



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Telecommunicatiewet in het geschil tussen Delta Fiber Nederland B.V. en Ziggo B.V. over tariefplafonds voor gespreksafgifte in de periode 2010-2019.

Ons kenmerk : ACM/UIT/545408
Zaaknummer : ACM/20/041233
Datum : 9 februari 2021

1 Samenvatting

1. In dit besluit neemt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) een beslissing over het geschil tussen DELTA Fiber Nederland B.V. (hierna: Delta)¹ en Ziggo B.V.² (hierna: Ziggo) (hierna gezamenlijk aangeduid als (de) Partijen) over de toepassing van de regulering van vaste en mobiele gespreksafgifte. Het geschil heeft betrekking op de levering van een telefoniedienst door Ziggo en de daarvoor gerekende tarieven aan Delta uit hoofde van de overeenkomst Wholesale Voice (hierna: (de) Overeenkomst).³
2. Delta verzoekt de ACM om vast te stellen dat Ziggo op basis van de Overeenkomst tarieven heeft gehanteerd die hoger zijn dan de tariefplafonds die de ACM heeft vastgesteld in de marktanalysebesluiten voor gespreksafgifte (hierna: Marktanalysebesluiten), en handhavend op te treden tegen Ziggo door een last onder dwangsom op te leggen in het geval dat Ziggo de tarieven niet met terugwerkende kracht wijzigt.
3. De ACM is van oordeel dat tussen Delta en Ziggo geen interconnectie zoals beschreven in de Marktanalysebesluiten voor gespreksafgifte tussen twee afzonderlijke telefonienetwerken tot stand is gebracht. De situatie betreft in feite de levering van aansluitingen door Delta, een aanbieder die niet beschikt over een netwerk dat kwalificeert als een telefonienetwerk, die aangesloten zijn op het telefonienetwerk van Ziggo. Hiermee omvat de door Ziggo geleverde dienst niet hetgeen de Marktanalysebesluiten definiëren als gespreksafgifte.
4. De ACM merkt op dat ook vanuit economisch perspectief de levering van betreffende wholesale dienst door Ziggo aan Delta geen betrekking heeft op de gereguleerde gespreksafgifte, met het oog op de doelstellingen van de regulering. De regulering gaat uit van een volledige controle van iedere aanbieder van gespreksafgifte ten aanzien van diens telefoniekanten in samenhang met de afwezigheid van substituten en tracht kosten voor de interconnecterende telefonie-aanbieders te beheersen. Gelet op de feiten en omstandigheden van de Overeenkomst is er via de door Delta aangevoerde benadering ook in economische zin geen sprake van een verhouding of verschijnsel in de markt dat de betreffende gespreksafgifteverplichtingen trachten te reguleren.

¹ Onder Delta en Ziggo worden voor zover relevant tevens verstaan diens respectievelijke rechtsvoorgangers en dochter- en zustersvennootschappen.

² De activiteiten, activa en passiva van Ziggo B.V. zijn per 2016 ondergebracht in VodafoneZiggo B.V.

³ Met Overeenkomst worden voor zover relevant tevens bedoeld de overeenkomst van 21 december 2017 inzake Wholesale Voice, de bijbehorende annexen, addenda, facturaties, de verbintenissen uit de overeenkomst en de nakoming daarvan.

5. De ACM concludeert dat er in de rechtsbetrekking tussen Partijen geen sprake was van gespreksafgifte zoals gereguleerd in de relevante Marktanalysebesluiten. De ACM wijst het verzoek van Delta om de betreffende tarieven te toetsen aan de tariefregulering voor gespreksafgifte af en komt daarmee niet toe aan de verzoeken om handhaving.

2 Verloop van de procedure

6. De ACM heeft op 16 juli 2020 van Delta de aanvraag van het geschil ontvangen.
7. Op 29 juli 2020 heeft de ACM de geschilaanvraag doorgestuurd naar Ziggo met het verzoek om uiterlijk 22 september 2020 een zienswijze in te dienen.
8. Op 6 augustus 2020 heeft de ACM een aantal vragen gesteld aan Ziggo inzake de beschikbare interconnectielocaties voor vaste en mobiele gespreksafgifte tijdens de periode 2010-2019.
9. Van Ziggo heeft de ACM op 21 september 2020 zijn zienswijze en de beantwoording van de gestelde vragen over interconnectielocaties ontvangen. Op 22 september 2020 is deze zienswijze doorgezonden naar de geschilaanvrager met uitzondering van de antwoorden, opgenomen in bijlage 1 bij de zienswijze, in verband met de door de indiener geclaimde vertrouwelijke aard van de antwoorden.
10. Op 2 oktober 2020 heeft de ACM Ziggo verzocht de geclaimde vertrouwelijkheid ten aanzien van de antwoorden op vragen over interconnectielocaties te motiveren. Ziggo heeft geen gebruik gemaakt van de naderhand geboden mogelijkheid om de vertrouwelijkheidsclaims te motiveren. De ACM heeft daarop de vertrouwelijkheid van de antwoorden ambtshalve beoordeeld en op 19 oktober 2020 een van vertrouwelijkheid geschoond afschrift van de antwoorden aan Delta verstrekt.
11. De ACM heeft Partijen op 18 november 2020 in elkaars aanwezigheid gehoord tijdens een hoorzitting. Daarbij heeft de ACM aan Partijen (op 10 november 2020 schriftelijk aangekondigde) vragen gesteld. Ziggo heeft voor aanvang van de hoorzitting een vaststellingsovereenkomst ingebracht die ziet op afkoop van resterende termijnen.
12. Een verslag van de hoorzitting heeft de ACM op 4 december 2020 met Partijen gedeeld. Ziggo heeft een reactie op het verslag gegeven op 7 december 2020 welke aan het dossier is toegevoegd.

3 Juridisch kader

3.1 Telecommunicatiewet

13. In de Telecommunicatiewet (hierna: de Tw) is, voor zover nu van belang, het volgende bepaald.
14. De Tw geeft in artikel 1.1, voor zover relevant, de volgende definities.
15. *Interconnectie: specifiek type toegang dat wordt gerealiseerd tussen exploitanten van openbare netwerken, inhoudende het fysiek en logisch verbinden van openbare communicatienetwerken die door dezelfde of een andere onderneming worden gebruikt om het de gebruikers van een onderneming mogelijk te maken te communiceren met die van dezelfde of van een andere onderneming of toegang te hebben tot diensten die door een andere onderneming worden aangeboden;*
16. *Openbaar telecommunicatienetwerk: elektronisch communicatienetwerk dat geheel of gedeeltelijk wordt gebruikt om openbare telecommunicatiediensten aan te bieden, voor zover het netwerk niet gebruikt wordt voor het verspreiden van programma's;*
17. *Elektronisch communicatienetwerk: 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;*
18. *Openbare telefoondienst: dienst die voor het publiek beschikbaar is voor direct of indirect uitgaande en binnenkomende nationale of internationale gesprekken, met behulp van een nummer of een aantal nummers in een nationaal of internationaal nummerplan;*
19. *Toegang: het aan een andere onderneming beschikbaar stellen van netwerkdonderdelen, bijbehorende faciliteiten of diensten onder uitdrukkelijke voorwaarden, al dan niet op exclusieve basis, ten behoeve van het aanbieden van elektronische communicatiediensten, het aanbieden van diensten voor de informatiemaatschappij of het verspreiden van programma's aan het publiek, door die onderneming.*
20. Op basis van hoofdstuk 6a van de Tw kan de ACM verplichtingen opleggen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. De marktanalysebesluiten van de ACM kennen een reguleringsperiode van drie jaar. Artikel 6a.7 van de Tw biedt de grondslag voor het opleggen van tariefregulering aan partijen met aanmerkelijke marktmacht.

21. Artikel 6a.7 biedt de grondslag voor het opleggen van tariefregulering aan partijen met aanmerkelijke marktmacht als uit marktanalyse volgt dat die partijen door het ontbreken van concurrentie excessieve prijzen of marge-uitholling kunnen toepassen:

De Autoriteit Consument en Markt kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door de Autoriteit Consument en Markt te bepalen vormen van toegang een verplichting opleggen betreffende het beheersen van de hiervoor te rekenen tarieven of kostentoe rekening indien uit een marktanalyse blijkt dat de betrokken exploitant de prijzen door het ontbreken van werkelijke concurrentie op een buitensporig hoog peil kan handhaven of de marges kan uithollen, in beide gevallen ten nadele van de eindgebruikers. Aan de verplichting kunnen door de Autoriteit Consument en Markt voorschriften worden verbonden die nodig zijn voor een goede uitvoering van de verplichting.

22. Artikel 12.2 van de Tw regelt de geschilbevoegdheid van de ACM:
23. Lid 1: *Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten, openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet of bij de roamingverordening rustende verplichting, kan de Autoriteit Consument en Markt op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, tenzij de beslechting van dat geschil op grond van deze wet aan een andere instantie is opgedragen.*
24. Lid 2: *Onder een geschil als bedoeld in het eerste lid, wordt mede verstaan een geschil inzake de vraag of, indien de in dat lid bedoelde houders van een vergunning, aanbieders, aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk ondernemingen een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichting, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk strijdig is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.*

3.2 Reguleringskader

25. De ACM (tot 2013: de OPTA) reguleert de markten voor vaste en mobiele gespreksafgifte ten behoeve van de mededinging via marktanalysebesluiten. In deze besluiten heeft de ACM een marktanalyse uitgevoerd, op basis waarvan zij concludeerde dat iedere aanbieder van gespreksafgifte gelet op de aard van de wholesale telefoniemarkt beschikt over een marktaandeel van 100% ten aanzien van afgifte op zijn eigen telefonienetwerk. Met andere woorden, om een volledig telefoongesprek naar een klant van een concurrerende

telefonieprovider aan te kunnen bieden, zijn providers volledig afhankelijk van interconnectie met die concurrent, waarbij die concurrent de tarieven voor gespreksafgifte in afwezigheid van regulering autonoom kan bepalen. De ACM heeft derhalve vastgesteld dat de tarieven voor gespreksafgifte dienden te worden gematigd om excessief hoge tarieven op de retailmarkten voor vaste en mobiele telefonie te voorkomen. Op basis van marktanalyse zijn in deze besluiten onder andere tariefplafonds opgelegd voor vaste en mobiele gespreksafgifte. De marktanalysebesluiten maken, in overeenstemming met hetgeen in de sector gebruikelijk is, een onderscheid tussen enerzijds directe interconnectie, namelijk interconnectie tussen twee netwerken, en anderzijds interconnectie in het kader van gespreksdoorgifte (waaronder de routing van gesprekken binnen één netwerk tussen verschillende regio's). De tariefverplichtingen zien enkel op (gespreksafgifte via) directe interconnectie.

26. Ten aanzien van de marktafbakening is bepaald:

Wat betreft de beoordeling van substitutie op wholesaleniveau is essentieel dat de gebruiker die het gesprek initieert (beller) de bestemming van telefoonverkeer bepaalt door het aankiezen van een specifiek nummer en daarmee bepaalt op welk netwerk zijn aanbieder het gesprek moet afleveren. De aanbieder van het netwerk waar het gesprek naar toe gaat, ofwel de aanbieder die de gebelde gebruiker heeft aangesloten (terminerende aanbieder), controleert de toegang tot de telefonieaansluiting van dat nummer volledig. Die terminerende aanbieder kan niet worden omzeild omdat het gebelde nummer nu eenmaal maar op één netwerk is aangesloten. De aanbieder van het netwerk waar het verkeer vandaan komt, heeft daardoor geen alternatieven voor het afleveren van het verkeer. Dit betekent dat er op wholesaleniveau geen substitutiemogelijkheden bestaan voor gespreksafgifte van de aanbieder die het aangekozen nummer op zijn netwerk heeft aangesloten.⁴

27. De Marktanalysebesluiten kennen een reguleringsperiode van drie jaar, en leggen aldus verplichtingen op voor de drie jaar volgend op het moment van besluit. In voorkomende gevallen wordt een besluit (deels) vernietigd door een rechterlijke uitspraak en treedt een herstelbesluit in plaats. Na afloop van de reguleringsstermijn treedt een opvolgend marktanalysebesluit (bijvoorbeeld FTA-MTA-5) in plaats van het aflopende marktanalysebesluit (bijvoorbeeld FTA-MTA-4) indien de ACM vaststelt dat de markten ook in de prospectieve periode zonder regulering te weinig concurrentie zullen kennen.⁵
28. Voor de nu voorliggende geschilperiode is allereerst relevant dat de ACM op 19 december 2008 het marktanalysebesluit vaste gespreksafgifte (FTA-2) heeft genomen.

⁴ FTA-MTA-5, Kenmerk: ACM/DTVP/2017/203094, randnummer 102.

⁵ Artikel 6a.4 Tw.

29. Vervolgens heeft de ACM op 7 juli 2010 het marktanalysebesluit FTA-MTA-3 genomen dat ziet op zowel vaste als mobiele gespreksafgifte. Dit besluit is ten aanzien van het kostentoerekeningsmodel door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) deels vernietigd in zijn uitspraak van 31 augustus 2011. De ACM heeft het besluit hersteld in haar besluit van 2 juli 2012 (FTA-MTA-3b).
30. Op 5 augustus 2013 heeft de ACM het marktanalysebesluit FTA-MTA-4 genomen. De hierin opgelegde tariefplafonds gelden vanaf 1 september 2013. Op 27 augustus 2013 heeft het CBb een verzoek om een voorlopige voorziening ten aanzien van de tariefplafonds voor mobiele gespreksafgifte toegewezen in verband met de gebruikte kostentoerekeningsmethodiek.
31. Het marktanalysebesluit FTA-MTA-5⁶ van 1 juni 2017 is het thans geldende en tevens definitieve besluit dat ziet op vaste en mobiele gespreksafgifte. Op 11 september 2018 heeft het CBb een deel van dit besluit dat ziet op transparantieverplichtingen vernietigd en voor het overige in stand gelaten.⁷

4 Feitelijk kader

4.1 Inleiding

32. In 2007 heeft Delta bepaalde werkzaamheden en het (tegen vergoeding) beschikbaar stellen van bepaalde infrastructuurcomponenten (een residentieel telefonie platform) met betrekking tot zijn vaste telefonie-aanbod aan eindgebruikers, uitbesteed aan Ziggo. De afspraken daaromtrent zijn vastgelegd in de zogenaamde '*Overeenkomst betreffende de afwikkeling van het residentiële telefonieverkeer van de klanten van ZeelandNet B.V. door Casema B.V.*' (de Overeenkomst).
33. De diensten betreffen het leveren van wat Ziggo betitelt als "Wholesale Voice". Het is een dienst die Ziggo aanbiedt aan telecomaanbieders zoals Delta. In de Overeenkomst is afgesproken dat Ziggo de telefoniedienst levert (inclusief alle interconnecties met andere telefonienetwerken) en Delta de aansluiting levert. Via deze dienst biedt Ziggo onder andere verkeer naar vaste telefoonnummers (nationaal en regionaal), mobiele telefoonnummers en internationale telefoonnummers aan. Ook zijn afspraken gemaakt over het afwickelen van inkomend verkeer en onderling verkeer tussen Delta-klanten.
34. Het geschil heeft betrekking op het onderdeel van de Overeenkomst dat ziet op de afhandeling van telefonie(-verkeer) naar vaste en mobiele telefoonnummers. Delta stelt zich op het standpunt dat deze afspraken binnen de reikwijdte van de regulering vallen van

⁶ Kenmerk: ACM/DTVP/2017/203094.

⁷ College van Beroep voor het bedrijfsleven, 11 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:478.

vaste- en mobiele gespreksafgifte.

4.2 Wijzigingen in zeggenschap en vorming van netwerken

35. Gedurende de looptijd van de Overeenkomst is contractant Casema N.V. (hierna Casema) onderdeel geworden van Ziggo, later VodafoneZiggo. Op 16 mei 2008 is Ziggo gevormd door het samenvoegen van Casema, @Home en Multikabel. Op 5 november 2014 heeft Liberty Global (de eigenaar van onder meer UPC) Ziggo overgenomen en samengevoegd met UPC. Op 26 december 2016 hebben Liberty Global en Vodafone de joint venture VodafoneZiggo opgericht en hier alle activiteiten van Ziggo en Vodafone Nederland in ondergebracht.
36. Met de vorming van Ziggo (uit @Home, Casema en Multikabel), de overname door UPC-eigenaar Liberty Global en later de vorming VodafoneZiggo zijn ook de netwerken samengevoegd van deze eerder zelfstandige netwerken.
37. Zeelandnet is gedurende de looptijd van het contract van eigenaar gewijzigd en onderdeel geworden van DELTA, later Delta Fiber Nederland. Sinds 2017 is Delta evenals CAIW 100% eigendom van EQT Partners. Op 1 augustus 2018 zijn Delta en CAIW door EQT samengevoegd en ondergebracht in Delta Fiber Nederland.

4.3 Contractafspraken en technische realisatie

38. De Overeenkomst ziet op de levering van de dienst Wholesale Voice voor de levering van telefoniediensten door Ziggo (handelend als rechtsvoorganger Casema) aan Delta (handelend als rechtsvoorganger Zeelandnet). Daarmee kon Delta telefoniediensten over kabel aanbieden aan zijn residentiele eindgebruikers, aangezien Delta niet beschikte over een eigen telefonieplatform.⁸ In deze overeenkomst zijn onder andere tariefafspraken gemaakt over het gebruik van het telefonieplatform, de fysieke interconnectie (transmissie) en de verschillende verkeerssoorten.
39. In 2008 hebben Partijen deze telefoniedienst geïmplementeerd op basis van een zogenaamde TDM-koppeling en een TDM-switch. In 2012 zijn Partijen overgestapt op een IP-koppeling met een NGN-platform.
40. Al het in- en uitgaande telefonie verkeer van en naar Delta-klanten wordt via deze implementatie afgewikkeld.
41. De Overeenkomst is in 2012 gewijzigd om deze nieuwe IP-implementatie terug te laten komen, onder meer door andere afspraken te maken over de tarieven voor het gebruik van

⁸ Derde en vijfde overweging bij de overeenkomst van 21 december 2007.

het NGN Platform. De afspraken over de verkeerstarieven zijn daarbij niet gewijzigd.

42. Sinds de herziening van de Overeenkomst door Partijen in 2012 zijn de bestreden tarieven of voorwaarden niet gewijzigd en/of aangepast.
43. Op 1 april 2019 is de Overeenkomst beëindigd. Partijen hebben op 17 december 2018 een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin definitieve afspraken zijn gemaakt over de tussentijdse beëindiging van de Overeenkomst op 1 april 2019 en de afkoop van de resterende termijnen.

5 Verzoeken en standpunten geschilaanvrager

44. In december 2019 heeft Delta voor het eerst kenbaar gemaakt aan Ziggo dat hij het niet eens is met de in rekening gebrachte verkeerstarieven voor de levering van de onder de Wholesale Voice overeenkomst opgenomen diensten over de periode 2010 – 2019.
45. Delta en Ziggo hebben in de periode voorafgaand aan het geschil getracht een oplossing te vinden, maar zonder resultaat. Op 16 juli 2020 heeft Delta daarom een geschil aanhangig gemaakt bij de ACM.
46. In dit hoofdstuk geeft de ACM de standpunten van Delta weer voor zover relevant voor het onderhavige geschil. In paragraaf 5.1 worden de formele gronden, ook wel de kern van de geschilaanvraag, weergegeven. In paragraaf 5.2 worden de materiële gronden die o.a. ter hoorzitting als reactie op de zienswijze van Ziggo zijn behandeld, samengevat.

5.1 Formele gronden

5.1.1 Wel sprake van een geschil

47. Delta heeft onderhavige aanvraag tot geschilbeslechting gebaseerd op artikel 12.2, tweede lid, van de Tw.
48. Anders dan Ziggo betoogt, stelt Delta zich op het standpunt dat er wel sprake is van een geschil. Partijen zijn volgens Delta al geruime tijd met elkaar in overleg over de hoogte van de tarieven en Ziggo heeft op geen enkel moment bereidheid getoond om 'er uit te komen'.
49. Delta is van mening dat hij zijn visie over de hoogte van de tarieven voor zowel vaste en mobiele gespreksafgifte als transitdiensten heeft onderbouwd. Ook stelt Delta zich op het standpunt dat artikel 12.2 van de Tw geen eisen aan het indienen van een verzoek op geschilbeslechting stelt, en een geschil c.q. verschil van mening over de rechten en verplichtingen van marktpartijen op grond van de Tw voldoende is om de ACM te verzoeken het geschil te beslechten.

50. Voor zover geen geschilverzoek ingediend zou kunnen worden omdat er geen sprake zou zijn van een gereguleerde dienst, bestrijdt Delta dat om die reden geen verzoek tot geschilbeslechting kan worden ingediend. Delta betoogt dat volgens vaste rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ook in zo'n geval een inhoudelijk besluit door de ACM genomen moet worden.⁹

5.1.2 Terugwerkende kracht en rechtszekerheid

51. Delta geeft aan er belang bij te hebben dat wordt vastgesteld dat de door Ziggo gehanteerde tarieven voor gespreksafgifte hoger waren dan de door de ACM op grond van artikel 6a.2, eerste lid, jo. artikel 6a.7 van de Tw vastgestelde maximum tarieven, hetgeen zou resulteren in een aan Delta terug te betalen bedrag.
52. De vraag of aan een besluit van de ACM terugwerkende kracht toekomt, doet zich pas voor indien de ACM in het kader van een geschilbesluit een verplichting oplegt of regels vaststelt. Volgens Delta gaat het daar niet over in onderhavig geschil. Delta licht toe dat hij de ACM heeft verzocht vast te stellen of de door Ziggo bij Delta in rekening gebrachte gespreksafgiftetarieven in strijd zijn met de Tw. Dat zou betekenen dat Delta teveel aan Ziggo heeft betaald en dit op grond van het geschilbesluit als onverschuldigd betaald kan (terug)vorderen.
53. Tot slot stelt Delta zich op het standpunt dat het rechtzekerheidsbeginsel niet in de weg staat aan terugwerkende kracht. Daarbij verwijst (ook) Delta naar een uitspraak van het CBb van 30 juli 2015.¹⁰
54. Volgens Delta dient per geval te worden beoordeeld of de rechtszekerheid in de weg staat aan het verlenen van terugwerkende kracht aan een besluit van de ACM. In dit geval gaat het om de vaststelling van de (on)rechtmatigheid van de gehanteerde gespreksafgiftetarieven. Uit de Overeenkomst en de daarna met Ziggo overeengekomen Addenda volgt dat overeenstemming bestond over het in rekening brengen van de op grond van de Tw gereguleerde en de door de ACM daarvoor vastgestelde (maximum) tarieven. Delta betoogt dat op basis daarvan een partij, zoals Ziggo, rekening moet houden dat wanneer daarvan wordt afgeweken en door zijn toedoen hogere tarieven in rekening zijn gebracht, het rechtzekerheidsbeginsel er niet aan in de weg staat om met terugwerkende kracht vast te stellen of in strijd met de Tw te hoge tarieven in rekening zijn gebracht.

⁹ Vgl. o.a. College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:323.

¹⁰ College van Beroep voor het bedrijfsleven 30 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:276.

5.2 Materiële gronden

5.2.1 Gereguleerde dienst

55. Delta is van mening dat het tarief dat door Ziggo bij hem in rekening is gebracht voor vaste en mobiele gespreksafgifte gedurende de periode 2010 tot mei 2019 hoger is dan het maximum bedrag per minuut, zoals dat door de ACM voor de relevante reguleringsperiodes is vastgesteld in de Marktanalysebesluiten.
56. Naar de mening van Delta is Ziggo als aanbieder van gespreksafgifte op een afzonderlijk netwerk in Nederland, gebonden aan deze door de ACM vastgestelde maximum tarieven. Door af te wijken van de op hem rustende verplichting handelt Ziggo naar de mening van Delta in strijd met de verplichtingen uit de Marktanalysebesluiten.
57. Volgens Delta zijn de tarieven die Ziggo rekent voor gespreksafgifte hoger dan het vastgestelde tariefplafond en is Ziggo hiermee in overtreding van de tariefplafonds zoals deze volgen uit de Marktanalysebesluiten.

5.2.2 Interconnectie

58. Delta stelt zich – onder verwijzing van de definitie van interconnectie in de Toegangsrichtlijn¹¹, de wetsgeschiedenis van de oude Telecommunicatiewet¹² en rechtelijke uitspraken¹³ – op het standpunt dat er tussen Delta en Ziggo sprake is van interconnectie.

5.2.3 Gespreksafgifte

59. Delta is van mening dat er zowel functioneel, technisch als economisch sprake is van gespreksafgifte door Ziggo. Volgens Delta hebben Partijen al bij het aangaan van de Overeenkomst dit aspect onderkend door te verwijzen naar de ter zake toepasselijke regulering. Het argument dat van gespreksafgifte geen sprake kan zijn omdat in het netwerk van Delta bepaalde technische elementen zouden ontbreken, is naar het oordeel van Delta dan ook een onjuiste benadering.

Economisch gespreksafgifte

60. Voorts stelt Delta zich op het standpunt dat het netwerk van Delta ook vanuit het economische perspectief kwalificeert als vaste telefonienetwerk zoals gedefinieerd in het BULRIC model.
61. Naar het oordeel van Delta zijn de definities van gespreksafgifte en interconnectie voornamelijk functioneel en – gerelateerd daaraan – economisch bepaald. De definitie die de ACM hanteert in het kader van haar Marktanalysebesluiten is functioneel omschreven.

¹¹ Artikel 2, sub b, van de Toegangsrichtlijn.

¹² TK 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 95.

¹³ ECLI:NL:RBROT:2005:AV2391, r.o. 2.6 en ECLI:NL:CBB:2006:AY8879, r.o. 5.11.1.

Die omschrijving past, volgens Delta, in het historisch perspectief, waarbij het bereiken van de eindgebruiker centraal staat. Uit niets blijkt dat voor gespreksafgifte absolute netwerksymmetrie dient te bestaan.

62. Volgens Delta staat het buiten kijf dat Delta abonnees enkel gesprekken kunnen opbouwen (en enkel kunnen worden bereikt) via het Delta-netwerk. Zonder fysieke en logische infrastructuur van Delta kan de door Ziggo genoemde “class 5 server” niet worden bereikt. Dat een deel van de logische verbinding tot stand komt met behulp van de apparatuur van Ziggo, maakt dat volgens Delta niet anders. Ook de investeringen die Delta heeft moeten doen om de verbinding tot stand te (doen) brengen zijn niet significant anders dan die van iedere andere aanbieder. Delta is dan ook van mening dat zowel functioneel, technisch als economisch – ook als een deel van de apparatuur in eigendom is bij een derde – nog sprake is van gespreksafgifte door Ziggo.
63. Het argument dat Delta geen gesprek kan afgeven, omdat een deel van de technische verwerking van het gesprek door Ziggo wordt uitgevoerd, is volgens Delta een zuiver technische benadering die geen recht doet aan de achtergrond van gespreksafgifte, namelijk het op economisch aanvaardbare gronden ontsluiten van toegang tot eindgebruikers. Gespreksafgifte zou daarmee functioneel en economisch zijn gedefinieerd.
64. Delta legt ter zitting uit dat het gereguleerde tarief is opgebouwd uit verschillende netwerkkosten, onderverdeeld in Capex en Opex, op basis van het BULRIC-model. Binnen dit BULRIC-model vormen de infrastructurele kosten een groot deel van de kosten van de netwerk operator. Het telefonieplatform zelf vormt slechts een zeer beperkt aandeel in de Capex en Opex.
65. Volgens Delta dient in casu daarbij te worden meegewogen dat de kosten van Ziggo al worden gedekt door de vergoedingen die hij ontvangt van Delta. De kostencomponenten waarvoor Ziggo uit hoofde van de Overeenkomst een vergoeding ontvangt – in het bijzonder het telefonieplatform – vormen in deze zienswijze ook een onderdeel van het BULRIC-model. Delta stelt zich aldus op het standpunt dat in het maximumtarief al een vergoeding voor deze kosten verwerkt zit, en verwijst naar de uitwerking en uitleg van het BULRIC-model door Analysys Mason uit 2016 op de website van de ACM en een rapport van Axon Group gedateerd 29 mei 2017¹⁴. Delta concludeert hieruit dat het netwerk van Delta ook vanuit economisch perspectief kwalificeert als vast telefonienetwerk zoals gedefinieerd in het BULRIC model.
66. Op basis van het voorgaande is Delta van mening dat het netwerk van Delta zowel op basis van de functionele omschrijving en de economische (onderliggende) rationale, dient te worden gekwalificeerd als telefonienetwerk. Een andere conclusie zou tot de onwenselijke situatie kunnen leiden dat technische kenmerken en niet de onderliggende

¹⁴ https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16581_Bulric.zip en <http://ntrc.gd/wp-content/uploads/2017/06/Description-BULRIC-Model-Fixed-Networks.pdf>, onder ander paragraaf 6.3.2.

functionele en economische ratio bepalend worden voor toepasselijkheid van regulering. Dat past volgens Delta niet in het algemene streven om technologie neutraal te reguleren.

5.3 Verzoeken aan de ACM

67. Delta verzoekt de ACM:

- a. te bepalen dat de gespreksafgiftetarieven (mobiel en vast) van de wholesale diensten die Ziggo heeft gerekend in strijd zijn met de relevante Marktanalysebesluiten vaste en mobiele gespreksafgifte. Ziggo rekent naar het oordeel van Delta een toeslag bovenop de in de Marktanalysebesluiten vastgestelde tariefplafonds voor het afwickelen van verkeer. Hiermee handelt Ziggo in strijd met de Overeenkomst en de op grond daarvan geldende tarieven op grond van de relevante Marktanalysebesluiten. De overtreding is ontstaan in 2010 en loopt - nu deze niet is gecorrigeerd - nog steeds door;
- b. in dit besluit te gelasten dat Ziggo ten aanzien van de periode 2010 - 2019 volledige transparantie betracht ten aanzien van de kosten die door Ziggo in rekening zijn gebracht zodat nauwkeurig kan worden vastgesteld welke vergoeding(en) Ziggo ten onrechte heeft ontvangen, op verbeurte van een dwangsom van 100.000 euro (zegge: honderdduizend euro) per dag met een maximum van 1.000.000 euro (zegge: één miljoen euro) dan wel een bedrag door ACM in goede justitie te bepalen, binnen vier weken na dagtekening van het besluit van ACM ten aanzien van dit verzoek op geschilbeslechting; en
- c. in dit besluit te gelasten dat Ziggo, op verbeurte van een dwangsom van 100.000 euro (zegge: honderdduizend euro) per dag met een maximum van 1.000.000 euro (zegge: één miljoen euro) dan wel een bedrag door ACM in goede justitie te bepalen, binnen vier weken na dagtekening van het besluit van ACM ten aanzien van dit verzoek op geschilbeslechting, de overtredingen ongedaan maakt door met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2010 geen tarieven te rekenen die liggen boven het vastgestelde tariefplafond.

6 Standpunten Ziggo

68. In dit hoofdstuk geeft de ACM de standpunten van Ziggo weer voor zover relevant voor het onderhavige geschil. Ziggo meent dat geen sprake is van een geschil als bedoeld in artikel 12.2 van de Tw (paragraaf 6.1.1). Bovendien is hij van mening dat een geschilbesluit niet kan bijdragen aan de doelstellingen als bedoeld in artikel 1.3 van de Tw (paragraaf 6.1.2), en dat rechtszekerheid in de weg staat aan een besluit met terugwerkende kracht (paragraaf 6.1.3). Vervolgens gaat Ziggo inhoudelijk in op het verzoek, voor het geval de ACM van oordeel is toch een inhoudelijk oordeel te moeten geven (paragraaf 6.1.4 en verder).

6.1.1 Geen sprake van een geschil

69. Ziggo meent dat geen sprake is van een geschil tussen Partijen zoals op grond van artikel 12.2 van de Tw vereist is. De overeenkomst waarop het geschil betrekking heeft is per 1 april 2019 geëindigd en financieel afgewikkeld. Vervolgens heeft Delta pas in december 2019 te kennen gegeven dat hij van mening is dat de tarieven die Ziggo heeft gehanteerd in strijd zouden zijn met de Marktanalysebesluiten. Ziggo heeft Delta verzocht zijn standpunt dat hij aanspraak kan maken op gereguleerde maximumtarieven voor gespreksafgifte toe te lichten zodat Ziggo daarover met Delta in gesprek kon gaan. Dit heeft Delta volgens Ziggo nagelaten.
70. Ziggo meent dat sprake is van misbruik maken van een rechtsmiddel, aangezien Delta volgens Ziggo bij de civiele rechter bot zou vangen omdat zijn vorderingen zijn verjaard en hij niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd tegen het in rekening brengen van de betreffende tarieven.

6.1.2 Geschilbesluit draagt niet bij aan doelstellingen 1.3 Tw¹⁵

71. Het is Ziggo niet duidelijk welke van deze reguleringsdoelstellingen gediend wordt met de toewijzing van het verzoek van Delta. Ziggo meent dat geen van de in artikel 1.3 Tw genoemde reguleringsdoelstellingen is gediend met de toewijzing van het verzoek, nu de overeenkomst waarover het geschil gaat al is beëindigd en afgewikkeld.

6.1.3 Rechtszekerheidsbeginsel

72. Ziggo stelt dat hij pas op zijn vroegst eind 2019 op de hoogte was van het standpunt van Delta dat de gewraakte tarieven in strijd zouden zijn met de Marktanalysebesluiten. Ziggo verwijst naar rechtspraak waaruit volgens Ziggo blijkt dat voor terugwerkende kracht van besluiten bepalend is het moment waarop voor een partij kenbaar is dat de wederpartij het niet eens is met tarifiering. In dat geval kan die partij daar rekening mee houden en komt hem geen beroep op het rechtszekerheidsbeginsel toe. Volgens Ziggo verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich derhalve tegen een besluit van de ACM die zou inhouden dat de tarieven in strijd zijn met de Marktanalysebesluiten.

6.1.4 Afgenomen dienst betreft wholesale dienst Telefonie

73. Volgens Ziggo ziet de Overeenkomst niet op interconnectie, maar betreft het de wholesaledienst Telefonie. Ziggo zet zijn netwerk en faciliteiten in om Delta mogelijk te

¹⁵ Hoofdstuk 3 van de zienswijze van Ziggo, kenmerk: ACM/IN/538597

maken telefonie aan diens klanten aan te bieden. Voordat Delta een overeenkomst had met Ziggo kon hij volgens Ziggo geen telefoniediensten leveren aan zijn eigen klanten, omdat hij niet beschikte over een eigen telefonienetwerk.

74. Op basis van de contractuele afspraken was het Ziggo die bepaalde hoe hij de diensten aan Delta technisch zou vormgeven. Ziggo heeft door middel van drie schematische weergaven in bijlages geïllustreerd dat het Ziggo was die het telefonieverkeer opzette, doorgaf en afleverde.¹⁶ Van interconnectie kan volgens Ziggo dus geen sprake zijn, nu Delta geen zelfstandig en volledig functionerend netwerk heeft. Ook toen Ziggo in 2015/2016 overging van TDM op VoIP bleef deze situatie ongewijzigd.¹⁷

6.1.5 Overeenkomst zag niet op gespreksafgifte

75. Volgens Ziggo blijkt ook uit de Overeenkomst dat geen sprake is van interconnectie of de inkoop van gespreksafgifte.
76. Ziggo verwijst naar artikel 1 van de Overeenkomst, waaruit volgt dat Ziggo het inkomende en uitgaande verkeer van eindgebruikers van Delta afhandelt. Uit de definitie van het begrip "Mutatie" volgt dat alle verantwoordelijkheid bij Ziggo ligt en dat al het verkeer plaatsvindt op het netwerk van Ziggo. Verder blijkt uit artikel 5.3 volgens Ziggo dat Delta ook niet beschikt over eigen nummers. Deze werden door Ziggo verstrekt als onderdeel van de diensten.
77. Voorts wijst Ziggo erop dat de dienst gespreksafgifte niet genoemd staat in Annex 2 bij de Overeenkomst. Ziggo stelt dat uit artikel 2.3 van de Overeenkomst bovendien volgt dat Delta slechts verantwoordelijk zou zijn voor de sales en marketing en de commerciële relatie met zijn klanten.
78. Tot slot stelt Ziggo ter hoorzitting dat in de Overeenkomst ook de afspraken ontbreken die zien op de technische eisen die gelden voor interconnectie, bijvoorbeeld in de vorm van een 'Technical Manual'.

6.1.6 Strijd met contractuele verplichting

79. Ziggo leest in de aanvraag van Delta dat hij niet stelt dat Ziggo in strijd handelt met de Marktanalysebesluiten zelf, maar met de contractuele verplichting om de op grond van de relevante Marktanalysebesluiten geldende tarieven door te berekenen aan Delta. De ACM is volgens Ziggo niet bevoegd zich uit te laten over de vraag of een marktpartij een

¹⁶ Bijlagen 2A, 2B en 2C bij de zienswijze van Ziggo, kenmerk: ACM/IN/538597.

¹⁷ Deze situatie illustreert Ziggo aan de hand van een schema in bijlage 2E van de zienswijze, kenmerk ACM/IN/538597.

contractuele verplichting correct naleeft.

6.1.7 Tweede en derde onderdeel verzoek buiten bevoegdheid ACM en onvoldoende onderbouwd

80. Ziggo wijst erop dat op hem geen wettelijke verplichting rust om inzage te verschaffen in zijn kosten of de door hem voor een niet-gereguleerde dienst in rekening gebrachte tarieven. Het verzoek van Delta om Ziggo te verplichten tot volledige transparantie ten aanzien van de kosten die in rekening zijn gebracht valt derhalve buiten de bevoegdheid van de ACM.
81. In het derde onderdeel van het verzoek van Delta verzoekt hij aan Ziggo de verplichting op te leggen om (met terugwerkende kracht vanaf januari 2010) tarieven te rekenen die niet liggen boven de vastgestelde tariefplafonds. Het rechtszekerheidsbeginsel verzet zich volgens Ziggo tegen een dergelijke bevoegdheid van de ACM. Bovendien zou de ACM daarmee ingrijpen op de civiele rechtsverhouding tussen Partijen. De ACM is volgens Ziggo niet bevoegd om tot feitelijke betaling te verplichten.

6.1.8 Dwangsommen

82. Ziggo stelt dat de ACM onder artikel 12.2 Tw niet bevoegd is een last onder dwangsom op te leggen. De ACM kan slechts een oordeel vellen over de vraag of een bepaalde gedraging in strijd is met een bij of krachtens de Tw gestelde verplichting. Tot slot meent Ziggo dat nu onderdeel twee en drie van het verzoek onduidelijk en vaag zijn, het opleggen van een dwangsom hiervoor niet op zijn plaats is.

6.1.9 Economische interconnectie

83. Ten aanzien van de argumenten van Delta over 'economische interconnectie' merkt Ziggo op dat deze invulling niet gebruikelijk is in de markt, en ook niet blijkt uit de Marktanalysebesluiten.

7 Beoordeling van het geschil door de ACM

7.1 Beoordeling

7.1.1 Beoordelingswijze

84. De ACM zal eerst beoordelen of er sprake is van een geschil in de zin van artikel 12.2 van de Tw, en daarmee of zij bevoegd is van het onderhavige geschil kennis te nemen (paragraaf 7.1.2).
85. Om te beoordelen of de Overeenkomst betrekking heeft op (gereguleerde) gespreksafgifte, onderzoekt de ACM of er feitelijk sprake was van een directe interconnectie van twee afzonderlijke telefonienetwerken als bedoeld in de Marktanalysebesluiten in de verhouding tussen Delta en Ziggo onder de Overeenkomst (paragraaf 7.1.3).
86. Ten overvloede behandelt de ACM het standpunt dat sprake is van de levering van gespreksafgifte vanuit de “onderliggende economische rationale” van de kostenbeheersing van wholesale gespreksafgiftetarieven zoals ingevuld door de regulering (paragraaf 7.1.4).

7.1.2 Is er sprake van een geschil in de zin van artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet?

87. Op grond van artikel 12.2 Tw kunnen aanbieders de ACM vragen een geschil te beslechten dat is ontstaan over (de nakoming van) een bij of krachtens de Telecommunicatiewet gestelde verplichting die rust op een aanbieder die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten, openbare elektronische communicatiediensten of programmadiensten aanbiedt.
88. Delta en Ziggo zijn beide aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en/of –diensten en staan als zodanig geregistreerd bij de ACM. De Marktanalysebesluiten bevatten krachtens de Telecommunicatiewet gestelde verplichtingen. De ACM is derhalve bevoegd kennis te nemen van een geschil dat is ontstaan over deze verplichtingen.
89. De ACM volgt Ziggo niet in zijn stelling dat geen sprake is van een geschil omdat de overeenkomst waarop het geschil betrekking heeft al was afgewikkeld voordat Delta kenbaar maakte het niet eens te zijn met de tarieven die Ziggo in rekening heeft gebracht.
90. Voorafgaand aan de hoorzitting heeft Ziggo de vaststellingsovereenkomst verstrekt tussen Ziggo B.V. en Delta Fiber Nederland ter vaststelling van de tussentijdse beëindiging van de Overeenkomst. Op pagina 5 van de vaststellingsovereenkomst is onder “Finale kwijting” opgenomen dat deze uitsluitend ziet op de afkoop van de resterende termijnen van

Overeenkomst. Deze clausule sluit naar het oordeel van de ACM niet uit dat Partijen op andere aspecten van de Overeenkomst dan de resterende termijnen nog geschillen kunnen hebben zoals bedoeld in artikel 12.2 van de Tw.

91. Uit de dossierstukken blijkt bovendien dat Ziggo ook na beëindiging van de Overeenkomst in 2019 met Delta in gesprek is gegaan over de in dit geschil voorliggende kwestie. Ziggo stelt in april 2020 dat hij heeft besloten extern juridisch advies in te winnen alvorens bij Delta terug te komen over de kwestie. Vervolgens stelt hij in een e-mail van 4 mei 2020 niet in te gaan op een verzoek om minnelijke schikking van Delta, met daarbij een onderbouwing die inhoudelijk ingaat op het punt van geschil.¹⁸
92. Uit het voorgaande blijkt naar het oordeel van de ACM dat Partijen op het moment van indiening van het verzoek een verschil van mening hebben over het al dan niet van toepassing zijn van de tariefregulering op de Overeenkomst. De onderhandelingen tussen Partijen hebben niet geleid tot een definitieve uitkomst. Om die reden heeft Delta de ACM gevraagd het geschil te beslechten. De aanvraag van Delta voldoet daarmee aan de omschrijving van een geschil in artikel 12.2 van de Tw.
93. Ziggo voert nog aan dat volgens hem sprake is van 'misbruik van een rechtsmiddel', omdat de vorderingen geen kans van slagen zouden hebben voor de civiele rechter, omdat deze reeds (gedeeltelijk) verjaard zouden zijn en Delta niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd tegen het in rekening brengen van te hoge tarieven.
94. De ACM overweegt dat de toewijsbaarheid van een eventuele civiele vordering omtrent dezelfde rechtsverhouding geen voorwaarde is voor ontvankelijkheid van een geschilaanvraag. Ook de eventuele verjaring van een met beoordeling samenhangende civiele vordering is voor de ACM niet zonder meer een reden om vast te stellen dat geen sprake is van een geschil tussen partijen.
95. De aangevoerde standpunten van Ziggo zien in principe op de civielrechtelijke aspecten van de overeenkomst en de daaraan eventueel gerelateerde vorderingen, en zijn geen voorwaarden voor de bevoegdheid van de ACM om het geschil te beslechten.

7.1.2.1 Doelstellingen van de Telecommunicatiewet

96. Met de Marktanalysebesluiten heeft de ACM uitvoering gegeven aan een van haar wettelijke taken uit hoofdstuk 6a Tw. De Marktanalysebesluiten beogen door middel van verplichtingen (potentiële) mededingingsproblemen op de markten voor gespreksafgifte te

¹⁸ Mailwisselingen tussen Delta en Ziggo, ingebracht als productie 6 bij de aanvraag van Delta, kenmerk ACM/IN/ACM/IN/517990.

voorkomen of op te lossen, ter bevordering van de belangen van (telefonie)eindgebruikers. Reeds om deze reden zou de ACM met een besluit ten aanzien van het onderhavige geschil, dat ziet op de mogelijkheid van niet-naleving van de Marktanalysebesluiten, bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen genoemd in artikel 1.3, eerste lid van de Tw.

7.1.3 Was er sprake van een directe interconnectie van twee afzonderlijke telefonienetwerken als bedoeld in de Marktanalysebesluiten?

97. Ten aanzien van de vraag of er, zoals Delta betoogt, sprake is van interconnectie zoals bedoeld in de Marktanalysebesluiten en levering van gereguleerde gespreksafgifte door Ziggo overweegt de ACM het volgende.
98. Gespreksafgifte is een toegangsdienst die gedefinieerd is in de marktanalysebesluiten vaste en mobiele gespreksafgifte. Volgens de definitie gaat het om een situatie waarbij twee partijen (partij A en partij B), met elk een eigen netwerk en daarop aangesloten eindgebruikers, een fysieke interconnectie met elkaar hebben. Op deze fysieke interconnectie biedt partij A het telefonieverkeer aan voor eindgebruikers van partij B. Gespreksafgifte is vervolgens de afwikkeling van het gesprek vanaf dat punt waarin de controle over het afgeven van het gesprek aan een eindgebruiker volledig gecontroleerd wordt door partij B, zonder dat deze afhankelijk is van andere partijen.¹⁹
99. Een vast telefonienetwerk bestaat uit telefoniecentrales waarop eindgebruikers door middel van een vaste netwerkaansluiting zijn aangesloten. Daarnaast bestaat het telefonienetwerk uit (verkeers)telefoniecentrales en tussenliggende kabels die de telefoniecentrales met elkaar verbinden. Elk telefoonnummer correspondeert met een bepaalde netwerkaansluiting op het telefonienetwerk. Binnen het telefonienetwerk wordt door de telefoniecentrales een gesprek gerouteerd van een netwerkaansluiting naar een andere netwerkaansluiting.
100. De ACM constateert dat Ziggo over een eigen telefonienetwerk beschikt met daarop aangesloten eindgebruikers. Om te kunnen spreken van interconnectie en daarmee samenhangende gereguleerde gespreksafgifte onder de Marktanalysebesluiten, dient in casu ook Delta over een eigen telefonienetwerk te beschikken. De ACM merkt hierover het volgende op.
101. De Overeenkomst tussen Partijen bevat op hoofdlijnen de volgende diensten:
 1. De levering van de telefoniedienst voor Delta
 2. De levering van het onderlinge telefonieverkeer tussen Delta-aansluitingen (*on-net*)
 3. De levering van inkomend verkeer op Delta-aansluitingen
 4. De levering van uitgaand verkeer naar mobiele bestemmingen in Nederland

¹⁹ Vgl. het reguleringskader uitgewerkt in sectie 3.2.

5. De levering van uitgaand verkeer naar vaste bestemmingen in Nederland
 6. De levering van uitgaand verkeer naar mobiele en vaste buitenlandse bestemmingen
 7. De fysieke koppeling tussen beide netwerken, inclusief transmissie- en colocationfaciliteiten
102. Zowel bij de TDM-oplossing als de IP-oplossing (vanaf juli 2012) wordt de centrale call control functie van het telefonienetwerk geïmplementeerd binnen het fysieke domein van Ziggo. Delta draagt zorg voor de fysieke aansluiting van zijn eindgebruikers op de (lokale) telefoniecentrale van Ziggo.
103. Delta beschikt over kabelaansluitingen, die onder andere gebruikt worden voor het leveren van telefoniediensten. Daarmee beschikt Delta over telefonie-aansluitingen. Echter, Delta beschikt niet over de (lokale) telefoniecentrale waarop deze aansluitingen worden aangesloten. Deze (lokale) telefoniecentrale, althans de toegang tot deze dienst, wordt ingevolge de Overeenkomst geleverd door Ziggo. Ook de gespreksafwikkeling binnen het Ziggo-telefonienetwerk en de interconnectie met andere telefonienetwerken worden geleverd door Ziggo.
104. Het voorgaande betekent dat Delta niet in staat is om zelf telefoniegesprekken op te bouwen en te routeren. Hij is voor deze functies, die worden verondersteld in de regulering, afhankelijk van derden met een zelfstandig telefonienetwerk (in casu Ziggo) en heeft daarom deze diensten uitbesteed, in casu aan Ziggo via de Overeenkomst. Ziggo is (voor de tenuitvoerlegging van de Overeenkomst) afhankelijk van de fysieke aansluiting van Delta voor het opbouwen van telefoniegesprekken en afgeven van telefoniegesprekken voor afnemers van Delta's retail telefoniedienst.
105. Deze verhouding tussen beide netwerken wordt geïllustreerd in de Overeenkomst²⁰ waarin Partijen met elkaar hebben afgesproken wie voor welk deel van de telefoniedienst zorg draagt. Daaruit volgt dat Delta zijn HFC-netwerk (Hybrid Fiber Coax-netwerk) beschikbaar stelt, inclusief de kabelaansluiting. Ziggo verzorgt de telefoniedienst en de routing van de telefoniegesprekken, waaronder het telefonieverkeer tussen de Delta-telefonie klanten onderling. Voor routing naar aansluitingen bij andere aanbieders maakt Ziggo gebruik van interconnectie met andere telefonienetwerken, waaronder interconnectie met het telefonienetwerk van KPN.²¹
106. Delta heeft ervoor gekozen zijn telefoniedienst voor residentiële gebruikers uit te besteden aan Ziggo, met uitzondering van de fysieke aansluitingen, en gaat om die reden niet zelfstandig interconnecties aan met telefonienetwerken van derde partijen. Hieruit volgt naar het oordeel van de ACM dat de koppeling van Delta met het telefonienetwerk van Ziggo op aansluitingsniveau plaatsvindt en niet op netwerkniveau. Dat betekent dat er

²⁰ Artikel 4, lid 5 van de Overeenkomst van 21 december 2017.

²¹ Vgl. o.a. artikel 4, lid 4 van de Overeenkomst van 21 december 2017.

geen sprake is van een directe interconnectie tussen verschillende telefonienetwerken zoals beschreven in de definitie van gespreksafgifte in de Marktanalysebesluiten.

107. Het enkele bestaan van een fysieke koppeling tussen een aansluiting en het telefonienetwerk (de local switch) kwalificeert naar het oordeel van de ACM niet als interconnectie tussen telefonienetwerken. De essentie van een telefonienetwerk is het kunnen opbouwen en routeren van gesprekken tussen verschillende netwerkaansluitingen. Juist deze routeringsfunctie maakt het mogelijk om verkeer te (kunnen) routeren tussen verschillende telefonienetwerken. Delta is niet in staat om gesprekken op te bouwen en het verkeer te routeren naar andere telefonienetwerken. Deze mogelijkheid is uitbesteed en wordt gerealiseerd binnen het telefonienetwerk van Ziggo.
108. Dat Ziggo deze functionaliteit voor Delta beheert blijkt tevens uit het feit dat de telefoonnummers van Delta-telefoonklanten voor de uitvoering van de Overeenkomst worden geporteerd van Priority Telecom naar Ziggo, met als gevolg dat externe telefonienetwerken die interconnectie aangaan met het telefonienetwerk van Ziggo dit doen ten behoeve van alle op het telefonienetwerk van Ziggo aangesloten klanten, waaronder de Delta-telefoonklanten. Ziggo maakt daarbij geen onderscheid in het afwickelen van telefonieverkeer naar telefoonnummers van Delta-klanten en telefoonnummers van Ziggo-klanten. De telefoonnummers van Delta-klanten maken onder de Overeenkomst aldus onderdeel uit van het telefonienetwerk van Ziggo.

Tussenconclusie

109. Voor gereguleerde gespreksafgifte is vereist dat de telefonienetwerken van aanbieders op de interconnectielocatie direct met elkaar verbonden zijn. De koppeling tussen het telecommunicatienetwerk van Delta en Ziggo bestaat uit een koppeling van de aansluiting (geleverd door Delta) aan het telefonienetwerk (geleverd door Ziggo). Een dergelijk koppeling kwalificeert naar het oordeel van de ACM niet als interconnectie tussen twee telefonienetwerken in de zin van de Marktanalysebesluiten. Er kan daarom geen sprake zijn van gereguleerde gespreksafgifte onder een Overeenkomst die ziet op een wholesaledienst gebaseerd op een dergelijke aansluiting. De standpunten van Delta, die uitgaan van afspraken tussen Delta en Ziggo die kwalificeren als gereguleerde gespreksafgifte, kan de ACM daarom niet volgen. De ACM concludeert dat tussen Delta en Ziggo geen directe interconnectie tussen telefonienetwerken tot stand is gekomen als bedoeld in de Marktanalysebesluiten, waardoor er geen sprake is van de levering van gespreksafgifte door Ziggo aan Delta.

7.1.4 Overwegingen ten overvloede betreffende het standpunt van Delta inzake de “onderliggende economische rationale” van gespreksafgifferegulering

110. De ACM is van oordeel, zoals in paragraaf 7.1.3 gemotiveerd, dat er geen sprake is van de levering van (gereguleerde) gespreksafgifte, omdat Partijen geen directe interconnectie tot stand hebben gebracht tussen twee afzonderlijke telefonienetwerken, waarmee geenszins sprake kan zijn van de levering van gereguleerde gespreksafgifte, zoals gedefinieerd in de Marktanalysebesluiten.
111. De ACM zal hierna obiter dictum ingaan op het argument van Delta dat niet de puur technische maar de functionele en economische kwalificatie van de verhouding tussen twee telefonieaanbieders van doorslaggevend belang is bij het vaststellen of er al dan niet sprake is van de levering van gespreksafgifte. Volgens Delta is er evident sprake van de levering van een dienst die vanuit de “onderliggende economische rationale” de karakteristieken heeft van gereguleerde gespreksafgifte.
112. De ACM begrijpt uit het betoog van Delta dat hij met de verwijzing naar een “onderliggende economische rationale” bedoelt dat Delta, ongeacht afwezigheid van directe interconnectie, verplicht is door Ziggo om, gelet op de tariefplafonds, te hoge (gespreksafgifte)tarieven te betalen voor de diensten die onderwerp zijn van de Overeenkomst, aldus dat geen alternatieven bestaan voor het aanbieden van gesprekken aan Ziggo. Deze zogenoemde “onderliggende economische rationale” zou blijken uit het feit dat er gelet op de aard van de verhouding tussen Partijen, geen alternatieven bestonden voor het verzorgen van telefoongesprekken tussen telefonie-abonnees van respectievelijk Delta en Ziggo.
113. Delta is op basis van een zelfstandige, vrijwillige commerciële keuze overgestapt van zijn toenmalige leverancier Priority Telecom naar een andere leverancier, namelijk Ziggo. De Overeenkomst is de uitkomst van deze keuze. Dat hier geen sprake is van noodzakelijke afname wordt bevestigd door het feit dat de dienstverlening die Delta is overeengekomen met Ziggo in concurrentie tot stand is gekomen.
114. De ACM merkt op dat uit de vaststellingsovereenkomst blijkt dat Delta recentelijk CAIW heeft overgenomen en daarop is overgegaan naar een eigen netwerkimplementatie via het voormalige CAIW. Door deze overname is Delta komen te beschikken over een eigen telefonienetwerk. Met dit tot stand gebrachte telefonienetwerk is Delta interconnecties aangegaan met andere telefonienetwerken, waaronder ook Ziggo, en heeft Delta zich onafhankelijk gemaakt van het aanbod van de Wholesale Voice-dienst van Ziggo, zodat kennelijk de Overeenkomst kon worden opgezegd.
115. Uit de aangehaalde aspecten van de Overeenkomst maakt de ACM op dat er geen sprake is van noodzakelijke afname van gespreksafgifte zoals bij daadwerkelijk interconnecterende telefonienetwerken, waarbij afnemers (in afwezigheid van regulering)

kunnen worden genoodzaakt om excessief hoge tarieven te betalen voor deze noodzakelijke afname bij het terminerende netwerk. Gelet op de feiten en omstandigheden van de Overeenkomst is er via de door Delta aangevoerde benadering ook in economische zin geen sprake van een verhouding of verschijnsel in de markt dat de betreffende gespreksafgifteverplichtingen trachten te reguleren.

7.2 Conclusie

116. Uit de bovenstaande analyse van de ACM volgt dat in de Overeenkomst tussen Delta en Ziggo geen afspraken zijn gemaakt ten aanzien van de levering van diensten die kwalificeren als gespreksafgifte zoals bedoeld in de Marktanalysebesluiten.

7.2.1 Beoordeling verzoek

117. Delta verzoekt de ACM om de volgende beslissingen:
- a) te bepalen dat de gespreksafgiftetarieven (mobiel en vast) van de wholesale diensten die Ziggo heeft gerekend in strijd zijn met de relevante marktanalysebesluiten vaste en mobiele gespreksafgifte.
 - b) in dit besluit te gelasten dat Ziggo ten aanzien van de periode 2010 - 2019 volledige transparantie betracht ten aanzien van de kosten die door Ziggo in rekening zijn gebracht zodat nauwkeurig kan worden vastgesteld welke vergoeding(en) Ziggo ten onrechte heeft ontvangen, op verbeurte van een dwangsom van 100.000 euro per dag met een maximum van 1.000.000 euro dan wel een bedrag door ACM in goede justitie te bepalen, binnen vier weken na dagtekening van het besluit van ACM ten aanzien van dit verzoek op geschilbeslechting;
 - c) in dit besluit te gelasten dat Ziggo, op verbeurte van een dwangsom van 100.000 euro per dag met een maximum van 1.000.000 euro dan wel een bedrag door ACM in goede justitie te bepalen, binnen vier weken na dagtekening van het besluit van ACM ten aanzien van dit verzoek op geschilbeslechting, de overtredingen ongedaan maakt door met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2010 geen tarieven te rekenen die liggen boven het vastgestelde tariefplafond.
118. Omdat de ACM heeft vastgesteld dat er uit hoofde van de Overeenkomst geen sprake is van afspraken ten aanzien van de levering van vaste- en/of mobiele gespreksafgifte tussen Delta en Ziggo wijst de ACM het verzoek onder a) af, en komt daardoor niet toe aan de verzoeken onder b) en c).

8 Dictum

119. De Autoriteit Consument en Markt stelt vast dat Delta en Ziggo een geschil hebben over de vraag of er sprake is van de levering van gereguleerde gespreksafgifte ten aanzien van de overeengekomen dienstverlening voor de levering van de telefoniedienst voor residentiële eindgebruikers van Delta in de periode 2010-2019.
120. De ACM concludeert dat er geen sprake is van een fysieke interconnectie tussen twee afzonderlijke telefonienetwerken onder de Overeenkomst, hetgeen betekent dat de Overeenkomst geen afspraken bevat ten aanzien van de levering van gespreksafgifte door Ziggo aan Delta zoals gedefinieerd in de relevante Marktanalysebesluiten. De ACM wijst het verzoek van Delta om de betreffende tarieven te toetsen aan de tariefregulering voor gespreksafgifte af.
121. Hiermee is het geschil tussen Partijen beslecht en komt de ACM niet toe aan de overige verzoeken van Delta.

Den Haag,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

A.J. de Goei
Teammanager Directie Telecom Vervoer en Post

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van het besluit, beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, postbus 20021, 2500 EA, Den Haag.