

ECLI:NL:CBB:2013:CA2714

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	11-06-2013
Datum publicatie	11-06-2013
Zaaknummer	AWB 13/198 AWB 13/199
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Voorlopige voorziening
Inhoudsindicatie	Telecommunicatiewet
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AB 2013/292 met annotatie van W. Sauter

Uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 13/198 en 13/199
15300 Telecommunicatiewet

Uitspraak van de voorzieningenrechter van 11 juni 2013 op de verzoeken om voorlopige voorziening in de zaken tussen

Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V., te Den Haag (KPN), verzoeksters
(gemachtigden: mr. P.V. Eijsvoogel en mr. L.A. van der Plas),

en

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

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen:

1. Tele2 Nederland B.V., te Diemen (Tele2)
(gemachtigden: mr. M.J. Geus en mr. J. Bessems),
2. Vodafone Libertel B.V., te Maastricht (Vodafone)
(gemachtigden: mr. P.M. Waszink en mr. J.J.R. Lautenbach),
3. Eurofiber B.V., te Maarssen (Eurofiber)
(gemachtigden: mr. P.P.J. van Ginneken en mr. G.P. Sholeh).

Procesverloop

Op 28 december 2012 heeft ACM krachtens hoofdstuk 6A van de Telecommunicatiewet (Tw) twee besluiten genomen.

Het eerste besluit, met kenmerk OPTA/AM/2012/203110, is het besluit Marktanalyse Ontbundelde toegang tot zakelijke glasvezelnetwerken (ODF-access (FttO)) (marktanalysebesluit FttO). Het tweede besluit, met kenmerk OPTA/AM/2012/203111, is het besluit Marktanalyse hoge kwaliteit wholesalebreedbandtoegang en wholesalehuurlijnen (marktanalysebesluit HK WBT/HL).

Tegen de twee besluiten hebben Tele2, Vodafone, KPN en Eurofiber beroep ingesteld.

Op 26 maart 2013 heeft KPN zich tot de voorzieningenrechter van het College gewend met het verzoek om een voorlopige voorziening te treffen ten aanzien van de twee besluiten. Het verzoek ten aanzien van het marktanalysebesluit FttO is bij het College geregistreerd onder zaaknummer 13/199, ten aanzien van het marktanalysebesluit HK WBT/HL onder zaaknummer 13/198.

In de voorlopige voorzieningprocedure zijn Tele2, Vodafone en Eurofiber als derde-partijen toegelaten.

ACM heeft de op de zaken betrekking hebbende stukken aan het College toegezonden. Ten aanzien van de vertrouwelijke versies van een aantal van deze gedingstukken heeft ACM met verwijzing naar artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) medegedeeld dat uitsluitend het College kennis zal mogen nemen van deze stukken. Bij beslissingen van 25 april 2013 (voor het verzoek over marktanalysebesluit FttO) en van 16 mei 2013 (voor het verzoek over marktanalysebesluit HK WBT/HL) heeft het College beslist dat beperking van de kennisneming van de stukken gerechtvaardigd is, wat betreft het marktanalysebesluit HK WBT/HL met uitzondering van twee in de beslissing genoemde stukken. Deze stukken zijn op verzoek van ACM aan het niet-vertrouwelijke deel van het dossier toegevoegd. KPN, Tele2, Vodafone en Eurofiber hebben ermee ingestemd dat het College mede op grondslag van de vertrouwelijke stukken uitspraak doet op de verzoeken om voorlopige voorziening.

ACM heeft een schriftelijke reactie op de verzoeken ingediend.

Vodafone, Tele2, Eurofiber en KPN hebben een zienswijze ingediend.

ACM heeft nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 29 mei 2013. Partijen zijn verschenen, bijgestaan door hun gemachtigden.

Overwegingen

1. Ingevolge het bepaalde in artikel 8:81 van de Awb, voor zover hier van belang, kan, indien tegen een besluit bij het College beroep is ingesteld, op verzoek een voorlopige voorziening worden getroffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Voor zover in deze uitspraak een oordeel wordt gegeven over de rechtmatigheid van het marktanalysebesluit FttO en het marktanalysebesluit HK WBT/HL is sprake van een voorlopig oordeel dat het College niet bindt in de bodemprocedure.

Voorwerp van de verzoeken om voorlopige voorziening

2. KPN vraagt om schorsing van twee verplichtingen die zijn opgenomen zowel in het marktanalysebesluit FttO als in het marktanalysebesluit HK WBT/HL, namelijk de near netverplichting en de verplichte aankondigingstermijn van twee maanden voor de ontwikkeling van een nieuw netwerk (door KPN aangeduid als de wachtverplichting).

Deze verplichtingen heeft ACM aan KPN opgelegd omdat KPN volgens ACM aanmerkelijke marktmacht heeft op de markt voor ODF-access (FttO) en op de markt voor HK WBT/HL. In de beroepsprocedure tegen het marktanalysebesluit FttO en tegen het marktanalysebesluit HK WBT/HL heeft KPN dit standpunt van ACM bestreden. In de onderhavige procedures over de verzoeken om voorlopige voorziening heeft KPN

uitdrukkelijk naar voren gebracht dit buiten bespreking te willen laten. De voorzieningenrechter gaat daarom bij de beoordeling van de verzoeken om voorlopige voorziening uit van de rechtmatigheid van de afbakening van de twee markten en de vaststelling dat KPN op die markten aanmerkelijk marktmacht heeft.

Eurofiber is partij

3. ACM heeft ter zitting betoogd dat Eurofiber niet als partij aan de onderhavige procedures kan deelnemen, omdat haar belang parallel is aan het belang van KPN en zij daarom niet als belanghebbende kan worden aangemerkt.

Eurofiber is werkzaam op het gebied waar KPN ook onder meer werkzaam is, namelijk het aanbieden van ODF-access (FttO). Zij heeft tegen de beide marktanalysebesluiten beroep aangetekend en is daarom in de beroepsprocedure tegen die besluiten partij. Het belang van Eurofiber is als zodanig betrokken bij de twee marktanalysebesluiten. Indien een voorlopige voorziening getroffen wordt heeft dat ook voor haar positie op de markt gevolgen. Eurofiber heeft zich in haar zienswijze over de verzoeken van KPN alleen uitgesproken over de near-netverplichting. Zij heeft zich daarin net als KPN op het standpunt gesteld dat die verplichting onrechtmatig is en dat de twee besluiten op dit punt moeten worden geschorst. Dat zij net als KPN ongelukkig is met de near-netverplichting doet er niet aan af dat Eurofiber - ook in de procedures over de verzoeken om voorlopige voorziening - een eigen belang heeft (kort gezegd: de bevordering van infrastructuurconcurrentie met KPN) dat rechtstreeks bij de twee besluiten is betrokken en dat niet samenvalt met het belang dat KPN in deze procedure behartigt. Eurofiber heeft er als concurrent belang bij dat ook haar belangen in dit geding mede aangevoerd en gewogen kunnen worden. Een en ander neemt niet weg, dat het in dit geding gaat om een door KPN gevraagde voorziening, zodat de door KPN aan haar verzoek ten grondslag gelegde argumenten ter beoordeling voorliggen.

Near-netverplichting

4. In beide besluiten is aan KPN een zogeheten near-netverplichting opgelegd.

In het marktanalysebesluit FttO is in onderdeel VI van het dictum vermeld dat KPN moet voldoen aan redelijke verzoeken tot ODF-access (FttO) op het niveau van de MA en op het niveau van de MB. In onderdeel VII, aanhef en onder e, is vermeld dat de in dictumonderdeel VI bedoelde toegangsverplichting uitdrukkelijk mede ziet op de bij ODF access (FttO) behorende faciliteiten, waaronder in ieder geval de near-netdienst wordt verstaan.

In het marktanalysebesluit HK WBT/HL is in onderdeel V van het dictum vermeld dat KPN moet voldoen aan redelijke verzoeken om HK WBT/HL-toegang over koper- en glasvezelnetwerken. In onderdeel VI, aanhef en onder d, is vermeld dat de in dictumonderdeel V bedoelde toegangsverplichting uitdrukkelijk mede ziet op alle bij HK WBT/HL-toegang behorende faciliteiten te leveren als onderdeel van toegang, waaronder in ieder geval, uitsluitend in het geval van HK WBT/HL-toegang op basis van ODF-access (FttO), de near-netdienst wordt verstaan.

5. ACM verstaat onder de near-netdienst de, aan KPN op te leggen verplichting tot, aanleg (inclusief het graven en het aansluiten) van een deel van een glasvezelaansluitlijn op het FttO-netwerk van KPN ten behoeve van (in het geval van het marktanalysebesluit FttO) de levering van ODF-access (FttO), dan wel ten behoeve van (in het geval van het marktanalysebesluit HK WBT/HL) de levering van HK WBT/HL-diensten over die aansluitlijn. Dit is vermeld in randnummer 540 van het marktanalysebesluit FttO en in randnummer 655 van het marktanalysebesluit HK WBT/HL.

6. ACM heeft de near-netverplichting gebaseerd op artikel 6a.2, in samenhang gelezen met artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw.

Uit artikel 6a.6, eerste lid, van de Tw, zoals dat ten tijde van het nemen van de twee besluiten luidde, volgt dat ACM de verplichting kan opleggen om te voldoen aan redelijke verzoeken tot door ACM te bepalen vormen van toegang. In artikel 1.1, aanhef en onder l, van de Tw is vermeld dat onder toegang wordt verstaan het aan een andere onderneming beschikbaar stellen van netwerkonderdelen, bijbehorende faciliteiten of diensten onder uitdrukkelijke voorwaarden, al dan niet op exclusieve basis, ten behoeve van het aanbieden van elektronische communicatiediensten, het aanbieden van diensten voor de informatiemaatschappij of het verspreiden van programma's aan het publiek, door die onderneming. In artikel 1.1, aanhef en onder j, van de Tw is vermeld dat onder bijbehorende faciliteiten wordt verstaan de bij een elektronisch communicatienetwerk of een elektronische communicatiedienst behorende diensten, fysieke infrastructuren en andere faciliteiten of elementen die het aanbieden van diensten via dat netwerk of die dienst mogelijk maken of ondersteunen of het potentieel hiertoe bezitten.

7. Door de near-netverplichting wordt KPN verplicht om - op verzoek van een concurrent - een glasvezelaansluitlijn aan te leggen waar KPN nog geen ODF-access (FttO) aanbiedt, en daartoe ook graaf- en aansluitwerkzaamheden uit te voeren. Uit randnummer 553 e.v. van het marktanalysebesluit FttO en randnummer 668 e.v. van het marktanalysebesluit HK WBT/HL blijkt dat ACM een verzoek tot het aanleggen van een glasvezelaansluitlijn ten behoeve van een bedrijfslocatie die zich binnen een graafafstand van 250 meter van het FttO-netwerk van KPN bevindt, in ieder geval als een redelijk verzoek aanmerkt. Daarbij sluit ACM op voorhand niet uit dat ook andere (de voorzieningenrechter leest: verderstrekkende) verzoeken redelijk zouden kunnen zijn en door KPN moeten worden gehonoreerd. Met de near-netverplichting wordt KPN dus gedwongen haar glasvezelnetwerk verder uit te rollen ten behoeve van FttO-access.

8. Anders dan ACM en Vodafone hebben betoogd, is de voorzieningenrechter van oordeel dat KPN spoedeisend belang heeft bij het treffen van een voorlopige voorziening. Het betoog van ACM in dat verband dat KPN voorheen al op vrijwillige basis near netaansluitingen verwezenlijkte, kan niet slagen. Niet alleen neemt de near netverplichting - in ieder geval binnen een graafafstand van 250 meter - de beslissingsvrijheid van KPN weg. Ook omvat de verplichting het voorschrift om op de korte termijn van twee weken te reageren op een verzoek tot near-netaansluiting, zo volgt uit randnummer 559, onder c, van het marktanalysebesluit FttO. Dat de nog door ACM vast te stellen tarieven die KPN voor een near-netaansluiting in rekening mag brengen, nagenoeg gelijk zullen zijn aan de tarieven die KPN voorheen bij een vrijwillig aanbod in rekening bracht, zoals ACM en Vodafone hebben betoogd, is geen reden om te oordelen dat KPN geen spoedeisend belang heeft. Dit doet immers niet af aan het essentiële verschil tussen vrijwillige en gedwongen, in voorschriften neergelegde, aanleg van een aansluiting.

9. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is op goede gronden voorstelbaar dat het College in de bodemprocedures tot het oordeel zou komen dat ACM niet op grond van artikel 6a.6 van de Tw bevoegd is om KPN te verplichten toegang te bieden tot haar netwerk op een locatie waar nog geen netwerk bestaat. De voorbeelden die zijn genoemd in artikel 6a.6 als vormen van toegang die een onderneming met aanmerkelijk marktmacht kan worden gedwongen te verlenen, bieden zonder nader onderzoek vooralsnog niet de duidelijkheid dat een dergelijke verplichting binnen het kader van artikel 6a.6 kan worden opgelegd. Ook de bepalingen van 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), zoals ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad, waarvan onder meer artikel 6a.6 van de Tw de nationaalrechtelijke implementatie vormt, bieden daarover thans onvoldoende zekerheid. In dit verband heeft KPN erop gewezen dat het Deense Østre Landsret naar aanleiding van een gelijksoortige, maar veel minder vergaande verplichting die Teleklagenævnet aan TDC A/S heeft opgelegd, op 3 december 2012 aan het Hof van Justitie van de Europese Unie prejudiciële vragen heeft gesteld over het begrip 'toegang' in artikel 2, onder a, van de Toegangsrichtlijn en over het begrip 'toegang tot en gebruik van bepaalde netwerkonderdelen en bijbehorende faciliteiten' in artikel 12 gelezen in samenhang met de artikelen 2 en 8 van de Toegangsrichtlijn (zaak C-556/12).

10. Vaststaat dat ACM er groot belang bij heeft om, uitgaande van de positie van KPN als onderneming met aanmerkelijke marktmacht, in te grijpen in de - volgens KPN - opkomende, dan wel - volgens ACM - groeiemarkt voor ODF-access en HK WBT/HL op basis van ODF-access. Volgens ACM zijn eindgebruikers die nog niet zijn aangesloten op het in de nabijheid liggende glasvezelnetwerk van KPN, zonder de near-netverplichting onbereikbaar voor retailaanbieders zonder eigen netwerk in de directe omgeving. Reden daarvoor is dat het volgens ACM vanuit economisch perspectief niet reëel is van andere aanbieders te verlangen dat zij zelf voor de aansluiting op het netwerk van KPN zouden moeten zorgen, gelet op de relatief hoge kosten voor de aanleg van de "laatste meters" tussen het glasvezelnetwerk van KPN en de bedrijfslocatie die de andere aanbieder wil gaan bedienen. Daarbij is ook van belang dat het bezit van geïsoleerde aansluitnetten voor die retailaanbieders op den duur weinig nut kan hebben. Gelet op een en ander heeft ACM, zo begrijpt de voorzieningenrechter, de keuze gemaakt om KPN te verplichten om een aansluitlijn aan te leggen naar eindgebruikers die van een andere aanbieder diensten willen afnemen, teneinde de dienstenconcurrentie te bevorderen.

11. Anderzijds moet worden vastgesteld, zoals ACM ook zelf heeft overwogen in de twee besluiten, dat de near-netverplichting voor KPN verstrekkende gevolgen heeft, gelet ook op de grote afstand van 250 meter die KPN volgens ACM in ieder geval zal moeten overbruggen. Daarbij moet eveneens worden bedacht dat - zoals ook blijkt uit de twee besluiten - KPN daadwerkelijk concurrentie ondervindt van andere aanbieders van ODF access (FttO), waaronder haar grootste concurrent Eurofiber. Die concurrenten zijn net als KPN nog altijd bezig met de uitrol van hun netwerk, zodat concurrentie niet alleen plaatsvindt op de markt (in de vorm van dienstenconcurrentie), maar ook om de markt (in de vorm van infrastructuurconcurrentie). Het bestaan van infrastructuurconcurrentie in enige omvang laat uiteraard onverlet de - in deze procedure niet bestreden - conclusie van ACM dat KPN vanwege haar marktaandeel en netwerkdekking aanmerkelijke marktmacht heeft. Door KPN te verplichten haar netwerk verder uit te rollen, kan worden verwacht dat haar netwerkdekking relatief gezien verder zal toenemen, gelet ook op de door ACM aangevoerde omstandigheid dat 85-90% van alle potentiële bedrijfslocaties zich binnen een bereik van 250 meter van het FttO-netwerk van KPN bevindt. Niet is uitgesloten dat de near-netverplichting - zoals de gemachtigde van Eurofiber ter zitting ook naar voren heeft gebracht andere aanbieders zal ontmoedigen zelf ook een netwerk aan te leggen en aldus de infrastructuurconcurrentie zal belemmeren.

12. Alles in ogenschouw nemend is de voorzieningenrechter van oordeel dat gelet op de betrokken belangen onverwijlde spoed het treffen van een voorlopige voorziening vereist. De voorzieningenrechter overweegt dat tegenover het belang van ACM om de dienstenconcurrentie op de markt voor ODF-access (FttO) te bevorderen en het gerechtvaardigde belang van concurrenten van KPN om potentiële afnemers van hun retailediensten te kunnen bedienen, staat dat de near-netverplichting voor KPN verstrekkende gevolgen heeft en dat niet is uitgesloten dat de infrastructuurconcurrentie daardoor wordt belemmerd. Nu er bovendien onduidelijkheid is over de vraag of ACM op grond van de Telecommunicatiewet (en de Toegangsrichtlijn) wel de bevoegdheid heeft om een zo verstrekkende verplichting aan KPN op te leggen, is de voorzieningenrechter van oordeel dat de belangen bij schorsing van de near-netverplichting de doorslag moeten geven. Schorsing laat overigens onverlet de mogelijkheid dat KPN op vrijwillige basis een aansluitlijn aanlegt, zoals zij in het verleden ook heeft gedaan. Van belang is voorts dat het College, gelet op de aan partijen medegedeelde zittingsplanning, waarschijnlijk pas volgend jaar uitspraak doet over de aan de orde zijnde marktanalysebesluiten. Voorts wordt in de beschouwing betrokken dat inmiddels gesloten contracten met afnemers van FttO-access door een eventuele vernietiging van een marktanalysebesluit niet geraakt zullen worden.

Verplichte aankondigingstermijn

13. Beide besluiten bevatten de verplichting voor KPN een aankondigingstermijn van twee maanden aan te houden voor nog te ontwikkelen aansluitnetwerken.

In het marktanalysebesluit FttO is in onderdeel IX van het dictum aan KPN een non discriminatieverplichting opgelegd. In onderdeel X, onder f, is vermeld dat de non discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op het proces van aankondiging van nog te ontwikkelen aansluitnetwerken.

In onderdeel XXII is aan KPN een algemene transparantieplichting opgelegd en de verplichting om een referentieaanbod bekend te maken. In onderdeel XXIII is vermeld dat KPN alle diensten en bijbehorende faciliteiten die KPN levert in het kader van de toegangsverplichting dient op te nemen in een referentieaanbod. In onderdeel XXV, onder b, is vermeld dat aan de verplichting om een referentieaanbod te publiceren het voorschrift verbonden wordt dat KPN voor nieuwe of gewijzigde diensten een aankondigingstermijn van minimaal twee maanden in acht dient te nemen, voordat een dergelijke dienst wordt geïmplementeerd. Onder f is als voorschrift opgenomen dat KPN zorg dient te dragen dat de aangekondigde wholesaledienst ook daadwerkelijk afneembaar is aan het einde van de aankondigingstermijn met inachtneming van de geldende verplichtingen.

In het marktanalysebesluit HK WBT/HL zijn gelijkkluidende bepalingen opgenomen in respectievelijk onderdeel VIII, onderdeel IX, onder f, onderdeel XVIII, onderdeel XIX, onderdeel XXI, onder b en onder f.

14. Met deze bepalingen heeft ACM - zoals ook blijkt uit randnummer 580, onder f, van het marktanalysebesluit FttO en randnummer 693, onder f, van het marktanalysebesluit HK WBT/HL - beoogd KPN te verplichten een termijn van minimaal twee maanden in acht te nemen voordat zij de wholesalediensten binnen een nog te ontwikkelen aansluitnetwerk, in retail- en/of wholesaleproposities mag offreren. ACM wil daarmee voorkomen dat KPN, als zij het voornemen heeft opgevat een bepaald gebied te verglazen, overeenkomsten met potentiële afnemers in dat gebied reeds heeft gesloten, voordat zij concurrentie ondervindt van alternatieve aanbieders.

15. De voorzieningenrechter acht door KPN voldoende aannemelijk gemaakt dat de verplichtingen ertoe leiden dat de huidige praktijk van vraagbundeling zoals KPN deze voert, niet meer als zodanig mogelijk is. Partijen hebben ook niet bestreden dat KPN op dit punt een spoedeisend belang heeft. Daarmee is echter niet gezegd, dat ACM ten behoeve van de ontwikkeling van een concurrerende markt een dergelijke verplichting niet mag opleggen. De voorzieningenrechter is er in de huidige stand van de procedure niet van overtuigd geraakt dat de aankondigingstermijn in de weg staat aan verdere uitrol van het glasvezelnetwerk zoals ook door KPN gewenst. Het belang van KPN bij voortzetting van haar wijze van bedrijfsvoering moet worden afgezet tegen het belang om bij de ontwikkeling van een nieuw aansluitnetwerk ruimte te creëren voor concurrentie door alternatieve aanbieders. Uitgaande van de in deze procedure niet bestreden positie van KPN als houder van aanmerkelijke marktmacht, noopt het belang van KPN naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet tot het treffen van een voorlopige voorziening.

Slotsom

16. De voorzieningenrechter wijst de verzoeken gedeeltelijk toe.

17. De voorzieningenrechter veroordeelt ACM in de door KPN gemaakte proceskosten. De twee, samenhangende, verzoeken om voorlopige voorziening worden daarbij beschouwd als één zaak. De proceskosten stelt de voorzieningenrechter op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 1.888,-- (1 punt voor het indienen van de verzoekschriften, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van 472,- en een wegingsfactor 2).

De derde-partijen komen niet voor een vergoeding van proceskosten in aanmerking.

Beslissing

De voorzieningenrechter:

- schorst het marktanalysebesluit FttO wat betreft dictumonderdeel VII, onder e;
- schorst het marktanalysebesluit HK WBT/HL wat betreft dictumonderdeel VI, onder d;

- wijst de verzoeken om voorlopige voorziening voor het overige af;
- draagt ACM op de betaalde griffierechten van in totaal 620,-- (zegge: zeshonderdtwintig euro) aan KPN te vergoeden;
- veroordeelt ACM in de proceskosten tot een bedrag van 1.888,-- (zegge: achttienhonderdachtentachtig euro), te betalen aan KPN.

Deze uitspraak is gedaan door mr. W.E. Doolaard, in aanwezigheid van mr. M.B.L. van der Weele, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 11 juni 2013.

w.g. W.E. Doolaard w.g. M.B.L. van der Weele