



Datum van inontvangstneming : 05/03/2015

Gerectificeerd exemplaar

Uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 13/550, 13/552, 13/558, 13/672, 13/700 en 13/701
15334

Uitspraak van de meervoudige kamer van 13 januari 2015 in de zaken tussen:

1. Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. (KPN), te 's Gravenhage,
(gemachtigde: mr. L.P.W. Mensink),
2. T-Mobile Netherlands B.V. (T-Mobile), te 's Gravenhage
(gemachtigde: mr. B.J.H. Braeken),
3. Tele2 Nederland B.V. (Tele2), te Diemen,
(gemachtigde: mr. P. Burger),
4. Ziggo B.V. (Ziggo), te Utrecht,
(gemachtigden: mr. W. Knibbeler en mr. N. Lorjé),
5. Vodafone Libertel B.V. (Vodafone), te Maastricht,
(gemachtigden: mr. P.M. Waszink en mr. J.J.R. Lautenbach),
6. UPC Nederland B.V. en UPC Business B.V. (UPC), te Amsterdam,
(gemachtigde: mr. P. Wit), appellanten,

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>982.548</u>		
Luxemburg	26. 01. 2015	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail:	<u>[handwritten signature]</u>	Maria Manuela Ferreira
Neergelegd op:	<u>23. 01. 2015</u>	Hoofdadministrateur

en

de Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster,
(gemachtigden: mr. J. Bootsma, mr. E.C. Pietermaat en mr. A.C. Geleijnse).

Procesverloop

Bij besluit van 5 augustus 2013 (het bestreden besluit) heeft ACM met toepassing van artikel 6a.1, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) de markten bepaald voor vaste en mobiele gespreksafgifte en op grond van artikel 6a.2, tweede lid, Tw aan aanbieders van gespreksafgifte verplichtingen opgelegd.

Appellanten hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

De voorzieningenrechter van het College heeft bij uitspraak van 27 augustus 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:99) het bestreden besluit geschorst.

ACM heeft een verweerschrift ingediend. Ten aanzien van een aantal van de stukken die zij heeft overgelegd, heeft ACM om beperking van de kennisneming verzocht. Bij beslissing van 11 juni 2014 heeft het College de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht. Appellanten hebben er mee ingestemd dat het College uitspraak doet mede op grondslag van deze stukken.

Appellanten hebben nadere zienswijzen ingediend. Hierop is door ACM gereageerd.

CURIA GREFFE Luxembourg	
Entrée	23 JAN. 2015

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 23 juni 2014, waar partijen zich hebben laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Aan de zijde van ACM is tevens het woord gevoerd door S. Kramer, werkzaam bij de Europese Commissie (Commissie). Ter zitting is het onderzoek gesloten en is bepaald dat uitspraak zal worden gedaan.

Bij beschikking van 15 oktober 2014 heeft het College het onderzoek heropend. Bij die beschikking zijn partijen in de gelegenheid gesteld hun zienswijze te geven met betrekking tot aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) te stellen prejudiciële vragen.

Bij brieven van onderscheidenlijk 12 en 13 november 2014 hebben partijen hun zienswijzen ingediend.

Overwegingen

1. ACM heeft in het bestreden besluit geconcludeerd dat het opleggen van tariefregulering aan aanbieders van vaste en mobiele gespreksafgifte geschikt en noodzakelijk is om prijsgerelateerde mededingingsproblemen op de desbetreffende markten te adresseren. ACM heeft daarbij gekozen voor een tariefverplichting op basis van de pure BULRIC kostenberekeningsmethode. Deze methode houdt, kort gezegd, in dat alleen incrementele kosten worden vergoed. In afwijking van het voorgaande marktanalysebesluit inzake vaste en mobiele gespreksafgifte van 7 juli 2010 heeft ACM hierbij de doelstelling van het ontwikkelen van de interne markt benadrukt. De beroepen van KPN, T-Mobile en Vodafone zijn (onder meer) gericht tegen de tariefplafonds die zijn vastgesteld voor mobiele gespreksafgifte.

2. Het College vernietigde bij zijn uitspraak van 31 augustus 2011 (ECLI:NL:CBB:2011:BR6195) het besluit van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA, thans ACM) van 7 juli 2010 waarbij aan vaste en mobiele aanbieders voor de vorige reguleringsperiode een tariefmaatregel was opgelegd, die gebaseerd was op pure BULRIC, wegens strijd met artikel 6a.2, eerste lid, aanhef en onder a en derde lid, Tw. Ter beantwoording in dit geschil stond de vraag of het op de relevante markt geconstateerde mededingingsprobleem van dien aard was, dat tariefregulering op grond van pure BULRIC als passend kon worden beschouwd. Niet in geschil was dat de belangen van de mobiele aanbieders in zeer aanzienlijke mate werden getroffen bij tariefregulering op grond van pure BULRIC. Evenmin was in geschil dat tegenover deze nadelen voor de mobiele aanbieders, voordelen stonden voor de vaste aanbieders en/of de eindgebruikers. OPTA motiveerde haar keuze voor pure BULRIC met name met de stelling dat tariefregulering op basis van pure BULRIC als enige het nadelige effect van een inefficiënte retailtariefstructuur geheel voorkomt. Dit door OPTA gestelde mededingingsprobleem deed zich niet voor op de overeenkomstig artikel 6a.1, derde lid, Tw onderzochte markten die voorwerp vormden van het marktanalysebesluit, maar op de retailmarkt voor mobiele telefonie, die door OPTA als effectief concurrerend werd beschouwd. Voorts betrof het, aldus het College, een kwestie die niet behoorde tot de lijst van (potentiële) mededingingsproblemen, waarop OPTA zich in overeenstemming met de ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework van 1 april 2004 in al haar marktanalysebesluiten had gebaseerd. Het College oordeelde dat OPTA de passendheid van de tariefmaatregel onvoldoende had gemotiveerd.

3. Het College overwoog voorts (r.o 4.8.3.6):

“Het voorgaande wordt niet anders doordat de Commissie in de aanbeveling van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (2009/396/EG; hierna: de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven) pure BULRIC heeft aanbevolen als passende tariefmaatregel op de gespreksafgiftemarkten. Dat artikel 19, eerste lid, Kaderrichtlijn bepaalt dat de lidstaten er voor zorgen dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van hun taken zoveel mogelijk rekening houden met de aanbevelingen van de Commissie, doet niet af aan de verplichting van OPTA om af te wijken van de - niet bindende - Aanbeveling gespreksafgiftetarieven indien zij anders in strijd zou handelen met bepalingen van nationaal recht.”

Naar het oordeel van het College was een tariefmaatregel op basis van plus BULRIC, een methode die eveneens uitgaat van vergoeding van incrementele kosten maar waarbij een mark-up voor gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten wordt toegepast, in beginsel wel passend. Het College stelde vervolgens de mobiele afgiftetarieven vast op het plus BULRIC niveau.

4. ACM heeft zich blijkens het bestreden besluit de vraag gesteld of - na de uitspraak van 31 augustus 2011 - in de volgende reguleringsperiode voor het vaststellen van de kosten zou moeten worden vastgehouden aan de methode op basis van plus BULRIC. Naar de mening van ACM is dat niet het geval. Artikel 6a.7 Tw staat er volgens ACM niet aan in de weg dat gekozen wordt voor een methode op basis van pure BULRIC. Daarbij geldt dat artikel 6a.7 Tw de implementatie is van artikel 13 van Richtlijn 2002/19/EG (Toegangsrichtlijn). De Commissie is blijkens de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven van opvatting dat pure BULRIC de enige invulling is van een tariefverplichting voor gespreksafgiftetarieven als beschreven in artikel 13 van de Toegangsrichtlijn. De pure BULRIC kostenmethodiek is in de opvatting van de Commissie dus voor gespreksafgifte de enige vorm van kostenoriëntatie die in overeenstemming is met het Europese regelgevingskader. Daarom is het op grond van artikel 6a.7 Tw opleggen van een tariefverplichting op basis van pure BULRIC in overeenstemming met de Toegangsrichtlijn en daarmee met de van toepassing zijnde Europese regelgeving.

ACM ziet een aantal ontwikkelingen sinds de vorige reguleringsperiode die aanleiding geven tot een heroverweging van de door het College opgelegde keuze voor plus BULRIC. Daarbij is van belang dat sinds de vorige reguleringsperiode de meeste Nederland omringende landen hebben gekozen voor pure BULRIC en naar verwachting de andere landen in de EU spoedig zullen volgen. Volgens ACM neemt een tariefmaatregel die is gebaseerd op pure BULRIC het risico van buitensporig hoge tarieven en marge-utholling weg en bevordert zij de concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en de belangen van de eindgebruikers. Uit ingesteld onderzoek blijkt dat de lagere inkomsten van aanbieders uit mobiele gespreksafgifte op de retailmarkt zullen leiden tot een verlaging van de minuutprijs van belminuten en een verhoging van de abonnementsprijs, met meer welvaart als gevolg, omdat in die situatie ook de abonenthouder die zelf niet of nauwelijks belt, betaalt voor het nut gebeld te kunnen worden. De convergentie van eindgebruikertarieven voor vast en mobiel bellen wordt bevorderd in die zin dat de mogelijkheid ontstaat om abonnementen aan te bieden die voor zowel vast als mobiel gelden. Tariefregulering op basis van plus BULRIC daarentegen leidt tot concurrentievervalsingen, belemmert de ontwikkeling van de interne markt en is suboptimaal voor de eindgebruikers.

5. KPN, T-Mobile en Vodafone voeren aan dat de keuze voor een tariefverplichting op basis van pure BULRIC voor mobiele afgiftediensten in strijd is met de artikelen 6a.2, derde lid en 6a.7, tweede lid, Tw. Zij stellen, kort gezegd, dat een tariefverplichting die gebaseerd is op een methode die er toe leidt dat alleen incrementele kosten worden vergoed niet voldoet aan het vereiste van artikel 6a.7, tweede lid, Tw dat een tarief kostengeoriënteerd dient te zijn, en ook niet aan het vereiste van artikel 6a.2, derde lid, Tw dat een verplichting passend is. KPN, T-Mobile en Vodafone betogen dat het risico dat de geconstateerde potentiële mededingingsproblemen zich zullen voordoen geheel wordt weggenomen door tariefregulering op basis van plus BULRIC. ACM heeft niet de vrijheid om verder te gaan dan noodzakelijk is om het mededingingsprobleem van buitensporige tarieven op de markten voor gespreksafgifte te verhelpen. Al hetgeen ACM aanvoert over de verwachte positieve effecten van pure BULRIC op de tariefstructuur op de retailmarkt kan dus niet bijdragen aan de rechtvaardiging van het opleggen van deze verplichting. Op pure BULRIC gebaseerde tarieven leiden ertoe dat de afgiftetarieven zich onder het niveau bevinden “als op een concurrentiële markt zou worden bereikt.” De Aanbeveling gespreksafgiftetarieven verdraagt zich op dit punt dan ook niet met artikel 13 van de Toegangsrichtlijn. Een tariefverplichting voor mobiele afgiftediensten op basis van pure BULRIC is niet proportioneel in het licht van de doelstellingen van het besluit en (ook) om die reden in strijd met zowel artikel 6a.2, derde lid, Tw als artikel 3:4 Awb. Het aandeel inkomend verkeer op de netwerken van de mobiele aanbieders uit landen waar pure BULRIC-tarieven gelden is zeer gering (KPN: ca. 2%). In Duitsland, waarmee relatief veel internationaal telefoonverkeer plaatsvindt, zijn de afgiftetarieven gebaseerd op plus BULRIC. De stelling van ACM dat de interne markt wordt verstoord omdat de Nederlandse aanbieder, als voor hem plus BULRIC tarieven zouden gelden, de extra inkomsten uit gespreksafgifte kan inzetten op de markten waar pure BULRIC aanbieders actief zijn, is onjuist. De inkomsten strekken tot vergoeding van gemeenschappelijke en gezamenlijke kosten en kunnen dus niet worden ingezet om de concurrentie op een andere retailmarkt te verstoren. Hierbij komt dat het volgen van de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven niet leidt tot een uniforme wijze van kostenberekening en –toerekening, omdat daarin niet is vastgelegd wat relevante kosten zijn en hoe zij moeten worden ingevuld. De totale eindgebruikertarieven worden slechts voor een deel door de afgiftetarieven bepaald. Dat de eindgebruikersbelangen door tarieven op basis van pure BULRIC meer worden bevorderd dan door plus BULRIC is niet aannemelijk gemaakt. ACM heeft nagelaten onderzoek in te stellen naar het effect op de retailmarkten van de sterke verlaging van mobiele afgiftetarieven in de afgelopen jaren. ACM heeft daarnaast de nadelige effecten voor de mobiele aanbieders van het opleggen van tarieven op basis van pure BULRIC ernstig onderschat.

6. De voorzieningenrechter van het College oordeelde in zijn uitspraak van 27 augustus 2013 dat ACM in dit stadium van de procedure niet voldoende duidelijk heeft gemaakt waar de belemmering van de interne markt uit bestaat indien de afgiftetarieven in Nederland op basis van plus BULRIC blijven gereguleerd.

7.1 Het College stelt vast dat het beoordelingskader ten aanzien van de opgelegde tariefverplichting naar vaste rechtspraak van het College (onder meer ECLI:NL:CBB:2011:BR6195, ECLI:NL:CBB:2007:BB3357 en ECLI:NL:CBB:2012:BY2811) er uit ziet als volgt.

Aan de eisen waaraan een door ACM opgelegde tariefverplichting moet voldoen, is nader invulling gegeven door artikel 6a.7 Tw. Volgens het tweede lid van deze bepaling kan deze verplichting onder meer inhouden dat voor toegang een kostengeoriënteerd tarief wordt gerekend. Hieruit volgt dat een tariefverplichting in beginsel zover mag gaan dat de door een partij met aanmerkelijke marktmacht in rekening gebrachte tarieven geheel worden gereduceerd van een buitensporig naar een kostengeoriënteerd niveau. De tekst van artikel 6a.7, tweede lid, Tw ondersteunt niet de interpretatie dat een vorm van tariefregulering mag worden opgelegd die verdergaat dan een tariefmaatregel die reeds als kostengeoriënteerd kan worden aangemerkt (BR6195 4.8.3.4).

Dit neemt niet weg dat op basis van andere overwegingen een verdergaande vorm van tariefregulering kan zijn toegestaan. De door ACM op grond van artikel 6a.2, eerste lid, Tw juncto artikel 6a.7, eerste lid, Tw opgelegde tariefverplichting dient passend te zijn, hetgeen volgens artikel 6a.2, derde lid, Tw inhoudt dat deze verplichting is gebaseerd op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3, eerste lid, Tw (gelijkkluidend aan de doelstellingen die zijn neergelegd in artikel 8, tweede, derde en vierde lid, van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn)) proportioneel en gerechtvaardigd is. (BR6195 4.8.3.1) Het College had reeds eerder uitgemaakt (BB3357 9.2.1) dat het oogmerk van realisering van deze doelstellingen – in dat geval betrof het de doelstelling van het bevorderen van concurrentie – een afwijking van de uitgangspunten van artikel 6a.7 Tw mogelijk maakt. Gelet op het ingrijpende karakter van de in artikel 6a.7 Tw genoemde verplichtingen dient ACM bij het opleggen van een dergelijke verplichting te onderzoeken of deze geschikt is voor het bereiken van het doel en of deze niet verder gaat dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is, en de aan haar beslissing ten grondslag liggende overwegingen zoveel als mogelijk inzichtelijk te maken (BB3357 9.2.2). Het is niet zo dat ACM is gehouden tot het opleggen van de prijsmaatregel die voor de consument maximaal voordeel realiseert, ongeacht de gevolgen hiervan voor de gereguleerde partijen, maar er dient een belangenafweging te worden verricht (BR6195 4.8.3.3).

7.2 De vraag is vervolgens welke belangen er mogen en moeten worden gewogen en welk gewicht aan ieder van die belangen mag en moet worden toegekend. ACM heeft in dit verband gewezen op artikel 19 van de Kaderrichtlijn waarin is bepaald dat nationale regelgevende instanties (NRI) bij de uitvoering van hun taken zoveel mogelijk rekening houden met de aanbevelingen van de Commissie.

Het College stelt vast dat ACM uit de keuze die de Commissie in haar Aanbeveling gespreksafgiftetarieven heeft gemaakt voor het opleggen van een tariefmaatregel die is gebaseerd op pure BULRIC heeft afgeleid dat deze keuze zich (als enige) verdraagt met artikel 13 van de Toegangsrichtlijn en vervolgens heeft besloten dat de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven dient te worden gevolgd. ACM heeft in haar belangenafweging ditmaal voorts groot belang gehecht aan de ontwikkeling van de interne markt. Daarnaast heeft zij gewicht toegekend aan de gewenste convergentie van mobiele en vaste afgiftetarieven en aan het belang voor eindgebruikers dat volgens haar is gelegen in verbetering van een inefficiënte retailtariefstructuur. Laatstgenoemd belang is door het College in zijn eerdere uitspraak op zichzelf als onvoldoende beoordeeld om een tariefmaatregel op basis van pure BULRIC te rechtvaardigen.

7.3 In zijn arrest van 11 september 2003 in de zaak C-207/01 (Altair) overwoog het HvJEU in r.o 41 "(...) dat, volgens vaste rechtspraak van het Hof, aanbevelingen niet kunnen worden geacht geen rechtsgevolgen te hebben, al hebben zij geen bindende kracht en kunnen

zij geen rechten in het leven roepen waarop particulieren zich voor een nationale rechter kunnen beroepen. De nationale rechterlijke instanties zijn immers gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige gedingen in aanmerking te nemen, met name wanneer deze duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld, of indien zij bedoeld zijn om dwingende communautaire bepalingen aan te vullen (...).”

Het College staat gezien het vorenstaande voor de beantwoording van de vraag welk gewicht hij, als nationale rechterlijke instantie, bij de beoordeling van het bestreden besluit, dient toe te kennen aan het gegeven dat de Commissie pure BULRIC heeft aanbevolen als passende tariefmaatregel op de gespreksafgiftemarkten. Deze vraag kan het College niet beantwoorden zonder daarover het oordeel van het HvJEU te vernemen.

7.4 Het College overweegt voorts het volgende.

Artikel 8, tweede en vierde lid, van de Toegangsrichtlijn luidt:

“2. Wanneer een overeenkomstig artikel 16 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) verrichte marktanalyse uitwijst dat een exploitant een aanmerkelijke macht op een specifieke markt bezit, leggen de nationale regelgevende instanties hem, waar passend, de in de artikelen 9, 10, 11, 12 en 13 van deze richtlijn genoemde verplichtingen op.

4. De overeenkomstig dit artikel opgelegde verplichtingen worden op de aard van het geconstateerde probleem gebaseerd en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. (...).”

Artikel 13, eerste en tweede lid, van de Toegangsrichtlijn luidt:

“1. Een nationale regelgevende instantie kan overeenkomstig artikel 8 verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangstypes, wanneer uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, ten nadele van de eindgebruikers. (...)

2. De nationale regelgevende instanties zien er op toe dat regelingen voor het terugverdienen van kosten en tarifieringsmethoden die worden opgelegd erop gericht zijn efficiënte en duurzame concurrentie te bevorderen en de consument maximaal voordeel te bieden. (...).”

Artikel 4, eerste lid, van de Kaderrichtlijn luidt:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat er op nationaal niveau doeltreffende regelingen voorhanden zijn krachtens welke iedere gebruiker of onderneming die elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedt, die door een beslissing van een nationale regelgevende instantie is getroffen het recht heeft om tegen die beslissing beroep in te stellen bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen. Dit lichaam, bijvoorbeeld een rechtbank, dient de nodige deskundigheid te bezitten om zijn taken te kunnen uitoefenen. De lidstaten dragen er zorg voor dat de feiten van de zaak op voldoende wijze in aanmerking worden genomen en dat er een doeltreffend mechanisme voor het instellen van beroep aanwezig is. (...).”

Artikel 8 van de Kaderrichtlijn luidt, voor zover hier van belang:

“1 De lidstaten zorgen er voor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de in de leden 2, 3 en 4 genoemde doelstellingen. Die maatregelen dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen. (...)

2. De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en – diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

a) zij zorgen er voor dat de gebruikers (...) optimaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;

(...)

3. De nationale regelgevende instanties dragen bij aan de ontwikkeling van de interne markt, (...)

4. De nationale regelgevende instanties bevorderen de belangen van de burgers van de Europese Unie, (...)

5. Bij het nastreven van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde beleidsdoelstellingen passen de nationale regelgevende instanties objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen toe, (...)

(...)

d) zij bevorderen efficiënte investeringen en innovatie in nieuwe en betere infrastructuur, (...), waarbij er voor wordt gezorgd dat de concurrentie op de markt en het non-discriminatiebeginsel worden gevrijwaard;

(...)”

Artikel 16, derde lid, van de Kaderrichtlijn luidt:

“3. Wanneer een nationale regelgevende instantie concludeert dat de markt daadwerkelijk concurrerend is, mag zij niet een van de specifieke wettelijke verplichtingen als beschreven in lid 2 opleggen of handhaven. Wanneer er reeds sectorspecifieke verplichtingen bestaan, trekt zij die verplichtingen van ondernemingen op die relevante markt in. (...)”

De Commissie heeft in de considerans van de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven onder punt 2 het volgende overwogen:

“2) Hoewel er in de meeste lidstaten over het algemeen sprake is van enige vorm van kostenoriëntering lopen de maatregelen voor prijsbeheersing per lidstaat uiteen. Er zijn niet alleen zeer uiteenlopende kostentoerekeningsinstrumenten maar ook verschillende manieren voor de toepassing van deze instrumenten. De tarieven voor gespreksafgifte op wholesaleniveau die in de Europese Unie worden toegepast, lopen hierdoor nogal uiteen, hetgeen slechts ten dele kan worden verklaard door specifieke nationale factoren. (...)”

En onder punt 3:

“(3) Grote verschillen in de regelgeving ten aanzien van afgiftetarieven voor vaste en mobiele telefonie leiden tot grondige concurrentievervalsingen. Markten voor gespreksafgifte vormen een situatie waarin toegang mogelijk is vanuit twee richtingen en waarbij beide exploitanten die de verbinding aangaan in principe profiteren van de regeling. Omdat zij echter ook met elkaar concurreren bij het aantrekken van abonnees, kunnen afgiftetarieven belangrijke strategische gevolgen hebben die ook doorwegen op de concurrentiepositie. Wanneer de afgiftetarieven hoger liggen dan de efficiënte kosten, leidt dit tot belangrijke transfers tussen de markten en consumenten van vaste en mobiele telefonie. Voorts kan dit er op markten waar exploitanten asymmetrische marktaandelen bezitten toe leiden dat kleinere

exploitanten belangrijke vergoedingen moeten betalen aan grotere concurrenten. Bovendien blijft het niveau van mobiele afgiftetarieven absoluut gezien in een aantal lidstaten hoog vergeleken met de tarieven die worden toegepast in een aantal landen buiten de Europese Unie en in vergelijking met vaste afgiftetarieven in het algemeen, hetgeen zich vertaalt in hoge prijzen voor de eindgebruiker, die nu weliswaar een dalende trend vertonen. Hoge afgiftetarieven leiden in veel gevallen tot hoge retailprijzen voor gespreksopbouw en derhalve tot een geringer gebruik, hetgeen ten koste gaat van het consumentenwelzijn.”

Onder punt 5 heeft zij gewezen op de artikelen 9, 11 en 13 van de Toegangsrichtlijn, in samenhang met punt 20 van de preambule. Onder punt 7 overweegt zij:

“(7) (...) Het tarifieringssysteem in de EU is gebaseerd op Calling Party Network Pays, hetgeen inhoudt dat de kosten voor afgifte worden vastgesteld door het opgeroepen netwerk en worden betaald door het netwerk dat de oproep doet. De opgeroepen partij wordt niets in rekening gebracht voor deze dienst en heeft over het algemeen geen reden om te reageren op de afgifteprijs die door zijn netwerkexploitant is vastgesteld. (...) Omdat het in het belang van de exploitanten van gespreksafgifte is om de prijzen vast te stellen op een niveau dat ver boven de kosten ligt, wordt kostenoriëntatie beschouwd als de meest geschikte oplossing op middellange termijn. In overweging 20 van Richtlijn 2002/19/EG wordt opgemerkt dat de methode voor het terugverdienen van de kosten moet zijn aangepast aan de omstandigheden. Gezien de specifieke kenmerken van markten voor gespreksafgifte en de daaraan verbonden concurrentie- en distributieproblemen, erkent de Commissie al geruime tijd dat een gemeenschappelijke aanpak die gebaseerd is op doelmatige kosten en de toepassing van symmetrische afgiftetarieven doelmatigheid en duurzame concurrentie zou bevorderen en zou zorgen voor optimale consumentenvoordelen wat betreft prijzen en dienstenaanbod.”

En onder punt 13 en 14:

“(13) Rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de markten voor gespreksafgifte moeten de kosten van afgiftdiensten worden berekend op basis van toekomstige incrementele kosten op lange termijn (LRIC). Bij een LRIC-model, worden alle kosten variabel. Omdat men er van uitgaat dat alle activa op termijn worden vervangen, zorgt het vaststellen van de tarieven aan de hand van dit model voor een efficiënte kostendekking. LRIC-modellen houden alleen rekening met kosten die het gevolg zijn van een vastgestelde stijging (increment). Een aanpak op basis van incrementele kosten waarbij alleen efficiënte kosten worden toegerekend die er niet zouden zijn wanneer de aan het increment ten gronde liggende dienst niet langer zou worden verstrekt (dat wil zeggen vermijdbare kosten) bevordert een efficiënte productie en een efficiënt gebruik en beperkt potentiële concurrentievervalsingen. Hoe meer afgiftetarieven afwijken van de meerkosten, des te groter de concurrentievervalsingen tussen vaste en mobiele markten en/of tussen exploitanten met asymmetrische marktaandelen en verkeersstromen. Een pure LRIC-aanpak waarbij de gespreksafgiftdienst op wholesaleniveau als relevant increment wordt beschouwd en alleen vermijdbare kosten omvat, is dan ook gerechtvaardigd. Met een LRIC-aanpak zouden ook alle vaste en variabele marginale kosten die gemoeid zijn met het aanbieden van gespreksafgiftdiensten op wholesaleniveau kunnen worden terugverdiend zodat kosten makkelijker doelmatig kunnen worden terugverdiend (omdat men er van uitgaat dat vaste kosten op lange termijn variabel worden).

(14) Vermijdbare kosten zijn het verschil tussen de vastgestelde langetermijnkosten van een exploitant die een volledig gamma van diensten verschaft en de totale vastgestelde kosten van

die exploitant die een volledig gamma van diensten verschaft zonder gespreksafgiftedienst op wholesaleniveau aan derde partijen (d.w.z. de stand-alone kosten van een exploitant die geen afgifte biedt aan derden). Om naar behoren te kunnen bepalen om welke kosten het gaat moet een onderscheid worden gemaakt tussen de met het verkeer samenhangende kosten, dat wil zeggen alle vaste en variabele kosten die omhoog gaan met de uitbreiding van het verkeer en kosten die niet met het verkeer samenhangen, dat wil zeggen alle kosten die niet omhoog gaan wanneer het verkeer toeneemt. Om te kunnen bepalen welke vermijdbare kosten relevant zijn voor gespreksafgifte op wholesaleniveau mag geen rekening worden gehouden met kosten die niet samenhangen met het verkeer. Bovendien kan het nodig zijn met het verkeer samenhangende kosten vervolgens toe te rekenen aan andere diensten (bv. gespreksopbouw, SMS, MMS, breedband, huurlijnen, enz.) waarbij gespreksafgifte op wholesaleniveau de doorslaggevende dienst is waarmee rekening moet worden gehouden. Kosten die worden toegerekend aan de gespreksafgiftedienst op wholesaleniveau moeten derhalve alleen gelijk zijn aan de aanvullende kosten voor het verschaffen van de dienst. Met een op LRIC-gebaseerde kostenberekening voor gespreksafgiftediensten op wholesaleniveau in vaste en mobiele markten moeten derhalve alleen de kosten kunnen worden terugverdiend die vermeden kunnen worden wanneer een gespreksafgiftedienst op wholesaleniveau aan derden niet langer wordt verschaft.”

8.1 ACM heeft in het bestreden besluit deze overwegingen uit de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven tot de hare gemaakt. De onduidelijkheid die bestaat over het antwoord op de vraag of de Aanbeveling gespreksafgiftetarieven, en daarmee het daarin neergelegde kostentoerekeningssysteem aan de hand van de pure BULRIC methode, bij de beoordeling van het tarief als een gegeven geldt, brengt met zich dat het College ingevolge artikel 267 VWEU gehouden is dienaangaande het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

8.2 Het vorenstaande leidt ertoe dat de procedure voor het College in afwachting van de prejudiciële beslissing wordt geschorst. Het College zal iedere verdere beslissing in dit geding aanhouden.

Beslissing

Het College:

- verzoekt het Hof van Justitie bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen ten aanzien van de volgende vragen:

1. Dient artikel 4, eerste lid, van de Kaderrichtlijn, gelezen in samenhang met de artikelen 8 en 13 van de Toegangsrichtlijn, aldus te worden uitgelegd dat het de nationale rechterlijke instantie in beginsel is toegestaan om in een geschil over de rechtmatigheid van een door de nationale regelgevende instantie (NRI) opgelegd kostengeoriënteerd tarief in de wholesalemarkt voor gespreksafgifte anders te oordelen dan overeenkomstig de Aanbeveling van de Europese Commissie van 7 mei 2009 inzake de regelgeving voor afgiftetarieven van vaste en mobiele telefonie in de EU (2009/396/EG), waarin pure-BULRIC wordt aanbevolen als passende tariefmaatregel op de gespreksafgiftemarkten, indien dit naar zijn oordeel geboden is op basis van de

feitelijke omstandigheden van de door hem te beoordelen zaak en/of overwegingen van nationaal c.q. supranationaal recht?

2. Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord in hoeverre komt dan aan de nationale rechterlijke instantie ruimte toe om bij het beoordelen van een tariefmaatregel die op kosten is georiënteerd:

a. in het licht van artikel 8, derde lid, van de Kaderrichtlijn het argument van de NRI dat de ontwikkeling van de interne markt wordt bevorderd te waarderen aan de hand van de mate waarin de werking van de interne markt daadwerkelijk wordt beïnvloed?

b. in het licht van de beleidsdoelstellingen en regelgevingsbeginselen die zijn neergelegd in de artikelen 8 van de Kaderrichtlijn en artikel 13 van de Toegangsrichtlijn, te toetsen of de tariefmaatregel:

i) evenredig is;

ii) passend is;

iii) proportioneel toegepast en gerechtvaardigd is?

c. van de NRI te vergen dat zij voldoende aannemelijk maakt dat:

i) de onder artikel 8, tweede lid, van de Kaderrichtlijn genoemde beleidsdoelstelling dat de NRI's de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten bevorderen, daadwerkelijk wordt gerealiseerd en de gebruikers daadwerkelijk optimaal profiteren wat betreft keuze, prijs en kwaliteit;

ii) de onder artikel 8, derde lid, van de Kaderrichtlijn genoemde beleidsdoelstelling bij te dragen aan de ontwikkeling van de interne markt, daadwerkelijk wordt gerealiseerd;

en

iii) de onder artikel 8, vierde lid, van de Kaderrichtlijn genoemde beleidsdoelstelling dat de belangen van de burgers worden bevorderd, daadwerkelijk wordt gerealiseerd?

d. in het licht van artikel 16, derde lid, van de Kaderrichtlijn, alsmede artikel 8, tweede en vierde lid, van de Toegangsrichtlijn, bij de beantwoording van de vraag of de tariefmaatregel passend is in aanmerking te nemen dat de maatregel is opgelegd op de markt waarop de gereguleerde ondernemingen aanmerkelijke marktmacht bezitten maar in de gekozen vorm (pure BULRIC) strekt ter bevordering van een van de doelstellingen van de Kaderrichtlijn, de belangen van de eindgebruikers, op een andere, niet voor regulering in aanmerking komende markt?

- houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze uitspraak is gedaan door mr. C.M. Wolters, mr. H.O. Kerkmeester en mr. H.S.J. Albers, in aanwezigheid van mr. I.C. Hof, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 13 januari 2015.

w.g. C.M. Wolters


voor afschrift
conform

w.g. I.C. Hof