



Datum van
inontvangstneming

:

28/03/2014

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 13/889
15353

Uitspraak van de meervoudige kamer van 12 februari 2014 in de zaak tussen:

KPN B.V., te Den Haag (KPN), appellante,
(gemachtigden: mr. L.P.W. Mensink en mr. T.D.O. van der Vijver)

en

de **Autoriteit Consument en Markt (ACM)**, verweerster,
(gemachtigde: mr. J. Bootsma).

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen:

- **UPC Nederland B.V. en UPC Nederland Business B.V.** (UPC)
(gemachtigde: mr. W. Steenbruggen);
- **Tele2 Nederland B.V. en BT Nederland N.V.** (Tele2 en BT)
(gemachtigde: mr. P. Burger).

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>957.353</u>		
Luxemburg	19. 02. 2014	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail: <u>1</u>		<i>Manuela</i> Maria Manuela Ferreira
Neergelegd op: <u>18.02.14</u>		Hoofdadministrateur

Procesverloop

Bij besluit van 18 oktober 2013 (het bestreden besluit) heeft ACM op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) in samenhang gelezen met artikel 5.32 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) aan KPN een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van artikel 5 van het Besluit Interoperabiliteit (BI). Bij brief van 29 oktober 2013 aan KPN heeft ACM aangekondigd het bestreden besluit op 13 november 2013 op haar website te publiceren.

KPN heeft tegen het bestreden besluit bezwaar gemaakt.

Op 25 oktober 2013 heeft KPN zich tot de voorzieningenrechter gewend met het verzoek om bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat in afwachting van de uitspraak van het College in de bodemzaak, het bestreden besluit wordt geschorst en niet openbaar gemaakt mag worden tot het moment van die uitspraak.

Naar aanleiding van de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening op de zitting van 7 november 2013 heeft ACM de begunstigingstermijn van het bestreden besluit verlengd tot 12 december 2013. KPN heeft hierop het verzoek om voorlopige voorziening ingetrokken.

ACM heeft ingestemd met het verzoek van KPN tot rechtstreeks beroep als bedoeld in artikel 7:1a, eerste lid, Awb.

KPN heeft de gronden van beroep aangevuld.

ACM heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden en ten aanzien van een aantal nader aangeduide gedingstukken verzocht om beperking van de kennisneming als bedoeld in artikel 8:29 Awb. Op 6 december 2013 heeft het College beslist dat beperking van de kennisneming van een aantal in de beslissing genoemde gedingstukken gerechtvaardigd is. Het College heeft voorts beslist dat de beperking van de kennisneming van de overige stukken niet (onverkort) gerechtvaardigd is en heeft ACM verzocht om - met inachtneming van hetgeen in de beslissing is overwogen - laatstgenoemde gedingstukken als (deels) niet-vertrouwelijk in te dienen. Op 10 december 2013 heeft ACM aan het verzoek van het College gehoor gegeven. Appellanten hebben erin toegestemd dat het College uitspraak doet mede op grondslag van de stukken waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.

UPC, Tele2 en BT hebben verzocht om als derde-partij tot het geding te worden toegelaten.

ACM heeft een verweerschrift ingediend en de derde-partijen hebben een zienswijze ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 11 december 2013. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Ter zitting heeft ACM ingestemd met de verlenging van de begunstigingstermijn van het bestreden besluit tot vijftien werkdagen na 12 februari 2014.

De grondslag van het geschil

2.1 Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn) luidt, voor zover hier van belang:

" Artikel 13

Verplichtingen inzake prijscontrole en kostentoe rekening

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 kostentoe rekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, 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. De nationale regelgevende instanties houden rekening met de door de exploitant gedane investeringen en laten toe dat hij een redelijke opbrengst verkrijgt uit zijn kapitaalbreng, de aangegane risico's in aanmerking genomen."

Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) luidt, voor zover hier van belang:

" Artikel 28

1. De lidstaten zorgen ervoor dat, voor zover technisch en economisch gezien haalbaar en tenzij een opgeroepen abonnee om commerciële redenen heeft besloten de toegang van oproepende gebruikers die zich in specifieke geografische gebieden bevinden, te beperken, de bevoegde nationale instanties alle nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de eindgebruikers:

- a. toegang hebben tot en gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de Gemeenschap"

In de Tw is, voor zover hier van belang, bepaald:

" Artikel 6.5

1. Aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleren zorgen ervoor dat zich in de Europese Unie bevindende eindgebruikers toegang hebben tot alle:
 - a. in de Europese Unie toegekende nummers van een nationaal nummerplan,
 - b. nummers van de Europese telefoonnumerruimte, en
 - c. door ITU toegekende nummers,en gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van de in de onderdelen a tot en met c bedoelde nummers, tenzij dat technisch of economisch niet haalbaar is, of een opgeroepen abonnee heeft besloten de toegang van oproepende gebruikers die zich in specifieke geografische gebieden bevinden, te beperken.
2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld ter waarborging van de verplichting, bedoeld in het eerste lid. Deze regels kunnen onder meer betrekking hebben op de vergoedingen voor de toegang tot de in het eerste lid, bedoelde nummers."

Het BI luidt met ingang van 1 juli 2013, voor zover hier van belang:

" Artikel 5

1. Een aanbieder van openbare telefoondiensten of een daarbij betrokken aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, waarborgt dat eindgebruikers gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de Europese Unie.
2. De verplichting, bedoeld in het eerste lid, houdt in ieder geval in dat de in het eerste lid bedoelde aanbieders van openbare telefoondiensten en van openbare elektronische communicatienetwerken voor oproepen naar een nummer uit de reeks 0800, 084, 085, 087, 088, 0900, 0906, 0909, 116, 14 of 18 tarieven of andere vergoedingen hanteren die vergelijkbaar zijn met de tarieven of andere vergoedingen die deze aanbieders hanteren voor oproepen naar geografische nummers, en zij uitsluitend een afwijkend tarief of afwijkende vergoeding hanteren indien dit noodzakelijk is om de extra kosten te dekken die gemoeid zijn met de oproepen naar deze niet-geografische nummers."

2.2 Bij de beoordeling van het beroep gaat het College uit van de volgende feiten en omstandigheden.

- Op 21 juni 2013 heeft ACM een vooraankondiging tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN gezonden. Op 1 juli 2013 heeft daarover een hoorzitting plaatsgevonden.
- Naar aanleiding van het uit de hoorzitting naar voren gekomen belang van het vaststellen van de extra kosten, heeft ACM aan KPN vragen gesteld over de extra kosten van haar transitdienst naar niet-geografische nummers. KPN heeft deze vragen beantwoord.
- ACM heeft KPN om een accountantsrapport gevraagd omtrent de aansluiting van de in de antwoordbrieven van KPN gekwantificeerde extra kosten met de bedrijfsadministratie van KPN. ACM heeft dit accountantsrapport op 13 september 2013 ontvangen.
- Op 9 oktober 2013 heeft een bespreking plaats gevonden tussen ACM en KPN over de bij ACM resterende onduidelijkheden ten aanzien van de extra kosten. In die bespreking heeft ACM aangegeven van welke extra kosten zij vooralsnog uitgaat. KPN heeft hierop per brief gereageerd.
- Hierna heeft ACM het bestreden besluit genomen.

Het bestreden besluit

3.1 In het bestreden besluit heeft ACM overwogen dat artikel 5 BI van toepassing is op de transitdienst van KPN voor oproepen naar niet-geografische nummers. De tarieven die KPN voor

deze dienst hanteert, voldoen vanaf 1 juli 2013 niet aan het bepaalde in artikel 5, tweede lid, BI. De tarieven van KPN voor transit naar niet-geografische nummers zijn namelijk hoger dan KPN's tarieven voor transit naar geografische nummers plus de door ACM vastgestelde extra kosten voor oproepen naar niet-geografische nummers. ACM heeft geconcludeerd dat KPN in overtreding is.

3.2 Bij het bestreden besluit heeft ACM aan KPN de navolgende last onder dwangsom opgelegd:

" ACM gelast KPN om:

- binnen vijftien werkdagen na bekendmaking van dit besluit per nummerreeks tarieven te hanteren voor haar transitdiensten naar niet-geografische nummers die niet hoger zijn dan de transit tarieven naar geografische nummers plus de extra kosten voor de transitdienst naar de betreffende niet-geografische nummerreeks zoals vastgesteld in tabel 1 plus, indien van toepassing, de totale vergoeding die de originerende aanbieder vraagt voor 080/090x-verkeer (A) (in figuur 1: $T1b + T2 \leq 0,4 \text{ c/m} + \text{extra kosten} + A$);
- haar extra kosten op proportionele wijze toe te rekenen aan de verschillende tariefelementen. In beginsel dienen de extra kosten te worden toegerekend als een vast bedrag per minuut, doch daar waar die kosten zijn gerelateerd aan de hoogte van de S-component kan KPN er voor kiezen de extra kosten als een percentage van de S-component in rekening te brengen."

Het standpunt van KPN

4.1 KPN heeft in beroepsgrond 1 betoogd dat artikel 5 BI onverbindend is vanwege strijd met het Europeesrechtelijk nieuw regelgevend kader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (NRK). Op basis van artikel 5, tweede lid, BI wordt aan aanbieders tariefregulering opgelegd. Een dergelijke tariefregulering mag echter in het kader van een marktanalysebesluit worden opgelegd aan een aanbieder waarvan op grond van hoofdstuk 6a Tw is vastgesteld dat die aanmerkelijke marktmacht (AMM) heeft. De door de Universeledienstrichtlijn toegestane uitzondering op dit uitgangspunt is niet van toepassing.

4.2 In beroepsgrond 2 heeft KPN aangevoerd dat artikel 5 BI geen betrekking heeft op transitverkeer. Als transitaanbieder biedt KPN namelijk geen openbare telefoondienst aan. Evenmin controleert KPN bij het aanbieden van de transitdienstverlening de toegang tot de eindgebruikers. KPN is derhalve van mening dat zij als aanbieder van transitdiensten niet onder de reikwijdte van artikel 5 BI valt.

4.3 Beroepsgrond 3 houdt in dat ACM in het bestreden besluit miskent dat artikel 5, tweede lid, BI beperkt is tot de tarieven en vergoedingen voor oproepen naar bepaalde nummerreeksen. Deze bepaling verplicht dat enkel de wholesale-verkeertarieven voor het bellen naar niet-geografische nummers vergelijkbaar zijn met de verkeertarieven voor bellen naar geografische nummers. ACM heeft in het bestreden besluit ten onrechte bepaald dat niet alleen de verkeertarieven, maar alle tarieven voor KPN's transitdienstverlening naar niet-geografische nummers binnen de reikwijdte van artikel 5 BI vallen.

4.4 KPN is in beroepsgrond 4 van mening dat het bestreden besluit onevenredig is en gebaseerd is op een ondeugdelijke motivering.

Het BI beoogt een eind te maken aan de voorheen bestaande praktijk dat eindgebruikers een discriminatoir tarief aangerekend krijgen voor het bellen naar niet-geografische nummers. Om dit doel te bereiken is het niet nodig dat de tariefverplichtingen uit het BI zich ook richten tot aanbieders die niet een directe verhouding met de eindgebruikers hebben.

KPN bestrijdt de stelling van ACM dat het grootste deel van het verkeer naar niet-geografische nummers via de transitdienstverlening van KPN wordt afgehandeld.

Voor het bereiken van de doelstellingen die het BI ontleent aan de Universeledienstrichtlijn, is het

bestreden besluit dus niet nodig. Dat leidt ertoe dat de aan KPN opgelegde verplichtingen onevenredig zijn. Bovendien belemmert de tariefregulering van transitdiensten voor niet-geografische nummers de concurrentie.

Voorts is het bestreden besluit overmatig rigide omdat er geen rechtvaardiging is om de verkeersvergoeding voor transitdienstverlening naar geografische nummers te fixeren op 0,4 eurocent per minuut. Als het voor een originerende aanbieder geldende transittarief naar geografische nummers wijzigt, dan moet ook het tarief voor transitdiensten voor niet-geografische nummers kunnen worden gewijzigd.

Bovendien is het bestreden besluit te rigide omdat ACM artikel 5, tweede lid, BI ten onrechte aldus uitlegt dat de extra kosten in verband met het leveren van transitdiensten niet hoger mogen zijn dan gebaseerd op strikte kostenoriëntatie. Artikel 5, tweede lid, BI bepaalt uitsluitend dat afwijkende tarieven mogen worden gerekend als extra kosten, gemoeid met oproepen naar niet-geografische nummers noodzakelijk zijn. ACM verlaat derhalve de grondslag van artikel 5, tweede lid, BI, dat geen basis biedt voor een dergelijke normering. De begrippen "vergelijkbare tarieven" en "noodzakelijke kosten" uit artikel 5, tweede lid, BI vormen onvoldoende basis voor de vergaande en gedetailleerde regulering die is opgenomen in het bestreden besluit. Het handhaven van dergelijke open normen op de wijze waarop ACM dat in het bestreden besluit heeft gedaan, is in strijd met de rechtszekerheid.

4.5 Ten slotte heeft KPN in beroepsgrond 5 het standpunt ingenomen dat de publicatie van het bestreden besluit voor KPN onevenredig benadelend is. Openbaarmaking van boete- en handhavingsbesluiten is naar vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State onevenredig als daardoor een rechtspersoon ten onrechte als overtreder wordt neergezet. KPN verzoekt het College om ACM te verbieden het bestreden besluit openbaar te maken voordat het onherroepelijk in rechte is komen vast te staan.

4.6 KPN heeft haar in de voorzieningenprocedure ingenomen standpunt dat ACM de maximaal toegestane tarieven en vergoedingen voor transitverkeer naar niet-geografische nummers foutief heeft berekend, in de onderhavige procedure herhaald. Bij de berekening van de toegestane tarieven heeft ACM ten onrechte geen rekening gehouden met een redelijk rendement dat KPN moet zijn toegestaan om dienstverlening met gebruikmaking van niet-geografische nummers mogelijk te maken. Voorts negeert ACM het accountantsrapport waarin is vastgesteld dat voor een grotere groep van wholesale spraakdiensten die KPN levert een incassorisico bestaat ter hoogte van 0,67%.

Het standpunt van ACM

5.1 ACM stelt vast dat KPN niet bestrijdt dat zij voor oproepen naar niet-geografische nummers hogere tarieven rekent dan voor oproepen naar geografische nummers. Uitgangspunt voor deze beroepsprocedure is dan ook dat KPN hogere transittarieven rekent voor verkeer naar niet-geografische nummers dan voor verkeer naar geografische nummers, terwijl dat verschil slechts voor een deel kan worden gerechtvaardigd door extra kosten die met oproepen naar niet-geografische nummers gemoeid zijn. Artikel 5, tweede lid, BI heeft als doel om dergelijke prijsdifferentiatie tegen te gaan.

5.2 KPN stelt ten onrechte dat er sprake zou zijn van ongereguleerde diensten waarvoor in het geheel geen verplichtingen zouden gelden. Weliswaar zijn hier geen diensten die door een marktanalysebesluit worden gereguleerd, maar dit wil niet zeggen dat er in de Tw en de daarop gebaseerde regelgeving, waaronder het BI, geen andere bepalingen kunnen zijn opgenomen die verplichtingen voor aanbieders met zich brengen.

5.3 Met haar stelling dat met artikel 5, tweede lid, BI tariefregulering zou zijn opgelegd, vergelijkbaar met de tariefverplichtingen die op grond van artikel 6a.7 Tw in het kader van een marktanalysebesluit opgelegd kunnen worden, gaat KPN er ten onrechte aan voorbij dat artikel 5 BI trapsgewijs via artikel 6.5 Tw is gebaseerd op artikel 28 Universeledienstrichtlijn. Laatstgenoemd

artikel draagt de lidstaten op om alle nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de eindgebruikers toegang hebben tot en gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers. Artikel 28 Universeledienstrichtlijn biedt aldus de ruimte, naast de marktanalysebepalingen in hoofdstuk 6a Tw, om belemmering van deze toegang in de vorm van hoge tarieven voor oproepen naar niet-geografische nummers tegen te gaan. Artikel 5 BI is daarmee niet in strijd. Van tariefregulering in de door KPN bedoelde zin is geen sprake. De verplichtingen van artikel 5 BI zijn door de wetgever vastgesteld en zijn onderworpen aan het rechterlijk toezicht van het College. Van een gebrek aan waarborgen is daarom geen sprake.

5.4 Aangaande de stelling van KPN dat artikel 5 BI geen betrekking heeft op transitverkeer, wijst ACM erop dat de wetgever in de toelichting op artikel 5 BI uitdrukkelijk heeft bepaald dat alle aanbieders in de keten, dus inclusief de transitaanbieders, onder de reikwijdte van artikel 5 BI vallen. De regel dat tarieven voor niet-geografische en geografische nummers vergelijkbaar moeten zijn, geldt dus niet alleen voor dat deel van het verkeer dat over het netwerk van de originerende aanbieder verloopt, of dat deel van het verkeer dat over het netwerk van de terminerende aanbieder verloopt, maar ook voor het tussenliggende deel dat over een transitnetwerk verloopt.

5.5 KPN stelt ten onrechte dat ACM ook een oordeel zou hebben gegeven over onderdelen van de door KPN verleende dienst die zij niet in haar oordeel zou hebben mogen betrekken. Het tarief van de dienstverlening achter het niet-geografische nummer heeft ACM buiten beschouwing gelaten omdat het telecommunicatiekader daarop geen betrekking heeft. Het deel van de dienst dat is gelegen tussen de nummerhouder en de beller, valt binnen het telecommunicatiekader en is onlosmakelijk onderdeel van de geleverde transportdienst. Daartoe behoort de gehele transitdienst van KPN.

5.6 KPN voert ten onrechte aan dat artikel 5, tweede lid, BI geen normering voor de afwijking van de tarieven voor niet-geografische nummers bevat. Artikel 5 BI bepaalt dat uitsluitend een afwijkend tarief mag worden gerekend als dat noodzakelijk is om de extra kosten te dekken die gemoeid zijn met de oproepen naar niet-geografische nummers. In de term noodzakelijk ligt besloten dat de afwijking in het tarief overeen moet stemmen met de hoogte van de extra kosten. ACM weerspreekt het standpunt van KPN dat sprake is van een overmatig rigide invulling van de maatregel.

5.7 ACM concludeert dat het bestreden besluit rechtmatig is. Er is dan ook geen grond om van publicatie van het besluit af te zien.

De standpunten van UPC, Tele2 en BT

6.1 UPC is van mening dat artikel 5 BI niet in strijd is met het NRK. Volgens UPC vallen de tarieven voor transitdiensten onmiskenbaar onder artikel 5, tweede lid, BI en dient ook KPN zich aan het bepaalde in artikel 5 BI te houden, voor zover het gaat om transitdiensten. UPC weerspreekt de stelling van KPN dat artikel 5, tweede lid, BI uitsluitend betrekking heeft op tarieven voor oproepen, en niet op tarieven voor extra dienstverlening. De uitleg die KPN aan artikel 5 BI geeft, is in strijd met letter en geest van die bepaling. Bovendien ziet UPC niet in waarom het bestreden besluit onevenredig zou zijn en niet gebaseerd zou zijn op een deugdelijke motivering.

6.2 Tele2 en BT kunnen zich vinden in het verweer van ACM. Zij zijn van mening dat artikel 5 BI niet in strijd is met Europese regels en dat de transitdiensten van KPN onder het bereik van artikel 5 BI vallen. Evenmin is correct de stelling van KPN dat artikel 5, tweede lid, BI alleen zou zien op oproepen en niet op tarieven voor extra dienstverlening. Het standpunt van KPN dat ACM alleen zou mogen vaststellen of er sprake is van extra kosten, terwijl zij de redelijkheid van die kosten niet zou mogen beoordelen, is onbegrijpelijk en in strijd met de bedoeling van de wetgever.

Overwegingen

De toepassing van artikel 8:26 Awb

7.1.1 Artikel 8:26 Awb geeft het College de bevoegdheid om tot sluiting van het onderzoek ter

zitting belanghebbenden in de gelegenheid te stellen als partij aan het geding deel te nemen.

Artikel 8:26 Awb is van openbare orde.

7.1.2 Het College heeft UPC, Tele2 en BT als partij toegelaten. Die beslissing geldt echter als voorlopig. Ingevolge artikel 12, vijfde lid, Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2014 kan het College van een beslissing om een derde als partij aan het geding te laten deelnemen op elk moment in de procedure terugkomen. Het College zal zodoende beoordelen of hij de toelating van UPC, Tele2 en BT als partij handhaaft.

7.1.3 Als regel zal de rechter een verzoek om toegelaten te worden als partij toewijzen. Ingevolge artikel 8:26, eerste lid, Awb geldt als voorwaarde om toegelaten te worden dat de betreffende partij als belanghebbende dient te worden aangemerkt. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, Awb wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

7.1.4 Het College stelt vast dat het bestreden besluit een aan KPN opgelegde last onder dwangsom betreft. De hoogte van de tarieven die KPN in rekening brengt voor de transitdienst ten behoeve van oproepen naar niet-geografische nummers vormt de aanleiding voor het opleggen van deze last onder dwangsom. UPC, Tele2 en BT zijn van mening dat zij als afnemers van de transitdienst van KPN belanghebbenden zijn bij het bestreden besluit. Het College overweegt dat het belang van UPC, Tele2 en BT is gelegen in de hoogte van de tarieven die zij aan KPN dienen te betalen voor het afnemen van de transitdienst voor oproepen naar niet-geografische nummers. Naar het oordeel van het College dient dit belang echter te worden gekwalificeerd als een afgeleid belang bij het bestreden besluit. Mede gelet op de omstandigheid dat UPC, Tele2 en BT niet zelfstandig een verzoek tot handhaving aan ACM hebben gericht, vanwege een vermeende overtreding door KPN van artikel 5, tweede lid, BI, hebben UPC, Tele2 en BT geen rechtstreeks belang bij het hier bestreden besluit. Het College zal daarom de toelating van UPC, Tele2 en BT ongedaan maken en geen acht slaan op hetgeen door deze partijen is aangevoerd.

Artikel 5 BI in relatie tot het Unierecht

7.2.1 Het College staat vervolgens voor de vraag of artikel 5 BI in overeenstemming is met het Unierecht.

7.2.2 KPN heeft in beroepsgrond 1 aangevoerd dat artikel 5 BI onverbindend is vanwege strijd met het Unierecht. Volgens KPN doorkruist artikel 5 BI het systeem van het NRK, op grond waarvan een nationale regelgevende instantie de bevoegdheid heeft om, na analyse van een relevante markt, te bepalen of en zo ja welke onderneming AMM heeft en die onderneming passende verplichtingen op te leggen. Naar de mening van KPN betreft artikel 5, tweede lid, BI echter een generieke tariefgelijkstelling zonder dat sprake is van de waarborgen die in het NRK zijn opgenomen. ACM is van mening dat er geen sprake is van strijd met het NRK en wijst er daarbij op dat er in de Tw verschillende verplichtingen zijn opgenomen waaraan aanbieders zich dienen te houden ongeacht of zij AMM hebben. In beroepsgrond 4 klaagt KPN over de onevenredigheid van het bestreden besluit.

7.2.3 Het College volgt ACM niet in haar verweer voor zover zij zich hierin op het standpunt stelt dat het in dit artikel niet om tariefregulering gaat. ACM heeft in het bestreden besluit gewezen op de volgende passage uit de Nota van Toelichting bij artikel 5 BI:

" Artikel 5, tweede lid, van het Besluit interoperabiliteit bepaalt geen absolute hoogte voor het te hanteren tarief, zoals gebeurt bij marktanalyseverplichtingen door de toezichthouder. De verplichting regelt enkel dat aanbieders geen negatieve tariefdiscriminatie mogen toepassen bij oproepen naar niet-geografische nummers, teneinde de toegang tot deze nummers en eventuele diensten die met deze nummers worden aangeboden te waarborgen. Dit laat onverlet dat partijen zelf de hoogte van het tarief dat zij wensen te hanteren kunnen vaststellen. (...) "

KPN wijst er - onder verwijzing naar de vorm van tariefregulering die bekend staat als "retail-minus" - terecht op dat een verplichting tot tariefregulering ook een andere verplichting kan inhouden dan het hanteren van een vastgesteld absoluut tarief, zoals het dwingend opleggen van een verband met een ander tarief. Dat laatstgenoemd tarief door de gereguleerde partij zelf kan worden vastgesteld, doet hier niet aan af.

Het huidige regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten wordt gevormd door de Toegangsrichtlijn, de Machtigingsrichtlijn, de Kaderrichtlijn, de Universeledienstrichtlijn en de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie. KPN heeft met name gewezen op artikel 13, eerste lid, Toegangsrichtlijn, dat tariefregulering afhankelijk maakt van een door een nationale regelgevende instantie uit te voeren marktanalyse. ACM heeft voor de markt voor doorgifte, inclusief transitdiensten, bepaald dat deze daadwerkelijk concurrerend is, zodat geen grondslag bestaat voor tariefregulering.

Op dit uitgangspunt zijn uitzonderingen gemaakt en hierop is door ACM gewezen. Artikel 5 BI, dat gebaseerd is op artikel 6.5 Tw, betreft een implementatie van artikel 28 Universeledienstrichtlijn. De vraag die voorligt is derhalve of de door artikel 5 BI gemaakte inbreuk op het uitgangspunt dat tariefregulering slechts plaatsvindt na een marktanalyse door een nationale regelgevende instantie, wordt gerechtvaardigd door artikel 28 Universeledienstrichtlijn.

7.2.4 Ingevolge artikel 28, eerste lid, aanhef en onder a, Universeledienstrichtlijn dienen de bevoegde nationale instanties in staat te worden gesteld om alle nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de eindgebruikers toegang hebben tot, en gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de Gemeenschap. De aanduiding "alle nodige maatregelen" geeft een aanwijzing dat ook tariefregulering is toegestaan en ACM heeft dit aspect in haar verweer dan ook benadrukt. Deze maatregelen dienen er, voor zover hier van belang, echter toe ervoor te zorgen dat eindgebruikers de gespecificeerde vorm van toegang hebben. ACM heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld dat het rekenen van hoge tarieven een toegangsbelemmering vormt. KPN meent daarentegen dat de toegankelijkheid van dienstverlening via niet-geografische nummers ook zonder het bestreden besluit is gewaarborgd.

7.2.5 Het College overweegt dat in overweging 46 in de considerans van Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, waarbij de Universeledienstrichtlijn is gewijzigd, het volgende is vermeld:

" De interne markt houdt in dat de eindgebruikers toegang hebben tot alle nummers die zijn opgenomen in de nationale nummerplannen van andere lidstaten, en toegang krijgen tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de Gemeenschap, met inbegrip van onder meer freephone-nummers en betaalnummers. (...) Er mag geen beperking zijn op de grensoverschrijdende toegang tot nummervacatures en de daarmee verband houdende diensten, tenzij in objectief gerechtvaardigde gevallen, bijvoorbeeld wanneer dit nodig is om fraude of misbruik te bestrijden, zoals bij bepaalde betaalnummerdiensten, wanneer het nummer uitsluitend als een nationaal nummer is gedefinieerd (bv. nationale verkorte doorkiesnummers), of wanneer dit technisch of economisch gezien niet haalbaar is. (...)"

Deze overweging in de considerans suggereert dat artikel 28 Universeledienstrichtlijn enkel erop gericht is om alle nodige maatregelen te nemen teneinde grensoverschrijdend telefoonverkeer tussen de lidstaten te waarborgen. Daarmee rijst de vraag of artikel 28 Universeledienstrichtlijn zo kan worden uitgelegd dat ook indien de grensoverschrijdende aankiesbaarheid van niet-geografische telefoonnummers technisch zonder meer mogelijk is en slechts de hiervoor gehanteerde tarieven een belemmering zouden kunnen vormen, de bevoegde nationale instanties maatregelen mogen nemen om belemmeringen die zijn gelegen in de tarieven weg te nemen.

7.2.6 Het College overweegt voorts dat indien tarieven kunnen worden beschouwd als een belemmering voor het hebben van toegang tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers, dit niet noodzakelijkerwijs met zich brengt dat dit geldt ongeacht de mate waarin dit tarief

het tarief voor het bereiken van geografische nummers overstijgt. Enerzijds is er de - ook door KPN erkende - mogelijkheid dat zodanig hoge tarieven worden gehanteerd, dat deze eindgebruikers er toenopen geheel of nagenoeg geheel af te zien van het gebruik van diensten met niet-geografische nummers. Anderzijds zal, hoewel mag worden aangenomen dat elke prijsstijging zal resulteren in enige daling van de vraag, het hanteren van hogere tarieven voor de toegang tot niet-geografische dan voor geografische nummers ook een dermate marginaal effect kunnen hebben dat de vraag rijst of ook in dat geval met vrucht kan worden gesteld dat eindgebruikers geen toegang hebben tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers. Dit klemt temeer nu het bestreden besluit slechts de door KPN voor haar transitdienstverlening in rekening gebrachte tarieven betreft, het hierdoor slechts circa 20 procent van het afgewikkelde verkeer betreft, de transitvergoedingen slechts een deel van het totale verkeertarief uitmaken, het bij de beller van een 090x-nummer in rekening gebrachte servicetarief een substantieel gedeelte vormt van het te betalen tarief en het transittarief slechts een ondergeschikt deel vormt van het te betalen tarief.

7.2.7 Voorts wijst het College op het volgende. Artikel 13, eerste lid, Toegangsrichtlijn bepaalt dat een nationale regelgevende instantie - na een marktanalyse - tariefverplichtingen kan opleggen. Deze nationale regelgevende instantie is in Nederland de ACM. Artikel 28, eerste lid, Universeledienstrichtlijn bepaalt dat in de lidstaten de bevoegde nationale instanties alle nodige maatregelen nemen. Laat artikel 28, eerste lid, Universeledienstrichtlijn hiermee de mogelijkheid open dat de in die bepaling genoemde maatregelen worden uitgevaardigd door een andere instantie dan de nationale regelgevende instantie die de in artikel 13, eerste lid, Toegangsrichtlijn genoemde bevoegdheid uitoefent en aan laatstgenoemde instantie alleen de bevoegdheid tot handhaving toekomt?

7.2.8 De onduidelijkheid die bestaat bij beantwoording van de hiervoor aangeduide vragen, brengt met zich dat het College ingevolge artikel 267 VWEU gehouden is dienaangaande het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

7.3 Gelet op het vorenstaande komt het College thans nog niet toe aan de behandeling van de overige beroepsgronden van KPN.

7.4 Dit leidt ertoe dat de procedure bij 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 over de volgende vragen:

1. Staat artikel 28 Universeledienstrichtlijn toe dat tariefregulering wordt opgelegd, zonder dat uit een marktanalyse is gebleken dat een partij ten aanzien van de gereguleerde dienst over aanmerkelijke marktmacht beschikt, terwijl de grensoverschrijdende aankiesbaarheid van niet-geografische telefoonnummers technisch zonder meer mogelijk is en de enige belemmering van de toegang van deze nummers er uit bestaat dat tarieven worden gehanteerd waardoor een oproep naar een niet-geografisch nummer duurder is dan een oproep naar een geografisch nummer?
2. Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord rijzen bij het College de volgende twee vragen:
 - a. Geldt de bevoegdheid tot tariefregulering ook wanneer de invloed van hogere tarieven op het belvolume naar niet-geografische nummers slechts beperkt is?
 - b. In hoeverre heeft de nationale rechter nog ruimte om te beoordelen of een volgens artikel 28 Universeledienstrichtlijn nodige tariefmaatregel niet onredelijk bezwarend is voor de transitaanbieder, gegeven de daarmee te dienen doelen?
3. Laat artikel 28, eerste lid, Universeledienstrichtlijn de mogelijkheid open dat de in die bepaling genoemde maatregelen worden uitgevaardigd door een andere instantie dan de nationale regelgevende instantie die de in artikel 13, eerste lid, Toegangsrichtlijn genoemde bevoegdheid uitoefent en aan laatstgenoemde instantie alleen de bevoegdheid tot handhaving toekomt?

- houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R.C. Stam, mr. H.O. Kerkmeester en mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, in aanwezigheid van mr. G.D. Kleijne, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 12 februari 2014.

w.g. R.C. Stam

w.g. G.D. Kleijne

voor afschrift
conform

