law, a dominant undertaking has a special responsibility not to allow its behaviour to impair genuine, undistorted competition on the internal market (...), and the fact that such a position has its origins in a former legal monopoly must, in that regard, be taken into account (...).’<sup>34</sup>

De overweging van het Gerecht, op basis waarvan de wettelijke context bepalend is voor de vraag of een leveringsverplichting bestaat op grond van artikel 102 VWEU, lijkt derhalve wel degelijk ingebed in een meer algemene overkoepelende afweging. Namelijk, dat de verplichting die op basis van het mededingingsrecht wordt opgelegd rekening houdt met de positie van een onderneming en de vraag of die positie op eigen kracht verkregen is. Het Gerecht creëert hiermee dus naast het *Bronner*- en *TeliaSonera*-kader een aanvullend kader waarbinnen een aparte beoordeling gemaakt moet worden of sprake is van een leveringsweigering waarvoor een toegangsverplichting kan worden opgelegd op

basis van artikel 102 VWEU. De gereguleerde *incumbent* kan daarmee op basis van artikel 102 VWEU sneller een toegangsverplichting worden opgelegd dan een onderneming die op eigen merites dominant geworden is. Ten aanzien van de gereguleerde onderneming kan volgens het Gerecht een formele benadering volstaan.

Het Gerecht creëert daarmee niet onmiddellijk meer duidelijkheid over de vraag wanneer het *Bronner*- of *TeliaSonera*-kader zou moeten worden toegepast op een situatie die niet strikt overeenkomt met een absolute leveringsweigering. Echter, enigszins in het verlengde van de overkoepelende overweging van het Gerecht kan wel een aanvullende verheldering worden voorgesteld. Het Gerecht hecht immers waarde aan de historische economische context van een dominante onderneming en de vraag op welke wijze die dominantie tot stand is gekomen. In het verlengde hiervan zou ik stellen dat ook waarde moet worden gehecht aan de investeringen die gemaakt zijn ten aanzien van het inputproduct. Op die basis zou vervolgens kunnen worden overwogen dat *Bronner* moet worden beperkt tot situaties waarin de dominante onderneming in de betreffende input heeft geïnvesteerd met het oogmerk om die voor zichzelf te behouden. Indien een product is ontwikkeld met het oogmerk dat zelf te gebruiken dan zou de lat voor dwingende toegang hoger moeten liggen dan voor een product dat is ontwikkeld om (tevens) aan derden te leveren. In die situatie heeft de dominante onderneming immers reeds het besluit genomen om aan derden te gaan leveren. Waar dat niet het geval is en een onderneming haar positie op de markt op eigen merites heeft bereikt, ligt het voor de hand dat een toegangsverplichting alleen wordt opgelegd indien aan alle *Bronner*-criteria is voldaan. Een dergelijke benadering zou ook verklaren waarom het Hof van Justitie in de context van een marge-uitholling niet vereist dat onontbeerlijkheid wordt aangetoond en alleen verlangt dat de gedraging leidt tot een positie die het moeilijker maakt voor een afnemer om op de markt te concurreren.<sup>35</sup>

#### Relevantie voor de rol van het mededingingsrecht in de digitale economie?

Ik sluit af met een klein gedachte-uitstapje naar de digitale economie. Is de besproken meer formele benadering van het Gerecht mogelijk relevant voor mededingingsuitdagingen die daar spelen?

De pioniersbedrijven in deze sectoren hebben significante investeringen moeten doen om een marktpositie te verkrijgen.<sup>36</sup> Echter, zodra basisnetwerkinfrastructuren zijn opgezet kunnen dit industriestandaarden worden die het voor andere toetreders moeilijker maken om de markt te betreden – vergelijkbaar met de marktmacht van een oude telecom *incumbent*. De grote, kapitaalkrachtige online platforms breiden tevens hun dienstverlening steeds verder uit naar nieuwe aanpalende markten. Er ontstaan daarmee inmiddels ‘ecosystemen’

34. *Slovak Telekom/Commissie*, r.o. 107.

35. Zoals in HvJ EU 17 februari 2011, zaak C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, r.o. 63-67

36. Met name infrastructuurinvesteringen zoals de ontwikkeling van besturingssysteemsoftware, algoritmes of de bouw van gsm-masten.

van dataplatforms. Ondernemingen als Facebook, Amazon, Google en Apple streven ernaar de consument een breed pakket diensten aan te bieden, met het uiteindelijke doel dat de consument het ecosysteem niet meer zal (of redelijkerwijze kan) verlaten. De roep om vroege(re) mededingingsinterventie in dit type markt stijgt.<sup>37</sup> Over de wijze waarop, lopen de meningen uiteen. In ieder geval bestaan rondom de effectiviteit van het huidige handhavingsbeleid van de Europese Commissie wel vraagtekens.<sup>38</sup>

Dit zijn vragen voor de (Europese) wetgever maar de benadering van het Gerecht in *Slovak Telekom* illustreert hoe regulering en het mededingingsrecht in de toekomst een gecombineerde rol zouden kunnen gaan spelen. Indien op Europees niveau de wenselijkheid van toegankelijkheid tot de datatuinen van grote techondernemingen wettelijk wordt verankerd zou dat een mededingingsrechtelijke interventie kunnen vergemakkelijken. Immers, op basis van de uitspraak van het Gerecht zou onontbeerlijkheid van toegang dan als een gegeven gezien kunnen worden. Daarbij zou natuurlijk wel in ieder geval één belangrijke aarzeling op moeten komen. Dat is het gegeven dat de ondernemingen waar het hier om gaat op eigen merites een dominante positie hebben verkregen. Bij het vormgeven van een toegangsreguleringskader zal dat een bepaald gewicht moeten toekomen – bijvoorbeeld door te vereisen dat ondernemingen een nieuw product of nieuwe dienst op de markt brengen waarvoor een marktvaart bestaat,<sup>39</sup> of dat de toegangsverplichtingen worden beperkt tot situaties waarin (in de woorden van advocaat-generaal Jacobs) ‘de dominante onderneming een echte wurggreep op de verwante markt heeft. (...) Het volstaat niet, dat de controle van een onderneming over een voorziening haar een concurrentieel voordeel verschaft’.<sup>40</sup>

Daarbij blijft het altijd gaan om een lastige balans. Noch perfecte concurrentie, noch een absoluut monopolie is bevorderlijk voor een hoog innovatieniveau in de markt. Een bedrijf met een monopolie heeft geen prikkel om te investeren in nieuwe producten en diensten omdat het al overwinsten geniet. Maar als markten te perfect werken, dan is er weinig stimulans voor bedrijven om zwaar te investeren in onderzoek en ontwikkeling, omdat de

voordelen waar mogelijk snel zullen worden gekopieerd en gedeeld door concurrerende bedrijven.<sup>41</sup> Waar die balans zou moeten uitkomen zal onderwerp moeten blijven van debat. In het voorgaande heb ik besproken dat de meer formele benadering van het Gerecht in *Slovak Telekom* bij de verdere invulling van dat debat wel een rol zou kunnen gaan spelen.

37. Voor een overzicht zie: <https://bruegel.org/2019/07/modernising-european-competition-policy-a-brief-review-of-member-states-proposals/> (*Modernising European Competition Policy: A Brief Review of Member States' Proposals*).

38. Google heeft een aantal flinke boetes gekregen maar deze zaken illustreren tegelijkertijd juist dat het mededingingsrecht moeilijk in staat is ‘tijdig’ in te grijpen. Zowel met de *Google Search*-zaak als in de recente *Android*-zaak wordt geïllustreerd dat de uitsluiting van potentiële concurrenten in principe reeds heeft plaatsgevonden. De marktmacht van Google blijft daarmee uiteindelijk onverminderd groot, ondanks de miljardenboetes die aan de Europese Commissie worden overgemaakt. Het idee is daarom dat – als het wenselijk is om Google’s marktmacht te beperken – ofwel een ruime uitleg aan het mededingingsrecht moet worden gegeven, of naar andere reguleringswegen of instrumenten moet worden omgezien.

39. Zoals in HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, *RTE en ITP/Commissie*, ECLI:EU:C:1995:98, r.o. 131.

40. Conclusie A-G Jacobs 28 mei 1998, zaak C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:264, punt 65.

41. R. Gilbert, ‘Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition-Innovation Debate?’, *Innovation Policy and the Economy* 2006, nr. 6, p. 159-215 (National Bureau of Economic Research, toegankelijk op [www.nber.org/chapters/c0208.pdf](http://www.nber.org/chapters/c0208.pdf)).