

ECLI:NL:RBROT:2005:AV2391

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	25-08-2005
Datum publicatie	22-02-2006
Zaaknummer	03/2165
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Telecommunicatie, transitdiensten, transitvergoedingen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK TE ROTTERDAM

Meervoudige kamer voor bestuursrechtelijke zaken

Reg.nr.: TELEC 03/2165-STRN

Uitspraak

in het geding tussen

UPC Nederland B.V. (hierna: UPC), gevestigd te Amsterdam, eiseres,
gemachtigd mr. P. Wit, advocaat te Amsterdam,

en

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, verweerder,
gemachtigd mr. A.Th. Meijer, advocaat te Den Haag,

met als derde-partijen:

KPN Telecom B.V. (hierna: KPN), gevestigd te Den Haag,
gemachtigd mr. P.V. Eijsvoogel, advocaat te Amsterdam,

KPN Mobile The Netherlands B.V. (hierna: KPN Mobile), gevestigd te Den Haag,
gemachtigd mr. B.J.H. Braeken, advocaat te Amsterdam.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 12 december 2002 (verder: het primaire besluit) heeft verweerder op grond van artikel 6.3, tweede lid, respectievelijk artikel 6.3, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) - zoals deze destijds luidde - een beslissing genomen in het geschil tussen UPC enerzijds en KPN alsmede KPN Mobile anderzijds. Kort samengevat heeft verweerder daarbij geoordeeld dat:

- KPN gerechtigd is aan UPC een transitvergoeding te vragen voor het gebruik dat UPC heeft gemaakt van de transitdienst van KPN voor het afwickelen van verkeer naar het mobiele netwerk van KPN dan wel dat van KPN Mobile;
- de vordering van UPC om de hoogte van die transitvergoeding op basis van kostenoriëntatie vast te stellen wordt afgewezen;
- KPN Mobile wordt gelast om binnen vier weken na bekendmaking van dit besluit UPC een redelijk en non-discriminatoir aanbod voor directe interconnectie te doen;
- KPN Mobile verplicht is om eventuele meerkosten van UPC door het ontbreken van een mogelijkheid voor directe interconnectie te vergoeden indien directe interconnectie tot stand komt.

Tegen dit besluit is zowel door UPC als KPN Mobile bij brieven van respectievelijk 17 en 23 januari 2003 bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 13 juni 2003 heeft verweerder de bezwaren van UPC ten aanzien van de vraag of transitvergoedingen rechtens in rekening mochten worden gebracht, ongegrond verklaard en zijn beslissing ten aanzien van zowel het verzoek van UPC om het transit tarief van KPN te toetsen aan het beginsel van kostenoriëntatie als de bezwaren van KPN Mobile tegen de regels die hij heeft gesteld inzake de directe interconnectie, aangehouden.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft UPC bij brief van 18 juli 2003 beroep ingesteld. Bij brief van 3 september 2003 heeft UPC de gronden van het beroep ingediend.

Daartoe door de rechtbank in de gelegenheid gesteld hebben zowel KPN als KPN Mobile als derde-partijen aan het geding deelgenomen. KPN heeft bij brief van 17 maart 2005 haar zienswijze ingediend.

Verweerder heeft bij brief van 29 januari 2004 een verweerschrift ingediend.

Verweerder heeft bij het inzenden van de op de zaak betrekking hebbende stukken ten aanzien van (gedeelten van) een aantal stukken op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) medegedeeld dat alleen de rechtbank daarvan kennis zal mogen nemen.

Bij beslissing van 8 februari 2005 heeft de rechter-commissaris beperking van de kennisneming van de door verweerder ingezonden stukken deels gerechtvaardigd geacht, in die zin dat alleen de rechtbank daarvan kennis zal mogen nemen.

Verweerder heeft de gedingstukken ten aanzien waarvan de rechter-commissaris beperking van de kennisneming niet gerechtvaardigd heeft geacht alsnog ingediend.

Partijen hebben toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb, verleend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 29 maart 2005. UPC heeft zich laten vertegenwoordigen door haar medewerker mr. B.J.M. van Zeeland. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. KPN en KPN Mobile hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde.

2. Overwegingen

2.1 Bevoegdheid rechtbank

Ingevolge het koninklijk besluit van 7 mei 2004, gepubliceerd in Staatsblad 2004/207 (uitgiftedatum 18 mei 2004), is de Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002 (hierna: Implementatiewet) met ingang van 19 mei 2004 in werking getreden.

Artikel 17.1 van de Tw luidt met ingang van 19 mei 2004 als volgt:

1. Tegen besluiten die door het college zijn genomen op grond van hoofdstuk 6, 6A, 6B, 12 of 15, met uitzondering van besluiten als bedoeld in de artikelen 15.2a en 15.4, kan een belanghebbende beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.
2. In afwijking van artikel 8:7 van de Algemene wet bestuursrecht is voor beroep tegen besluiten, niet zijnde besluiten als bedoeld in het eerste lid, de rechtbank Rotterdam bevoegd.
3. Ten aanzien van besluiten die door het college zijn genomen op grond van hoofdstuk 6, 6A, 6B, of 12, blijft artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht buiten toepassing.

Ingevolge artikel 19.11 van de Tw - zoals deze met ingang van 19 mei 2004 luidt - is, op besluiten die door verweerder zijn genomen op grond van hoofdstuk 6, waartegen bezwaar of beroep kon worden ingesteld voor de inwerkingtreding van de Implementatiewet, in afwijking van artikel 17.1, eerste lid, de rechtbank bevoegd en blijft artikel 17.1, derde lid, buiten toepassing.

Gelet op het vorenstaande, de data van het primaire- en bestreden besluit, alsmede artikel 17.1 van de Tw (oud) is de rechtbank derhalve (exclusief) bevoegd ter zake van dit geschil uitspraak te doen.

2.2 Juridisch kader (zoals dit luidde voor 19 mei 2004)

Artikel 6.1, eerste, derde, vierde en zesde lid, van de Tw luidt als volgt:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken of openbare telecommunicatiediensten in Nederland, die daarbij de toegang tot netwerkaansluitpunten van eindgebruikers controleren, dragen zorg voor de interconnectie van de betrokken telecommunicatienetwerken teneinde te verzekeren dat de daarop aangesloten gebruikers over en weer met elkaar kunnen communiceren.
3. Het college kan ontheffing verlenen van de in het eerste en tweede lid bedoelde verplichting tot interconnectie indien er voor de desbetreffende interconnectie andere, technisch en commercieel haalbare mogelijkheden bestaan, of indien de desbetreffende interconnectie redelijkerwijs niet kan worden verlangd in het licht van de middelen die beschikbaar zijn.
4. Onverminderd het derde lid, en onverminderd eventuele verplichtingen uit hoofde van Nederland bindende verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties kan Onze Minister ontheffing verlenen van de in het tweede lid bedoelde verplichting tot interconnectie indien de naleving ervan leidt tot een verstoring van de mededinging.
6. Onverminderd het derde en vierde lid, dient ter uitvoering van het eerste, tweede en vijfde lid iedere daar bedoelde aanbieder met andere daar bedoelde aanbieders in onderhandeling te treden om te komen tot overeenkomsten op basis waarvan de interconnectie tot stand komt. In het geval de in de vorige zin bedoelde verplichting dient ter uitvoering van het eerste lid kan het college aanbieders bij het uitblijven van een overeenkomst een termijn stellen, waarbinnen deze tot stand moet zijn gekomen. Na ommekomst van deze termijn zijn betrokken aanbieders in gebreke, tenzij door een of meer van hen een beroep gedaan is op artikel 6.3, eerste lid.

Artikel 6.3, eerste en tweede lid, van de Tw luidt als volgt:

1. Indien aanbieders geen overeenkomst als bedoeld in artikel 6.1, zesde lid, tot stand brengen, kan het college op aanvraag van een of meer van hen, de regels vaststellen die tussen hen zullen gelden. Een besluit van het college laat de mogelijkheid van een buitenlandse aanbieder als bedoeld in artikel 6.1, tweede lid, om af te zien van de interconnectie onverlet.

2. Geschillen tussen bij interconnectie als bedoeld in artikel 6.1 betrokken aanbieders met betrekking tot de vraag of de ter zake tussen hen in verband met interconnectie bestaande verbintenissen, of de wijze waarop deze worden nagekomen, strijdig zijn met het bepaalde bij of krachtens deze wet, worden op aanvraag van een of meer van de betrokken aanbieders door het college beslecht. In het geval het college van oordeel is dat er sprake is van strijd met het bepaalde bij of krachtens deze wet kan hij ter beëindiging van deze situatie regels vaststellen die tussen de aanbieders zullen gelden. In voorkomende gevallen treden bedoelde regels in de plaats van de tot dan toe bestaande verbintenissen.

2.3 Feiten

KPN en KPN Mobile zijn op basis van artikel 6.4 van de Tw aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht als aanbieders van respectievelijk een vast openbaar telefoonnetwerk en een vaste openbare telefoondienst als van een mobiel openbaar telecommunicatienetwerk en van een mobiel openbare telecommunicatiedienst. UPC is een aanbieder van een vast openbaar telecommunicatienetwerk en van openbare vaste telecommunicatiediensten in de zin van artikel 6.1 van de Tw.

UPC heeft bij brief van 25 januari 2002 bij verweerder een geschil aanhangig gemaakt waarbij zij heeft verzocht regels vast te stellen die tussen haar en KPN alsmede KPN Mobile zullen gelden ter zake van de rechtmatigheid van transitvergoedingen en de hoogte daarvan. Daarbij speelt primair de vraag of de transitvergoeding die KPN bij UPC in rekening brengt voor het afwickelen van verkeer van eindgebruikers van UPCs netwerk die bellen naar eindgebruikers van het KPNs mobiele netwerk, gerechtigd is en wat daarvan de hoogte zou mogen zijn. Daarnaast vormen de voorwaarden die KPN Mobile hanteert voor het aangaan van directe interconnectie met haar netwerk een onderdeel van het door UPC bij verweerder voorgelegde geschil.

Los van het door UPC aanhangig gemaakte geschil heeft verweerder in zijn oordeel van 21 maart 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/200400, (hierna: het Oordeel) overwogen dat een transitvergoeding slechts kan worden gerechtvaardigd als er niet alleen sprake is van een afzonderlijk netwerk in technische zin maar ook van een afzonderlijke aanbieder. Om te kunnen spreken van een afzonderlijke aanbieder acht verweerder het noodzakelijk dat deze in het bezit is van een eigen rechtspersoonlijkheid, een eigen registratie en eindgebruikersnummers in eigen beheer. Daarnaast heeft verweerder geoordeeld dat KPN pas vanaf het moment waarop KPN Mobile een zelfstandige rechtspersoon is geworden gerechtigd is een transitvergoeding te vragen voor verkeer dat wordt afgewikkeld naar het mobiele netwerk. Bovendien zal hij nog onderzoeken in hoeverre de transitheffing voor dit verkeer daarna wel volledig rechtmatig is geweest.

Bij het primaire besluit heeft verweerder op grond van artikel 6.3, tweede lid, respectievelijk artikel 6.3, eerste lid, van de Tw - voor zover hier van belang - geoordeeld dat KPN gerechtigd is aan UPC een transitvergoeding te vragen voor het gebruik dat UPC heeft gemaakt van de transitdienst van KPN voor het afwickelen van verkeer naar het mobiele netwerk van KPN dan wel dat van KPN Mobile.

Daarbij heeft verweerder het Oordeel nader gepreciseerd en zich op het standpunt gesteld dat de omstandigheid dat (opm. rb. bedoeld zal zijn: de aanbieder van) het netwerk van bestemming al dan niet rechtspersoonlijkheid heeft op zich geen grond kan zijn voor het wel of niet mogen vragen van een transitvergoeding. Gelet immers op het voor KPN geldende verbod op discriminatie kan zij eigen onderdelen, ongeacht of deze juridisch zelfstandig zijn, niet anders behandelen dan vergelijkbare andere aanbieders. Om een transitvergoeding te kunnen vragen dient er echter wel sprake te zijn van een evident kenbaar afzonderlijk netwerk (hierna: EKAN), waarmee in principe ook directe interconnectie mogelijk is. Het kan namelijk niet zo zijn dat aanbieders worden gedwongen een transitvergoeding te betalen, terwijl

ze niet de keuze hebben om direct te interconnecteren.

Bij het bestreden besluit heeft verweerder - voor zover te dezen relevant - de bezwaren van UPC, ten aanzien van de vraag of transitvergoedingen rechtens in rekening mochten worden gebracht, ongegrond verklaard. Met dit onderdeel van het bestreden besluit kan UPC zich niet.

2.4 Standpunten van partijen

2.4.1 Standpunten van verweerder

Een EKAN moet volgens verweerder voldoen aan een aantal criteria. Het moet daarbij allereerst gaan om een afzonderlijk netwerk in technische zin. Daarnaast moet duidelijk zijn dat het een afzonderlijk netwerk betreft, waarmee directe interconnectie kan worden aangegaan vanuit netwerken van andere aanbieders. De benodigde duidelijkheid kan worden verkregen door het netwerk onder te brengen bij een eigen zelfstandige rechtspersoon en/of door het publiceren van voorwaarden voor het aangaan van directe interconnectie. Indien een netwerk gesprekken aflevert op eigen, herkenbare nummers wordt het daarmee voor andere aanbieders ook duidelijk dat het een afzonderlijk netwerk is. Verder is de registratie van een afzonderlijke aanbieder bij verweerder een duidelijke indicatie van het hebben van een EKAN.

Om te waarborgen dat aanbieders ook daadwerkelijk tussen directe en indirecte interconnectie kunnen kiezen, geldt voor ieder EKAN, of dat nu juridisch zelfstandig is of niet, dat het een redelijk aanbod moet doen bij een verzoek tot directe interconnectie.

Verweerder stelt zich daarnaast op het standpunt dat het evident kenbaar is dat KPN Mobile een ander netwerk aanbiedt dan het vaste netwerk van KPN. Ten eerste omdat het mobiele netwerk een geheel eigen infrastructuur gebruikt. Daarnaast heeft KPN in 1995 interconnectie gerealiseerd tussen haar vaste en haar mobiele netwerk, onder gelijke voorwaarden als die zij hanteerde voor interconnectie tussen haar vaste netwerk en het mobiele netwerk van Libertel. Verder zijn eindgebruikers van KPNs mobiele netwerk met hun nummers duidelijk te onderscheiden van eindgebruikers van KPNs vaste netwerk, die kenbaar zijn met geografische nummers. Bovendien werd het mobiele netwerk door andere aanbieders als een afzonderlijk netwerk opgevat. Met de juridische verzelfstandiging is overigens de evident kenbare afzonderlijkheid van het mobiele netwerk in feite alleen nog maar verder toegenomen.

Verweerder stelt zich verder op het standpunt dat UPC redelijkerwijs had kunnen weten dat het mobiele netwerk van KPN een EKAN was. UPC had met betrekking tot haar verkeer bestemd voor het mobiele netwerk van KPN de keuze tussen ofwel gebruikmaking van de door KPN aangeboden transitdienst, ofwel van een met KPNs mobiele netwerk te realiseren directe interconnectie. Naar de mening van verweerder is KPN de overeenkomst nagekomen op een wijze die niet in strijd is met de Tw. Zij heeft een transitvergoeding kunnen vragen voor het verkeer dat zij van UPC ter afwikkeling op KPNs mobiele netwerk ontvangt, en wel sinds het moment waarop met de verzorging van deze functionaliteit voor UPC een aanvang is genomen.

Verweerder meent dan ook dat KPN over de periode dat KPNs mobiele netwerk nog niet was verzelfstandigd tot dat wat wordt gebruikt door KPN Mobile, geen van de door UPC betaalde transitvergoedingen terug behoeft te betalen. Hoewel er ook gebruik werd gemaakt van vaste netwerkelementen, stond het buiten twijfel dat er in technische zin sprake was van een afzonderlijk mobiel netwerk. Ook is het KPN naar de mening van verweerder toegestaan, gezien de genoemde evident kenbare afzonderlijkheid van het netwerk van KPN Mobile sinds haar verzelfstandiging, UPC transitvergoedingen te vragen voor het afwikkelen van verkeer van UPC naar KPN Mobile.

Verweerder kan bovendien het uitgangspunt van UPC, dat de afzonderlijke voorwaarden om aan het criterium te voldoen, cumulatief moeten worden gezien, niet onderschrijven. Ofschoon verweerder van oordeel is dat het voldoen aan één van de voorwaarden onvoldoende is om aan het criterium te voldoen,

acht verweerder het noodzakelijk om het criterium niet te dwingend te formuleren vanwege het risico dat anders eventueel strategische splitsing van netwerken bij KPN wordt gestimuleerd. Naar de mening van verweerder dient op basis van alle relevante feiten en omstandigheden te worden beoordeeld of er sprake is van een EKAN.

2.4.2 Standpunten van UPC

Om reden dat UPC tevergeefs heeft getracht met KPN Mobile een overeenkomst voor directe interconnectie tot stand te brengen is UPC, ten einde wederzijdse communicatie mogelijk te maken tussen abonnees van UPC en KPN Mobile, indirecte interconnectie met KPN aangegaan, waarvoor KPN UPC transitkosten in rekening brengt. UPC is van mening dat dit laatste niet redelijk is, aangezien het netwerk van KPN Mobile niet beschouwd kan worden als een apart netwerk en UPC door KPN en KPN Mobile tezamen genoodzaakt wordt een transitvergoeding aan KPN te betalen zolang KPN Mobile weigert op redelijke voorwaarden directe interconnectie mogelijk te maken.

UPC merkt dienaangaande in de eerste plaats op dat op grond van de in het Oordeel neergelegde criteria KPN van UPC geen transitvergoedingen kon verlangen. Eerst bij het primaire besluit heeft verweerder de voorwaarden bijgesteld zonder duidelijk althans onvoldoende gemotiveerd, te hebben aangegeven dat het in het Oordeel geformuleerde criterium niet meer zou volstaan. UPC is van mening dat verweerder niet van de in het Oordeel geformuleerde - cumulatief geldende - criteria had mogen afwijken. Zelfs indien het legitiem zou zijn om van het Oordeel af te wijken had verweerder in ieder geval vast moeten houden aan de eis dat de aanbieders van de verschillende netwerken ook verschillende rechtspersonen zijn.

UPC wijst in dit verband op artikel 6.1, zesde lid, van de Tw, waaruit volgt dat met betrekking tot interconnectie als bedoeld in het eerste lid van artikel 6.1 van de Tw een overeenkomst moet worden gesloten. Volgens UPC miskent verweerder dat het juridisch niet goed mogelijk is dat een rechtspersoon met zichzelf (in de hoedanigheid van een bedrijfsonderdeel) een juridisch bindende overeenkomst kan sluiten. Hiermee staat dus vast dat het in technische zin koppelen van netwerken die beheerd worden door verschillende afdelingen van een zelfde rechtspersoon geen interconnectie kan zijn als bedoeld in artikel 6.1, eerste lid van de Tw.

Bovendien meent UPC dat het verstrekken van interconnectie aan een bedrijfsonderdeel nog niet met zich brengt dat daardoor derde-partijen die via KPN met een dergelijk bedrijfsonderdeel indirecte interconnectie verkrijgen, daarvoor plotseling aan KPN een transitvergoeding verschuldigd zouden zijn. Indien niet langer het bezit van eigen rechtspersoonlijkheid geldt als een van de criteria, geeft dit KPN dus de mogelijkheid om te allen tijde op basis van haar eigen overwegingen over te gaan tot het creëren van een afzonderlijk netwerk in technische zin door een (in juridische zin betekenisloze) interconnectie-overeenkomst te sluiten met een eigen bedrijfsonderdeel, waarna derde partijen plotseling een transitvergoeding verschuldigd zouden zijn.

Ook vraagt UPC zich af of een relatief gering gebruik van aparte netwerkelementen afdoende is om te spreken van een afzonderlijk netwerk in technische zin. Bovendien meent UPC dat de criteria als genoemd in het primaire besluit de aanbieder ten onrechte de keuze geven om te bepalen of hij een bepaald netwerk als EKAN aanbiedt aan de markt.

UPC is verder van mening dat verweerders opvatting, dat KPN de door UPC betaalde transitvergoeding zelfs niet hoeft terug te betalen over de periode dat KPN nog niet was verzelfstandigd, niet in overeenstemming is met de criteria die verweerder zelf heeft aangelegd voor het bestaan van een EKAN. De criteria zijn volgens UPC cumulatief. Dit betekent dat een aparte registratie bij verweerder van KPN Mobile noodzakelijk was voordat er überhaupt sprake kon zijn van een EKAN. Aangezien deze registratie eerst op 28 juni 2000 heeft plaatsgevonden is pas vanaf die datum mogelijkwits sprake van een EKAN. Een andere mogelijke ingangsdatum is 19 december 2000 aangezien op die datum KPN Mobile haar aanbod voor directe interconnectie met het mobiele (deel van haar) netwerk aan de markt deed. Zolang een netwerk niet als een EKAN kan worden beschouwd kan interconnectie ermee niet als indirect worden

beschouwd en kan er geen transitvergoeding worden gevraagd.

UPC stelt zich daarnaast op het standpunt dat verweerder geheel na heeft gelaten om aan te geven waarom hij de voorwaarden voor het criterium EKAN niet langer ziet als cumulatief en limitatief. Voorts vindt UPC de voorwaarden waaruit het criterium EKAN is opgebouwd zeer vaag en onbruikbaar.

Verder stelt UPC zich op het standpunt dat verweerder ten onrechte heeft gesteld dat er niet per definitie sprake hoeft te zijn van een redelijk aanbod voor directe interconnectie, omdat KPN anders het risico draagt voor het eventueel tekortschieten van KPN Mobile bij het doen van een redelijk aanbod voor directe interconnectie. UPC is van mening dat er meer reden is om een dergelijk risico bij KPN te leggen dan bij UPC. Immers op basis van het bestreden besluit zou UPC enerzijds direct kunnen interconnecteren met KPN Mobile tegen onredelijke voorwaarden ofwel indirect kunnen interconnecteren met KPN Mobile via KPN waarbij zij dan transitkosten verschuldigd zou zijn. Hierdoor komt de daadwerkelijke rekening bij UPC terecht. UPC acht het des te minder gerechtvaardigd dat het risico bij UPC zou liggen gedurende de periode dat KPN Mobile nog niet verzelfstandigd was. In die periode berustte de verantwoordelijkheid voor het aanbieden van redelijke voorwaarden voor directe interconnectie immers bij dezelfde rechtspersoon die transitvergoedingen verlangde voor de - bij het ontbreken van redelijke voorwaarden noodzakelijke - indirecte interconnectie.

2.4.3 Standpunten van KPN

KPN stelt zich op het standpunt dat het betoog van UPC, dat er eerst sprake is van een EKAN indien cumulatief aan de in het Oordeel genoemde voorwaarden is voldaan, niet kan slagen. De vraag of het bestemmingsnetwerk is ondergebracht in een zelfstandige rechtspersoon mag niet bepalend zijn voor de vraag of KPN transitvergoeding in rekening mag brengen voor verkeer naar het bestemmingsnetwerk. Reeds hiermee is de onjuistheid aangetoond van het criterium, genoemd in het Oordeel, dat het netwerk wordt aangeboden door een afzonderlijke aanbieder die beschikt over een eigen rechtspersoonlijkheid.

Ook is naar de mening van KPN niet relevant of het bestemmingsnetwerk beschikt over een eigen registratie. Doordat het systeem van de wet meebrengt dat de juridische status van de eigenaar van het bestemmingsnetwerk geen relevante factor vormt voor het al dan niet in rekening mogen brengen van een transitvergoeding, is ook het al dan niet bestaan van een afzonderlijke registratie geen relevante omstandigheid bij de vraag of KPN transitvergoedingen in rekening mag brengen voor verkeer naar het mobiele netwerk.

Bovendien is KPN van mening dat het mobiele netwerk wel degelijk een geheel afzonderlijk netwerk is dat los staat van het vaste openbare telefoonnetwerk van KPN. Het mobiele netwerk bestaat onder meer uit masten met antennes, basisstations, Base Station Controllers en Mobile Switching Centers (MSC) alsmede de transmissie tussen deze verschillende netwerkelementen. De MSCs zijn de speciaal voor mobiele netwerken ontworpen centrales die zorgen voor het opzetten van verbindingen van en naar andere mobiele eindgebruikers. De transmissie wordt door KPN Mobile veelal gerealiseerd met behulp van huurlijnen. KPN Mobile heeft deze doorgaans ingekocht bij KPN, maar had deze ook kunnen inkopen bij een andere vaste aanbieder zoals BT, Casema of MCI. Het feit dat KPN Mobile voor de opbouw van haar mobiele telefoonnetwerk mede gebruik maakt van vaste (niet op radiotechniek) gebaseerde infrastructuurelementen, doet niet af aan het feit dat dit mobiele netwerk is aan te merken als een in technische zin afzonderlijk netwerk.

In het licht van de doelstellingen van de regelgeving ziet KPN niet in dat zij geen vergoeding in rekening zou mogen brengen voor het leveren van een transitdienst. KPN benadrukt dat er geen verschil is tussen het (via het vaste net) afwikkelen van verkeer van UPC naar het mobiele netwerk van bijvoorbeeld Vodafone en het (via het vaste net) afwikkelen van verkeer van UPC naar het mobiele netwerk van KPN dan wel KPN Mobile. KPN meent dan ook dat er geen enkele reden is waarom zij in het eerste geval wel en in het tweede geval geen transitvergoeding in rekening zou mogen brengen.

2.5 Beoordeling

Het geschil ziet op de vraag of KPN transitvergoedingen in rekening heeft mogen brengen voor verkeer van UPC (s rechtsvoorganger) dat sedert 27 januari 1997 via het vaste netwerk van KPN werd afgewikkeld naar het mobiele netwerk, zoals dat voor 24 november 1999 in handen was van KPN en sinds die datum in handen is van KPN Mobile.

De rechtbank stelt allereerst vast dat in het bestreden besluit niet is aangegeven op welke wettelijke bepaling verweerder zijn bevoegdheid baseert. Wat het juridisch kader betreft is volstaan met een verwijzing naar de randnummers 6 tot en met 9 van het primaire besluit. Daarin wordt onder meer de inhoud van het bepaalde in artikel 6.3, eerste en tweede lid, van de Tw weergegeven.

Voor het onderhavige geschil is slechts dat gedeelte van het bestreden besluit van belang dat ziet op de relatie tussen UPC en KPN Telecom, nu het beroep zich uitdrukkelijk beperkt tot het ongegrond verklaren van de bezwaren van UPC ten aanzien van de vraag of KPN Telecom bij UPC transitvergoedingen in rekening mocht brengen.

De rechtbank gaat in de eerste plaats na of verweerder op grond van het bepaalde in artikel 6.3, eerste dan wel tweede lid, van de Tw, bevoegd was om dit besluit te nemen. De rechtbank is zich ervan bewust dat zij zich eerder (te weten bij uitspraak van 25 april 2003, nrs. TELEC 02/2156 GERR en TELEC 02/2339 GERR) over deze materie heeft uitgelaten, doch is van oordeel dat aanleiding bestaat om thans als volgt te beslissen.

Beide genoemde leden van artikel 6.3 van de Tw wijzen direct (tweede lid) dan wel indirect (eerste lid) terug naar interconnectie als bedoeld in artikel 6.1 van de Tw. In dit artikel wordt geen definitie van het begrip interconnectie gegeven maar wordt in het eerste lid (zakelijk weergegeven) de verplichting omschreven die op aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken rust om zorg te dragen voor interconnectie van de betrokken telecommunicatienetwerken teneinde te verzekeren dat de daarop aangesloten gebruikers over en weer met elkaar kunnen communiceren. Hieruit vloeit voort dat een overeenkomst op basis waarvan interconnectie tot stand wordt gebracht (artikel 6.1, zesde lid, van de Tw), dan wel de uit een dergelijke overeenkomst voortvloeiende verbintenissen (artikel 6.3, tweede lid, van de Tw), er op gericht dienen te zijn abonnees van de aanbieders die een geschil hebben omtrent het sluiten van een overeenkomst dan wel omtrent de uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst, over en weer met elkaar te laten communiceren. Dit brengt met zich dat alleen indien partijen twisten over een overeenkomst die aan deze voorwaarde voldoet dan wel de uitvoering daarvan, verweerder bevoegd is om beslissingen op grond van het bepaalde in artikel 6.3, eerste of tweede lid, van de Tw, te nemen.

Vast staat dat KPN Telecom sinds 1997 aan UPC (s rechtsvoorganger) transitvergoedingen in rekening brengt voor het afwickelen van verkeer naar de eerst op het mobiele netwerk van KPN Telecom en nadien op het netwerk van KPN Mobile aangesloten gebruikers.

De rechtbank is van oordeel dat over de periode voordat KPN Mobile verzelfstandigd werd en het mobiele netwerk ging exploiteren, KPN Telecom als aanbieder van dat mobiele netwerk beschouwd moet worden. In het verlengde daarvan verzekerde KPN in die situatie dat de op een van haar netwerken aangesloten gebruikers konden communiceren met de op het netwerk van UPC aangesloten gebruikers.

Na de verzelfstandiging van KPN Mobile op 24 november 1999 treedt KPN Telecom - voor wat betreft het onderdeel van het bestreden besluit dat in dit geschil ter beoordeling voorligt - nog slechts op als aanbieder van een transitdienst, nu gesteld noch gebleken is dat KPN Telecom vanaf dat moment met het aanbieden van die dienst verzekert dat de op haar netwerk(en) aangesloten gebruikers met de op het netwerk van UPC aangesloten gebruikers kunnen communiceren. In die zin is de constructie tussen UPC, KPN en KPN Mobile aan te merken als indirecte interconnectie.

Nu de rechtbank heeft vastgesteld dat KPN vanaf 24 november 1999 slechts optreedt als aanbieder van een transitdienst is de rechtbank in het licht van het vorenstaande van oordeel dat verweerder voor de periode vanaf 24 november 1999 niet (langer) bevoegd was om op grond van het bepaalde in artikel 6.3, eerste of tweede lid Tw, te besluiten op het aan hem voorgelegde geschil.

Gelet hierop komt het bestreden besluit in zoverre voor vernietiging in aanmerking.

Ter zake van de periode 27 januari 1997 tot 24 november 1999 waarin UPC (s rechtsvoorganger) en KPN (in die periode tevens een aanbieder van een mobiel netwerk) direct met elkaar waren geïnterconnecteerd, merkt de rechtbank op dat verweerder dienaangaande wel bevoegd was op het door UPC aanhangig gemaakte geschil te beslissen en overweegt als volgt.

Omtrent de rechtmatigheid van het vragen van transitvergoedingen heeft verweerder na het door UPC aanhangig gemaakte geschil in zijn Oordeel een standpunt ingenomen, dat verweerder in het primaire besluit heeft gepreciseerd. Kort gezegd komt verweerdens standpunt er op neer dat, wil een transitvergoeding als rechtmatig worden geoordeeld, het daarbij moet gaan om een afzonderlijk netwerk in technische zin, al dan niet aangeboden door een zelfstandig rechtspersoon, waarbij het voor andere aanbieders duidelijk moet zijn dat met dit netwerk directe interconnectie mogelijk is. De registratie van een afzonderlijk aanbieder bij verweerder alsmede het hebben van eindgebruikersnummers geven een duidelijke indicatie van het hebben van een EKAN. Bovendien geldt voor iedere aanbieder van een EKAN dat deze een redelijk aanbod moet doen bij een verzoek tot directe interconnectie.

De rechtbank merkt op dat zij de door verweerder vastgestelde criteria met enige terughoudendheid dient te toetsen. Immers, niet uit het oog moet worden verloren dat verweerder als toezichthouder en geschilbeslechter in de telecommunicatiesector, een bepaalde vrijheid nodig heeft om op adequate wijze invulling te geven aan de aan hem opgedragen taken. De rechtbank is op basis van de huidige feiten van oordeel dat de door verweerder geformuleerde criteria, waarvan overigens de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen zeker niet de schoonheidsprijs verdient, op zich redelijk, niet onjuist en in het onderhavige geschil toepasbaar zijn. De rechtbank heeft niet kunnen vaststellen dat andere keuzes evident juister zouden zijn. Evenmin acht de rechtbank de criteria in strijd met de Tw dan wel de Interconnectierichtlijn.

In dit verband merkt de rechtbank nog op dat zij zich heeft kunnen vinden in het - door UPC betwiste - standpunt van verweerder dat het feit dat het mobiele bestemmingsverkeer al dan niet is ondergebracht in een aparte rechtspersoon niet bepalend hoeft te zijn voor de vraag of KPN transitvergoedingen mag vragen voor verkeer naar dat bestemmingsnetwerk. Immers uit het systeem van de wet vloeit voort dat de wetgever uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat binnen één juridische entiteit diensten worden geleverd en dat die diensten over en weer interconnectie aan elkaar leveren. Zo is in artikel 6.5 van de Tw nadrukkelijk bepaald dat aangewezen aanbieders aan andere aanbieders interconnectie dienen te verstrekken onder gelijke voorwaarden als die welke gelden voor henzelf of hun dochtermaatschappijen. Interconnectie tussen de netwerken van twee onderdelen van één en dezelfde rechtspersoon is dus wettelijk toegestaan en doet dus niet af aan de afzonderlijkheid van die netwerken.

De rechtbank gaat vervolgens na of verweerder zijn uitgangspunten correct heeft toegepast en of verweerder op grond van hetgeen door UPC is aangevoerd niet onverkort vast heeft mogen houden aan de toepassing van zijn uitgangspunten.

Anders dan UPC is de rechtbank van oordeel dat het mobiele netwerk van KPN niet als één geheel is te beschouwen met het vaste netwerk van KPN. Het feit dat voor de opbouw van het mobiele telefoonnetwerk mede gebruik wordt gemaakt van vaste infrastructuurelementen, doet niet af aan het feit dat dit mobiele netwerk is aan te merken als een in technische zin afzonderlijk netwerk. Onmiskenbaar omvat het mobiele netwerk een geheel eigen infrastructuur en worden telefoniediensten aangeboden op basis van evident te onderscheiden technische standaarden. Het mobiele netwerk bestaat onder meer uit masten met antennes, basisstations, Base Station Controllers en MSCs alsmede de transmissie tussen deze verschillende netwerkelementen.

Nu het naar het oordeel van de rechtbank vaststaat dat het mobiele netwerk van KPN aangemerkt moet worden als een afzonderlijk netwerk in technische zin, ziet de rechtbank zich vervolgens gesteld voor de vraag of tevens wordt voldaan aan de tweede uitdrukkelijk door verweerder gestelde voorwaarde - wil er althans sprake zijn van een EKAN waardoor KPN gerechtigd was transitvergoedingen bij UPC in rekening te brengen - dat het voor andere aanbieders voldoende duidelijk moet zijn dat met dit (afzonderlijk technisch) netwerk directe interconnectie mogelijk is. Deze kunnen dan immers kiezen tussen directe dan wel indirecte interconnectie.

De rechtbank merkt in dit kader op dat deze duidelijkheid aldus verweerders standpunten onder meer kan worden verkregen indien een netwerk gesprekken aflevert op eigen, herkenbare nummers, er een registratie volgt van een afzonderlijke aanbieder bij verweerder dan wel doordat er een redelijk aanbod wordt gedaan bij een verzoek tot directe interconnectie. Gelet op de wijze waarop deze voorbeelden in verweerders standpunten worden weergegeven vormen deze niet meer dan een indicatie voor het aanwezig kunnen achten van een EKAN en zijn deze dus niet meer dan richtinggevend voor beantwoording van de vraag of het voor de andere aanbieders duidelijk moet zijn dat met dit netwerk directe interconnectie mogelijk is. Anders dan UPC is de rechtbank van oordeel dat deze voorbeelden - mede in het licht van eventueel toekomstige ontwikkelingen niet ten onrechte - niet als cumulatieve criteria zijn bedoeld.

Op basis van de onderhavige feiten en omstandigheden, waarbij onder meer de eindgebruikers van het mobiele netwerk van KPN met hun nummers duidelijk te onderscheiden waren van die van het vaste netwerk van KPN en er nog voor de verzelfstandiging al verzoeken waren van andere aanbieders tot directe interconnectie met het mobiele netwerk van KPN, volgt in het licht van verweerders standpunten dat KPNs vaste netwerk als een EKAN kan worden aangemerkt.

Op basis van het vorenstaande komt de rechtbank tot het oordeel dat verweerder niet ten onrechte bij het bestreden besluit heeft besloten dat KPN over de periode dat KPNs mobiele netwerk nog niet was verzelfstandigd geen van de door UPC betaalde transitvergoedingen terug hoeft te betalen.

Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen is de rechtbank van oordeel dat het beroep van UPC - voor zover dit ziet op de periode vanaf 24 november 1999 - gegrond moet worden verklaard en dat het bestreden besluit in zoverre wegens strijd met de wet voor vernietiging in aanmerking komt. Zelf in de zaak voorzien, zal de rechtbank verweerders primaire besluit voor wat betreft deze periode herroepen en het verzoek van UPC dienaangaande alsnog afwijzen. Voor het overige is het beroep ongegrond.

De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling van het beroep tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De rechtbank bepaalt de proceskosten op 1288,- aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

3. Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep van eiseres gegrond, voor zover betrekking hebbende op de periode vanaf 24 november 1999, en vernietigt het bestreden besluit in zoverre,

herroept het besluit van verweerder van 12 december 2002, voor zover dit ziet op de periode vanaf 24 november 1999, en wijst het verzoek van UPC af,

verklaart het beroep voor het overige ongegrond,

bepaalt dat verweerder aan UPC het door haar betaalde griffierecht van 232,= vergoedt,

veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van 1288,= en wijst verweerder aan als de rechtspersoon die deze kosten aan UPC moet vergoeden.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.W. van den Hurk als voorzitter en mr. A.I. van Strien en mr. F.J. de Vries als leden.

De beslissing is, in tegenwoordigheid van mr. A. Vermaat als griffier, uitgesproken in het openbaar op augustus 2005.

De griffier: De voorzitter:

Afschrift verzonden op:

Een belanghebbende - onder wie in elk geval eiseressen worden begrepen - en verweerder kunnen tegen deze uitspraak hoger beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het indienen van het beroepschrift bedraagt zes weken en vangt aan met ingang van de dag na die waarop het afschrift van deze uitspraak is verzonden.