



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van de bezwaren van Koninklijke KPN N.V. en Voiceworks c.s. tegen het besluit van 29 januari 2019 tot oplegging van een bindende aanwijzing aan Koninklijke KPN N.V. om nummerporteringstarieven vast te stellen die in overeenstemming zijn met het vereiste van kostenoriëntatie van art. 4.10, zevende lid, onder b van de Telecommunicatiewet.

Ons kenmerk ACM/UIT/526099
Zaaknummers ACM/19/035342 (KPN) en ACM/19/036951 (Voiceworks c.s.)
Datum 19 december 2019

Samenvatting

De ACM heeft onderzoek gedaan naar de tarieven die KPN bij andere aanbieders in rekening brengt voor het uitporteren van telefoonnummers, wanneer een eindgebruiker naar deze andere aanbieder overstapt met behoud van zijn telefoonnummer. De kosten die KPN daarvoor rekent kunnen deze aanbieders rechtstreeks of indirect afwentelen op eindgebruikers, wat leidt tot hogere tarieven en waardoor overstapdrempels kunnen ontstaan. Op grond van artikel 4.10, zevende lid, onder b van de Telecommunicatiewet moeten deze tarieven kostengeoriënteerd zijn. Dit draagt bij aan het doel om overstapdrempels zoveel mogelijk weg te nemen.

De ACM heeft vastgesteld dat de door KPN gehanteerde tarieven van €2 per nummer en €200 per nummerblok niet in overeenstemming waren met het wettelijke vereiste van kostenoriëntatie. De ACM heeft daarom op 29 januari 2019 in een bindende aanwijzing aan KPN opgelegd nieuwe tarieven vast te stellen met inachtneming van de in het besluit uiteen gezette principes voor kostenoriëntatie.

In deze bindende aanwijzing hebben meerdere partijen zich niet kunnen vinden. Zo heeft KPN bezwaar gemaakt tegen de bindende aanwijzing omdat zij vindt dat de tarieven te laag zijn vastgesteld en omdat de ACM geen terugwerkende kracht aan de tarieven had mogen verlenen. Voiceworks c.s. hebben bezwaar gemaakt omdat zij vinden dat de ACM de tarieven te hoog heeft vastgesteld en dat de ACM met haar onderzoek verder terug in de tijd had moeten gaan.

De bezwaren van partijen zijn in zoverre gegrond dat de ACM in dit besluit tot de conclusie komt dat KPN haar porteeertarieven met terugwerkende kracht dient te corrigeren, teruggaand tot 18 januari 2017. De bezwaren van partijen zijn ongegrond voor wat betreft de hoogte van de door de ACM in de bindende aanwijzing vastgestelde tarieven. Deze tarieven blijven daarmee ongewijzigd.

1. Inhoudsopgave

2.	Inleiding	3
3.	Verloop van de procedure	4
4.	Het primaire besluit	6
5.	Juridische kader	7
6.	Procedurele kwesties	7
6.1	De ontvankelijkheid van Nox Telecom	8
6.2	De procespositie van Tele2 c.s.	9
6.3	Toegang tot het dossier	10
7.	Bezwaargronden en overwegingen ACM	11
7.1	Terugwerkende kracht	11
A.	Bezwaar KPN: Ten onrechte heeft de ACM vastgesteld dat de tarieven van KPN met terugwerkende kracht tot 1 februari 2017 niet hebben voldaan aan het vereiste van kostenoriëntatie	11
B.	Bezwaar Voiceworks c.s: Beoordeling ten onrechte beperkt tot de periode vanaf februari 2017	12
7.2	Overige bezwaargronden	19
C.	Bezwaar KPN: Ten onrechte heeft de ACM vastgesteld dat niet alle arbeidskosten en handelingen die KPN heeft opgevoerd mogen worden toegerekend	19
D.	Bezwaar KPN: Ten onrechte heeft de ACM vastgesteld dat niet alle IT-systemen die KPN heeft opgevoerd mogen worden toegerekend aan het porteringsproces	24
E.	Bezwaar Voiceworks c.s: KPN is niet efficiënt – doorberekening niet-efficiënte kosten in strijd met regelgeving	24
F.	Bezwaar Voiceworks c.s: ACM miskent relevante feiten en systematiek wettelijke verplichting	28
G.	Bezwaar Voiceworks c.s: Kostenposten en handelingen KPN ten onrechte in aanmerking genomen	29
8.	Gevolgen voor de tarieven	31
8.1	Tarieven met terugwerkende kracht	31
8.2	Tarieven voor niet-geografische nummers	31
9.	Proceskosten	33
10.	Dictum	34

2. Inleiding

1. Bij besluit van 29 januari 2019¹ (hierna: het primaire besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) vastgesteld dat de door Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) gehanteerde tarieven voor nummerporteringen niet in overeenstemming zijn met het vereiste van kostenoriëntatie van artikel 4.10, zevende lid, onder b van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). De ACM heeft KPN een bindende aanwijzing opgelegd ten einde nieuwe tarieven vast te stellen met inachtneming van de in het besluit uiteen gezette principes voor de kostenoriëntatie.
2. Het primaire besluit is het resultaat van een ambtshalve onderzoek van de ACM naar de tarieven van KPN voor de dienst nummerportering. De aanleiding voor dit onderzoek was een geschilaanvraag van Private Mobility B.V. (hierna: Private Mobility) van 18 januari 2017 over de betreffende tarieven van KPN.²
3. Verschillende partijen hebben gezamenlijk bezwaar gemaakt tegen de bindende aanwijzing omdat zij zich niet kunnen vinden in de door de ACM vastgestelde principes voor kostenoriëntatie. Het gaat om de volgende partijen: Voiceworks B.V., Dean One B.V., SpeakUp B.V., Nox Telecom B.V., oneCentral B.V. en GnTel B.V. (hierna tezamen: Voiceworks c.s.). Voiceworks c.s. vinden dat de ACM KPN toestaat om te hoge kosten door te rekenen in haar tarieven en zijn van mening dat de ACM met haar onderzoek verder terug in de tijd had moeten gaan.
4. KPN heeft ook bezwaar gemaakt, omdat zij vindt dat zij bepaalde kosten ten onrechte niet in haar tarieven mag doorberekenen. Daarnaast heeft de ACM volgens KPN onterecht geoordeeld dat de tarieven met terugwerkende kracht niet voldoen aan het vereiste van kostenoriëntatie.
5. Tele2 Nederland B.V., BT Nederland N.V., Colt Technology Services B.V. en Verizon Nederland B.V. (hierna tezamen: Tele2 c.s.) hebben zich als belanghebbende gevoegd in de bezwaarprocedure van KPN en hebben een zienswijze ingediend naar aanleiding van het bezwaarschrift van KPN.
6. Hieronder wordt eerst het verloop van de procedure geschetst (Hoofdstuk 3). Daarna worden het primaire besluit (Hoofdstuk 4) en het juridisch kader beschreven (Hoofdstuk 5). Vervolgens worden eerst enkele procedurele kwesties geadresseerd (Hoofdstuk 6). Hierna volgen de bezwaren van alle partijen en de beoordeling daarvan door de ACM (Hoofdstuk 7). Hierbij komen eerst de bezwaargronden van partijen aan bod voor wat betreft de toekenning van terugwerkende kracht (paragraaf 7.1). Vervolgens worden de overige bezwaargronden van partijen behandeld

¹ Besluit van 29 januari 2019 met kenmerk ACM/UIT/492403.

² ACM/IN/203128.

(paragraaf 7.2). De gevolgen voor de tarieven en de proceskosten worden respectievelijk in Hoofdstukken 8 en 9 behandeld. Dit besluit wordt afgesloten met het dictum (Hoofdstuk 10).

3. Verloop van de procedure

7. In het primaire besluit heeft de ACM vastgesteld dat de door KPN gehanteerde nummerporteringstarieven van €2 per enkelvoudig nummer en €200 per nummerblok niet in overeenstemming zijn met het vereiste van kostenoriëntatie van artikel 4.10, zevende lid, onder b van de Tw. De ACM legt voor deze overtreding aan KPN een bindende aanwijzing op om nieuwe tarieven vast te stellen met inachtneming van de in het besluit uiteen gezette principes voor kostenoriëntatie.
8. Bij brief van 11 maart 2019 heeft KPN pro forma bezwaar aangetekend tegen het besluit van 29 januari 2019.³ Bij brief van 21 maart 2019 heeft de ACM verzocht de aanvullende gronden voor 11 juni 2019 aan te vullen.⁴
9. Bij brief van 15 maart 2019⁵ heeft de ACM geconstateerd dat het voorgestelde tarief van KPN van € 1,15 voor een enkelvoudige portering en € 42,80 voor portering van een nummerblok overeenkomt met de kosten per portering en geoordeeld dat deze tarieven in overeenstemming zijn met het principe van kostenoriëntatie in de zin van artikel 4.10, zevende lid, onder b van de Tw.
10. Bij brief van 4 april 2019 hebben Voiceworks c.s. een pro forma bezwaarschrift ingediend tegen het besluit.⁶
11. Bij brief van 17 mei 2019 hebben Voiceworks c.s. om inzage verzocht in alle op de zaak betrekking hebbende stukken en hebben zij om een ongeschoonde versie van het primaire besluit verzocht.⁷
12. Bij brief van 6 juni 2019 heeft de ACM het verzoek van Voiceworks c.s. afgewezen. De ACM heeft geoordeeld dat de stukken in kwestie dermate veel (bedrijfs-)gevoelige informatie bevatten dat deze vertrouwelijk moeten worden geacht en om die reden niet kunnen worden verstrekt.⁸

³ ACM/IN/429590.

⁴ ACM/UIT/509068.

⁵ ACM/UIT/508868.

⁶ ACM/IN/431831.

⁷ ACM/IN/433016.

⁸ ACM/UIT/513413.

13. Bij brief van 6 juni 2019 heeft KPN de gronden van bezwaar aangevuld.⁹
14. Bij brief van 7 juni 2019 hebben Voiceworks c.s. de gronden van bezwaar aangevuld.¹⁰
15. Bij brief van 16 juli 2019 hebben Voiceworks c.s. een pro forma bezwaarschrift ingediend tegen de beslissing van de ACM om geen verdere inzage in de stukken te verstrekken. Tevens heeft Infopact Netwerkdiensten B.V. (hierna: Infopact) verzocht zich te voegen als belanghebbende bij zowel dit bezwaar, als bij het bezwaar van Voiceworks c.s. tegen het primaire besluit.¹¹ Bij brief van 15 augustus 2019 heeft Infopact zich ook gemeld als derde-belanghebbende bij het bezwaar van KPN.¹²
16. Bij brief van 5 september 2019 heeft de ACM aangegeven dat de beslissing om geen inzage in het dossier te verlenen kwalificeert als feitelijk handelen. Daarmee levert deze beslissing geen besluit op in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht, en is de beslissing niet vatbaar voor bezwaar of beroep. In dezelfde brief heeft de ACM geoordeeld dat de belangen van Infopact niet tegengesteld zijn aan de belangen van Voiceworks c.s. Het verzoek om tot deze procedure te worden toegelaten is daarom afgewezen. Infopact is wel toegelaten als derde-belanghebbende bij het door KPN ingediende bezwaarschrift, omdat daar sprake is van een tegengesteld belang.¹³
17. Bij brief van 31 juli 2019 hebben Tele2 c.s. verzocht als belanghebbende deel te nemen aan de bezwaarprocedures van KPN en Voiceworks c.s. tegen het besluit.¹⁴ Bij brief van 4 september 2019 heeft de ACM dat verzoek toegewezen voor wat betreft de bezwaarprocedure van KPN, maar afgewezen voor de bezwaarprocedure van Voiceworks c.s.¹⁵ De reden voor deze afwijzing is dat de belangen van Tele2 c.s. niet tegengesteld zijn aan die van Voiceworks c.s.
18. Bij brief van 24 september 2019 hebben Tele2 c.s. een bezwaarschrift ingediend tegen de beslissing van de ACM om Tele2 c.s. niet toe te laten tot de bezwaarprocedure van Voiceworks c.s. Bij brief van 7 oktober 2019 heeft de ACM dit bezwaar niet-ontvankelijk verklaard op grond van artikel 6:3 van de Awb, omdat de beslissing kwalificeert als een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit.

⁹ ACM/IN434008.

¹⁰ ACM/IN/433961.

¹¹ ACM/IN/435770.

¹² ACM/IN/437395.

¹³ ACM/UIT/518229.

¹⁴ ACM/IN/437936.

¹⁵ ACM/UIT/518247.

19. Bij brief van 7 augustus 2019 zijn KPN en Voiceworks c.s. uitgenodigd om tijdens een hoorzitting hun bezwaren toe te lichten. In een brief van 18 september 2019 zijn Tele2 c.s. uitgenodigd om hun zienswijze toe te lichten.¹⁶ De ACM heeft de beslistermijn uitgesteld tot na de hoorzitting.
20. Bij brief van 13 september 2019 hebben Tele2 c.s. hun zienswijze ingediend op het aanvullend bezwaarschrift van KPN.¹⁷
21. Op 25 september 2019 heeft ten kantore van de ACM de hoorzitting plaatsgevonden. Hierbij waren KPN, Voiceworks c.s. en Tele2 c.s. aanwezig. Deze hoorzitting bestond uit een openbaar gedeelte en een besloten gedeelte, waarbij alleen KPN aanwezig was.
22. KPN heeft per mail van 1 oktober 2019 gereageerd op een vraag van de ACM over arbeidskosten die tijdens het besloten gedeelte van de hoorzitting is gesteld.¹⁸
23. Bij brief van 25 oktober 2019 heeft de ACM het verslag van de hoorzitting aan partijen toegezonden. Het verslag van het besloten gedeelte is alleen aan KPN verzonden.¹⁹ Partijen zijn in de gelegenheid gesteld te reageren op het verslag.
24. Bij brief van 8 november 2019 zijn partijen verzocht om op grond van artikel 7:10, vierde lid onder b, van de Awb in te stemmen met een opschorting van de termijn voor het nemen van een beslissing op de bezwaarschriften met zes weken.²⁰
25. KPN heeft ingestemd met deze opschorting per brief van 14 november 2019,²¹ Voiceworks c.s. per mail op 19 november 2019.²²

4. Het primaire besluit

26. De ACM heeft in het primaire besluit onderzoek gedaan naar de tarieven die KPN aan andere aanbieders rekent voor het uitporteren van telefoonnummers, wanneer een eindgebruiker naar deze andere aanbieder overstapt met behoud van zijn telefoonnummer(s). De kosten die KPN in rekening brengt bij aanbieders kunnen deze aanbieders rechtstreeks of indirect afwentelen op

¹⁶ ACM/UIT/517122 (KPN), ACM/UIT/517097 (Voiceworks c.s.), ACM/UIT/519244 (Tele2 c.s.).

¹⁷ ACM/IN/438689.

¹⁸ ACM/IN/439431.

¹⁹ ACM/UIT/521292 (Voiceworks c.s.), ACM/UIT/521290 (KPN), ACM/UIT/521294 (Tele2 c.s.).

²⁰ ACM/UIT/522233.

²¹ ACM/IN/441909.

²² ACM/IN/442706.

eindgebruikers, hetgeen leidt tot hogere tarieven en waardoor overstapdrempels kunnen ontstaan. Op grond van artikel 4.10, zevende lid, onder b van de Tw moeten deze tarieven kostengeoriënteerd zijn. Dit draagt bij aan het doel om overstapdrempels zo veel mogelijk weg te nemen.

27. De ACM heeft onderzoek gedaan naar de kosten die KPN ten grondslag mag leggen aan deze tarieven. KPN heeft voor de bepaling van de kosten een methode voorgesteld waarbij de belangrijkste inputs van het nummerporteringsproces en de daarbij behorende kosten als uitgangspunt worden genomen. Het betreffen de inputs arbeid en IT-systemen. Deze heeft de ACM gewaardeerd tegen de werkelijke kosten van KPN op basis van werkelijk gerealiseerde hoeveelheden uitporteringen. De ACM heeft de door KPN in dit kader opgevoerde kosten beoordeeld.
28. Voor wat betreft de arbeidskosten heeft de ACM onderzocht hoeveel tijd een portering van een nummer of nummerblok kost. KPN heeft aan de ACM gerapporteerd welke handelingen daarbij per portering nodig zijn. De ACM heeft vastgesteld dat niet alle handelingen die KPN heeft opgevoerd (volledig) mogen worden toegerekend. Ten aanzien van de IT-kosten heeft KPN aan de ACM gerapporteerd welke IT-systemen zij gebruikt heeft voor het porteerproces en in welke mate. Daarbij heeft de ACM vastgesteld dat niet alle systemen die KPN heeft opgevoerd mogen worden toegerekend aan het porteerproces.
29. De ACM heeft vastgesteld dat de door KPN gehanteerde tarieven van €2 per enkelvoudig nummer en €200 per nummerblok niet in overeenstemming zijn met het vereiste van kostenoriëntatie van artikel 4.10, zevende lid, onder b van de Tw. De ACM heeft KPN daarom een bindende aanwijzing opgelegd om nieuwe tarieven vast te stellen met inachtneming van de in het primaire besluit uiteen gezette principes voor de kostenoriëntatie.

5. Juridische kader

30. Voor de beschrijving van het voor dit besluit relevante juridisch kader verwijst de ACM naar het primaire besluit, randnummers 12 tot en met 16.

6. Procedurele kwesties

31. Voordat de ACM ingaat op de materiële bezwaargronden die KPN en Voiceworks c.s. hebben aangevoerd, bespreekt de ACM in dit hoofdstuk eerst enkele procedurele geschilpunten die tijdens de bezwaarprocedures naar voren zijn gebracht.

6.1 De ontvankelijkheid van Nox Telecom

Standpunt KPN

32. Ter hoorzitting bij de ACM heeft KPN erop gewezen dat zij – zoals ook blijkt uit het aanvullend bezwaarschrift van Voiceworks c.s. – geen bilaterale porteringsrelatie heeft met Nox Telecom. Nox Telecom heeft ervoor gekozen om gebruik te maken van de faciliterende diensten die een andere partij aanbiedt op het gebied van nummerportabiliteit. KPN is bij de afspraken tussen Nox Telecom en deze andere partij niet betrokken. Als Nox Telecom zich niet kan verenigen met de porteringstarieven die zij met de betreffende partij is overeengekomen, dan dient zij zich volgens KPN tot die partij te wenden. In deze situatie heeft Nox Telecom bij het primaire besluit geen rechtstreeks betrokken belang, en daarom moet het bezwaar van Nox Telecom niet-ontvankelijk worden verklaard.

Standpunt Nox Telecom

33. Nox Telecom betoogt dat zij rechtstreeks in haar belang wordt geraakt door het primaire besluit, omdat haar leverancier de wholesale porteringskosten van KPN een-op-een aan Nox Telecom doorberekent. Deze leverancier heeft namelijk exact dezelfde overeenkomst met KPN als KPN heeft met partijen zoals Voiceworks.

Beoordeling ACM

34. De ACM overweegt als volgt. Zoals Nox Telecom ter hoorzitting heeft erkend,²³ is het feit dat de porteringskosten van KPN een-op-een aan Nox Telecom worden doorberekend het gevolg van een keuze die is gemaakt in de overeenkomst die Nox Telecom met haar leverancier heeft gesloten. Hieruit blijkt dat eventuele gevolgen van het primaire besluit voor Nox Telecom voortvloeien uit de (privaatrechtelijke) overeenkomst die zij heeft met haar leverancier en niet uit het primaire besluit zelf. Dit betekent dat Nox Telecom bij dat besluit geen rechtstreeks, maar een afgeleid belang heeft.
35. Gelet op het voorgaande komt de ACM tot het oordeel dat Nox Telecom niet als belanghebbende kan worden aangemerkt in deze procedure. Het bezwaar van Nox Telecom is om die reden niet-ontvankelijk.
36. Vanwege de niet-ontvankelijkheid van het bezwaar van Nox Telecom wordt in het vervolg van dit besluit met 'Voiceworks c.s.' bedoeld: Voiceworks, DeanOne, SpeakUp, oneCentral en GnTel.

²³ ACM/INT/393162, blz. 16.

6.2 De procespositie van Tele2 c.s.

Standpunt Tele2 c.s.

37. Tele2 c.s. zijn het niet eens met de beslissing van de ACM om hen niet als belanghebbenden toe te laten tot de bezwaarprocedure van Voiceworks c.s. Volgens Tele2 c.s. heeft de ACM ten onrechte geconcludeerd dat hun belangen geheel parallel lopen met die van Voiceworks c.s. Zij betogen dat toewijzing van het bezwaar van Voiceworks c.s. voor hen negatieve gevolgen kan hebben. Uit het bezwaarschrift van Voiceworks c.s. blijkt dat zij zich op het standpunt stellen dat de ACM in het primaire besluit de tarieven van KPN had moeten beoordelen vanaf de inwerkingtreding van artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw, dan wel vanaf 13 juli 2006. Tele2 c.s. betogen dat het primaire besluit echter geen weigering inhoudt om onderzoek te doen en de nummerporteringstarieven van KPN te beoordelen over de periode voorafgaand aan februari 2017. De ACM kan alsnog onderzoek doen naar deze periode, en dient dit ook te doen. Tele2 c.s. hebben ten aanzien van die periode daarom een handhavingsverzoek ingediend. Dit dient echter een zelfstandig onderzoek te zijn en kan niet worden beschouwd als een 'herstel' van een ommissie in bezwaar, zoals Voiceworks c.s. volgens Tele2 c.s. lijken aan te nemen.

Beoordeling door de ACM

38. Zoals de ACM reeds heeft aangegeven in haar brieven van 4 september 2019²⁴ en 7 oktober 2019,²⁵ is de ACM met Tele2 c.s. van oordeel dat zij belanghebbenden zijn bij het primaire besluit. Tele2 c.s. hebben echter niet binnen de termijn van artikel 6:7 van de Awb tegen dit besluit bezwaar gemaakt. In die situatie kunnen Tele2 c.s. alleen tot de bezwaarprocedure van Voiceworks c.s. worden toegelaten indien zij een tegengesteld belang hebben ten opzichte van het belang van Voiceworks c.s. Daarvan is in dit geval geen sprake. Uit de beide bezwaarschriften blijkt namelijk dat Tele2 c.s. en Voiceworks c.s. hetzelfde belang nastreven, zijnde een oordeel van de ACM strekkende tot een verdere verlaging van de porteringstarieven van KPN en voor een langere periode dan waarop het primaire besluit betrekking heeft.
39. Ten aanzien van het argument van Tele2 c.s. dat zij – anders dan Voiceworks c.s. – een aanvullend en separaat onderzoek wensen naar de porteertarieven van KPN van vóór februari 2017, overweegt de ACM dat dit mogelijke formele onderscheid niets afdoet aan de omstandigheid dat Tele2 c.s. hiermee hetzelfde materiële belang nastreven als Voiceworks c.s. Daarnaast wijst de ACM erop dat Voiceworks c.s. bij de hoorzitting hebben aangegeven dat ook zij bij de ACM een separaat handhavingsverzoek hebben ingediend met betrekking tot de porteertarieven van KPN van vóór februari 2017. Voiceworks c.s. hebben enkel een voorwaardelijke bezwaargrond aangevoerd over dit onderwerp voor het geval het primaire besluit een beslissing van de ACM inhoudt om over de betreffende periode geen onderzoek uit te

²⁴ ACM/UIT/518247.

²⁵ ACM/UIT/520089.

voeren.²⁶ Hieruit blijkt dat het belang van Tele2 c.s. ook op dit formele punt niet tegengesteld is aan het belang van Voiceworks c.s.

40. Gelet op het voorgaande laat de ACM haar beslissingen in stand om Tele2 c.s. niet toe te laten tot de bezwaarprocedure van Voiceworks c.s.

6.3 Toegang tot het dossier

Standpunt Voiceworks c.s.

41. Voiceworks c.s. betogen dat zij ten onrechte niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken hebben ontvangen. Daarnaast betogen zij dat in het primaire besluit ten onrechte een omvangrijke hoeveelheid informatie als bedrijfsvertrouwelijk is aangemerkt. Als gevolg hiervan is de onderbouwing van de (vermeende) kosten(posten) van KPN voor nummerportering niet inzichtelijk voor Voiceworks c.s. Daarmee wordt hen de kans ontnomen om na te gaan hoe de ACM het onderzoek heeft uitgevoerd. Voiceworks c.s. betwisten dat (al) de niet-overgelegde informatie aan te merken is als (bedrijfs)vertrouwelijke gegevens zoals is bedoeld in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).

Beoordeling door de ACM

42. De ACM laat haar beslissing in stand zoals toegelicht in haar brief van 6 juni 2019²⁷ om de door Voiceworks c.s. bedoelde stukken en besluitpassages niet aan hen te verstrekken. De door Voiceworks c.s. genoemde informatie (zoals aantallen porteringen, arbeidstijd en -kosten en IT-kosten) is vertrouwelijk door KPN aan de ACM verstrekt. Deze informatie kwalificeert als bedrijfs- of fabricagegegevens zoals bedoeld in artikel 10, eerste lid en onder c, van de Wob, aangezien daaruit wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid ten aanzien van de technische bedrijfsvoering dan wel de afzet van de producten van KPN.
43. Naar het oordeel van de ACM weegt het belang van Voiceworks c.s. om inzicht te krijgen in de hiervoor bedoelde gegevens niet op tegen het belang dat KPN heeft bij de vertrouwelijkheid daarvan. Daartoe overweegt de ACM dat Voiceworks c.s. op basis van de stukken en gegevens die aan hen zijn verstrekt, inzicht hebben kunnen verkrijgen in de opbouw van de tarieven, de onderliggende kostenberekeningen en de door de ACM gehanteerde beoordelingsmethode. Deze informatie is naar het oordeel van de ACM voldoende voor Voiceworks c.s. om (gemotiveerd) op te kunnen komen tegen het primaire besluit. Ten overvloede wijst de ACM erop dat dit ook kan worden afgeleid uit de uitgebreide (schriftelijke en mondelinge) bezwaren die zij tegen dit besluit hebben aangevoerd.

²⁶ ACM/INT/393162, bijlage 1, rn. 5.

²⁷ ACM/UIT/513413.

7. Bezwaargronden en overwegingen ACM

44. Omwille van een heldere structuur van dit besluit worden in dit hoofdstuk eerst zowel de bezwaargronden van KPN als van Voiceworks c.s. behandeld voor zover deze zich toespitsen op het al dan niet toekennen van terugwerkende kracht aan de porteer tarieven van KPN. Tevens wordt de zienswijze van Tele2 c.s. met betrekking tot dit onderwerp behandeld. Vervolgens worden de overwegingen van de ACM hierover uiteengezet. Daarna volgen de overige bezwaargronden van partijen alsmede de overwegingen van de ACM.

7.1 Terugwerkende kracht

A. Bezwaar KPN: Ten onrechte heeft de ACM vastgesteld dat de tarieven van KPN met terugwerkende kracht tot 1 februari 2017 niet hebben voldaan aan het vereiste van kostenoriëntatie

45. Met deze bezwaargrond betoogt KPN dat de ACM in het primaire besluit in strijd heeft gehandeld met het rechtszekerheidsbeginsel. De ACM heeft volgens KPN namelijk een nieuwe, niet voorzienbare methode voor het toetsen aan het vereiste van kostenoriëntatie bepaald, terwijl zij in de daaraan voorafgaande periode van dertien jaar redelijkheid als toetsingsmethode heeft gehanteerd. Volgens KPN kan daarom niet worden vastgesteld dat de tarieven van KPN in de periode vanaf 1 februari 2017 niet hebben voldaan aan het vereiste van kostenoriëntatie. In ieder geval belet volgens KPN het rechtszekerheidsbeginsel dat daar enige consequenties aan worden verbonden. KPN geeft aan dat een nationale toezichthouder weliswaar over een “zekere beoordelingsvrijheid” beschikt om de methode te bepalen die het meest geschikt lijkt om de portabiliteit ten volle te verwezenlijken, maar dat neemt niet weg dat aan de toepassing daarvan geen terugwerkende kracht kan worden toegekend.
46. KPN wijst in dat verband op het door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb) geformuleerde criterium dat een tariefsverlaging voldoende voorzienbaar moet zijn.²⁸
47. Tevens betoogt KPN dat de rechtszekerheid vereist dat de door de ACM gegeven verplichtingen zo duidelijk en precies mogelijk worden omschreven, opdat marktpartijen weten wat rechtens geldt. KPN verwijst daarbij naar een uitspraak van het CBb van 3 mei 2011²⁹ over het Marktanalysebesluit WBT.

²⁸ CBb 8 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV3078, rechtsoverweging 11.2.3.

²⁹ CBb 3 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3146, rechtsoverweging 10.17.6.

B. Bezwaar Voiceworks c.s: Beoordeling ten onrechte beperkt tot de periode vanaf februari 2017

48. Voiceworks c.s. stellen zich op het standpunt dat de nieuw door KPN vastgestelde (vermeend) kostengeoriënteerde tarieven op basis van het primaire besluit in elk geval moeten gelden voor de periode vanaf februari 2017 respectievelijk oktober 2017. Dat blijkt volgens Voiceworks c.s. uit de beoordeling die de ACM heeft gemaakt van de kosten die KPN heeft toegerekend aan nummerporteringen voor de periode februari 2017 tot september 2017 en de periode per oktober 2017. In het primaire besluit concludeert de ACM volgens Voiceworks c.s. dat de door KPN gehanteerde tarieven in beide periodes niet kostengeoriënteerd zijn geweest. Voiceworks c.s. maken uit randnummer 110 van het primaire besluit op dat de ACM aangeeft van welke tarieven KPN moet uitgaan voor de periode tot en met september 2017.
49. Daarnaast betogen Voiceworks c.s. dat de ACM de tarieven van KPN ook had moeten beoordelen primair, vanaf de inwerkingtreding van artikel 4.10, zevende lid en onder b, van de Tw en subsidiair, vanaf 13 juli 2006. Op deze datum werd volgens Voiceworks c.s. in het arrest Mobistar van het Hof van Justitie (hierna: HvJ)³⁰ namelijk alle onduidelijkheid weggenomen – voor zover deze had kunnen bestaan – voor wat betreft de kosten die onder het vereiste van kostenoriëntatie vallen.
50. De stelling van KPN dat de ACM het vereiste van kostenoriëntatie zou hebben ingeruild voor een redelijkheidstoets, snijdt volgens Voiceworks c.s. geen hout. Daartoe voeren zij aan dat de ACM (indertijd nog de OPTA) in het besluit van 16 februari 2007³¹ uitdrukkelijk heeft bepaald dat KPN met ingang van 1 januari 2006 kostengeoriënteerde porteertarieven moet rekenen. De verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor nummerportabiliteit volgt ook rechtstreeks uit de wet. De ACM kan die wet vervolgens niet buiten toepassing verklaren.
51. Voorts bestrijden Voiceworks c.s. in hun bezwaar de opmerking van KPN dat zij nooit een verzoek uit de markt heeft ontvangen tot het aanpassen van de tarieven. Ten eerste stellen Voiceworks c.s. dat de verplichting tot kostenoriëntatie geldt, ongeacht een verzoek van andere partijen om de tarieven te verlagen. Bovendien stellen Voiceworks c.s. dat zij KPN wel degelijk hebben verzocht – zowel mondeling als schriftelijk – om de tarieven aan te passen.
52. Voiceworks c.s. zien ook aanleiding voor de ACM om terug te gaan tot het begin, gelet op het grote verschil tussen de tarieven die KPN vanaf 2006 in rekening heeft gebracht en het nieuwe (vermeende) kostengeoriënteerde tarief. Dit grote verschil maakt volgens Voiceworks c.s. duidelijk

³⁰ Arrest van het HvJ van 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:463 (*Mobistar SA v Institut belge des services postaux et des télécommunications*), zaak C-348/04.

³¹ Besluit van de OPTA van 16 februari 2007, met kenmerk OPTA/TN/2007/200197.

dat KPN vanaf het begin geen kostengeoriënteerde tarieven in rekening heeft gebracht. Daardoor zouden concurrenten ernstig zijn benadeeld, eindgebruikers ontmoedigd zijn om over te stappen en zou KPN zichzelf (aanzienlijk) verrijkt hebben.

Zienswijze Tele2 c.s.

53. In de zienswijze naar aanleiding van het aanvullend bezwaarschrift van KPN verwerpen Tele2 c.s. de stelling van KPN dat zij voorafgaand aan de beoordeling niet bekend was met de systematiek van de beoordeling van de tarieven. Volgens Tele2 c.s. heeft de ACM juist op verzoek van KPN afgezien van een EDC-kostenrapportage en gekozen voor het alternatief van KPN.
54. Doordat de ACM de door KPN voorgestelde systematiek heeft gevolgd, die zonder meer voor KPN voorzienbaar was, kan volgens Tele2 c.s. ook een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel niet slagen.
55. Verder stellen Tele2 c.s. zich op het standpunt dat KPN zich niet van een wettelijke verplichting kan onthouden met het argument dat een overtreding daarvan pas later door de toezichthouder zou zijn ontdekt. Dat argument kan volgens Tele2 c.s. niet worden gebruikt om de toepassing van terugwerkende kracht te voorkomen.
56. Als laatste doet volgens Tele2 c.s. de uitspraak van het CBb van 3 mei 2011 waar KPN naar verwijst, niet ter zake. In deze zaak gaat het namelijk om een Aanmerkelijke Marktmacht-besluit, waarin de tariefregulering door de ACM wordt bepaald, en niet om een door de wetgever vastgestelde verplichting zoals in het onderhavige geval.

Beoordeling ACM

57. Zoals blijkt uit de door partijen aangevoerde bezwaren en zienswijzen, dienen in dit besluit met betrekking tot het onderwerp terugwerkende kracht twee vragen te worden beantwoord. Eerst staat ter discussie of de ACM bij het primaire besluit terugwerkende kracht heeft verleend aan haar bindende aanwijzing. Vervolgens staat ter discussie of het al dan niet verlenen van terugwerkende kracht aan deze bindende aanwijzing terecht was. Hierna gaat de ACM nader op deze twee vragen in.

De strekking van het primaire besluit

58. Ten aanzien van de eerste vraag overweegt de ACM het volgende. Zoals blijkt uit randnummer 112 van het primaire besluit, dient KPN op grond van dat besluit nieuwe tarieven vast te stellen voor interconnectie verband houdende met nummerportabiliteit. Op grond van randnummer 112, punt III, van het primaire besluit dient KPN daarbij in acht te nemen voor de bepaling van de arbeidskosten de uitgangspunten uit randnummers 78 tot en met 82 van dat besluit en voor de bepaling van de IT-kosten de uitgangspunten uit randnummers 100 tot en met 102. Deze uitgangspunten heeft de ACM geformuleerd naar aanleiding van haar onderzoek naar de kosten in

de periode februari 2017 tot en met september 2017 en de periode vanaf oktober 2017.

59. Volgens de ACM biedt (het dictum van) het primaire besluit geen aanknopingspunten die zouden duiden op een ingangsdatum van de gewijzigde tarieven die vóór het opleggen van de bindende aanwijzing ligt. Dat zou het geval kunnen zijn als de ACM bijvoorbeeld een ingangsdatum opneemt in het besluit voor nieuwe tarieven en/of expliciet vermeldt dat aan de nieuwe tarieven terugwerkende kracht moet worden verleend. Dit volgt ook uit andere besluiten van de ACM. Bij gebrek aan dergelijke aanknopingspunten stelt de ACM vast dat door KPN te verplichten om de in het besluit bedoelde uitgangspunten in acht te nemen bij het vaststellen van de nieuwe tarieven, niet werd beoogd dat de nieuwe tarieven zouden moeten ingaan op een datum gelegen vóór het primaire besluit.
60. De ACM vindt dan ook geen steun voor de stelling van Voiceworks c.s. dat de ACM in het primaire besluit aan KPN meegeeft van welke tarieven zij moet uitgaan voor de periode tot en met september 2017. Dit volgt naar het oordeel van de ACM in ieder geval niet uit (randnummer 110 van) het primaire besluit.
61. In zoverre zijn de bezwaren van Voiceworks c.s. en KPN ongegrond.

Moet terugwerkende kracht worden verleend aan de bindende aanwijzing?

62. Vervolgens ziet de ACM zich voor de vraag gesteld of zij terecht heeft besloten om geen terugwerkende kracht te verlenen aan het primaire besluit.
63. De ACM stelt bij haar beoordeling voorop dat zij – zoals ook KPN erkent³² – in beginsel bevoegd is om in geval van een overtreding van de Tw met terugwerkende kracht nieuwe tarieven vast te laten stellen. Dit is slechts anders indien het rechtszekerheidsbeginsel zich hiertegen verzet, omdat een eventuele tariefverlaging voor de onderneming in kwestie onvoldoende voorzienbaar is. Derhalve dient te worden beoordeeld of de wijze waarop de ACM in het primaire besluit toepassing heeft gegeven aan artikel 4.10, zevende lid en onder b, van de Tw voor KPN voldoende voorzienbaar was. In dit kader bespreekt de ACM hierna eerst de betekenis van de mededeling van de OPTA uit 2006. Vervolgens gaat de ACM in op de materiële invulling van de kostenoriëntatienorm in het primaire besluit. Daarna gaat de ACM in op de toegepaste methode om de (hoogte van de) relevante kosten te bepalen.

De mededeling van de OPTA uit 2006

64. Door KPN is niet weersproken dat zij op grond van artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw kostengeoriënteerde tarieven voor nummerportabiliteit dient te rekenen. In dat kader heeft de ACM (destijds OPTA) tot 1 januari 2006 de tarieven van KPN voor nummerportabiliteit beoordeeld

³² ACM/INT/393162, pleitnotitie KPN, rn. 7.

als onderdeel van de jaarlijkse toetsing van het kostentoerekeningssysteem van KPN. In een mededeling op 27 januari 2006³³ heeft de OPTA laten weten dat vanaf 1 januari 2006 operators zelf met KPN in overeenstemming moesten komen over de hoogte van de tarieven, met dien verstande dat de tarieven volgens de OPTA in ieder geval aan de wettelijke norm van redelijkheid moesten voldoen.

65. Naar het oordeel van de ACM brengt de mededeling uit 2006 niet met zich mee, zoals door KPN wordt betoogd, dat daardoor tot aan het primaire besluit in 2019 sprake is geweest van een gewijzigde invulling van de kostenoriëntatienorm in de vorm van een redelijkheidstoets ten aanzien van porteeertarieven. Ten eerste wijst de ACM daarvoor naar het hiervoor genoemde besluit van de OPTA van 16 februari 2007. Zoals ook is aangevoerd door Voiceworks c.s., blijkt uit dit besluit ondubbelzinnig dat KPN vanaf 1 januari 2006 kostengeoriënteerde tarieven dient te hanteren. Weliswaar wordt in het juridisch kader van dit besluit naar de mededeling uit 2006 verwezen, maar deze verwijzing dient slechts ter staving van het vaststellen van een ingangsdatum van de tarieven. Zelfs al zou de ACM in de mededeling een andere invulling hebben gegeven aan artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw, dan heeft dit besluit (wederom) duidelijk gemaakt dat voor “interconnectie in verband met nummerportabiliteit” kostengeoriënteerde tarieven dienen te worden toegepast.
66. Ten tweede wijst de ACM op de beperkte uitleg die het begrip “interconnectie in verband met nummerportabiliteit” in 2006 nog kende. Zoals ook staat beschreven in randnummer 39 van het primaire besluit, hanteerde de ACM (indertijd de OPTA) om die reden de norm ‘redelijkheid’. Gelet op de uitleg van het HvJ in het arrest Mobistar, zag de OPTA aanleiding om in het besluit van 16 februari 2007 te verduidelijken dat de prijsstelling voor “interconnectie in verband met nummerportabiliteit” mede betrekking heeft op de zogenaamde opzetkosten. Deze kosten zijn het equivalent van de eenmalige administratieve kosten die voortvloeien uit de uitvoering van aanvragen tot nummeroverdracht.³⁴ De ACM overweegt dat KPN er hierdoor niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat zij ter invulling van artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw redelijke in plaats van kostengeoriënteerde tarieven mocht vaststellen voor nummerportabiliteit.
67. Voiceworks c.s. en Tele2 c.s. voeren verder aan dat de ACM niet bevoegd is een wettelijke norm buiten toepassing te verklaren door een ‘redelijkheidstoets’ te hanteren. Daar is volgens de ACM ook geen sprake van geweest. Voor zover dit criterium als een gewijzigde invulling van de kostenoriëntatienorm zou worden gekwalificeerd, valt deze alternatieve invulling binnen de beoordelingsruimte die de ACM bij het invullen van een kostenoriëntatienorm toekomt. Uit de rechtspraak³⁵ volgt namelijk dat de ACM – mits gemotiveerd – mag afwijken van een in het

³³ Mededeling van de OPTA van 27 januari 2006, met kenmerk OPTA/TN/2006/200202.

³⁴ Besluit van de OPTA van 16 februari 2007, met kenmerk OPTA/TN/2007/200197, randnummer 23.

³⁵ Zie de uitspraak van het CBB van 6 april 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AV8782, rechtsoverweging 10.3.

verleden gehanteerde methode van kostenbeoordeling aan de hand waarvan de toerekening van specifieke kosten plaatsvindt. Daarmee verklaart de ACM de wet nog niet buiten toepassing.

68. Gelet op het voorgaande staat de mededeling van de OPTA uit 2006 naar het oordeel van de ACM niet in de weg aan het toekennen van terugwerkende kracht aan het primaire besluit.

Materiële invulling van de kostenoriëntatienorm

69. Ter discussie staat ook wat het vereiste van kostenoriëntatie precies inhoudt, oftewel: welke soorten kosten aan nummerportabiliteit mogen worden toegerekend. KPN betoogt dat dit tot aan het primaire besluit onduidelijk was. Voiceworks c.s. en Tele2 c.s. betogen dat hierover – in ieder geval na het arrest Mobistar – geen misverstand kan bestaan.
70. De ACM overweegt dat de kostenoriëntatienorm uit artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw vanaf de inwerkingtreding inderdaad ruimte bood voor verschillende interpretaties doordat niet duidelijk was op welke kosten de norm precies betrekking had. Om die reden heeft de ACM (destijds de OPTA) ook een mededeling gedaan in 2006. Naar het oordeel van de ACM is deze onduidelijkheid met betrekking tot de kostensoorten echter met het arrest Mobistar weggenomen. In dit arrest bepaalt het HvJ immers dat artikel 30, tweede lid, van de Universeledienstrichtlijn – waarvan artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw de nationale implementatie vormt – betrekking heeft op de kosten van het verkeer naar de overgedragen nummers en op de opzetkosten die voor de mobiele telefoonoperators voortvloeien uit de uitvoering van de aanvragen tot nummeroverdracht. Dit leidt de ACM tot de conclusie dat vanaf het arrest Mobistar in 2006 in ieder geval duidelijk is geweest welke soorten kosten onder de kostenoriëntatienorm vallen. Tot zover volgt de ACM de argumentatie van Voiceworks c.s. en Tele2 c.s.
71. KPN betoogt ook dat zelfs al zou duidelijkheid bestaan over de kostensoorten die aan nummerportabiliteit mogen worden toegerekend, dat nog steeds diffuus is welke kostenposten precies mogen worden toegerekend. Daarmee zou het rechtszekerheidsbeginsel nog steeds in de weg staan aan toepassing van terugwerkende kracht. De ACM overweegt daartoe dat de precieze invulling van een kostenoriëntatienorm altijd mede afhangt van de inrichting van de administratie en de bedrijfsvoering van de onderneming die onderwerp is van het onderzoek. Het is aan de onderneming in kwestie om te motiveren dat en waarom een bepaalde kostenpost aan de gereguleerde dienst mag worden toegerekend. Aangezien in het onderhavige geval sprake is van *ex post* toezicht, wordt deze motivering pas achteraf door de ACM beoordeeld. Daardoor zal ook pas bij de beoordeling achteraf blijken dat bepaalde kosten onterecht zijn toegerekend. Dit is inherent aan een dergelijke rechtsregel, en doet naar het oordeel van de ACM geen afbreuk aan de voorzienbaarheid daarvan.

72. Op basis van het voorgaande komt de ACM tot de conclusie dat ook de materiële invulling in het primaire besluit van de kostenoriëntatienorm uit artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw voor KPN voldoende voorzienbaar was.

De gebruikte methode van kostentoe rekening

73. KPN stelt zich verder op het standpunt dat zij de door de ACM toegepaste methode om de (hoogte van de) relevante kosten te bepalen, niet kon voorzien. Daarover overweegt de ACM het volgende.
74. KPN betoogt dat de ACM in het primaire besluit is uitgegaan van een systeem voor kostentoe rekening dat niet voorafgaand aan de beoordeling aan KPN is bekendgemaakt. Onder verwijzing naar een uitspraak van het CBb van 8 februari 2012 voert KPN aan dat dit de tariefsverlaging voor haar onvoldoende voorzienbaar maakt. In deze uitspraak oordeelde het CBb dat de beëindiging van een door de OPTA in het leven geroepen systeem van regulering voldoende voorzienbaar moet zijn. Naar het oordeel van de ACM is deze uitspraak echter niet van toepassing op de kostenoriëntatienorm voor nummerportabiliteit. De kostenoriëntatienorm voor nummerportabiliteit vloeit immers rechtstreeks voort uit de wet en maakt geen onderdeel uit van een door de ACM in het leven geroepen systeem van regulering.
75. De ACM wijst er daarbij op dat KPN als onderdeel van het onderzoek van de ACM zelf een kostenmethode heeft aangedragen om de kosten van het porteerproces te beoordelen. Dit sluit aan bij het uitgangspunt dat KPN als normadressaat zelf verantwoordelijk is om de wet na te leven en aan te tonen dat zij aan de kostenoriëntatieverplichting heeft voldaan. Zoals uit het primaire besluit blijkt, voerde het naar de mening van KPN te ver om in het kader van het onderhavige ambtshalve onderzoek een EDC-rapportage op te stellen. Nu de ACM slechts de voorgestelde methode van KPN heeft gevolgd, ziet de ACM niet in waarom die methode voor KPN onvoorzienbaar zou zijn. KPN is immers niet geconfronteerd met een vreemde, voor KPN onbekende, kostenmethode.
76. De verwijzing van KPN naar een uitspraak van het CBb van 3 mei 2011 treft om eenzelfde reden geen doel. In deze uitspraak oordeelde het CBb dat de door de OPTA gegeven verplichtingen zo duidelijk en precies mogelijk moeten worden omschreven, opdat marktpartijen weten wat rechtens geldt. Het gaat hierbij echter om de omschrijving van verplichtingen die de OPTA uit hoofde van de wet diende vast te stellen. Ook uit de uitspraak van het CBb van 13 juli 2006 volgt dat het rechtszekerheidsbeginsel aan het toekennen van terugwerkende kracht in de weg staat indien de ACM in strijd met een wettelijke verplichting heeft nagelaten een kostentoe rekeningssysteem goed te keuren. In het onderhavige geval is er geen sprake van een uit (het systeem van) de wet voortvloeiende (periodieke) verplichting voor de ACM om de kostenoriëntatienorm (nader) te

preciseren. Anders dan door KPN wordt betoogd,³⁶ rust alleen op KPN de wettelijke verplichting te voldoen aan de kostenoriëntatienorm voor porteeertarieven. KPN dient deze norm dan ook zelfstandig na te leven.

77. Gelet op het voorgaande is de ACM van oordeel dat ook de in het primaire besluit gevolgde methode van kostentoerekening voldoende voorzienbaar was voor KPN.

Conclusie terugwerkende kracht

78. Aangezien zowel de materiële invulling van de kostenoriëntatienorm als de gevolgde methode van kostentoerekening voldoende voorzienbaar waren voor KPN, verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich volgens de ACM niet tegen de toekenning van terugwerkende kracht aan de bindende aanwijzing. Het bezwaar van Voiceworks c.s. is in zoverre gegrond.
79. Vervolgens ziet de ACM zich voor de vraag gesteld tot welk moment in het verleden KPN haar tarieven dient te corrigeren. Daartoe overweegt de ACM als volgt.

Reikwijdte terugwerkende kracht

80. Voiceworks c.s. en Tele2 c.s. betogen dat de ACM haar onderzoek naar de onderliggende kosten van de porteeertarieven van KPN dient uit te breiden tot 2006. Voor zover deze kosten afwijken van de gehanteerde tarieven, betogen zij dat de tarieven van KPN met terugwerkende kracht moeten worden gecorrigeerd. De ACM volgt Voiceworks c.s. en Tele2 c.s. gedeeltelijk in dit betoog om de volgende redenen.
81. Zoals blijkt uit de mededeling die de ACM (indertijd de OPTA) in 2006 aan de markt heeft gedaan, heeft de ACM als onderdeel van haar nieuwe wijze van toezicht het initiatief bij marktpartijen gelegd om bij gebrek aan overeenstemming over porteeertarieven een tariefgeschil bij de ACM aanhangig te maken. De ACM constateert dat een dergelijke geschilaanvraag voor het eerst op 18 januari 2017 is ingediend door Private Mobility.
82. Nu het uitdrukkelijk aan de markt was opgedragen om klachten over de in rekening gebrachte tarieven via een geschilaanvraag aan de ACM kenbaar te maken, en partijen jarenlang hebben afgezien van de mogelijkheid een dergelijk geschil aanhangig te maken, acht de ACM het niet evenredig om haar onderzoek verder terug te laten gaan dan het moment van indienen van de geschilaanvraag door Private Mobility. Nu een partij pas voor het eerst in 2017 een formeel geschil heeft ingediend en niet eerder, kan KPN niet worden verweten dat zij niet eerder (formeel) aanleiding heeft gehad haar porteeertarieven te onderzoeken. Vanaf het moment van indienen van de geschilaanvraag door Private Mobility had KPN er echter redelijkerwijs op bedacht kunnen zijn dat haar tarieven mogelijk niet in overeenstemming waren met 4.10, zevende lid onder b, van de

³⁶ ACM/INT/393162, pleitnotitie KPN, rn. 14.

Tw. Gelet daarop acht de ACM het passend om KPN op te dragen haar tarieven met terugwerkende kracht te corrigeren tot en met 18 januari 2017.

83. De ACM merkt op dat zij geen aanvullend onderzoek hoeft uit te voeren naar de porteertarieven van KPN nu deze tarieven reeds vanaf 1 februari 2017 zijn onderzocht en de ACM in de bindende aanwijzing heeft vastgesteld dat KPN vanaf die periode in overtreding is geweest. Naar het oordeel van de ACM kunnen de conclusies die uit dit onderzoek volgen redelijkerwijs ook worden toegepast voor de periode van 18 tot en met 31 januari 2017, nu er geen aanleiding bestaat te veronderstellen dat deze kosten gedurende deze (betrekkelijk korte) periode zullen afwijken van hetgeen uit het door de ACM uitgevoerde onderzoek is gebleken.
84. Ten overvloede merkt de ACM op dat een onderzoek naar de tarieven van KPN tot 2006 niet (meer) zou bijdragen aan het door de wetgever beoogde doel achter de kostenoriëntatienorm voor porteertarieven, zijnde het bevorderen van concurrentie door het verlagen van overstapdrempels. Voor zover hogere tarieven tot dergelijke overstapdrempels zouden kunnen hebben geleid, kunnen deze drempels niet meer worden weggenomen door volledige terugwerkende kracht toe te kennen aan de porteertarieven. Volgens de ACM zou dat een mogelijk mededingingsprobleem in ieder geval niet (meer) oplossen.
85. De ACM geeft zich ook rekenschap van het feit dat – zoals door Voiceworks c.s. ter hoorzitting te kennen is gegeven³⁷ – Voiceworks c.s. pas enkele jaren actief zijn. Naar het oordeel van de ACM is het daarom nog maar de vraag of en welke belangen zij zouden hebben bij een onderzoek dat teruggaat tot 2006.
86. Gelet op het voorgaande slaagt de bezwaargrond van Voiceworks c.s. dat KPN haar porteertarieven met terugwerkende kracht dient te corrigeren, althans voor zover dit betrekking heeft op de periode vanaf 18 januari 2017 tot en met het primaire besluit. Deze bezwaargrond slaagt niet voor zover deze zich richt op het (opnieuw) vaststellen van de kosten van de porteringstarieven van KPN voor de periode vanaf 2006 tot en met 17 januari 2017.

7.2 Overige bezwaargronden

C. Bezwaar KPN: Ten onrechte heeft de ACM vastgesteld dat niet alle arbeidskosten en handelingen die KPN heeft opgevoerd mogen worden toegerekend

87. Met deze bezwaargrond betoogt KPN dat in de *bottom-up* benadering de arbeidskosten slechts ten dele worden toegerekend aan de tarieven voor uitporteringen. De ACM rekent voor

³⁷ ACM/INT/393162, verslag van de hoorzitting op 25 september 2019, p. 17.

porteringen van enkelvoudige nummers onterecht met een vast percentage van [VERTROUWELIJK]% handmatige porteringen vanaf oktober 2017. Dat percentage is te laag en zou op [VERTROUWELIJK]% liggen. Het rekenen met een vast en te laag percentage zorgt voor te korte behandeltijden. Daardoor blijven arbeidskosten links liggen en wordt KPN de mogelijkheid onthouden haar kosten goed te maken.

88. KPN betoogt dat voor een juiste toerekening van de arbeidskosten niet het percentage handmatige porteringen relevant is, maar welk deel van de totale kosten wordt toegerekend aan porteringen van enkelvoudige nummers en welk deel wordt toegerekend aan porteringen van nummerblokken. Door uit te gaan van een vast percentage zou de ACM de *bottom-up* benadering van kostentoerekening op onjuiste wijze hanteren.

Beoordeling ACM

89. In haar overwegingen hierna verstaat de ACM de termen 'handmatige porteringsactiviteit' en 'handelingen' als volgt. Een activiteit dient te worden beschouwd als een reeks van handelingen. Voor het voltooien van een handmatige porteringsactiviteit is dus een reeks van handelingen benodigd.
90. Voor de kostenrapportages van KPN is ten behoeve van het onderzoek naar de kostengeoriënteerdheid van de nummerporteringstarieven door KPN zelf gekozen voor een *bottom-up* benadering.³⁸ Daarbij is door KPN voorgesteld alleen de arbeidskosten voor uitporteringen en de kosten voor IT-systemen die gebruikt worden voor nummerportering als uitgangspunt te nemen voor het kostenonderzoek. De ACM heeft dit voorstel van KPN gevolgd en heeft de categorieën arbeid en IT gewaardeerd tegen de werkelijke kosten en op basis van werkelijk gerealiseerde hoeveelheden.³⁹ De ACM heeft voor de beoordeling van de kostenrapportages als uitgangspunt genomen dat alleen kosten, handelingen en IT-systemen worden meegerekend die rechtstreeks betrekking hebben op het nummerporteringsproces.
91. De ACM merkt op dat KPN nu een andere manier van beoordelen van de kosten middels een *bottom-up* voorstelt dan gevolgd is door de ACM. De ACM ziet derhalve aanleiding nader uiteen te zetten hoe de ACM deze methode heeft toegepast.
92. In een *bottom-up* benadering worden activiteiten en systemen vastgesteld die benodigd zijn om een bepaalde dienst te leveren, in dit geval de dienst nummerporteringen. Aan deze activiteiten en systemen wordt een kostprijs gehangen, door middel waarvan de totale kosten voor de dienst kunnen worden bepaald. Er zijn verschillende methoden waarop die kostprijs voor een activiteit of

³⁸ Zie randnummer 47 van het primaire besluit.

³⁹ Zie randnummer 46 van het primaire besluit.

systeem kan worden berekend. Zodoende zullen daarin bepaalde afwegingen en keuzes gemaakt moeten worden.

93. De ACM volgt KPN niet in haar betoog dat het onjuist is om met een vast percentage te rekenen. De ACM heeft gekozen om te rekenen met een gemiddeld percentage van [VERTROUWELIJK]% handmatige porteringen (vanaf oktober 2017) respectievelijk [VERTROUWELIJK]% (tot aan september 2017) om, ten behoeve van de kostentoerekening, het onderscheid te maken tussen geautomatiseerde en handmatige enkelvoudige porteringen. IT-kosten worden toegerekend aan beide type porteringen, terwijl arbeidskosten alleen worden toegerekend aan handmatige porteringen. Vervolgens heeft de ACM op de handmatige porteringen verder ingezoomd en beoordeeld welke handelingen daadwerkelijk worden verricht bij het handmatig porteren van een enkelvoudig nummer. De genormeerde tijdsbesteding per handeling volgt uit het *work force management*-overzicht van KPN.⁴⁰ De normtijden van deze handelingen leveren tezamen een totale normtijd op voor de activiteit enkelvoudige portering van [VERTROUWELIJK] minuten.⁴¹ Het tarief voor een enkelvoudige portering is opgebouwd volgens de volgende formule: tarief = normtijd portering * arbeidsuurtarief * [[VERTROUWELIJK]% of [VERTROUWELIJK]%] + IT kosten per nummerportering.
94. De ACM heeft een gemiddeld percentage van [VERTROUWELIJK]% handmatige enkelvoudige porteringen vastgesteld voor de periode oktober 2017 tot en met februari 2018. Vervolgens is de ACM tot de conclusie gekomen dat de aantallen porteringen, waarop het gemiddelde van [VERTROUWELIJK]% gebaseerd is, binnen het totale tijdvak oktober 2017 – februari 2018 het meest representatief en structureel van aard zijn geweest. De gegevens waaruit het percentage van [VERTROUWELIJK]% is af te leiden komen uit het facturatiesysteem van KPN.⁴² KPN baseert zich voor het percentage van [VERTROUWELIJK]% handmatige enkelvoudige porteringen op het *work force management*-overzicht. Uit dat overzicht heeft de ACM alleen de normtijden voor de handelingen onttrokken. De ACM heeft het overzicht niet gebruikt om het gemiddelde percentage handmatige handelingen mee te berekenen.
95. Volgens KPN had de ACM moeten kiezen voor een andere rekenmethode en zich helemaal moeten baseren op de gegevens uit het *work force management*-overzicht. Binnen de porteringsactiviteit had dan gekeken moeten worden hoe vaak een bepaalde handeling exact is geregistreerd en vervolgens had de ACM deze aantallen verhoudingsgewijs moeten vermenigvuldigen met de normtijden die gelden voor die handelingen, in plaats van te rekenen met één normtijd voor de gehele activiteit en een vast percentage. Deze door KPN voorgestelde rekenmethode zorgt ervoor dat de uitkomst meer afhankelijk van een tijdvak is. Doordat de

⁴⁰ Bij brief van 19 april 2018, kenmerk: ACM/IN/415422.

⁴¹ Zie randnummer 69 primaire besluit.

⁴² Bij brief van 19 april 2018, kenmerk: ACM/IN/415422, bijlage 1.

aantallen geregistreerde handelingen niet altijd gelijk zijn, geeft dat een afwijkende uitkomst (hoger of lager) ten opzichte van het gemiddelde waar de ACM mee rekent. Daarnaast heeft de ACM voor het bepalen van de normtijd wel degelijk rekening gehouden met het feit dat bepaalde handelingen vaker of minder vaak voor komen dan andere. Zoals uit randnummer 66 van het primaire besluit blijkt, heeft de ACM geconstateerd dat de handeling 'cancels' gemiddeld genomen in [VERTROUWELIJK] van de gevallen wordt verricht. De normtijd voor deze handeling is daarom gecorrigeerd.⁴³ De ACM heeft gekozen voor het rekenen met gemiddelden omdat de nieuwe tarieven niet alleen gelden voor het onderzochte tijdvak maar ook voor toekomstige perioden. De door KPN aangedragen tijdvakafhankelijke methode is daarvoor naar het oordeel van de ACM minder geschikt.

96. De ACM wijst in dat verband op het al eerder aangehaalde arrest Mobistar. Uit dit arrest volgt dat de nationale instanties een zekere beoordelingsvrijheid toekomt om de methode te bepalen die hun het meest geschikt lijkt om de portabiliteit ten volle te verwezenlijken.⁴⁴ De precieze invulling van een *bottom-up* benadering valt naar het oordeel van de ACM binnen een dergelijke beoordelingsvrijheid.
97. De arbeidskosten worden in deze *bottom-up* benadering toegerekend voor zover ze ook daadwerkelijk worden gemaakt in het kader van het porteerproces. Pas als KPN een porteerverzoek in behandeling neemt, worden de arbeidskosten toegerekend. Hierbij is de daadwerkelijke hoeveelheid gerealiseerde uitporteringen leidend.
98. Daarbij merkt de ACM op dat het arbeidsuurtarief (de fte-kostprijs per uur) is vastgesteld aan de hand van de door KPN opgegeven arbeidskosten. De hoogte van deze arbeidskosten is rechtstreeks overgenomen door de ACM met inbegrip van zowel de directe arbeidskosten als de component indirecte arbeidskosten. Laatstgenoemde bestaat volgens KPN uit huisvestingskosten, reiskosten, facilitaire kosten, management kosten en overige personeelskosten.⁴⁵ De ACM kan zich daarom niet vinden in de stelling van KPN dat deze indirecte kosten niet volledig zijn meegenomen in de berekening van het arbeidsuurtarief.

Niet alle handelingen die onderdeel uitmaken van het porteringsproces voor enkelvoudige nummers worden meegenomen.

99. KPN betoogt met het voorbeeld 'uitval Manilla' dat bepaalde handelingen onterecht door de ACM buiten beschouwing zijn gelaten in het vaststellen van handelingen die benodigd zijn voor de activiteit nummerportering. Hoewel van de diensten in Manilla door KPN geen gebruik meer wordt

⁴³ Zie randnummer 66 van het primaire besluit.

⁴⁴ Arrest van het HvJ van 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:463 (*Mobistar SA v Institut belge des services postaux et des télécommunications*), zaak C-348/04, overweging 34.

⁴⁵ Bij email van 1 oktober 2019, kenmerk: ACM/IN/439431.

gemaakt zouden deze handelingen nog steeds worden uitgevoerd en geregistreerd worden onder de boekingscode 'uitval Manilla'. Het betreft handelingen die destijds vanwege hun te grote complexiteit niet konden worden uitgevoerd in Manilla en weer werden teruggelegd bij de afdeling nummerbehoud in Leeuwarden.

100. Volgens KPN neemt de ACM ook onterecht de handeling 'cancels' niet mee in haar lijst van benodigde handelingen voor een nummerportering. De ACM zou de handeling 'cancels' zien als een dubbeltelling met de handeling 'uitvoering'. Volgens KPN kan geen sprake van een dubbeltelling zijn met de handeling 'uitvoering' omdat de aantallen waarin beide handelingen voor komen van elkaar verschillen.
101. Als laatste betoogt KPN dat registraties onder 'IN mutaties' voor enkelvoudige porteringen en 'uitval/mutaties PTT' voor nummerblokken onterecht niet worden meegenomen in de kostentoerekening. Deze handelingen zijn volgens KPN nodig om wijzigingen in het actuele nummerbestand Numbes te verwerken. Zonder die handelingen zouden oproepen doodlopen in het netwerk van KPN. Deze kosten behoren tot de eenmalige administratieve kosten verbonden aan het overboeken van de gebruiker die overstapt naar een andere aanbieder.

Beoordeling ACM

102. De ACM is in haar beoordeling uitgegaan van de door KPN verstrekte lijst met handelingen welke benodigd zijn voor het porteren van nummers.⁴⁶ Uitval Manilla stond niet op deze lijst, net zoals meerdere boekingscodes die wel op het *work force management*-overzicht terugkwamen maar niet op deze lijst vermeld stonden. De ACM overweegt dat KPN met de initiële lijst zelf heeft aangegeven welke handelingen benodigd zijn voor het porteerproces en de ACM deze slechts heeft opgevolgd.
103. KPN maakt in haar bezwaar ook onvoldoende concreet wat de handeling 'uitval Manilla' precies inhoudt en waarom deze handeling niet reeds in de voorbereiding of uitvoering van een order zou zitten. Het contract met de externe leverancier in Manilla is beëindigd en daarmee ook de handelingen die aan het bestaan van Manilla gerelateerd waren. Daarnaast ligt het aantal registraties onder deze boekingscode voor de gehele onderzochte periode nagenoeg op hetzelfde niveau als het aantal voor te bereiden porteringen. Dat strookt niet met de opmerking van KPN dat "sommige orders" door Manilla werden teruggegeven vanwege hun complexiteit.⁴⁷ De ACM ziet daarom onvoldoende aanwijzingen deze boekingscode als een op zich zelf staande handeling mee te nemen op de lijst van benodigde handelingen voor enkelvoudige porteringen.

⁴⁶ Bij brief van 19 april 2018, kenmerk: ACM/IN/415422.

⁴⁷ Bij brief van 19 april 2018, kenmerk: ACM/IN/415422.

104. De ACM volgt ook het standpunt van KPN omtrent het niet meenemen van de handeling ‘cancels’ niet. Uit het nummerporteringproces volgt dat voorbereide orders ofwel uitgevoerd ofwel geannuleerd worden, hetgeen door KPN niet wordt bestreden. De normtijden voor beide handelingen liggen op hetzelfde niveau, te weten [VERTROUWELIJK] minuut, zoals KPN zelf heeft gerapporteerd. Een onderscheid maken in de precieze hoeveelheid uitvoeringen en annuleringen is derhalve irrelevant; of een voorbereide order uiteindelijk leidt tot een uitgevoerde order of een geannuleerde order maakt in de totale tijdsbesteding voor een nummerportering geen verschil. In beide gevallen wordt [VERTROUWELIJK] minuut toegerekend. Een correctie daarop maken op basis van verschillende aantallen zal feitelijk geen andere uitkomst geven.

105. Numbes is een programma waarvan de ACM heeft geoordeeld dat zij niet aan het nummerporteringproces gerelateerd kan worden. Bij het onderdeel IT-kosten wordt dit nader toegelicht.

D. Bezwaar KPN: Ten onrechte heeft de ACM vastgesteld dat niet alle IT-systemen die KPN heeft opgevoerd mogen worden toegerekend aan het porteringproces

106. KPN betoogt dat het programma Numbes onterecht door de ACM is aangemerkt als een IT-systeem dat wordt gebruikt voor het routeren van verkeer binnen het KPN netwerk en derhalve niet gerelateerd kan worden aan het nummerporteringproces. De kosten voor Numbes worden daardoor onterecht niet meegenomen. Numbes ondersteunt volgens KPN het proces van uitporteringen en de kosten van Numbes zijn daarom bij uitstek gerelateerd aan interconnectie verband houdende met nummerportabiliteit.

Beoordeling ACM

107. Volgens KPN bestaat Numbes bij de gratie van nummerportabiliteit. Echter, in de hypothetische situatie dat er geen nummerporteringen meer zouden plaatsvinden, blijft Numbes dezelfde rol vervullen binnen het netwerk van KPN. Zoals ter hoorzitting door KPN naar voren is gebracht,⁴⁸ heeft het routingssysteem van KPN namelijk informatie nodig die in Numbes geregistreerd staat. Voor routing blijft Numbes dus van belang. Daarmee heeft KPN naar het oordeel van de ACM onvoldoende aangetoond dat Numbes direct gerelateerd is aan nummerportabiliteit. Om die reden blijft de ACM bij haar standpunt dat Numbes een systeem is dat verband houdt met routing van belverkeer en niet noodzakelijkerwijs met nummerporteringen. Weliswaar is Numbes gerelateerd aan het overstappen van een eindgebruiker, maar daarmee niet vanzelfsprekend ook aan het nummerporteringproces.

E. Bezwaar Voiceworks c.s: KPN is niet efficiënt – doorberekening niet-efficiënte kosten in strijd met regelgeving

⁴⁸ ACM/INT/393162.

108. Met hun tweede bezwaargrond komen Voiceworks c.s. op tegen de maatstaf die de ACM heeft gehanteerd om de tarieven van KPN te beoordelen. Volgens Voiceworks c.s. had de ACM voor de beoordeling niet de kosten van KPN als uitgangspunt moeten nemen, maar de kosten van een (hypothetisch) efficiënte operator. Dat KPN geen efficiënte operator is, blijkt al uit het enkele feit dat andere operators helemaal geen kosten voor nummerportering bij elkaar in rekening brengen. Het is volgens Voiceworks c.s. evident dat de nieuwe porteertarieven van KPN nog steeds te hoog zijn in vergelijking met de kostenstructuren van de andere operators die nummers porteren. Dat bij het beoordelen van de vraag of porteertarieven kostengeoriënteerd zijn ook rekening moet worden gehouden met de kostenstructuren van andere operators, volgt volgens Voiceworks c.s. uit het al eerder aangehaalde arrest Mobistar.
109. Voiceworks c.s. betogen dat door uit te gaan van de kosten van een (hypothetische) efficiënte operator recht wordt gedaan aan de feitelijke situatie dat alle operators nummers porteren en dus min of meer dezelfde kosten zullen hebben. Ook wordt hiermee voorkomen dat KPN inefficiënt opereert en dus inefficiënte kosten kan doorberekenen. Ten slotte wordt hiermee tegemoetgekomen aan de doelstellingen van nummerportabiliteit, namelijk het wegnemen van belemmeringen voor de vrije keuze van eindgebruikers en het aldus waarborgen van de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de markt voor telefoondiensten.
110. Volgens Voiceworks c.s. is de door de ACM toegepaste beoordeling niet in lijn met hetgeen is overwogen omtrent de kosten voor nummerportabiliteit in het arrest van het HvJ in de zaak *Polska Telefonia*.⁴⁹ Uit dit arrest blijkt dat een door de nationale regelgevende instantie gekozen methode om de ontmoedigende werking van de directe kosten te beoordelen, coherent moet zijn met de beginselen inzake prijsstelling voor interconnectie, zodat de objectiviteit, de volledige doeltreffendheid en de transparantie van deze prijsstelling kunnen worden verzekerd. Een beoordeling op basis van de (werkelijke) inefficiënte kosten van KPN is daarmee niet in overeenstemming.
111. Voiceworks c.s. betogen dat een verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde porteertarieven – gelet op de daarmee beoogde doelstellingen – ertoe kan leiden dat de tarieven voor een bepaalde aanbieder lager worden vastgesteld dan zijn werkelijke kosten. Ter ondersteuning van dit betoog verwijzen Voiceworks c.s. naar het arrest van het HvJ in de zaak *Polkomtel*.⁵⁰ Dat dit arrest betrekking had op afgiftetarieven maakt het niet minder relevant, aldus Voiceworks c.s., omdat ook bij interconnectie voor nummerportabiliteit sprake is van kosten die

⁴⁹ Arrest van het HvJ van 1 juli 2010, ECLI:EU:C:2010:395 (*Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o./Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*).

⁵⁰ Arrest van het HvJ van 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:989 (*Polkomtel sp. z o.o. v Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*).

alle operators maken en over en weer bij elkaar in rekening (zouden kunnen) brengen.

Zienswijze KPN

112. Ter hoorzitting bij de ACM heeft KPN betoogd dat Voiceworks c.s. hun bewering dat de kosten van KPN niet efficiënt zijn, niet nader hebben onderbouwd. Uit het enkele feit dat andere operators bij elkaar geen kosten voor nummerportering in rekening brengen, kan dit in ieder geval niet worden afgeleid. Uit een dergelijke betalingsafspraken kan volgens KPN alleen worden afgeleid dat de aantallen in- en uitporteringen tussen de betreffende operators met elkaar in evenwicht zullen zijn. Dit zegt echter helemaal niets over de onderliggende kosten.
113. Met betrekking tot de vraag of de ACM in haar beoordeling had moeten uitgaan van de kosten van een hypothetisch efficiënte operator, merkt KPN op dat de Universeledienstrichtlijn de ACM een zekere beoordelingsvrijheid verleent om de methode te bepalen die haar het meest geschikt lijkt. Bij een symmetrische verplichting zoals nummerportabiliteit verdient het volgens KPN misschien wel de voorkeur om niet uit te gaan van de kosten van één van de betrokken aanbieders. Volgens KPN kon zij echter niet voorzien welke kostenrapportages zij had moeten opleveren en welke kostengegevens daarvoor hadden moeten worden bijgehouden, nu de ACM hierover vooraf geen duidelijkheid heeft gegeven.

Beoordeling ACM

114. De ACM volgt Voiceworks c.s. niet in hun standpunt dat zij de porteertarieven van KPN had moeten beoordelen op basis van andere kosten dan de kosten van KPN zelf. Daartoe overweegt de ACM het volgende.
115. Artikel 30, tweede lid, van de Universeledienstrichtlijn bepaalt dat regelgevende instanties ervoor zorgen dat de tarieven voor interconnectie in verband met nummerportabiliteit kostengeoriënteerd zijn en dat eventuele directe kosten voor abonnees het gebruik van die faciliteiten niet mogen ontmoedigen. Dit artikel is in Nederland geïmplementeerd door middel van artikel 4.10 van de Tw, waarvan het zevende lid onder b (samengevat weergegeven) bepaalt dat aanbieders van interconnectie in verband met nummerportabiliteit voor die dienstverlening een kostengeoriënteerd tarief moeten vaststellen. Daarnaast bepaalt artikel 7, tweede lid, van het Besluit nummerportabiliteit⁵¹ – dat gebaseerd is op het achtste lid van artikel 4.10 van de Tw – dat aanbieders van nummerportabiliteit ter dekking van de administratieve kosten van de realisatie van het nummerbehoud een eenmalige vergoeding van eindgebruikers mogen verlangen van ten hoogste € 10,-.

⁵¹ Stb. 1998, 635, zoals sindsdien gewijzigd.

116. Anders dan Voiceworks c.s. betogen, volgt uit de hiervoor genoemde bepalingen niet dat bij het beoordelen van de vraag of de porteeertarieven van een specifieke aanbieder kostengeoriënteerd zijn, ook rekening moet worden gehouden met de kostenstructuren van andere aanbieders. Dit volgt evenmin uit het arrest Mobistar. In dit arrest oordeelde het HvJ dat artikel 30, tweede lid, van de Universeledienstrichtlijn zich niet verzet tegen het vaststellen van een maximumprijs voor nummerporteringen, mits nieuwe aanbieders de mogelijkheid hebben op te komen tegen de maximumprijzen van de reeds op de markt aanwezige aanbieders door aan te tonen dat deze prijzen te hoog zijn in vergelijking met de kostenstructuren van deze aanbieders.⁵² In de Tw is echter niet gekozen voor een systeem van maximumprijzen of enig ander model waarbij geabstraheerd wordt van de daadwerkelijke kosten die een partij maakt voor dit proces, althans niet voor zover het de tarieven betreft die aanbieders bij elkaar in rekening brengen. Deze tarieven dienen op grond van artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw kostengeoriënteerd te zijn, oftewel een afspiegeling te vormen van de kosten die een aanbieder maakt voor interconnectie in verband met nummerportabiliteit.
117. Dat de ACM informatieverzoeken heeft gestuurd aan andere marktpartijen over de tarieven die zij als verlaten aanbieder bij nummerportering in rekening brengen bij de ontvangende aanbieder, zoals Voiceworks c.s. aangeven, maakt het voorgaande niet anders. De ACM heeft deze informatie niet opgevraagd als onderdeel van haar beoordeling van de tarieven van KPN, maar om te onderzoeken of de tarieven van de aangeschreven aanbieders voldoen aan artikel 4.10, zevende lid onder b, van de Tw.
118. Ook uit het arrest Polska Telefonía volgt niet dat de ACM bij haar beoordeling niet uit zou mogen gaan van de (werkelijke) kosten van KPN. De ACM wijst erop dat dit arrest betrekking heeft op andere tarieven dan degene die onderwerp zijn van het primaire besluit, namelijk de tarieven die aanbieders bij eindgebruikers in rekening brengen. Deze tarieven zijn op grond van artikel 7, tweede lid, van het Besluit nummerportabiliteit gemaximeerd op € 10,-, waarmee reeds wordt geborgd dat de eventuele directe kosten voor abonnees het gebruik van nummerportabiliteit niet ontmoedigen, zoals is bedoeld in artikel 30, tweede lid, van de Universeledienstrichtlijn.
119. Met betrekking tot het arrest in de zaak Polkomtél overweegt de ACM dat dit arrest – zoals Voiceworks c.s. zelf ook aangeven – betrekking heeft op afgiftetarieven en niet op porteringstarieven. Nu voor afgiftetarieven een ander reguleringskader geldt dan voor porteringstarieven, kan reeds om die reden aan dit arrest niet de betekenis worden gehecht die Voiceworks c.s. hieraan wensen te geven.
120. Gelet op het voorgaande komt de ACM tot de conclusie dat zij bij de beoordeling van de tarieven

⁵² Arrest van het HvJ van 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:463 (*Mobistar SA v Institut belge des services postaux et des télécommunications*), rechtsoverweging 35.

die KPN bij andere aanbieders in rekening brengt voor de dienst nummerportering in het primaire besluit mocht uitgaan van de (werkelijke) kosten van KPN. De tweede bezwaargrond van Voiceworks c.s. slaagt niet.

F. Bezwaar Voiceworks c.s: ACM miskent relevante feiten en systematiek wettelijke verplichting

121. Voiceworks c.s. betogen dat in Leeuwarden porteringen anders verlopen dan bij door KPN overgenomen partijen zoals RoutIT. Voiceworks c.s. achten het onaannemelijk dat bij die partijen voor een portering dezelfde handelingen worden verricht als in Leeuwarden. De ACM had dit volgens Voiceworks c.s. nader moeten onderzoeken.

122. Verder miskent de ACM volgens Voiceworks c.s. dat telecoomaanbieders voor nummerportabiliteit zijn aangesloten op het gedeelde platform COIN. Gebruikers van COIN zijn een service-level agreement overeengekomen waarin is afgesproken dat bij een akkoord operators een nummer binnen 15 minuten naar het juiste adres routeren. Dat maakt het ongeloofwaardig dat KPN porteringen nog hoofdzakelijk handmatig verricht.

Beoordeling ACM

123. De ACM is op uitnodiging van KPN in Leeuwarden langs gegaan om met eigen ogen waar te nemen hoe het nummerporteringsproces verloopt bij KPN. Daarbij heeft de ACM zowel handmatige als automatische uitporteringen van heel KPN beoordeeld. Verder acht de ACM het in algemene zin niet onaannemelijk dat werkprocessen van overgenomen partijen uniform worden gemaakt met de bestaande processen van KPN. De ACM heeft in dit concrete geval in ieder geval geen aanleiding gezien voor een benchmark met andere KPN locaties.

124. Verder geschiedt voor enkelvoudige porteringen een percentage van [VERTROUWELIJK]% gemiddeld genomen handmatig. Voor portering van nummerblokken en niet-geografische nummers is dat 100%. Tijdens het bezoek aan KPN Leeuwarden heeft de ACM niet de indruk gekregen dat deze aantallen niet stroken met de werkelijkheid. Een groep van ongeveer [VERTROUWELIJK] mensen werkten daar dagelijks aan porteringen van nummerblokken voor de zakelijke markt. De omvang van die groep staat in verhouding tot het totale aantal porteringen dat handmatig wordt verricht en geeft voldoende indicatie dat nummerblokken bij KPN volledig handmatig geporteerd worden.

G. Bezwaar Voiceworks c.s: Kostenposten en handelingen KPN ten onrechte in aanmerking genomen

125. Voiceworks c.s. kunnen niet volgen dat het porteren van nummerblokken zou worden uitgevoerd door werknemers van een hoger functieniveau. Partijen zien ook niet dat er een verschil bestaat tussen het porteren van enkelvoudige nummers en nummerblokken. Partijen kennen een dergelijk onderscheid zelf in hun bedrijfsvoering in elk geval niet.
126. Daarnaast betogen Voiceworks c.s. dat KPN alleen de kosten mag toerekenen van de IT-systemen die specifiek voor het porteringsproces worden gebruikt. Partijen kunnen niet volgen dat nummerblokken een groter deel van de IT-kosten dragen terwijl het porteren van een nummerblok dezelfde belasting geeft op de IT-systemen als een enkelvoudig nummer.
127. In het primaire besluit heeft de ACM geoordeeld dat KPN per portering alleen arbeidstijd mag toerekenen voor zover deze daadwerkelijk per portering wordt besteed. Voiceworks c.s. kunnen zich echter niet vinden in de handelingen die de ACM hierbij heeft betrokken. Voiceworks c.s. betogen dat KPN deze handelingen ook moet verrichten indien een klant zijn overeenkomst met KPN opzegt en zonder nummerbehoud overstapt naar een andere aanbieder. Daarom mogen deze handelingen niet worden toegerekend.
128. Als laatste geven Voiceworks c.s. aan zich niet te kunnen verenigen met het betrekken van het IT-systeem Porting XS. Dit systeem wordt volgens Voiceworks c.s. gebruikt om te koppelen met COIN en fungeert daarnaast als een postbus om opzeggingen te ontvangen. Geen van de andere operators brengt hiervoor kosten bij de ander in rekening. Voor wat betreft E-clips vragen Voiceworks c.s. zich af in hoeverre dit systeem niet ook wordt gebruikt voor opzeggingen. Symone betreft diverse geautomatiseerde processen. Voor Voiceworks c.s. rijst daarom de vraag hoe dit zich verhoudt met het feit dat KPN porteringen kennelijk vooral handmatig uitvoert.

Beoordeling ACM

Meenemen verschil in functieniveau in de kostenberekening

129. Uit het onderzoek van de ACM blijkt dat bij KPN wel verschil bestaat tussen de benodigde handelingen voor het porteren van enkelvoudige nummers en nummerblokken. In de genormeerde tijdsbesteding voor beide activiteiten zit een verschil van bijna [VERTROUWELIJK] minuten. Daarnaast heeft KPN feitelijk aangetoond dat nummerblokken worden geporteerd door mensen op een hoger functieniveau en deze meerkosten daadwerkelijk gemaakt worden. Tevens blijkt uit de door KPN aangeleverde functieomschrijvingen voor functieschaal 5 (enkelvoudig) en

functieschaal 6 (nummerblokken) dat dit onderscheid binnen KPN bestaat.⁵³ De ACM volgt Voiceworks c.s. daarom niet in hun betoog.

IT-kosten verdelen over alle uitgeporteerde nummers

130. De ACM volgt de keuze van KPN om de IT-kosten te verdelen over het totale aantal geporteerde nummers, zolang deze voldoet aan het vereiste van kostenoriëntatie. Volgens de ACM is dat bij deze keuze het geval. Daarnaast wordt met deze keuze een portering van een 10 nummerblok als 10 nummerporteringen in plaats van één portering van 10 nummers. KPN heeft aangegeven dat bij volledig geautomatiseerde IP-porteringen geen sprake meer is van nummerblokken. Gelet op de ISDN- en PSTN-uitfaseringen, is een verdeling op basis van nummers naar het oordeel van de ACM toekomstbestendiger. Bovendien kiest de ACM voor consistentie door op basis van gerealiseerde aantallen op nummerniveau de kosten te verdelen. Verdelen op basis van belasting zou relatief gezien een marginaal lager tarief geven voor nummerblokken, maar een significant hoger tarief voor enkelvoudige porteringen.

Meerkosten voor het uitvoeren van een aanvraag tot het porteren van een nummer

131. Zoals uit randnummers 63 t/m 83 van het primaire besluit volgt, heeft de ACM uitgebreid gemotiveerd welke handelingen benodigd zijn voor een portering en waarom deze handelingen nodig zijn. Tijdens het bezoek aan KPN Leeuwarden zijn deze handelingen ook zichtbaar verricht door de mensen op de werkvloer. De ACM heeft geen reden aan te nemen dat al deze specifieke handelingen ook verricht worden indien een klant zonder nummerbehoud overstapt.

IT-systemen Porting XS, E-clips en Symone in de kostenberekening.

132. De ACM benadrukt dat de kosten voor bovengenoemde IT-systemen niet in hun volledigheid kunnen worden toegerekend aan het nummerporteringsproces. Derhalve zijn de totale kosten voor Porting XS, Symone en E-Clips in beperkte mate meegenomen in de kostenberekening, respectievelijk voor 14%, 58% en 50%. De ACM heeft in het primaire besluit reeds gemotiveerd welke IT-systemen benodigd zijn voor een portering en waarom deze systemen benodigd zijn. Hierbij wordt verwezen naar randnummers 63 t/m 83 van dat besluit. Aangezien Voiceworks c.s. in hun bezwaar niet beargumenteren waarom deze motivering onjuist zou staan, volstaat de ACM hier met een verwijzing naar de betreffende passages uit het primaire besluit.

Conclusie overige bezwaargronden

133. De ACM ziet in de overige bezwaargronden van KPN en Voiceworks c.s. geen aanleiding het primaire besluit te herroepen. Daarmee blijft de hoogte van de in het primaire besluit vastgestelde tarieven vanaf 1 maart 2019 ongewijzigd.

⁵³ Per email van 1 oktober 2019, kenmerk: ACM/IN/439431.

8. Gevolgen voor de tarieven

8.1 Tarieven met terugwerkende kracht

134. Zoals is overwogen in randnummer 86 van dit besluit, is de ACM van oordeel dat KPN haar porteeertarieven met terugwerkende kracht tot 18 januari 2017 dient te corrigeren. Hierover merkt de ACM het volgende op.
135. In het primaire besluit is vastgesteld dat het aandeel handmatige porteringen op het totaal van enkelvoudige porteringen tijdens de onderzoeksperiode in omvang is gedaald naar [VERTROUWELIJK]%. De ACM heeft geoordeeld dat deze daling structureel van aard is, hetgeen KPN niet heeft kunnen weerleggen.⁵⁴ Voor de periode januari 2017 – september 2017 neemt de ACM evenwel als uitgangspunt voor de berekening van de kosten voor enkelvoudige porteringen dat [VERTROUWELIJK]% van de porteringen handmatig plaatsvindt.
136. Verder constateert de ACM dat in de periode januari 2017 – september 2017 gebruik werd gemaakt van het IT-systeem HV Server. Het gebruik van dat systeem ging gepaard met de handeling 'HV-service uitval'. Voor die handeling gold een normtijd van [VERTROUWELIJK] minuten. De totale tijd voor een enkelvoudige portering komt voor die periode uit op [VERTROUWELIJK] + [VERTROUWELIJK] = [VERTROUWELIJK] minuten. Het meerekenen van de IT-kosten voor HV Server zorgt voor een verhoging van € [VERTROUWELIJK] voor zowel de kosten van enkelvoudige porteringen als de kosten van nummerblokken.
137. De ACM heeft bovenstaande correcties doorgevoerd in het rekenmodel en daarmee komen de kosten voor de periode januari 2017 – september 2017 uit op € [VERTROUWELIJK] per enkelvoudige portering en € [VERTROUWELIJK] per nummerblok. In de tabel in randnummer 144 van dit besluit wordt dit schematisch weergegeven.

8.2 Tarieven voor niet-geografische nummers

138. De ACM heeft na het primaire besluit geconstateerd dat KPN is uitgegaan van een onjuiste interpretatie van de reikwijdte van het ambtshalve onderzoek van de ACM. Dit onderzoek had een bredere reikwijdte dan de door Private Mobility B.V. aanhangig gemaakte geschilprocedure en had betrekking op porteringen van alle soorten telefoonnummers met uitzondering van mobiele nummers en 097-nummers. KPN meende dat het kostenonderzoek van de ACM zich beperkte tot

⁵⁴ Bij brief van 19 april 2018, kenmerk: ACM/IN/415422.

slechts geografische nummers.⁵⁵ De ACM heeft echter nooit de intentie gehad daar een onderscheid in te maken.⁵⁶ Het primaire besluit is van toepassing op zowel geografische als niet-geografische nummers. Nu KPN heeft aangegeven dat de in het primaire besluit vastgestelde kosten niet zonder meer dezelfde kosten zijn als voor niet-geografische nummers, ziet de ACM zich genoodzaakt het primaire besluit aan te vullen met een onderzoek naar de onderbouwing van de kosten voor het uitporteren van niet-geografische servicenummers.

139. Volgens KPN is er geen reden om te veronderstellen dat de kosten voor het uitporteren van niet-geografische nummers met de nummers 085-, 088-, 14xy- en 16xyz zullen afwijken van de kosten voor het uitporteren van enkelvoudige geografische nummers.⁵⁷ De uitporteringen van deze nummers worden door hetzelfde organisatieonderdeel uitgevoerd. De ACM ziet geen reden om KPN niet in dit betoog te volgen.

140. Hetzelfde geldt volgens KPN voor niet-geografische nummerblokken met de nummers 085-, 088-, 084-, 087- en 066-. De kostenoriëntatie kan volgens KPN voor deze nummerblokken worden afgeleid uit de kostenopgave van KPN die aan het primaire besluit ten grondslag ligt.⁵⁸ De ACM ziet geen reden om KPN niet in dit betoog te volgen.

141. Volgens KPN kunnen de door haar overgelegde kostenrapportages echter niet worden gebruikt om de kosten te bepalen van het porteren van de niet-geografische nummers met de nummers 0800, 090x, 067, 18xy, 084, 087 en 066.⁵⁹ KPN heeft daarom op verzoek van de ACM een onderbouwing verstrekt van de kosten voor niet-geografische nummers.⁶⁰ Gelet op het feit dat de werkzaamheden die verbonden zijn aan het uitporteren van servicenummers qua complexiteit vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden verbonden aan het uitporteren van nummerblokken en de inzet vergen van medewerkers met hetzelfde functieniveau, acht KPN het verdedigbaar om het voorheen geldende tarief van € 49,- in dezelfde verhouding te verlagen als de verlaging van het tarief voor het uitporteren van nummerblokken (van € 200,- naar € 42,80).⁶¹

142. De ACM acht deze onderbouwing aannemelijk en volgt daarom de uitleg van KPN. Op het voorheen geldende tarief van deze niet-geografische servicenummers (0800, 090x, 067, 18xy, 084, 087 en 066) van € 49,00 wordt daarom dezelfde relatieve verlaging toegepast als bij de toerekenbare kosten voor nummerblokken: $€49 * 42,80 / 200 = € 10,49$.

⁵⁵ ACM/IN/434880.

⁵⁶ Zie randnummer 28 van het primaire besluit.

⁵⁷ ACM/IN/439084.

⁵⁸ ACM/IN/437315, randnummer 27.

⁵⁹ ACM/IN/437315, randnummer 27.

⁶⁰ ACM/IN/446312.

⁶¹ ACM/IN/439084.

143. De ACM komt tot de conclusie dat KPN ook voor de hiervoor genoemde niet-geografische nummers tarieven hanteert en heeft gehanteerd die niet in overeenstemming zijn met het vereiste van kostenoriëntatie van artikel 4.10, zevende lid en onder b, van de Tw. Gelet daarop ziet de ACM aanleiding om haar bindende aanwijzing voor deze nummers te handhaven, met aanvulling van de motivering.

144. Onderstaande tabel geeft de kosten weer die KPN vanaf 18 januari 2017 ten hoogste had mogen doorberekenen in haar tarieven, met inbegrip van de kosten voor niet-geografische nummers.

Categorie	Kosten tot 1 oktober 2017	Kosten vanaf 1 oktober 2017
Enkelvoudig geografisch en niet-geografisch 085, 088, 14xy en 16xyz	€ [VERTROUWELIJK]	€ [VERTROUWELIJK]
Enkelvoudig niet-geografisch 0800, 090x, 067, 18xy, 084, 087 en 066	€ [VERTROUWELIJK]	€ [VERTROUWELIJK]
Blokken geografisch (10, 100, 1.000, 10.000) en niet-geografisch 085, 088, 084, 087 en 066	€ [VERTROUWELIJK]	€ [VERTROUWELIJK]

9. Proceskosten

145. In haar bezwaarschrift heeft KPN gevraagd om een vergoeding van de kosten die zij heeft gemaakt voor deze bezwaarzaak. De kosten die de belanghebbende redelijkerwijs heeft moeten maken voor de behandeling van zijn bezwaar, vergoedt het bestuursorgaan uitsluitend op verzoek van die belanghebbende en als de onrechtmatigheid te wijten is aan het bestuursorgaan.⁶² Verder kan een vergoeding van de kosten op grond van artikel 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht uitsluitend betrekking hebben op de in dat artikel genoemde kosten, zoals de kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand. KPN heeft echter geen gebruik gemaakt van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, en heeft ook geen andere kosten aangevoerd die op grond van het Bpb voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. De ACM ziet daarom geen aanleiding tot het toekennen van de kostenvergoeding aan KPN.

146. Voiceworks cs. hebben in hun bezwaarschrift niet om een vergoeding van de kosten gevraagd die zij gemaakt hebben voor deze bezwaarzaak. Gelet op artikel 7:15, tweede lid van de Awb, komen de kosten die Voiceworks c.s. hebben moeten maken voor de behandeling van hun bezwaar daarom niet voor vergoeding in aanmerking.

⁶² Artikel 7:15, tweede lid van de Awb.

10. Dictum

147. De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart de bezwaargronden van KPN ongegrond;
- II. verklaart de bezwaargronden van Voiceworks c.s. gegrond voor zover deze zich richten op de periode in de tijd waarop de bindende aanwijzing betrekking zou moeten hebben;
- III. herroept het primaire besluit, voor zover dit betrekking heeft op de periode in de tijd waarop de bindende aanwijzing betrekking heeft;
- IV. herroept het primaire besluit voor zover dit betrekking heeft op de uitgangspunten die KPN in acht dient te nemen bij het vaststellen van nieuwe tarieven voor niet-geografische nummers;
- V. bepaalt dat KPN haar porteeertarieven met terugwerkende kracht dient te corrigeren, althans voor zover dit betrekking heeft op de periode vanaf 18 januari 2017 tot en met het primaire besluit, met inachtneming van de in de randnummers 134 tot en met 142 van dit besluit opgenomen uitgangspunten;
- VI. verklaart de overige bezwaargronden van Voiceworks c.s. ongegrond;
- VII. wijst het verzoek van KPN om een kostenvergoeding af.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

drs. A. Sipkes
Directeur Directie Telecom Vervoer en Post

Beroep

Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.