



Besluit openbare versie

Kenmerk: ACM/DTVP/2017/205684 [ACM/UIT/359172]

Zaaknummer: 17.0421.20 [ACM/17/019321]

Datum: 11 oktober 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Skype Communications S.à.r.l., voor de dienst SkypeOut, wegens overtreding van artikel 2.1, eerste lid, Telecommunicatiewet.

1 Samenvatting

1. Skype Communications S.à.r.l. (hierna: Skype) weigert mededeling te doen van haar activiteiten als aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst, in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel g, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), voor de dienst SkypeOut. Ingevolge artikel 2.1, eerste lid, Tw is Skype verplicht hiervan mededeling te doen bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM). De ACM legt Skype een last onder dwangsom op ter handhaving van deze verplichting.

2 Verloop van de procedure

2. Op 16 maart 2012 heeft het college van OPTA – de rechtsvoorganger van de ACM¹ – Skype per brief² verzocht om in het kader van de ontwikkelingen in haar dienstenpakket op de Nederlandse markt een zienswijze te geven op de vraag of Skype destijds kon worden beschouwd als aanbieder van elektronische (tele)communicatiediensten. Op deze brief heeft Skype op 11 mei 2012 schriftelijk gereageerd.³
3. Na kennisneming van de zienswijze heeft de ACM de ontwikkelingen op Europees niveau met betrekking tot de kwalificatie van elektronische communicatiediensten gevolgd. Ook BEREC heeft de regelgeving op dit terrein nader onder de loep genomen. Mede op basis van deze ontwikkelingen heeft de ACM het dienstenaanbod van Skype in Nederland nader bekeken. De

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden. Vanaf die datum is de ACM de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit.

² Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/200704.

³ Brief met kenmerk Skype: OPTA/ACNB/2012/20074 – 12.0068.99, welke bij de ACM staat geregistreerd onder het kenmerk: 2012102102.

ACM komt tot het oordeel dat de dienst die Skype aanbiedt in Nederland voor uitgaande gesprekken met gebruik van nummers, ook wel bekend als SkypeOut, kwalificeert als een openbare elektronische communicatiedienst.

4. Per brief van 4 november 2016 heeft de ACM haar voornemen tot handhaving van de mededelingsplicht kenbaar gemaakt aan Skype en heeft zij Skype opnieuw in de gelegenheid gesteld een zienswijze te geven. In deze brief geeft de ACM aan dat SkypeOut naar haar oordeel is aan te merken als openbare elektronische communicatiedienst in de zin van de Tw.
5. Op 2 december 2016 heeft Skype per brief en e-mail haar zienswijze kenbaar gemaakt op het voornemen tot handhaving van de mededelingsplicht.
6. Op 10 januari 2017 heeft de ACM Skype nadere vragen gesteld, naar aanleiding van haar zienswijze.
7. Per brief en e-mail van 31 januari 2017 heeft Skype deze nadere vragen beantwoord.
8. Op 25 april 2017 heeft de ACM, op verzoek van Skype, per e-mail medegedeeld dat zij een hoorzitting zal houden, waarin Skype haar zienswijze mondeling kan toelichten.
9. Deze hoorzitting heeft op 29 mei 2017 plaatsgevonden ten kantore van de ACM.
10. Op 29 juni 2017 heeft de ACM het schriftelijke hoorzittingsverslag aan Skype toegezonden.
11. Skype heeft op 7 juli 2017 haar reactie ingediend op het hoorzittingsverslag.

3 Juridisch kader en context

12. Op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw houdt de ACM toezicht op de naleving van de mededelingsplicht opgenomen in artikel 2.1, eerste lid, Tw. Voor de beoordeling van de vraag of deze mededelingsplicht van toepassing is, zijn enkele bepalingen relevant. De ACM somt de toepasselijke bepalingen in dit hoofdstuk op. Verder staat de ACM in dit hoofdstuk stil bij het doel van de mededelingsplicht.

3.1 Relevante wettelijke bepalingen

13. Artikel 2.1, eerste lid, Tw bepaalt dat:

“Degene die een openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst dan wel bijbehorende faciliteit aanbiedt of aanlegt, met uitzondering van degene die een elektronische programmagids aanbiedt, doet daarvan mededeling aan de Autoriteit Consument en Markt.”

14. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel e, Tw definieert het begrip ‘elektronisch communicatienetwerk’ als volgt:

“transmissiesystemen, waaronder mede begrepen de schakel- of routeringsapparatuur, netwerkelementen die niet actief zijn en andere middelen, die het mogelijk maken signalen over te brengen via kabels, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, waaronder satellietnetwerken, vaste en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten, voor zover deze voor overdracht van signalen worden gebruikt en netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie.”

15. De term ‘elektronische communicatiedienst’ wordt in artikel 1.1, aanhef en onderdeel f, Tw als volgt gedefinieerd:

“gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Het omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van de notificatierichtlijn die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken.”

16. Ingevolge artikel 1.1, aanhef en onderdeel g, Tw wordt onder een ‘openbare’ elektronische communicatiedienst verstaan:

“elektronische communicatiedienst die beschikbaar is voor het publiek.”

17. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel h, Tw bevat de volgende definitie van het begrip ‘openbaar elektronisch communicatienetwerk’:

“elektronisch communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om openbare elektronische communicatiediensten aan te bieden, waaronder mede wordt begrepen een netwerk, bestemd voor het verspreiden van programma’s voor zover dit aan het publiek geschiedt.”

3.2 Doel mededelingsplicht

18. Op een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst dan wel bijbehorende faciliteit rust een mededelingsplicht als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, Tw. Na ontvangst van de mededeling en de bijbehorende gegevens registreert de ACM de desbetreffende aanbieder.
19. De wetgever hecht belang aan het bestaan van een register van aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en - diensten. Hierover zegt de wetgever het volgende:

“De wet bevat voor een aantal categorieën van aanbieders specifieke rechten en verplichtingen. Om de regels te kunnen handhaven, moet bekend zijn wie die aanbieders zijn. Derhalve is in artikel 2.1 van de wet neergelegd wie zich moeten laten registreren bij ACM.”⁴

20. De mededeling en de inschrijving in het register die daarop volgt, schept onder meer rechtszekerheid over de status van een partij als normadressaat van rechten en plichten. Het register helpt naast de ACM ook andere toezichthouders, zoals het Agentschap Telecom en het Ministerie van Justitie bij handhaving van de verplichtingen waarop zij toezicht houden.

4 Feiten

4.1 Algemene beschrijving SkypeOut

21. Skype valt volledig onder Microsoft Corporation en is gevestigd in Luxemburg. Op grond van de

⁴ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, 94.

Microsoft-servicesovereenkomst gaat de abonnee⁵ van Skype voor betaalde diensten onder de merknaam Skype met de entiteit Skype Communications S.à.r.l. een overeenkomst aan.⁶ Skype biedt diverse communicatiediensten aan, zoals de dienst waarmee gebruikers met elkaar kunnen chatten en bellen tussen Skype-accounts via internetconnectiviteit. Deze internetconnectiviteit omvat zowel de internettoegangsnetwerken als de backhauled, backbones, transitnetwerken, internet exchanges, communicatie servers, datacenters en alles wat het internet draaiende houdt. Daarnaast biedt Skype de mogelijkheid om via een Skype-account met beltegoed te kunnen bellen naar nummers uit het nummerplan.⁷ Skype gebruikte voorheen de naam SkypeOut voor deze dienst, tegenwoordig noemt zij dit simpelweg 'bellen naar vaste en mobiele nummers'.⁸ Deze dienst valt onder het bedrijfsonderdeel 'Consumer Skype' en is beschikbaar in Nederland. Ook biedt Skype de dienst 'Skype for Business'.⁹

22. Om diensten af te kunnen nemen van Skype, moet de gebruiker een Skype-account hebben. Iedereen die dat wenst kan een Skype-account aanmaken en hiermee SkypeOut afnemen. Bij het aanmaken van een Skype-account moet de gebruiker onder meer akkoord gaan met de Microsoft-servicesovereenkomst.¹⁰ Deze voorwaarden zijn van toepassing op alle diensten van Skype. De Skype-abonnee neemt de internetconnectiviteit af via een apart abonnement bij een van de aanbieders van aansluitnetwerken, zoals bij KPN, Ziggo etc.

23. Zoals eerder in dit besluit aangehaald kan een gebruiker met SkypeOut bellen naar E.164-nummers. Dat zijn geografische en andere soortgelijke telefoonnummers die op vele plaatsen ter wereld gebruikt worden op vaste en mobiele telefonienetwerken (hierna: telefonienetwerken). Een gebruiker moet betalen voor het bellen naar E.164-nummers. In Nederland betaalt een gebruiker voor het bellen naar vaste nummers 2,1 cent per minuut en voor het bellen naar mobiele nummers 9 cent per minuut. Een sms-bericht kost 10,2 cent per bericht.¹¹

⁵ In dit besluit wordt met 'abonnee' bedoeld: de consument die een overeenkomst heeft met Skype. Verder wordt in dit besluit ook de term 'gebruiker' gehanteerd, waarmee wordt bedoeld: de abonnee die gebruik maakt van een dienst van Skype, zoals de dienst SkypeOut.

⁶ Artikel 10, onder a, van de Microsoft-serviceovereenkomst versie 15 juli 2016. Geraadpleegd op 15 augustus 2017 via <https://www.microsoft.com/nl-nl/servicesagreement/>.

⁷ In Nederland zijn de toepassingsgebieden van nummers, de zogeheten bestemmingen en de daaraan toegewezen nummerreeksen vastgelegd het Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten, DGTP/98/4099/HR.

⁸ Zie <http://www.skype.com/nl/features/call-phones-and-mobiles/>.

⁹ Die na mededeling van Microsoft Ireland Operations Limited te Dublin in het ACM-register is opgenomen per 31 mei 2017 onder het registratienummer: 943743.

¹⁰ Zie <https://www.microsoft.com/nl-nl/servicesagreement/> Versie 15 juli 2016.

¹¹ Zie <http://secure.skype.com/nl/calling-rates?expo365=bundled>. Geraadpleegd op 20 juli 2017.

of hoofdzakelijk signalen over te brengen. Het enkele feit dat het noodzakelijk is om in te loggen om gebruik te kunnen maken van diensten van Skype maakt SkypeOut geen elektronische communicatiedienst, aldus Skype.

30. In aansluiting hierop brengt Skype naar voren dat zij enkel de software aan de gebruiker ter beschikking stelt die het mogelijk maakt om naar E.164-nummers te kunnen bellen. De transmissie wordt volgens Skype verzorgd door de Internet Service Provider (hierna: ISP) van de Skype-abonnee en één van de telefonienetwerkaanbieders waarmee Skype een overeenkomst heeft die het gesprek uiteindelijk aflevert. Skype is van mening dat het gespreksverkeer van SkypeOut niet via de server van Skype loopt, maar via de ISP van de Skype-abonnee. Volgens Skype heeft de ISP controle over de toegang van een abonnee tot alle functionaliteiten van Skype, inclusief SkypeOut. Dit essentiële onderdeel van de communicatie wordt niet door Skype verzorgd, aldus Skype. En specifiek voor SkypeOut verloopt een deel van de transmissie van signalen bovendien via het telefonienetwerk. Ook over dat deel van de transmissie van signalen heeft Skype geen controle, aldus Skype.
31. Skype stelt zich op het standpunt dat zij juridisch gezien niet verantwoordelijk is, en niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de transmissie van signalen. Skype hanteert voor SkypeOut de algemene voorwaarden van Microsoft: de Microsoft-servicesovereenkomst. In deze voorwaarden sluit Microsoft, en dus Skype, aansprakelijkheid uit voor problemen die worden veroorzaakt door het gebruik van diensten die door derden worden geleverd (inclusief de ISP van de Skype-abonnee en andere ISP's). Skype sluit bovendien de aansprakelijkheid uit voor elke storing, onderbreking of vertraging van de dienst.
32. In het kader hiervan verwijst Skype naar de informele zienswijze van de ACM van 6 januari 2016, waarbij Skype aangeeft dat optie 1 van de desbetreffende dienstverlening op haar van toepassing is en zij derhalve, zoals de ACM dat stelt, niet kwalificeert als een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst.¹⁵ Ook geeft Skype aan dat optie 3 uit de voornoemde informele zienswijze van de ACM niet op haar van toepassing kan zijn en verwijst hierbij naar de uitspraak *UPC v. NMHH*.¹⁶ Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) oordeelde dat er sprake is van transmissie van signalen als de aanbieder *'jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbieder wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd'*.

¹⁵ Brief met kenmerk ACM/DTVP/2015/202172_OV.

¹⁶ HvJ EU 30 April 2014, C-475/12 (*UPC v. NMHH*).

Volgens Skype kon de rechter alleen tot dit oordeel komen omdat UPC in de betreffende zaak internettoegang aanbood en daarnaast een groot aantal tv-programma's. Skype biedt zelf geen internettoegangsdienst aan, en maakt het enkel mogelijk dat één van de [vertrouwelijk] PSNT-aanbieders waarmee zij een overeenkomst hebben, het gesprek uiteindelijk aflevert aan de gebelde. Skype meent aldus dat zij, ook in het licht van de uitspraak *UPC v. NMHH*, geen openbare elektronische communicatiedienst aanbiedt.

33. Verder is Skype van mening dat het huidige regelgevend kader dat van toepassing is op elektronische communicatiediensten niet goed aansluit op relatief nieuwe diensten zoals de zogenoemde '*Cloud based*'-diensten. Skype wijst op de discussie die binnen BEREC plaatsvindt met betrekking tot dit onderwerp. Binnen BEREC bestaat volgens Skype geen overeenstemming over de vraag of diensten zoals SkypeOut onder de bestaande definitie van elektronische communicatiedienst kunnen worden geschaard. Dit zou volgens Skype blijken uit het BEREC 'Report on OTT services' van 29 januari 2016.¹⁷
34. Ook moet de ACM volgens Skype het nieuwe Europese telecomkader afwachten dat door de Europese Commissie momenteel is voorgesteld als aanpassing op het huidige telecomkader.¹⁸ Volgens Skype brengt deze aanpassing zeer waarschijnlijk met zich mee dat diensten waarmee naar E.164-nummers gebeld kan worden onder de nieuwe definities geschaard kunnen worden. Skype doelt op de definitie van '*number-based interpersonal communication services*' welke volgens haar geschreven is voor diensten als SkypeOut. Deze aanpassing laat volgens Skype zien dat de huidige regelgeving en de definities vooralsnog niet van toepassing zijn op de dienst SkypeOut. De ACM zou er goed aan doen het nieuwe telecomkader af te wachten, aldus Skype.
35. Het voorgaande blijkt volgens Skype bovendien ook uit de verplichtingen uit de Tw die op Skype van toepassing zouden zijn als de dienst SkypeOut als een openbare elektronische communicatiedienst zou kwalificeren. Zo [vertrouwelijk] Skype bijvoorbeeld niet voldoen aan verplichtingen met betrekking tot het bereikbaar maken van alarmnummer 112 of nummerportering. Gelet hierop is het volgens Skype niet logisch om de dienst SkypeOut onder de huidige definitie te kwalificeren als een elektronische communicatiedienst.

¹⁷ Zie http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services.

¹⁸ Brussel, 14.09.2016, Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing the European Electronic Communications Code (Recast), COM (2016) 590 final.

6 Beoordeling toepasselijkheid mededelingsplicht

36. In deze paragraaf beoordeelt de ACM de toepasselijkheid van de mededelingsplicht uit artikel 2.1, eerste lid, Tw. De ACM is van oordeel dat Skype voor het aanbieden van de dienst SkypeOut moet worden aangemerkt als aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. Nu Skype weigert mededeling te doen van haar activiteit is de ACM van oordeel dat Skype in strijd handelt met hetgeen is bepaald in het voormelde artikel. De onderbouwing van dit oordeel volgt in de volgende paragrafen.
37. Voor de beoordeling van de vraag of Skype moet worden aangemerkt als aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel g, Tw toetst de ACM de dienst SkypeOut aan de hand van de in het juridisch kader genoemde elementen. In het hiernavolgende toetst de ACM eerst of de dienst SkypeOut een elektronische communicatiedienst is. Vervolgens toetst de ACM of die dienst ook beschikbaar is voor het publiek. In dat geval is sprake van een openbare elektronische communicatiedienst en moet Skype als aanbieder hiervan mededeling doen.

6.1 Elektronische communicatiedienst

38. Op grond van artikel 1.1, aanhef en onderdeel f, Tw is een elektronische communicatiedienst een (a) gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die (b) geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen (c) via elektronische communicatienetwerken. De ACM toetst de drie voornoemde elementen in de volgende volgorde: (a), (c), (b).

6.1.1 Gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst (a)

39. De ACM stelt vast dat om gebruik te kunnen maken van de dienst SkypeOut, Skype haar gebruikers verplicht om een beltegoed te hebben in hun account alvorens naar telefoonnummers gebeld kan worden zoals omschreven in randnummer 22. De Skype-server handelt de betaling van de dienst af. Hiermee voldoet de dienst van Skype aan het wetslement dat de dienst "gewoonlijk tegen vergoeding" wordt aangeboden.

6.1.2 De dienst wordt geleverd via een elektronisch communicatienetwerk (c)

40. Het overbrengen van signalen moet plaatsvinden via een elektronisch communicatienetwerk. Skype geeft in haar zienswijze aan dat zij wereldwijd met [vertrouwelijk] aanbieders van telefonienetwerken een overeenkomst heeft voor het afleveren van gesprekken. Dit zijn aanbieders van telefonienetwerken die het via hun netwerken mogelijk maken dat het signaal

waar de dienst SkypeOut uit bestaat wordt overgebracht. Ook uit randnummers 24 tot en met 26 van dit besluit blijkt dat SkypeOut in elk geval wordt geleverd via, maar niet is beperkt tot, het telefonienetwerk voor de gespreksafgifte naar het gebelde E.164-nummer. De ACM is van oordeel dat het hierdoor evident is dat de dienst geleverd wordt via een elektronisch communicatienetwerk in de zin van artikel 1.1, aanhef onderdeel e, Tw.

6.1.3 Geheel of hoofdzakelijk bestaand in het overbrengen van signalen (b)

6.1.3.1 *SkypeOut voldoet aan het criterium 'geheel en hoofdzakelijk'*

41. Een elektronische communicatiedienst moet geheel of hoofdzakelijk bestaan in het overbrengen van signalen via een elektronisch communicatienetwerk. De wetsgeschiedenis geeft bij artikel 1.1, aanhef en onderdeel f, Tw aan dat dit een centraal element is en dat het dus gaat om een transmissiedienst.¹⁹ Uitgezonderd van het begrip elektronische communicatiedienst zijn diensten waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd en diensten van de informatiemaatschappij.
42. Het tot stand brengen van een gesprek naar een nummer op een telefonienetwerk is naar zijn aard een dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen. Om een gesprek tot stand te brengen wordt er een signaal overgebracht, vanaf het randapparaat van de Skype-gebruiker, via verbindingen op het internet naar het telefonienetwerk welke het gesprek aflevert bij een E.164-nummer. Signaaloverdracht over het telefonienetwerk is een dusdanig elementair onderdeel van het tot stand brengen van het gesprek, dat het volgens de ACM evident is dat wordt voldaan aan het criterium 'geheel of hoofdzakelijk'.

6.1.3.2 *Skype is aansprakelijk voor het overbrengen van signalen*

43. Het overbrengen van signalen hoeft niet feitelijk door de aanbieder van de elektronische communicatiedienst plaats te vinden. Dat volgt uit de zaak *UPC v. NMHH*²⁰, waarin het Hof nadere uitleg geeft aan het criterium 'geheel of hoofdzakelijk bestaand uit het overbrengen van signalen'. In deze zaak overwoog het Hof in overweging 42 en 43 als volgt:

“42. UPC stelt echter dat zij geen elektronischecomunicatiedienst in de zin van artikel 2, sub c, van de kaderrichtlijn aanbiedt, aangezien zij geen signalen overbrengt en geen

¹⁹ *Kamerstukken II, 2002/03, 28851, nr. 3, p. 89.*

²⁰ HvJ EU 30 April 2014, C-475/12 (*UPC v. NMHH*).

elektronischecommunicatienetwerk, namelijk een satellietinfrastructuur, bezit. Daartoe maakt zij gebruik van de diensten en de uitrusting van derden.

43. In dit verband zij opgemerkt dat de omstandigheid dat het signaal wordt overgebracht door middel van infrastructuur die niet aan UPC toebehoort, niet relevant is voor de beoordeling van de aard van de dienst. Dienaangaande is immers alleen van belang dat UPC jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbieding wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd.”

44. Deze uitspraak van het Hof biedt derhalve twee belangrijke aanknopingspunten bij de beoordeling van de vraag of sprake is van signaaloverdracht. In de eerste plaats is het niet relevant aan wie de infrastructuur waarover het signaal wordt overgebracht toebehoort. In de tweede plaats is het enkel relevant dat de aanbieder van de dienst tegenover eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal. Het Hof hanteert bewust een zeer ruime uitleg van het criterium ‘overbrengen van het signaal’ om te kunnen bepalen of een partij aanbieder van een elektronische communicatiedienst is. In dit verband overweegt het Hof dat iedere andere uitleg de draagwijdte van het Europese regelgevingskader voor elektronische communicatiediensten aanzienlijk zou beperken, de nuttige werking van de bepalingen ervan zou aantasten en dus de verwezenlijking van de doelstellingen ervan op het spel zet.²¹ In de toepassing van bovenstaande criteria op de dienst SkypeOut komt de ACM tot de volgende overwegingen.

(i) Niet relevant is aan wie de infrastructuur toebehoort

45. In paragraaf 6.1.2 heeft de ACM vastgesteld dat Skype de dienst levert via een elektronisch communicatienetwerk, namelijk in ieder geval via het telefonienetwerk van de aanbieder via welke het gesprek wordt afgeleverd. De ACM concludeert in lijn met bovenstaande overwegingen van het Hof dat het feit dat netwerken (en infrastructuren) via welke het signaal wordt overgebracht al dan niet aan Skype (of Microsoft) toebehoren, niet relevant is voor de beoordeling.

(ii) Skype is aansprakelijk voor signaaloverdracht

46. Skype stelt in haar zienswijze – zoals weergegeven in het randnummer 30 – dat Skype niet verantwoordelijk is voor het overbrengen van signalen via het telefonienetwerk, maar de

²¹ HvJ EU 30 April 2014, C-475/12 (*UPC v. NMHH*), r.o. 44.

6.1.3.3 *Tussenconclusie*

51. Op basis van het voorgaande concludeert de ACM dat de dienst SkypeOut kwalificeert als een elektronische communicatiedienst in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel f, Tw. Het is niet relevant dat het gesprek wordt afgeleverd via infrastructuur die niet aan Skype toebehoort. Afdoende is dat Skype op grond van de Microsoft-servicesovereenkomst gehouden is tot levering van een elektronische communicatiedienst en hiervoor aansprakelijk is jegens de eindgebruiker.

6.2 De dienst is openbaar

52. Enkel indien de elektronische communicatiedienst openbaar is, moet hiervan mededeling worden gedaan bij de ACM. Van een openbare elektronische communicatiedienst is sprake indien de elektronische communicatiedienst beschikbaar is voor het publiek in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel g, Tw.
53. De ACM is van oordeel dat Skype een openbare elektronische communicatiedienst levert aan haar klanten. Doorslaggevend hierbij is dat de dienst beschikbaar is voor het publiek. In de wetgeschiedenis²² staat het begrip "publiek" als volgt uitgelegd:

"Het begrip openbare elektronische communicatiedienst dat in onderdeel g is opgenomen, sluit aan bij bestaand begrip openbare telecommunicatiedienst. Het gaat om openbare elektronische communicatiediensten die beschikbaar zijn voor het publiek. Daarmee wordt bedoeld dat de desbetreffende dienst door de desbetreffende onderneming in beginsel openbaar wordt aangeboden en beschikbaar is voor een ieder die van dat aanbod gebruik wil maken. Het feit dat een onderneming een dienst aan een bepaalde groep van gebruikers – bijvoorbeeld een bedrijf of overheidsinstelling – onder bijzondere condities aanbiedt, betekent nog niet dat deze dienst niet openbaar is. Dit is eerst het geval als de dienst ook aan andere gebruikers wordt aangeboden, ongeacht de condities waaronder dit geschiedt."

54. Daarnaast blijkt ook uit de volgende passage uit de wetgeschiedenis²³ dat Skype aanbieder is van een openbare elektronische communicatiedienst:

"Daarmee wordt bedoeld dat de betreffende dienst openbaar wordt aangeboden en beschikbaar is voor eenieder die van dat aanbod gebruik wil maken tegen de in het openbare

²² Kamerstukken II 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 89.

²³ Kamerstukken II 1996 -1997, 25 553, nr. 3, p. 72.

aanbod vermelde condities. Het gaat er om dat door de condities die voor het aanbod gelden de kring van degenen die van het aanbod gebruik kunnen maken niet zodanig beperkt is dat niet van een openbaar aanbod gesproken kan worden. Dit betekent dat telecommunicatiediensten die uitsluitend beschikbaar zijn voor leden van een besloten gebruikersgroep geen openbare telecommunicatiediensten zijn. Indien echter de aanbieder van telecommunicatiediensten deze op verzoek beschikbaar stelt aan alle gebruikers of groepen gebruikers die van het aanbod gebruik wensen te maken, dan kan gesproken worden van een openbaar aanbod.”

55. De ACM is van oordeel dat Skype haar diensten (via het internet) beschikbaar stelt voor een ieder die daar gebruik van wil en kan maken en daarmee een openbare elektronische communicatie dienst aanbiedt.

6.3 Het nieuwe telecomkader

56. De Europese Commissie (hierna: EC) heeft een voorstel gedaan voor een nieuw telecomkader, genaamd de ‘European Electronic Communication Code’.²⁴ In dit voorstel introduceert de EC een nieuw begrip en definieert ‘*number based interpersonal communications services*’. Skype heeft de ACM verzocht dit telecomkader af te wachten, zoals in randnummer 34 weergegeven.
57. De overwegingen in paragraaf 6.1 en 6.2 van dit besluit in aanmerking nemende, concludeert de ACM dat Skype ook onder het huidige telecomkader kwalificeert als een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. De ACM acht het opportuun om de mededelingsplicht van Skype ook onder het huidige telecomkader te handhaven. Indien Skype geen mededeling zou hoeven doen, is er sprake van een ongelijke behandeling en daarmee benadeling van aanbieders die wel overeenkomstig de door de wetgever gestelde eisen door de ACM zijn geregistreerd.

6.4 Conclusie kwalificatie SkypeOut

58. Gelet op hetgeen is uiteengezet in de paragrafen 6.1 en 6.2 is de ACM van oordeel dat de dienst SkypeOut aangemerkt moet worden als een openbare elektronische communicatiedienst in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel g, Tw. Dientengevolge rust op Skype als aanbieder van deze dienst de verplichting hiervan mededeling te doen op grond van artikel 2.1, eerste lid, Tw. De ACM stelt vast dat Skype in strijd handelt met dit artikel, nu Skype weigert mededeling te doen van het aanbieden van de dienst SkypeOut.

²⁴ Zie voetnoot 15.

7 Oplegging last onder dwangsom

7.1 Bevoegdheid

59. Op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw is de ACM belast met onder meer het toezicht op de naleving van artikel 2.1 van de Tw. Artikel 15.2, tweede lid, Tw in samenhang met artikel 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt dat de ACM bevoegd is tot oplegging van een last onder dwangsom ter handhaving van de verplichting opgenomen in artikel 2.1 van de Tw.

7.2 Oplegging last onder dwangsom

60. Ondanks dat de ACM Skype heeft gewezen op haar mededelingsplicht ten aanzien van de dienst SkypeOut, geeft Skype aan de op haar rustende wettelijke verplichting niet te zullen nakomen. Daarom acht de ACM handhaving dan ook noodzakelijk. Om de overtreding te doen beëindigen heeft de ACM op grond van de Tw de bevoegdheid om handhavend op te treden. Derhalve legt de ACM Skype een last onder dwangsom op om de overtreding van artikel 2.1, eerste lid, Tw te beëindigen. De ACM vindt dat dit doel middels het opleggen van een herstelsanctie kan worden bereikt. Op grond van artikel 5:32b, derde lid, van de Awb dient de hoogte van de dwangsom in redelijke verhouding te staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom. De ACM is van oordeel dat de hoogte van de dwangsom zoals weergegeven in randnummer 63 hieraan voldoet.
61. Op grond van artikel 5:32a, tweede lid, van de Awb dient een termijn gesteld te worden om de last te kunnen uitvoeren. De ACM stelt de begunstigingstermijn op tien werkdagen na dagtekening van dit besluit, om Skype de gelegenheid te geven de nodige acties te ondernemen om de verplichting inzake het doen van een mededeling na te komen. Deze actie bestaat uit het invullen en toesturen van het bijgevoegde mededelingsformulier. Gelet op de last en de aard van de daarmee gevraagde actie acht de ACM deze termijn redelijk. De ACM gaat er daarbij vanuit dat het invullen van het mededelingsformulier door Skype relatief weinig tijd zou moeten kosten, aangezien de gevraagde gegevens binnen een normale bedrijfsvoering eenvoudig voor handen zullen zijn.
62. Bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom heeft de ACM rekening gehouden met de aard en de ernst van de overtreding. De aard van de overtreding is de weigering door Skype tot het doen van een mededeling. Voor de ernst van de overtreding geldt het volgende. Met de overtreding wordt inbreuk gemaakt op het belang van transparantie dat de wetgever bij het invoeren van het onderhavige registratiesysteem voor ogen stond. De mededeling en de registratie die daarna volgt schept onder meer rechtszekerheid over de status van een partij als normadressaat van rechten en plichten. Voorts zou het een ongewenst precedent vormen, indien de ACM in het geval van Skype nalaat op te treden tegen de geconstateerde met de wet strijdige situatie. Bovendien zou sprake zijn van een ongelijke behandeling en daarmee benadeling van

aanbieders die wel overeenkomstig de door de wetgever gestelde eisen door de ACM zijn geregistreerd.

63. De hoogte van de dwangsom dient naar het oordeel van de ACM een voldoende prikkel te vormen voor Skype om de last na te leven. Dit alles in aanmerking genomen, wordt de hoogte van de dwangsom vastgesteld op € 50.000 per dag met een maximum van € 500.000.

8 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt gelast Skype, op verbeurte van een dwangsom ter hoogte van € 50.000 per dag met een maximum van € 500.000 om binnen tien werkdagen na dagtekening van dit besluit met gebruikmaking van het daartoe bestemde mededelingsformulier mededeling te doen van het aanbieden van een openbare elektronische communicatiedienst op grond van artikel 2.1, eerste lid, van de Tw.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.
drs. A.J.M. Kleijweg
Teammanager directie Telecom, Vervoer en Post

Bezwaar

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Autoriteit Consument en Markt, Directie Telecom, Vervoer en Post, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.