Besluit
Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2012/201359
Zaaknummer: 12.0004.21
Datum: 29 juni 2012

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) jis. artikel 6.3 (oud), van de Tw, dan wel artikel 6.5 (nieuw), van de Tw, en artikel 2 (oud), van het Besluit Interoperabiliteit (hierna: BI), dan wel artikel 2 (nieuw), van het BI, inhoudende de beslechting van een geschil tussen Tele2 en KPN met betrekking tot de afhandeling van spraakverkeer van eindgebruikers van Tele2 naar 084- en 087-nummers op het netwerk van KPN.

1 Samenvatting

1. Tele2 en KPN zijn in geschil over de tarieven voor afhandeling van verkeer afkomstig van het netwerk van Tele2, met de bestemming 084/087-nummers. Tele2 stelt dat er geen overeenkomst bestaat tussen partijen voor het afhandelen van dit verkeer, en verzoekt, kort gezegd, het college alsnog om het tarief vast te stellen. Voorts verzoekt Tele2 het college, voor het geval dat hij van oordeel is dat er wel sprake is van een overeenkomst, vast te stellen dat de door KPN gehanteerde tarieven in strijd zijn met hetgeen bij of krachtens de wet is bepaald, en verzoekt daarbij om vaststelling van een bepaald tarief door het college.

2. De twee kernvragen die in dit geschil voorliggen zijn de vraag of er al dan niet sprake is van een overeenkomst, en afhankelijk van de beantwoording van de eerste vraag, of het college over kan gaan tot het vaststellen van het tarief in een van beide gevallen.

3. Het college is van oordeel dat er tussen partijen sprake is van een geldende overeenkomst. Hij komt tot dat oordeel op basis van het jarenlang, structureel en zonder onderbreking, in overeenstemming handelen van partijen bij de afhandeling van het 084/087-verkeer. Het college wijst hetgeen Tele2 daaromtrent verzoekt derhalve af.

4. Ook het verzoek van Tele2 om een tarief vast te stellen in het geval er wel een overeenkomst tussen partijen is, wijst het college af. Het college is bevoegd de overeengekomen voorwaarden te toetsen, maar is van oordeel dat de tarieven die gehanteerd worden door KPN niet in strijd zijn met het bij of krachtens de Tw bepaalde. Er is in dit geval, voor de periode waarover het college zijn oordeel vormt, geen duidelijke wettelijke grondslag aan te wijzen op basis waarvan de partijautonomie voor wat betreft het overeenkomen van het tarief ingeperkt kan worden. Hoewel het college van mening is dat de in rekening gebrachte tarieven te hoog zijn, komt hem niet de mogelijkheid toe daarin in te grijpen.

2 Verloop van de procedure

5. Op 3 januari 2012 heeft het college een aanvraag tot geschilbeslechting van Tele2 ontvangen[1] (hierna: geschilaanvraag). Het geschil bestaat tussen Tele2 en KPN, en gaat over de tarieven voor de afhandeling van spraakverkeer naar 084- en 087-nummers afkomstig van eindgebruikers van Tele2.

6. Het college heeft partijen op 6 januari 2012 schriftelijk laten weten[2] het geschil in behandeling te nemen. Daarbij heeft het college KPN twee weken de tijd gegeven zijn zienswijze schriftelijk aan hem bekend te maken. Het college heeft op 20 januari 2012 de zienswijze van KPN per brief[3] ontvangen.

7. Op 20 januari 2012 heeft het college van BT Nederland N.V. een geschilaanvraag[4] van gelijke strekking ontvangen. Het college heeft hier aanleiding in gezien de behandeling van de procedure samen te voegen. Partijen hebben daar mee ingestemd. Het college zal desalniettemin twee aparte geschilbesluiten nemen.

8. KPN, Tele2 en BT hebben op 26 maart 2012 tijdens een hoorzitting hun zienswijze mondeling toegelicht. De hoorcommissie heeft Tele2, BT en KPN verzocht nadere informatie aan te leveren.

9. Tele2 heeft op 2 april 2012 per brief[5] aan het verzoek van de hoorcommissie voldaan.

10. KPN heeft op 30 maart 2012 per brief[6] aan dit verzoek voldaan.

11. Op 6 april 2012 heeft de gemachtigde van Tele2 en BT met een brief[7] aan de hoorcommissie gereageerd op de aanvulling van KPN.

12. KPN heeft op 24 april 2012 op haar beurt gereageerd met een brief[8]. Vervolgens heeft de gemachtigde van Tele2 en BT de laatste gelegenheid gekregen om te reageren. Van die gelegenheid is gebruik gemaakt per brief[9] van 7 mei 2012.

---

[1] Bij brief van 29 december 2011, kenmerk 2012100004; aangevuld bij brief van 2 januari 2012, kenmerk 2012100033.

[2] Brieven aan Tele2 en KPN met kenmerk 2012200029; resp. 2012200030.

[3] Brief met kenmerk 2012100377.

[4] Bij brief van 19 januari 2012, kenmerk 2012100326; aangevuld bij brief van 20 januari 2012, kenmerk 2012100330

[5] Brief met kenmerk 2012101768.

[6] Brief met kenmerk 2012101757.

[7] Brief met kenmerk 2012101821.

[8] Brief met kenmerk 2012101940.

[9] Brief met kenmerk 2012102020.

3 Feiten

13. Partijen zijn aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten en –netwerken, en zijn in die hoedanigheid geregistreerd bij het college. Partijen zijn tevens aan te merken als aanbieders van een openbare telefoondienst, waarbinnen dit geschil zich afspeelt.

14. Het geschil betreft de hoogte van de vergoeding die KPN vraagt aan Tele2 voor het afhandelen van verkeer. Meer specifiek gaat het om het verkeer dat bestemd is voor 084/087-nummers van eindgebruikers die aangesloten zijn bij 084/087-dienstenaanbieders opererend vanaf het KPN netwerk.

15. Via 084/087-nummers worden persoonlijke-assistentdiensten (hierna: pa-diensten) geleverd. Een pa-dienst is een bereikbaarheidsdienst. Afnemers van de dienst zijn door middel van doorschakelingen bereikbaar via verschillende kanalen, bijvoorbeeld via de vaste en de mobiele telefoon, de mail, en de fax. Om deze dienst mogelijk te maken bestaat er een keten van diensten tussen beller en gebelde, die door opvolgende partijen in de keten worden geleverd.

16. Tele2 levert het verkeer afkomstig van zijn netwerk, en bestemd voor 084/087-dienstaanbieders opererend vanaf het KPN netwerk af op het netwerk van KPN. KPN brengt voor het afhandelen van die gesprekken kosten in rekening bij Tele2, onder de noemer van een Premium Transitdienst (hierna: PT-dienst).[10]

17. Tussen partijen bestaan interconnectieovereenkomsten die de interconnectierelatie tussen partijen ordent. De interconnectieovereenkomsten bestaan uit een op 20 mei 1998 gesloten overeenkomst tussen KPN en Tele2, en een eveneens uit 1998 afkomstige overeenkomst tussen KPN en Versatel.[11]

18. Vanaf 26 maart 2010 heeft Tele2 aan KPN per brief te kennen gegeven niet akkoord te gaan met de wijze waarop het relevante 084/087-verkeer in rekening brengt en heeft gebracht.

19. In het marktanalysebesluit wholesalemarkten voor gespreksafgifte op afzonderlijke openbare telefoonnetwerken, verzorgd op een vaste locatie van 21 december 2005 (hierna: FTA-1) heeft het college (kort gezegd) verplichtingen opgelegd aan KPN in het kader van afgifte van verkeer naar 084/087-nummers. Deze verplichtingen hebben formele rechtskracht, en zijn van toepassing geweest voor de aangewezen reguleringsperiode.

20. In het marktanalysebesluit vaste gespreksafgifte van 19 december 2008 (hierna: FTA-2) heeft het college op vergelijkbare wijze de in randnummer 19 genoemde afgifte gereguleerd. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) heeft de marktafbakening van het

---

[10] KPN (of PTT) PSTN Premium Transit Connect Service, beschreven in Annex 1 van de randnummer 17 genoemde interconnectieovereenkomst.

[11] Tele2 is als rechtsopvolger in de plaats getreden van Versatel.

marktanalysebesluit FTA-2 vernietigd, voor zover het college daarin heeft neergelegd dat gespreksafgifte op 084/087-nummers op een afzonderlijk vast netwerk wel, en gespreksafgifte op 085-nummers op een afzonderlijk vast netwerk niet deel uitmaakt van de relevante markten.[12]

21. In het marktanalysebesluit vaste en mobiele gespreksafgifte van 7 juli 2010 (hierna: FTA-MTA-3) heeft het college de markt voor afgifte van verkeer naar 084/087-nummers aangemerkt als gereguleerde markt. Het CBb heeft de marktafbakening van het van het marktanalysebesluit FTA-MTA-3 vernietigd, voor zover het college daarin heeft geconcludeerd dat gespreksafgifte op 084/087-nummers op een afzonderlijk vast netwerk wel, en gespreksafgifte op 085-nummers op een afzonderlijk vast netwerk niet deel uitmaakt van de relevante markten.[13]

4 Samenvatting standpunten partijen

22. Aan de hand van in onderdeel 2 genoemde procedure hebben partijen hun standpunt aan het college kenbaar gemaakt. Beide standpunten worden hieronder kort en bondig weergegeven.

4.1 Tele2

23. Tele2 stelt zich op het standpunt dat een overeenkomst voor de afhandeling van het verkeer afkomstig van het Tele2 netwerk, en bestemd voor 084/087-dienstaanbieders opererend vanaf het KPN netwerk (hierna: 084/087-verkeer), ontbreekt. Weliswaar verwijst KPN naar de PT-dienst, maar naar de opvatting van Tele2 is de dienstverlening waar het hier om gaat daar niet onder te scharen. Dit hiaat in de overeenkomst zou volgens Tele2 kunnen worden ingevuld door het verkeer afkomstig van het Tele2 netwerk, en bestemd voor 084/087-dienstaanbieders opererend vanaf het KPN netwerk, onder te brengen in de afgifteovereenkomst die reeds bestaat voor de verkeersstroom voor geografische nummers. Tele2 wijst er op dat door het ontbreken van de betreffende overeenkomst niet is voldaan aan de verplichtingen die bij of krachtens de Tw op partijen rusten. Het college is derhalve bevoegd het geschil op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw, te beslechten en tarieven vast te stellen die tussen partijen hebben te gelden.

24. Tele2 betoogt daarbij bovendien dat het niet toegestaan is om voor gespreksafgifte transitvergoedingen te vragen. De gespreksafgifte op 084/087-nummers kan daarom niet onder de PT-overeenkomst vallen. In het geval dat het KPN voor de afhandeling van 084/087-verkeer, wel toegestaan was en is om die verkeersstroom onder een gespreksopbouwdienst te scharen, is Tele2 subsidiair van mening dat de door KPN op grond van de overeenkomst in rekening gebrachte tarieven voor 084/087-verkeer in strijd zijn met hetgeen bepaald bij of krachtens de Tw, namelijk de besluiten FTA-1 en FTA-2, en/of art. 6.3, Tw jo. art. 2 Besluit Interconnectie (hierna: BI). KPN moet worden verplicht om vanaf 1 januari 2006, of een door het college nader te bepalen datum, het per periode geldend gereguleerde tarief voor vaste gespreksafgifte te hanteren, of door het college vastgestelde tarieven te hanteren van redelijk niveau.

---

[12] CBb 8 februari 2012, *LJN* BV3078.

[13] CBb 31 augustus 2011, *LJN* BR6195.

25. Tele2 is van mening dat het geschil ten minste met terugwerkende kracht beslecht kan worden tot het moment dat aan KPN kenbaar is gemaakt dat Tele2 het niet eens was met de tarifering van het 084/084-verkeer. Tele2 is bovendien van mening dat de rechtszekerheid niet in de weg zou staan aan een nog verdere terugwerking van de geschilbeslechting. Tele2 stelt zich daarbij op het standpunt dat KPN er niet op mocht vertrouwen dat de door haar gehanteerde tarieven stand zouden houden. Vanaf 1 januari 2006 zou KPN willens en wetens in strijd hebben gehandeld met de vanaf dat moment geldende maximering van het tarief voor 084/087-verkeer. Voor het geval het college zou oordelen dat de contractuele basis voor het voornoemde verkeer ontbreekt is het zelfs noodzakelijk om met terugwerkende kracht een tarief vast te stellen. Partijen dienen invulling te geven aan hun wettelijke plicht om interoperabiliteit tot stand te brengen, en daartoe overeenkomsten te sluiten. Indien daar in het verleden een gebrek in heeft bestaan, dan zal het college daar naar het oordeel van Tele2 alsnog invulling aan moeten geven.

26. Tele2 verzoekt het college:
    a. primair:
        i. vast te stellen dat tussen Tele2 en KPN geen overeenstemming bestaat over de gespreksafgifte van het relevante 084/087-verkeer;
        ii. vast te stellen dat het KPN niet is toegestaan voor het onder a bedoeld verkeer een transitdienst te gebruiken en een transittarief te rekenen;
        iii. KPN te verplichten met Tele2 een gespreksafgifteovereenkomst te sluiten voor het onder a genoemde verkeer met als ingangsdatum 1 januari 2006;
        iv. te bepalen dat KPN in de onder c genoemde overeenkomst het van tijd tot tijd geldende regionale FTA-tarief dient op te nemen en niet meer dan dat tarief in rekening mag brengen althans de tarieven vast te stellen op een door het college vast te stellen redelijk niveau;

    b. subsidiair:
        i. te bepalen dat de tarieven die KPN op basis van de interconnectieovereenkomst aan Tele2 in rekening brengt voor afgifte van het relevante 084/087-verkeer in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (meer specifiek het FTA-1 en FTA-2 marktanalysebesluit althans artikel 6.3 Tw jo. artikel 2 BI);
        ii. te bepalen dat KPN voor het relevante 084/087-verkeer vanaf 1 januari 2006 althans een door het college te bepalen ingangsdatum niet meer in rekening mag brengen dan het van tijd tot tijd geldende regionale FTA-tarief althans een door het college vast te stellen redelijk tarief.

4.2 KPN

27. In tegenstelling tot het standpunt van Tele2 is KPN van mening dat de geldende interconnectieovereenkomsten wel degelijk grondslag bieden voor de afhandeling van 084/087-verkeer. Deze overeenkomsten bepalen volgens KPN dat het voornoemde verkeer van Tele2 door KPN wordt overgenomen en bezorgd op de overeengekomen bestemming. Daarbij geldt een door de 084/087-dienstaanbieder gekozen tarief, dus een gespreksopbouwdienst. KPN betoogt dat Tele2 van deze afhandeling van het verkeer op de hoogte was, en daar altijd naar heeft

gehandeld. Het college is daarom enkel bevoegd om het geschil op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw te beslechten.

28. Voor het geval het college oordeelt dat er geen sprake is van een geldige overeenkomst, dan wel dat deze in strijd zou zijn met hetgeen bij of krachtens de Tw is gesteld, stelt KPN zich op het standpunt dat de wijze waarop het verkeer in het verleden is afgehandeld niet zondermeer ongedaan kan worden gemaakt. Zou er al een verplichting hebben bestaan om het verkeer via een gespreksafgiftedienst af te handelen, dan was deze verplichting naar het oordeel van KPN onduidelijk gedurende het grootste deel van de door Tele2 gemarkeerde geschilperiode. Het achteraf stellen van regels met terugwerkende kracht, zou naar het oordeel van KPN in strijd zijn met de rechtszekerheid.

29. KPN vraag het college het geschilverzoek van Tele2 volledig af te wijzen.

5 Juridisch Kader

30. Artikel 12.2, eerste lid, van de Tw, luidt:
"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 het college 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."

31. Artikel 12.2, tweede lid, van de Tw, luidt:
"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."

32. Artikel 6.3 (oud), eerste lid, van de Tw, luidde:
"Bij algemene maatregel van bestuur kunnen, indien dit in het licht van de doelstellingen, bedoeld in artikel 1.3 gerechtvaardigd is, categorieën van openbare elektronische communicatiediensten worden aangewezen waarvan de aanbieders van de tot een aangewezen categorie behorende diensten en de aanbieders van de daarbij betrokken netwerken, voor zover zij de toegang tot eindgebruikers controleren, in Nederland eind- tot eindverbindingen tot stand moeten brengen en waarborgen."

Besluit
Openbaar

33. Artikel 6.3 (oud), vierde lid, van de Tw, luidde:
"Onverminderd het derde lid, treedt ter uitvoering van het eerste of, ingeval van een verzoek, tweede lid iedere daar bedoelde aanbieder met andere daar bedoelde aanbieders in onderhandeling om overeenkomsten te sluiten op basis waarvan maatregelen worden genomen opdat eind- tot eindverbindingen tot stand komen en zijn gewaarborgd."

34. Artikel 6.5, eerste lid, van de Tw, luidt:
Aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleren zorgen ervoor dat zich in de Europese Unie bevindende eindgebruikers toegang hebben tot alle:
    a. in de Europese Unie toegekende nummers van een nationaal nummerplan,
    b. nummers van de Europese telefoonnummerruimte, en
    c. door ITU toegekende nummers,
en gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van de in de onderdelen a tot en met c bedoelde nummers, tenzij dat technisch of economisch niet haalbaar is, of een opgeroepen abonnee heeft besloten de toegang van oproepende gebruikers die zich in specifieke geografische gebieden bevinden, te beperken.

35. Artikel 6.5, tweede lid, van de Tw, luidt:
Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regel worden gesteld ter waarborging van de verplichting, bedoeld in het eerste lid. Deze regels kunnen onder meer betrekking hebben op de vergoedingen voor de toegang tot de in het eerste lid, bedoelde nummers.

36. Artikel 2 (oud), van het BI, luidde:
"Als categorie van openbare elektronische communicatiediensten als bedoeld in artikel 6.3, eerste lid, van de wet wordt aangewezen openbare telefoondiensten."

37. Artikel 2 (nieuw) van het BI, luidt:
"Een aanbieder van openbare telefoondiensten of een daarbij betrokken aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, neemt de nodige maatregelen voor het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen in Nederland."

38. Artikel 1.1, aanhef, en sub e (oud), *van de Tw, luidde:*
"elektronisch communicatienetwerk: transmissiesystemen, waaronder mede begrepen de schakel- of routeringsapparatuur 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."
en is per 5 juni 2012 aangepast.

Besluit
Openbaar

39. Artikel 1.1, aanhef, en sub e, van de Tw, luidt:
"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."

40. Artikel 1.1, aanhef, en sub f, van de Tw, luidt:
"elektronische communicatiedienst: gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Het omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van de notificatierichtlijn die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken."

41. Artikel 1.1, aanhef, en sub g, van de Tw, luidt:
"openbare elektronische communicatiedienst: elektronische communicatiedienst die beschikbaar is voor het publiek."

42. Artikel 1.1, aanhef, en sub h, van de Tw, luidt:
"openbaar elektronisch communicatienetwerk: elektronisch communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om openbare elektronische communicatiediensten aan te bieden, waaronder mede wordt begrepen een netwerk, bestemd voor het verspreiden van programma's voor zover dit aan het publiek geschiedt."

43. Artikel 1.1, aanhef, en sub x, van de Tw, luidt:
"openbare telefoondienst: dienst die voor het publiek beschikbaar is voor uitgaande en binnenkomende gesprekken."

44. Artikel 1.3, eerste lid, van de Tw, luidt:
"Het college draagt er zorg voor dat zijn besluiten bijdragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen als bedoeld in artikel 8, tweede tot en met vijfde lid, van richtlijn nr. 2002/21/EG in elk geval door:
    a. het bevorderen van concurrentie bij het leveren van elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten, of bijbehorende faciliteiten, onder meer door efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aan te moedigen en innovaties te steunen;
    b. de ontwikkeling van de interne markt;

c. het bevorderen van belangen van eindgebruikers wat betreft keuze, prijs en kwaliteit."

6 Overwegingen

6.1 Bevoegdheid

45. Partijen zijn beiden ingevolge artikel 1.1, aanhef, en sub x, van de Tw, aan te merken als aanbieders van openbare telefoondiensten, overeenkomstig artikel 6.3, eerste lid (oud), Tw, jo. artikel 2 (oud), van het BI. Tevens zijn zij ingevolge art. 1.1, aanhef, en sub e, van de Tw, jis, art. 1.1, aanhef, en sub f, van de Tw, art. 1.1, aanhef, en sub g, van de Tw, art. 1.1, aanhef, en sub h, van de Tw, aan te merken als een daarbij betrokken aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, overeenkomstig artikel 2 (nieuw), van het BI.

46. Partijen hebben een geschil inzake de nakoming van een verplichting bij of krachtens de Tw, die voortvloeit uit hun hoedanigheid als aanbieders van openbare telefoondiensten, en daarbij betrokken aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken. Om te beoordelen of het college op grond van artikel 12.2, eerste lid, van de Tw, of artikel 12.2, tweede lid, van de Tw, bevoegd is, is van belang of er sprake is van tussen partijen geldende overeenkomst.

47. In het geval er geen overeenkomst tussen partijen geldt, is het college bevoegd om een tarief vast te stellen. Is er echter wel sprake van een overeenkomst dan geldt dat het college het geschil op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw, dient te beslechten. Hij dient dan eerst te beoordelen of de overeenkomst in strijd is met verplichtingen die bij of krachtens de wet op partijen rusten. Pas als er sprake is van strijd met een dergelijke verplichting kan het college ingrijpen in de overeenkomst.[14]

48. Tele2 vraagt het college vast te stellen dat tussen haar en KPN geen overeenstemming bestaat over de gespreksafgifte van 084/087-verkeer tegen het tarief dat KPN daar voor hanteert. Het college is van oordeel dat er een overeenkomst bestaat tussen partijen voor de afhandeling van het 084/087-verkeer. In dit onderdeel zal het college die conclusie toelichten.

49. Bij zijn overwegingen heeft het college zich beperkt tot een beoordeling van de blote feiten waaruit al dan niet moet blijken *of* er in werkelijkheid een overeenkomst bestaat voor het afhandelen van het 084/087-verkeer. In de verdere onderdelen van dit besluit zal het college ingaan op de vraag of de tarieven voor het afhandelen van 084/087-verkeer overeenkomstig hetgeen bij of krachtens de wet bepaald zijn.

50. De interconnectierelatie tussen partijen wordt beheerst door de tussen Tele2 en KPN gesloten interconnectieovereenkomst van 20 mei 1998, alsmede de interconnectieovereenkomst met de rechtsvoorganger van Tele2 (Versatel), eveneens uit 1998.[15] Deze transit-overeenkomst bevat

[14] CBb 27 september 2006, LJN AY8879, r.o. 5.11.3.

[15] Vgl. randnummer 9 van de geschilaanvraag.

geen amendement voor de afgifte van 084/087-verkeer, tevens betreft het hier geen transitdienst. Toch was deze overeenkomst voor partijen aanleiding voor de afhandeling van 084/087-verkeer.

51. Het college overweegt verder dat er voor een overeenkomst die tot doel heeft eind- tot eindverbindingen tot stand te brengen, geen vormvereisten gelden.

52. Naar het oordeel van het college is het van belang dat partijen jarenlang, structureel en zonder onderbreking, in overeenstemming hebben gehandeld bij de afhandeling van het 084/087-verkeer. De afgifte van 084/087-verkeer wordt sinds 1998 gerealiseerd en vervolgens gefactureerd op basis van een originating model.

53. Tele2 stelt zich op het standpunt dat hij geen weet had van de tarieven die KPN berekende. Dat staat op gespannen voet met het feit dat Tele2 jarenlang eindgebruikerstarieven heeft gehanteerd die gebaseerd waren op het originating model. Los daar van mag een partij die bedrijfsmatig zijn activiteiten ontplooit geacht worden op de hoogte te zijn van de aan hem gefactureerde bedragen.

54. Het feit dat Tele2 in 2010 constateerde dat KPN's afgiftetarieven niet conform het toen geldende marktanalysebesluit waren, brengt eveneens niet met zich mee dat de toen reeds twaalf jaar bestaande praktijk niet op basis van overeenstemming tussen partijen bestond. Voor zover Tele2 heeft bedoeld dat de overeenkomst geen gelding meer kan hebben vanwege gewijzigde omstandigheden, stelt het college vast dat het aan de burgerlijke rechter is om daarover te beslissen en dat het college thans van de overeenkomst zal moeten uitgaan.[16]

55. Door deze wijze van wederzijds handelen kan het college achteraf niet anders dan concluderen dat er al deze tijd een overeenkomst heeft bestaan. Daar waar de *schriftelijke* interconnectieovereenkomst mogelijk vooraf tekortschiet, is het handelen van partijen nadien zodanig, dat eventuele hiaten in die overeenkomst voor de afhandeling van 084/087-verkeer precies door dat handelen zijn aangevuld. Dat betekent onder meer dat daarmee ook het tussen partijen op grond van de overeenkomst geldende tarief voor de afhandeling van 084/087-verkeer gedefinieerd is.

56. Het oordeel van het college tot dusver heeft tot gevolg dat hij niet meer aan de behandeling van het door Tele2 primair gevraagde onder sub iii. en iv. toekomt, aangezien het ontbreken van overeenstemming voorwaarde is voor het slagen van deze verzoeken.

6.2 Terugwerkende kracht

57. Anticiperend op de mogelijkheid dat het college het geschil zou beslechten met terugwerkende kracht, hebben partijen daartoe verschillende standpunten ingebracht. Nu het antwoord op deze vraag in feite ook van invloed is op de omvang van het geschil (meer specifiek: de periode die het

[16] CBb 27 september 2009, LJN BB3302, r.o. 6.1.3.

college in dit besluit zal moeten meenemen en de te beantwoorden rechtsvragen) zal het college hier eerst op in gaan.

58. Het college overweegt dat aan een besluit onder bepaalde omstandigheden terugwerkende kracht kan worden verleend. Hierbij moet gewicht worden toegekend aan de soort verplichting waar het geschil betrekking op heeft.[17] In zijn uitspraak heeft het CBb geoordeeld dat indien het geschil de voorwaarden betreft waaronder (in dat geval) interconnectie geleverd werd en deze voorwaarden zijn bestreden door de afnemers, het toelaatbaar is dat interconnectie tot stand is gebracht, om vervolgens in een geschilprocedure het tarief vast te stellen.[18]

59. In het onderhavige geschil wordt het college gevraagd op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw, het tussen partijen overeengekomen tarief te beoordelen. Tele2 heeft op 26 maart 2010 per brief kenbaar gemaakt dat naar zijn oordeel de afgifte tarieven niet in lijn zijn (en waren) met de geldende wet en regelgeving. Mede gelet op het voor KPN kenbare standpunt van het college ten aanzien van de hoogte van FTA-tarieven voor 084/087-nummers kon KPN in elk geval vanaf deze datum rekening houden met de mogelijkheid dat het college tarieven zou vaststellen. Het is om deze reden niet in strijd met de rechtszekerheid om het besluit met terugwerkende kracht vast te stellen vanaf 26 maart 2010.

60. Tele2 stelt zich op het standpunt dat het college zijn besluit terug zou kunnen laten werken tot 1 januari 2006 omdat KPN vanaf dat moment tot 1 januari 2009 gebonden is aan de verplichtingen uit het eerste marktanalysebesluit. Het college is van oordeel dat, ook al brengt dit met zich mee dat het vertrouwensbeginsel niet aan het betrekken van deze periode in de weg staat,[19] het in het kader van dit geschilbesluit niet juist is om het besluit verder terug te laten werken dan 26 maart 2010. Tele2 klaagt pas na jaren over de hoogte van de tarieven waardoor de lagere tarieven niet meer aan de eindgebruikers van Tele2 zullen worden doorberekend, terwijl Tele2 zijn eindgebruikerstarieven wel zodanig had ingericht dat deze waren afgestemd op het originatingmodel dat KPN hanteert. Een dergelijk besluit zou voorts niet bijdragen aan de doelstellingen van artikel 1.3, van de Tw. Het college zal daarom in dit geschilbesluit enkel beoordelen of de tarieven vanaf 26 maart 2010 rechtens juist zijn.

6.3 Strijd met hetgeen bij of krachtens de Tw bepaald

61. Het college overweegt dat nu er sprake is van een overeenkomst de vraag beantwoord dient te worden of de hieruit voortvloeiende tarieven in strijd zijn met een verplichting bij of krachtens de Tw. Dit is een noodzakelijke voorwaarde voor ingrijpen door het college op de verbintenissen die tussen aanbieders gelden. Het CBb overweegt hierover het volgende:

---

[17] CBb 16 juni 2006, AB 2005, 326.

[18] CBb 18 juli 2008, AB 2008, 295

[19] De tarieven zijn op grond van het eerste marktanalysebesluit voor de periode 1 januari 2006 tot 1 januari 2009. gereguleerd zodat het college voor die periode sowieso geen besluit behoeft te nemen omtrent de hoogte van afgifte tarieven.

> *"Artikel 12.2, eerste lid, TW verleent OPTA de bevoegdheid om geschillen inzake de nakoming van verplichtingen, die ingevolge het bij of krachtens de Tw bepaalde op marktpartijen rusten, te beslechten. Het tweede lid breidt die bevoegdheid uit tot beslechting van geschillen inzake de vraag of de ingevolge een overeenkomst tussen marktpartijen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop zij worden nagekomen, strijdig zijn met het bij of krachtens de Tw bepaalde.*
> *Het College begrijpt deze bepaling aldus, dat partijen die ertoe overgaan een overeenkomst te sluiten op basis van een ingevolge de Tw op hen rustende verplichting, daarmee de mogelijkheid prijsgeven om OPTA te vragen hun verschillen van inzicht daarover te beslechten. Daarop is echter een uitzondering, namelijk de situatie waarin geoordeeld moet worden dat de uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenissen of de wijze waarop deze worden nagekomen, in strijd zijn met het bij of krachtens de Tw bepaalde."*[20] [onderlijning door het college]

62. Het college is van oordeel dat de tarieven voor gespreksafgifte op 084/087-nummers, zoals deze door KPN gehanteerd zijn voor de periode vanaf 26 maart 2010, niet in strijd zijn met een verplichting bij of krachtens de Tw en wijst om deze reden het door Tele2 gevraagde af. In het hiernavolgende wordt dit oordeel toegelicht.

6.3.1 Strijd met marktanalysebesluit

63. Voor de periode vanaf 26 maart 2010 geldt geen tariefregulering op basis van een door het college genomen marktanalysebesluit ten aanzien van het afgifte op 084/087-nummers. Het FTA-2 besluit is door het CBb vernietigd. Dat heeft tot gevolg dat het college de overeengekomen tarieven enkel kan toetsen aan artikel 6.3 (oud), van de Tw, jo. artikel 2 (oud), van het BI, dan wel artikel 6.5 (nieuw), van de Tw, jo. artikel 2 (nieuw), BI.

6.3.2 Strijd met artikel 6.3 (oud), van de Tw, en artikel 6.5 (nieuw), van de Tw

64. Op grond van artikel 6.3 (oud), van de Tw, jo. artikel 2 (oud), van het BI, dan wel artikel 6.5 (nieuw), van de Tw, jo. artikel 2 (nieuw), BI hebben partijen een resultaatsverplichting voor het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen. In het geval van 084/087-nummers dient KPN gespreksafgifte aan Tele2 te leveren op deze nummers. Hierdoor komt de eind- tot eindverbinding immers tot stand. In het kader van de hoedanigheid van partijen als aanbieders van openbare telefoniediensten is de civielrechtelijke partijautonomie aan enige beperking onderhevig.

65. Uit de wetsgeschiedenis van de Tw blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat aanbieders in het kader van het tot stand brengen van interoperabiliteit redelijke tarieven hanteren.[21] Indien partijen er niet in slagen een tarief overeen te komen, dan stelt het college op aanvraag een redelijk tarief vast, hetgeen inhoudt een tarief dat op kosten is georiënteerd.

---

[20] CBb 12 januari 2009, LJN BB3302, r.o. 6.4.1.

[21] Tweede Kamer 2002-2003, 28 851 nr. 3, blz. 38 e.v.

66. In dit geval is echter een overeenkomst gesloten en heeft Tele2 subsidiair het college verzocht vast te stellen dat de tarieven, die KPN op basis van de interconnectieovereenkomst aan Tele2 in rekening brengt voor afgifte van het relevante 084/087-verkeer, in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (meer specifiek het FTA-1 en FTA-2 marktanalysebesluit althans artikel 6.3 Tw jo. artikel 2 BI).

67. Het verzoek van Tele2 richt zich dus specifiek op de beoordeling van de rechtmatigheid van tarieven. Het college dient te beoordelen of de door KPN gehanteerde tarieven in strijd zijn met de verplichtingen uit de wet.

68. Een duidelijke wettelijke grondslag is vereist alvorens het college hetgeen door partijen is overeengekomen terzijde kan schuiven en kan ingrijpen in de relatie tussen partijen. Het CBb heeft daartoe als volgt in een vergelijkbare casus geoordeeld:

> *Aangezien de geschillen tussen KPN Telecom enerzijds en Tele2, Telfort, T-Mobile en Vodafone anderzijds betrekking hebben op tarieven die op grond van overeenkomsten inzake interconnectie in rekening worden gebracht, diende OPTA ingevolge artikel 6.3, tweede lid, Tw (oud) allereerst te beoordelen of de bij KPN Telecom in rekening gebrachte MTA-tarieven in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud). Uitsluitend indien zulks het geval is, mag OPTA tarieven vaststellen die zullen gelden in plaats van de tarieven die in overeenstemming met de reeds gesloten overeenkomsten bij KPN Telecom in rekening zijn gebracht.*[22]
>
> *Het College stelt vast dat het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud) geen voorschriften bevat inzake de MTA-tarieven die Tele2, Telfort, T-Mobile en Vodafone jegens KPN Telecom dienen te hanteren.*
> *Het College volgt KPN Telecom niet in het in haar verzoeken om geschilbeslechting ingenomen standpunt dat in de interconnectieverplichting van artikel 6.1, eerste lid, Tw (oud) ligt besloten dat MTA-tarieven redelijk dienen te zijn. Partijen zijn vrij om de tarieven overeen te komen die tussen hen zullen gelden. In artikel 6.1, eerste lid, Tw (oud) is niets bepaald over interconnectietarieven. Zo uit de parlementaire geschiedenis van de Tw (oud) al eenduidig zou blijken dat de wetgever van opvatting is dat aanbieders verplicht zijn redelijke tarieven voor interconnectie te hanteren, dan moet niettemin worden vastgesteld dat deze verplichting in de Tw (oud) zelf niet is opgenomen. Een verplichting inzake te hanteren tarieven vormt een ingrijpende beperking van de contractsvrijheid, waarvoor een duidelijke wettelijke grondslag aangewezen moet kunnen worden. Aangezien de bij KPN Telecom in rekening gebrachte MTA-tarieven niet in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw*

[22] CBb 27 september 2006, LJN AY8879, r.o. 5.11.3

> *(oud), had OPTA geen regels mogen stellen over deze tarieven en had zij de verzoeken van KPN Telecom moeten afwijzen."*[23] [onderlijning door het college]

69. Het college is van oordeel dat hoofdstuk 6 van de Tw, het reguleringskader waaraan KPN en Tele2 zijn onderworpen, geen expliciete verplichting kent inzake het hanteren van een (redelijk) FTA-tarief. Uit bovenstaande jurisprudentie blijkt de het CBb de algemene interoperabiliteitsverplichting onvoldoende grondslag acht om ingrijpen in de partijautonomie te rechtvaardigen. Nu er dus een wettelijke grondslag ontbreekt waaraan de tarieven dienen te worden getoetst kan het college niet anders dan tot het oordeel komen dat de tarieven niet in strijd zijn met de wet.

70. Hoewel het college de tarieven die KPN in rekening brengt voor gespreksafgifte op 084/087-nummers te hoog acht, omdat deze ver boven kostengeoriënteerde tarieven liggen, en in de ogen van het college niet valt in te zien waarom de pa-dienst voor rekening van de beller dient te komen, kan het college dat niet ten grondslag leggen aan de beslechting van het geschil, nu de afspraken tussen partijen eenmaal als zodanig zijn gemaakt. Het college dient op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw, in geval van een bestaande overeenkomst, niet te oordelen of tarieven redelijk zijn, maar of deze in strijd met artikel 6.3 (oud), van de Tw, jo. artikel 2 (oud), van het BI, dan wel artikel 6.5 (nieuw), van de Tw, jo. artikel 2 (nieuw), van het BI zijn. Het CBb overweegt hier over het volgende:

> *Het door artikel 6.3, tweede lid, Tw (oud) voorgeschreven toetsingskader brengt tot uitdrukking dat de wetgever de contractsvrijheid van marktpartijen vooropstelt, ook als het overeenkomsten over gereguleerde diensten betreft. OPTA kan door marktpartijen gemaakte afspraken niet licht terzijde schuiven als een van hen deze niet langer wil nakomen. <u>In het bijzonder staat ingevolge artikel 6.3, tweede lid, Tw (oud) niet ter beoordeling van OPTA of door marktpartijen gemaakte afspraken al dan niet redelijk zijn, maar alleen of deze afspraken in strijd zijn met het bepaalde bij of krachtens de Tw (oud).</u> Alleen als dit laatste het geval is, komt het stellen van regels die in de plaats treden van de door marktpartijen gemaakte afspraken in beeld."*[24] [onderlijning door het college]

71. Ten overvloede overweegt het college dat hij mogelijk anders had overwogen in geval er specifieke tariefverplichtingen hadden gegolden op basis van een marktanalysebesluit. In dat geval zijn er mogelijk voldoende gronden om in dat geval strijd met een verplichting bij of krachtens de wet, zoals bedoeld in artikel 12.2, tweede lid, van de Tw, aanwezig te achten.

72. Gelet op bovenstaande overwegingen wijst het college de aanvraag af.

---

[23] CBb 27 september 2006, LJN AY8879, r.o. 5.11.4

[24] CBb 15 maart 2007, LJN BA0744.

Besluit
Openbaar

7 Conclusies

73. Het college is van oordeel dat er sprake is van een bestaande overeenkomst tussen KPN en Tele2.

74. Het college is van oordeel dat de bevoegdheid om het onderhavige geschil te beslechten, moet worden gebaseerd op 12.2, tweede lid, van de Tw.

75. Het college is van oordeel dat de overeenkomst tussen KPN en Tele2 niet in strijd is met het bij of krachtens de Tw bepaalde.

8 Dictum

76. Het college wijst de verzoeken van Tele2, zoals geformuleerd in zijn verzoekschrift d.d. 3 januari 2012 af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
(plv) Afdelingshoofd Markten

(w.g.)

mr. K.J. Graver

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.
Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021,2500 EA 's-Gravenhage.
Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.
Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.