CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
Y. BOT
van 16 april 2015 [1]

Zaak C-85/14

KPN BV
tegen
Autoriteit Consument en Markt (ACM)

[**verzoek van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland) om een prejudiciële beslissing**]

„Prejudiciële verwijzing — Elektronischecommunicatienetwerken en -diensten — Richtlijn 2002/22/EG — Artikel 28 — Belangen en rechten van eindgebruikers — Toegang tot niet-geografische nummers en diensten met gebruikmaking van deze nummers — Nationale regeling die aanbieders van transitdiensten voor telefoongesprekken verplicht voor oproepen naar niet-geografische nummers tarieven te hanteren die niet hoger zijn dan voor oproepen naar geografische nummers — Grensoverschrijdende toegang — Toetsing van de evenredigheid van de noodzakelijke maatregel door de nationale rechter — Begrip ‚bevoegde nationale instanties'"

1. Op het gebied van de elektronische communicatie impliceert een interne Europese markt met name dat in beginsel alle natuurlijke personen toegang kunnen hebben tot alle geografische en niet-geografische nummers in de Europese Unie en tot diensten die via niet-geografische nummers worden aangeboden.

2. Binnen het nieuwe regelgevingskader voor elektronischecommunicatiediensten (hierna: „NRK") [2] ziet artikel 28 van de universeledienstrichtlijn erop, die toegang tot nummers en diensten te waarborgen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Het NRK bestaat uit richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 37; hierna: „kaderrichtlijn"), en vier begeleidende bijzondere richtlijnen, namelijk richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn) (PB L 108, blz. 7), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140 (hierna: „toegangsrichtlijn"), richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn) (PB L 108, blz. 21), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140 (hierna: „machtigingsrichtlijn"), richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn) (PB L 108, blz. 51), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 11; hierna: „universeledienstrichtlijn") en richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PB L 201, blz. 37), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136 (hierna: „richtlijn 2002/58").

3. Dat artikel 28, dat is opgenomen in hoofdstuk IV van de universeledienstrichtlijn [3], bepaalt in lid 1 namelijk dat de lidstaten ervoor zorgen dat de bevoegde nationale instanties alle nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat eindgebruikers [4] toegang hebben tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de Unie en tot alle in de Unie toegekende nummers.

4. Volgens artikel 2, onder d) en f), van de universeledienstrichtlijn is een niet-geografisch nummer, in tegenstelling tot een geografisch nummer [5], een nummer van een nationaal telefoonnummerplan waarvan de cijferstructuur geen geografische betekenis heeft die wordt gebruikt voor het routeren van gesprekken naar de fysieke locatie van het netwerkaansluitpunt. Het betreft hier onder meer nummers voor mobiel bellen, kosteloze nummers en betaalnummers.

5. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing wordt het Hof voor het eerst in de gelegenheid gesteld de werkingssfeer en de strekking van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn nader af te bakenen.

6. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen KPN BV (hierna: „KPN”), de exploitant die van oudsher telecommunicatiediensten aanbiedt in Nederland, en de Autoriteit Consument en Markt (hierna: „ACM”) in haar hoedanigheid van nationale regelgevende instantie (hierna: „NRI”) vanwege schending door KPN van de nationale regeling waarbij artikel 28 van de universeledienstrichtlijn is omgezet.

7. Het Koninkrijk der Nederlanden heeft dat artikel 28 in het nationale recht omgezet bij artikel 6.5 van de Telecommunicatiewet, dat voorziet in de mogelijkheid nadere regels te stellen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur [6] ter waarborging van de verplichting toegang te bieden tot geografische en niet-geografische nummers alsook tot diensten met gebruikmaking van deze nummers.

8. De Nederlandse regering heeft van deze mogelijkheid gebruikgemaakt en artikel 5 van het Besluit houdende regels met betrekking tot interoperabiliteit van openbare elektronische communicatiediensten, toegang tot de Europese telefoonnummeringsruimte en landsgrensoverschrijdende toegang tot niet-geografische nummers – Besluit Interoperabiliteit (hierna: „nationale tariefmaatregel”) vastgesteld. Deze maatregel ziet er, in de versie van 1 juli 2013, op de toegang tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers te waarborgen door aanbieders van openbare elektronischecommunicatienetwerken of -diensten te verbieden voor oproepen naar niet-geografische nummers hogere tarieven te rekenen dan voor oproepen naar geografische nummers.

9. Uit het dossier blijkt dat de nationale tariefmaatregel van toepassing is op alle aanbieders die betrokken zijn bij de oproep naar een niet-geografisch nummer, waaronder begrepen aanbieders van transitdiensten voor oproepen [7], zoals KPN in Nederland.

3 — De universeledienstrichtlijn is opgebouwd uit drie sterk uiteenlopende pijlers, namelijk een hoofdstuk II over de organisatie van de universele dienst, een hoofdstuk III over de verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan exploitanten met een aanzienlijke marktmacht op eindgebruikersmarkten, en een hoofdstuk IV over de versterkte bescherming van eindgebruikers door de regeling van hun belangen en rechten.

4 — Volgens artikel 2, onder h), van de kaderrichtlijn is een „‚gebruiker’: een natuurlijke of rechtspersoon die gebruikmaakt van of verzoekt om een openbare elektronischecommunicatiedienst”. De „eindgebruiker” is in artikel 2, onder n), van deze richtlijn omschreven als „een gebruiker die geen openbaar communicatienetwerk of openbare elektronischecommunicatiediensten aanbiedt”.

5 — Volgens artikel 2, onder d), van de universeledienstrichtlijn is een „‚geografisch nummer’: een nummer van een nationaal telefoonnummerplan waarvan een deel van de cijferstructuur een geografische betekenis heeft die wordt gebruikt voor het routeren van gesprekken naar de fysieke locatie van het netwerkaansluitpunt”.

6 — Uit de schriftelijke opmerkingen van KPN komt naar voren dat een algemene maatregel van bestuur een besluit is van de regering waarbij een algemeen verbindende maatregel wordt vastgesteld die niet door het parlement behoeft te worden goedgekeurd. In beginsel moet een algemene maatregel van bestuur berusten op een bevoegdheid die is toegedeeld op een bepaald gebied. Dat is het geval voor de algemene maatregel van bestuur in het hoofdgeding.

7 — Transitdiensten voor oproepen bestaan erin dat een exploitant via zijn netwerk een oproep vervoert die niet in dat netwerk origineert of termineert.

10. Staat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn een dergelijke maatregel jegens aanbieders van transitdiensten toe? Dit is in wezen de kernvraag waarop het Hof in de onderhavige zaak is verzocht te antwoorden.

11. Volgens KPN en de Europese Commissie moet deze vraag ontkennend worden beantwoord om, zakelijk weergegeven, de volgende drie redenen. Ten eerste regelt artikel 28 van de universeledienstrichtlijn niet de verhoudingen tussen de aanbieders (groothandelsmarkt). Het is enkel van toepassing op de verhoudingen tussen aanbieders en particulieren (eindgebruikersmarkt). Ten tweede staat het NRK de vaststelling van de nationale tariefmaatregel enkel toe na een marktanalyse door de NRI, jegens een exploitant met een aanzienlijke marktmacht op de betrokken markt, en niet, zoals in casu, jegens een groep aanbieders. Ten derde is enkel een NRI, en niet de Nederlandse regering, de bevoegde nationale instantie om een dergelijke maatregel op te leggen.

12. In de onderhavige conclusie zal ik uiteenzetten waarom ik van oordeel ben dat het antwoord op deze vraag daarentegen bevestigend moet luiden. Volgens mij moet artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aldus worden uitgelegd dat het er zich niet tegen verzet dat een andere instantie dan een NRI een tariefmaatregel als die in het hoofdgeding afkondigt, zonder dat in een marktanalyse naar voren is gekomen dat een exploitant over een aanmerkelijke marktmacht beschikt, mits deze maatregel nodig is om de rechten te waarborgen die eindgebruikers aan artikel 28 ontlenen, hetgeen aan de nationale rechter staat om na te gaan.

I – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Unieregeling*

1. Toegangsrichtlijn

13. Artikel 8 van de toegangsrichtlijn bepaalt:

„1. De lidstaten zien erop toe dat de [NRI's] de nodige bevoegdheden krijgen om de in de artikelen 9 tot en met 13 bis van deze richtlijn vermelde verplichtingen op te leggen.

2. Wanneer een overeenkomstig artikel 16 van [de kaderrichtlijn] verrichte marktanalyse uitwijst dat een exploitant een aanmerkelijke macht op een specifieke markt bezit, leggen de [NRI's] hem, waar passend, de in de artikelen 9, 10, 11, 12 en 13 van deze richtlijn genoemde verplichtingen op.

3. Onverminderd

— artikel 5, lid 1, en artikel 6;

— de artikelen 12 en 13 van [de kaderrichtlijn], voorwaarde 7 in sectie B van de bijlage bij [de machtigingsrichtlijn] toegepast krachtens artikel 6, lid 1, van die richtlijn, en artikelen 27, 28 en 30 van [de universeledienstrichtlijn], en de relevante bepalingen van richtlijn [2002/58], die verplichtingen opleggen aan die ondernemingen die niet zijn aangemerkt als ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht, of

— de noodzaak aan internationale verbintenissen te voldoen,

leggen de [NRI's] de in de artikelen 9 tot en met 13 vermelde verplichtingen niet op aan exploitanten die niet overeenkomstig lid 2 zijn aangewezen.

[...]"

14. Artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn luidt als volgt:

„Een [NRI] kan overeenkomstig artikel 8 verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes, wanneer 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, ten nadele van de eindgebruikers. [...]"

2. Universeledienstrichtlijn

15. Artikel 17, lid 1, van de universeledienstrichtlijn luidt als volgt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de [NRI's] passende voorgeschreven verplichtingen opleggen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op een specifieke eindgebruikersmarkt overeenkomstig artikel 14 van [de kaderrichtlijn] indien:

a) na een marktanalyse overeenkomstig artikel 16 van [de kaderrichtlijn] een [NRI] vaststelt dat er op een gegeven eindgebruikersmarkt, aangewezen overeenkomstig artikel 15 van [de kaderrichtlijn], geen sprake is van daadwerkelijke mededinging, en

b) de [NRI] vaststelt dat de verplichtingen die worden opgelegd door de artikelen 9 tot en met 13 van [de toegangsrichtlijn] niet leiden tot verwezenlijking van de doelstellingen zoals bepaald bij artikel 8 van [de kaderrichtlijn]."

16. Artikel 28, lid 1, onder a), van de universeledienstrichtlijn luidt als volgt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat, voor zover technisch en economisch gezien haalbaar en tenzij een opgeroepen abonnee om commerciële redenen heeft besloten de toegang van oproepende gebruikers die zich in specifieke geografische gebieden bevinden, te beperken, de bevoegde nationale instanties alle nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de eindgebruikers:

a) toegang hebben tot en gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de Gemeenschap [...]".

B – *Nederlands recht*

17. Zoals ik al zei, is artikel 28 van de universeledienstrichtlijn omgezet in Nederlands recht bij artikel 6.5 van de Telecommunicatiewet. Dat artikel bepaalt:

„1. 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 [de Internationale Unie voor Telecommunicatie] 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.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels 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.

3. De regels, bedoeld in het tweede lid, kunnen voor bij die regels te bepalen categorieën van aanbieders, als bedoeld in het eerste lid, verschillen. Bij die regels kunnen taken worden opgedragen en bevoegdheden worden verleend aan de [ACM].”

18. Er is gebruikgemaakt van de mogelijkheid nadere regels vast te stellen bij de nationale tariefmaatregel die, met ingang van 1 juli 2013, bepaalt:

„1. Een aanbieder van openbare telefoondiensten of een daarbij betrokken aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, waarborgt dat eindgebruikers gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de Europese Unie.

2. De verplichting, bedoeld in het eerste lid, houdt in ieder geval in dat de in het eerste lid bedoelde aanbieders van openbare telefoondiensten en van openbare elektronische communicatienetwerken voor oproepen naar een nummer uit de reeks 0800, 084, 085, 087, 088, 0900, 0906, 0909, 116, 14 of 18 tarieven of andere vergoedingen hanteren die vergelijkbaar zijn met de tarieven of andere vergoedingen die deze aanbieders hanteren voor oproepen naar geografische nummers, en zij uitsluitend een afwijkend tarief of afwijkende vergoeding hanteren indien dit noodzakelijk is om de extra kosten te dekken die gemoeid zijn met de oproepen naar deze niet-geografische nummers. [...]

[...]”

II – **Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen**

19. Blijkens de verwijzingsbeslissing levert KPN transitdiensten voor oproepen naar niet-geografische nummers in Nederland.

20. De ACM heeft geconstateerd dat KPN de nationale tariefmaatregel heeft overtreden door hogere tarieven in rekening te brengen voor transitdiensten naar niet-geografische nummers dan voor dezelfde diensten naar geografische nummers en dat dit verschil niet werd gerechtvaardigd door de extra kosten. Daarop heeft zij KPN bij besluit van 18 oktober 2013 gelast haar tarieven aan te passen onder dreiging met een dwangsom van 25 000 per dag met een maximum van 5 miljoen EUR.

21. KPN heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

22. Tijdens de beroepsprocedure heeft KPN onder meer aangevoerd dat de nationale tariefmaatregel niet in overeenstemming is met het NRK en inzonderheid met artikel 28 van de universeledienstrichtlijn.

23. In het bestek van de voor hem aanhangige zaak heeft de verwijzende rechter zich afgevraagd wat de werkingssfeer en de strekking van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn is. Omdat het twijfelde over de uitlegging daarvan, heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Staat artikel 28 Universeledienstrichtlijn toe dat tariefregulering wordt opgelegd, zonder dat uit een marktanalyse is gebleken dat een partij ten aanzien van de gereguleerde dienst over aanmerkelijke marktmacht beschikt, terwijl de grensoverschrijdende aankiesbaarheid van niet-geografische telefoonnummers technisch zonder meer mogelijk is en de enige belemmering van de toegang van deze nummers eruit bestaat dat tarieven worden gehanteerd waardoor een oproep naar een niet-geografisch nummer duurder is dan een oproep naar een geografisch nummer?

2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord rijzen bij het College de volgende twee vragen:

a) Geldt de bevoegdheid tot tariefregulering ook wanneer de invloed van hogere tarieven op het belvolume naar niet-geografische nummers slechts beperkt is?

b) In hoeverre heeft de nationale rechter nog ruimte om te beoordelen of een volgens artikel 28 Universeledienstrichtlijn nodige tariefmaatregel niet onredelijk bezwarend is voor de transitaanbieder, gegeven de daarmee te dienen doelen?

3) Laat artikel 28, eerste lid, Universeledienstrichtlijn de mogelijkheid open dat de in die bepaling genoemde maatregelen worden uitgevaardigd door een andere instantie dan de [NRI] die de in artikel 13, eerste lid, Toegangsrichtlijn genoemde bevoegdheid uitoefent en aan laatstgenoemde instantie alleen de bevoegdheid tot handhaving toekomt?”

III – **Analyse**

A – *Eerste vraag*

24. Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 28 van de universeledienstrichtlijn een rechtsgrondslag is voor een tariefverplichting zoals in het hoofdgeding is vastgesteld, zonder dat uit een analyse van de betrokken markt is gebleken dat een exploitant over aanmerkelijke marktmacht op die markt beschikt en de mogelijke belemmering van de toegang tot niet-geografische nummers en de diensten met gebruikmaking van deze nummers niet technisch van aard is, maar voortvloeit uit tariefdifferentiatie. [8]

25. De verwijzende rechter vraagt zich ook af of artikel 28 van de universeledienstrichtlijn uitsluitend ziet op grensoverschrijdende toegang en technische belemmeringen.

26. Ik zal eerst ingaan op de redenen waarom ik denk dat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn toestaat dat een tariefverplichting zoals in het hoofdgeding wordt vastgesteld en vervolgens aantonen dat artikel 28 niet louter ziet op grensoverschrijdende toegang en zowel op technische als niet-technische belemmeringen van toepassing is.

8 — Uit de verwijzingsbeslissing komt naar voren dat deze belemmering erin bestaat dat hogere tarieven worden gehanteerd voor transitdiensten naar niet-geografische nummers dan voor transitdiensten naar geografische nummers.

1. Mogelijkheid om een tariefverplichting vast te stellen krachtens artikel 28 van de universeledienstrichtlijn

27. In haar schriftelijke opmerkingen stelt KPN dat het NRK de vaststelling van een tariefmaatregel enkel toestaat na een marktanalyse door de NRI waaruit blijkt dat een exploitant beschikt over een aanzienlijke marktmacht op de markt die in het hoofdgeding aan de orde is.

28. De Commissie stelt van haar kant in haar schriftelijke opmerkingen dat het NRK doelbewust en nadrukkelijk onderscheid maakt tussen de regeling van de relevante aspecten op retail-niveau en op wholesale-niveau. De eerste is opgenomen in de universeledienstrichtlijn, de tweede in de toegangsrichtlijn. Volgens de Commissie kan artikel 28 van de universeledienstrichtlijn dus niet dienen als rechtsgrondslag voor een tariefmaatregel jegens wholesale-aanbieders van transitdiensten van oproepen.

29. Ik kan mij niet vinden in dit betoog – het behelst volgens mij een onjuiste lezing van het NRK.

30. Volgens vaste rechtspraak moet bij de uitlegging van een bepaling van Unierecht niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt. [9]

31. In het kader van het hoofdgeding impliceert een dergelijk onderzoek dat rekening wordt gehouden met de algemene opzet en de doelstelling van niet alleen de universeledienstrichtlijn, maar ook van de andere richtlijnen waaruit het NRK is samengesteld, met name de toegangsrichtlijn.

32. Ik merk allereerst op dat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn geen enkele precieze aanwijzing bevat over de werkingssfeer ervan.

33. Krachtens dat artikel 28 zorgen de lidstaten ervoor dat de bevoegde nationale instanties „alle nodige maatregelen” nemen om ervoor te zorgen dat de eindgebruikers met name toegang hebben tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de EU.

34. Met bewoordingen van een dergelijke ruime strekking, te weten „alle nodige maatregelen”, sluit artikel 28 een tariefverplichting als aan de orde in het hoofdgeding volgens mij niet a priori uit, voor zover daarbij de toegang van eindgebruikers tot niet-geografische nummers en tot de diensten met gebruikmaking van deze nummers wordt gewaarborgd.

35. Een dergelijke oplossing wordt bevestigd door een onderzoek van de toegangsrichtlijn, meer bepaald van artikel 8 daarvan, over de oplegging, wijziging of opheffing van verplichtingen.

36. Uit de bewoordingen van artikel 8, leden 2 en 3, van de toegangsrichtlijn blijkt dat een tariefverplichting als aan de orde in het hoofdgeding in beginsel niet kan worden vastgesteld jegens exploitanten die niet zijn aangemerkt als exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht [10], behalve in bepaalde gevallen die daarin limitatief zijn opgesomd, waaronder artikel 28 van de universeledienstrichtlijn.

37. Ik zal deze twee leden achtereenvolgens onderzoeken en aldus aantonen dat een tariefverplichting als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, binnen de werkingssfeer van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn kan vallen.

9 — Zie arresten Sturgeon e.a. (C-402/07 en C-432/07, EU:C:2009:716, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

10 — Artikel 14, lid 2, eerste alinea, van de kaderrichtlijn bepaalt: „Een onderneming wordt geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben, wanneer zij, alleen of samen met andere, een aan machtspositie gelijkwaardige positie, dit wil zeggen een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.”

38. Overeenkomstig artikel 8, lid 2, van de toegangsrichtlijn mogen de in artikel 13 van deze richtlijn [11] genoemde tariefverplichtingen enkel door de NRI's worden vastgesteld als daadwerkelijke mededinging ontbreekt, dat wil zeggen op markten waarin een of meerdere exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht actief zijn. [12] Dergelijke verplichtingen zijn bedoeld om te voorkomen dat de exploitant met aanmerkelijke marktmacht prijzen kan handhaven op een buitensporig hoog peil of de marges kan uithollen ten nadele van eindgebruikers [13], zodat daadwerkelijke mededinging op deze markt kan worden hersteld.

39. Uit het dossier blijkt dat de ACM in casu had geoordeeld dat de markt voor transitdiensten voor oproepen die in het hoofdgeding aan de orde is, daadwerkelijk concurrerend was en dat geen enkele exploitant op die markt beschikte over een aanmerkelijke marktmacht. [14] Overigens is die conclusie ook bevestigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven. [15]

40. Bovendien maakt de markt voor transitdiensten voor oproepen in het vaste openbare telefoonnetwerk sinds 2007 geen deel meer uit van de markten die de Commissie in de bijlage bij haar aanbeveling betreffende de relevante markten [16] noemt en waarvan de kenmerken een regelgevingsverplichting ex ante jegens exploitanten die zijn aangemerkt als exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht zouden kunnen rechtvaardigen.

41. Bij gebreke van een relevante markt die door de Commissie in deze aanbeveling is genoemd en van een exploitant met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor transitdiensten voor oproepen die in het hoofdgeding aan de orde is, was de ACM in casu niet bevoegd om een tariefverplichting als in het hoofdgeding op te leggen op de grondslag van artikel 13 van de toegangsrichtlijn. [17]

42. Volgens mij dringt dezelfde conclusie zich op omtrent artikel 17 van de universeledienstrichtlijn, met het opschrift „Voorgeschreven controles betreffende diensten aan eindgebruikers". [18]

43. Inderdaad blijkt uit artikel 17 van de universeledienstrichtlijn, op de voet van het bepaalde in het bestek van artikel 13 van de toegangsrichtlijn, dat tariefverplichtingen [19] enkel kunnen worden opgelegd indien op de eindgebruikersmarkt in kwestie geen sprake is van daadwerkelijke mededinging.

11 — Ingevolge artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn kan een NRI „verplichtingen inzake het terugverdienen van kosten en prijscontrole opleggen, inclusief verplichtingen inzake kostenoriëntering van prijzen en kostentoerekeningssystemen, voor het verlenen van specifieke interconnectie- en/of toegangtypes".

12 — Zie overweging 27 van de kaderrichtlijn.

13 — Zie artikel 13 van de toegangsrichtlijn.

14 — Zie ook de opmerkingen die de Commissie op 30 oktober 2008 heeft gericht tot de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) overeenkomstig artikel 7, lid 3, van de kaderrichtlijn naar aanleiding van haar ontwerpbesluit over de markt voor transitdiensten in het vaste openbare telefoonnetwerk van Nederland (zaak NL/2008/0800). Deze opmerkingen kunnen worden geraadpleegd op het internetadres https://circabc.europa.eu/sd/a/df6e1540-38c6-4595-a101-265a5cc500a7/NL-2008-0800%20Acte_en%20CORR.pdf.

15 — Zie arrest van 1 februari 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BV2285).

16 — Aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig richtlijn 2002/21 aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen (PB L 344, blz. 65).

17 — Punt 17 van de richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (PB 2002, C 165, blz. 6; hierna: „richtsnoeren van de Commissie") luidt: „[...] wettelijke verplichtingen mogen enkel worden opgelegd op die markten voor elektronische communicatie waarvan de kenmerken zodanig kunnen zijn dat sectorspecifieke regulering gerechtvaardigd is en waarvoor de NRI heeft geconstateerd dat een of meer exploitanten over aanmerkelijke marktmacht beschikken" (zie ook artikel 15, lid 1, eerste alinea, van de kaderrichtlijn).

18 — Ik wijs erop dat dat artikel 17 betrekking heeft op diensten aan eindgebruikers, terwijl de transitdiensten voor oproepen naar niet-geografische nummers die in het hoofdgeding aan de orde zijn, worden verricht op de groothandelsmarkt, zodat artikel 17 in casu niet van toepassing is.

19 — Artikel 17, lid 2, van de universeledienstrichtlijn luidt: „De [...] verplichtingen kunnen inhouden dat de aangewezen ondernemingen geen buitensporige prijzen mogen vragen [en] de toegang tot de markt niet mogen belemmeren." Bovendien bepaalt lid 2: „De [NRI's] kunnen dergelijke ondernemingen passende prijsplafonds opleggen, verplichtingen om individuele tarieven te controleren of verplichtingen om de tarieven af te stemmen op de kosten of prijzen op vergelijkbare markten, teneinde de belangen van de eindgebruiker te beschermen en tegelijkertijd daadwerkelijke mededinging te stimuleren."

44. Volgens KPN kon de ACM onder dergelijke omstandigheden geen tariefverplichting als aan de orde in het hoofdgeding opleggen aan de aanbieders die actief zijn op de markt voor transitdiensten voor oproepen.

45. Die conclusie – die voorbijgaat aan artikel 8, lid 3, van de toegangsrichtlijn – onderschrijf ik niet.

46. Dit lid bepaalt dat de NRI's, „onverminderd" de artikelen 27, 28 en 30 van de universeledienstrichtlijn, „die verplichtingen opleggen aan die ondernemingen die niet zijn aangemerkt als ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht", de in de artikelen 9 tot en met 13 van de toegangsrichtlijn vermelde verplichtingen niet opleggen aan exploitanten die niet overeenkomstig artikel 8, lid 2, van deze richtlijn zijn aangewezen.

47. Volgens mij moet artikel 8, lid 3, van de toegangsrichtlijn aldus worden uitgelegd dat de NRI's geen tariefmaatregelen die vergelijkbaar zijn met de in artikel 13 van de toegangsrichtlijn bedoelde maatregelen opleggen aan exploitanten zonder een aanmerkelijke marktmacht op de gegeven markt, behalve in het kader van bepaalde bepalingen, met name artikel 28 van de universeledienstrichtlijn. Met andere woorden, artikel 28 van de universeledienstrichtlijn staat toe dat tariefverplichtingen worden opgelegd die vergelijkbaar zijn met de in artikel 13 van de toegangsrichtlijn bedoelde verplichtingen, jegens exploitanten zonder aanmerkelijke marktmacht.

48. Mijn analyse wordt ondersteund door de richtsnoeren van de Commissie. Punt 111 daarvan luidt namelijk: „Volgens het [NRK] dienen deze verplichtingen [van de artikelen 9 tot en met 13 van de toegangsrichtlijn en artikel 17 van de universeledienstrichtlijn] alleen te worden opgelegd aan ondernemingen die zijn aangewezen als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op een relevante markt, *behalve in bepaalde gedefinieerde gevallen, die in hoofdstuk 4.3 worden genoemd*." [20]

49. Dit hoofdstuk 4.3 van de richtsnoeren van de Commissie verwijst naar de in artikel 8, lid 3, van de toegangsrichtlijn genoemde gevallen. Onder deze gevallen is ook artikel 28 van de universeledienstrichtlijn, zoals ik al heb vermeld.

50. Uit het voorgaande volgt dat de tariefverplichting die in het hoofdgeding aan de orde is, een „maatregel" kan zijn die overeenkomstig artikel 28 van de universeledienstrichtlijn kan worden vastgesteld jegens een groep exploitanten zonder aanmerkelijke marktmacht op de betrokken markt.

51. Een dergelijke conclusie weerspiegelt volgens mij de wens van de Uniewetgever om de rechten en belangen van eindgebruikers in ieder geval te waarborgen, met inbegrip van de gevallen waarin de rechten die gebruikers aan een geïntegreerde en concurrerende markt voor elektronische communicatie ontlenen, ondanks daadwerkelijke mededinging op de gegeven markt, niet kunnen worden gewaarborgd. [21]

52. Artikel 28 van de universeledienstrichtlijn, dat is opgenomen in hoofdstuk IV („Belangen en rechten van eindgebruikers") strekt er kennelijk toe de rechten en belangen te beschermen die eindgebruikers ontlenen aan een geïntegreerde en concurrerende markt voor elektronische communicatie. Dat artikel 28 vormt volgens mij dan ook een toereikende rechtsgrondslag voor een tariefverplichting zoals aan de orde in het hoofdgeding.

20 — Cursivering van mij.

21 — Zie blz. 86 van het werkdocument van de diensten van de Commissie, beschikbaar in het Engels [SEC(2007) 1472], inleiding van hoofdstuk IV („Connecting with citizens").

53. Daarnaast moet het gaan om een maatregel die „nodig” is om de rechten te waarborgen die eindgebruikers ontlenen aan dat artikel 28, namelijk toegang tot niet-geografische nummers en tot de diensten die via deze nummers worden aangeboden. Volgens mij vloeit uit het „nodig” zijn van de nationale maatregel ook voort dat geen enkele andere, voor de betrokken exploitanten minder belastende, maatregel deze rechten zou kunnen waarborgen.

54. In dat verband volgt uit de schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering dat de nationale tariefmaatregel bedoeld was om een einde te maken aan een aantal handelspraktijken die indruisten tegen het doel van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn. [22] Als gevolg van deze praktijken waren de eindgebruikerstarieven hoog en niet transparant en was een aantal niet-geografische nummers voor grote groepen eindgebruikers niet meer aankiesbaar. De facto werd de toegang tot niet-geografische nummers beperkt en werd de toegang tot bepaalde diensten derhalve belemmerd.

55. Evenzo is de ACM tot de slotsom gekomen dat de facturering van hoge tarieven een belemmering vormde voor de toegang tot nummers en diensten die door artikel 28 van de universeledienstrichtlijn wordt gegarandeerd.

56. KPN erkent op haar beurt dat tarieven zo hoog kunnen worden vastgesteld dat zij de toegang tot niet-geografische nummers voor eindgebruikers de facto onmogelijk maken. Dit was in Nederland echter niet het geval volgens KPN.

57. Gelet op het voorgaande meen ik dat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn toestaat een tariefverplichting als aan de orde in het hoofdgeding vast te stellen, voor zover deze „nodig” is om de toegang tot niet-geografische nummers en tot de diensten met gebruikmaking van deze nummers te waarborgen. Dat is een beoordeling van een feitelijke kwestie, zodat het volgens mij aan de nationale rechter is dat onderzoek in concreto te verrichten.

58. Tot slot meen ik, anders dan de Commissie, dat het feit dat de nationale tariefmaatregel een verhouding op groothandelsniveau regelt, geen enkele invloed heeft op de mogelijkheid artikel 28 van de universeledienstrichtlijn toe te passen in het geval waarin deze verhouding de facto de door artikel 28 gewaarborgde toegang van eindgebruikers tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers kan belemmeren.

59. Uit dien hoofde blijkt uit de schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering en uit haar toelichting ter terechtzitting dat de hoge tarieven die door aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten onderling worden gehanteerd, uiteindelijk op de eindgebruiker worden afgewenteld.

60. Bij het bellen naar niet-geografische nummers is volgens deze regering namelijk sprake van een keten van aanbieders die met elkaar samenwerken om het gesprek te realiseren. Elke aanbieder in deze keten, met inbegrip van de aanbieder van transitdiensten voor oproepen, brengt zijn tarief voor de geleverde dienst in rekening aan een andere aanbieder. Deze hoge tarieven van een of meer aanbieders in de keten worden vervolgens op de eindgebruiker afgewenteld.

22 — Deze regering noemt als ongewenste handelspraktijken onder meer oproepen vanaf mobiele telefoons naar 0900-nummers waarvoor een standaardtoeslag van 25 à 35 eurocent per minuut op het verkeerstarief (transittarief) in rekening werd gebracht; mobieletelefonie-exploitanten die ook een tarief van 25 eurocent per minuut rekenden voor oproepen naar 0800-nummers, hoewel deze informatiediensten zelf gratis worden aangeboden, zodat een aantal aanbieders van diensten achter 0800-nummers ervoor zorgden dat deze nummers vanaf mobiele netwerken niet meer aankiesbaar waren; ook bij 14-nummers (diensten van maatschappelijk belang), 088-nummers (bedrijfsnummers) en 116-nummers (Europees geharmoniseerde diensten van maatschappelijk belang) werd het feit dat in de regel de eindgebruiker afwijkende verkeerstarieven voor deze niet-geografische nummers toeschrijft aan de partij achter het nummer, door aanbieders gebruikt om hoge toeslagen op de verkeerstarieven te rekenen.

61. Deze gegevens van de Nederlandse regering, waarop de Commissie ter terechtzitting ook heeft gesteund, tonen aan dat de praktijken van de aanbieders onderling op groothandelsniveau van invloed zijn op de eindgebruikers op kleinhandelsniveau. Volgens de Nederlandse regering zijn dit de praktijken die de toegang tot niet-geografische nummers en tot de diensten met gebruikmaking van deze nummers beperkten.

62. In het voetspoor van de Nederlandse regering denk ik dat dergelijke praktijken van de aanbieders van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten op groothandelsniveau de door artikel 28 van de universeledienstrichtlijn gewaarborgde toegang van eindgebruikers tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers kunnen belemmeren.

63. Gelet op het voorgaande meen ik dat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een tariefverplichting als die in het hoofdgeding wordt vastgesteld, zonder dat een marktanalyse heeft uitgewezen dat een exploitant over een aanmerkelijke marktmacht beschikt, mits deze tariefverplichting nodig is om de toegang van eindgebruikers tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers te waarborgen, hetgeen aan de nationale rechter staat om na te gaan.

2. Grensoverschrijdende toegang en aard van de belemmeringen

64. In het bestek van de eerste vraag wenst de verwijzende rechter tevens te vernemen of artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een tariefverplichting enkel kan worden vastgesteld in geval van een „technische belemmering” van „grensoverschrijdende toegang” tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers.

65. Met betrekking tot, ten eerste, de vraag van de grensoverschrijdende toegang, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de verwijzende rechter meent dat overweging 46 van richtlijn 2009/136 suggereert dat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn enkel erop gericht is om alle nodige maatregelen te nemen teneinde „grensoverschrijdend” telefoonverkeer tussen de lidstaten te waarborgen.

66. Volgens mij tonen de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aan dat het aldus moet worden uitgelegd dat het inmiddels in algemene zin ziet op de interne Europese markt voor elektronische communicatie en niet louter op grensoverschrijdende situaties.

67. Om te beginnen kwam de grensoverschrijdende dimensie van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn duidelijk naar voren uit de oorspronkelijke versie ervan.

68. Dat artikel 28 bepaalde namelijk: „De lidstaten zorgen ervoor dat eindgebruikers *uit andere lidstaten* voor zover technisch uitvoerbaar en economisch haalbaar, toegang tot niet-geografische nummers op hun grondgebied hebben.” [23]

69. Na de wijziging bij richtlijn 2009/136 bepaalt artikel 28, lid 1, van de universeledienstrichtlijn nu dat de lidstaten ervoor zorgen dat, voor zover technisch en economisch gezien haalbaar, de bevoegde nationale instanties alle nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat eindgebruikers toegang hebben tot en gebruik kunnen maken van diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers binnen de Unie.

70. De beperking tot eindgebruikers „uit andere lidstaten” komt dus niet meer voor in deze bepaling, die nu voorziet in toegang voor alle eindgebruikers tot nummers en diensten „binnen de [Unie]”.

23 — Cursivering van mij.

71. Voor zover eindgebruikers – en niet meer eindgebruikers uit andere lidstaten – toegang moeten hebben tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers in de Unie, moet die toegang volgens mij door de bevoegde nationale instanties worden gewaarborgd voor alle eindgebruikers, waar deze zich geografisch gezien ook bevinden. Derhalve moet de toegang ook worden gewaarborgd voor eindgebruikers in de lidstaat van de exploitant van het elektronischecommunicatienetwerk en/of de elektronischecommunicatiedienst.

72. Deze wijziging komt volgens mij voort uit de doelstelling om een interne Europese markt voor elektronische communicatie tot stand te brengen. Immers, volgens overweging 38 van de universeledienstrichtlijn is de „[t]oegang voor eindgebruikers tot alle nummervoorraden in de Gemeenschap [...] een essentiële voorwaarde voor een interne markt. Deze toegang dient gratis nummers, tariefnummers en andere niet-geografische nummers te omvatten."

73. Overigens zou het wel paradoxaal zijn als artikel 28 van de universeledienstrichtlijn eindgebruikers de toegang waarborgt tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers in andere lidstaten, maar niet tot niet-geografische nummers en aangeboden diensten in hun eigen lidstaat.

74. Ten tweede de kwestie van de aard van de belemmering. Uit de bewoordingen van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn volgt volgens mij geenszins dat enkel technische belemmeringen de vaststelling van noodzakelijke maatregelen door de bevoegde nationale instanties kunnen rechtvaardigen.

75. Volgens mij kan elke belemmering van de toegang tot niet-geografische nummers en diensten met gebruikmaking van die nummers die eindgebruikers belet te profiteren van de rechten die zij aan artikel 28 van de universeledienstrichtlijn ontlenen, de vaststelling van een noodzakelijke tariefverplichting rechtvaardigen, behalve in gevallen waarin de belemmering door objectieve redenen wordt gerechtvaardigd.

76. Overweging 46 van richtlijn 2009/136 ondersteunt mijn analyse.

77. Immers, volgens overweging 46 *„mag [er] geen beperking zijn* op de grensoverschrijdende toegang tot nummercapaciteit en de daarmee verband houdende diensten, *tenzij in objectief gerechtvaardigde gevallen*, bijvoorbeeld wanneer dit nodig is om fraude of misbruik te bestrijden, [...] wanneer het nummer uitsluitend als een nationaal nummer is gedefinieerd [...], of wanneer dit technisch of economisch gezien niet haalbaar is". [24]

78. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het technisch mogelijk was niet-geografische nummers te bellen en dat geen van de andere objectieve rechtvaardigingen is ingeroepen. Bij gebreke van een objectieve rechtvaardiging voor de tariefbelemmering moet deze dus overeenkomstig artikel 28 van de universeledienstrichtlijn als ongeoorloofd worden gezien.

79. Dientengevolge meen ik dat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een tariefverplichting als die in het hoofdgeding wordt vastgesteld, zonder dat een marktanalyse heeft uitgewezen dat een exploitant over een aanmerkelijke marktmacht op die markt beschikt en ingeval de belemmering van de toegang tot niet-geografische nummers van andere dan technische aard is, mits deze tariefverplichting nodig is om de toegang van eindgebruikers tot diensten met gebruikmaking van die nummers te waarborgen, hetgeen aan de nationale rechter ter beoordeling staat.

24 — Cursivering van mij.

B – *Tweede vraag: belemmeringen met een beperkte reikwijdte en toetsing van de evenredigheid van de nodige maatregelen door de nationale rechter*

80. De tweede vraag bestaat uit twee onderdelen.

81. Ten eerste wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de vaststelling van een tariefmaatregel zoals in het hoofdgeding aan de orde wanneer de invloed van hogere tarieven op het belvolume naar niet-geografische nummers slechts beperkt is.

82. Ten tweede vraagt de verwijzende rechter zich af in hoeverre de nationale rechter nog ruimte heeft om te beoordelen of een volgens artikel 28 van de universeledienstrichtlijn nodige tariefmaatregel onredelijk bezwarend is voor de aanbieder, gegeven de met die maatregel te dienen doelen.

83. Met betrekking tot het eerste onderdeel van de tweede vraag stel ik – met de Nederlandse regering – vast dat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn geen uitzondering bevat voor de minimis-belemmeringen.

84. Integendeel: zoals ik al heb vermeld, mag de toegang tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers uit hoofde van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn in beginsel niet worden belemmerd. [25]

85. Daarnaast is toegang voor eindgebruikers tot alle nummervoorraden in de Unie een essentiële voorwaarde voor een interne markt, en dient die toegang gratis nummers, tariefnummers en andere niet-geografische nummers te omvatten. [26]

86. Volgens mij volgt uit het voorgaande dat elke belemmering, daaronder begrepen een beperkte belemmering van de toegang tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers, indruist tegen de doelstellingen die door de Uniewetgever worden nagestreefd – namelijk de totstandbrenging van een interne Europese markt en dientengevolge het waarborgen van de rechten die eindgebruikers daaraan ontlenen – en dus als verboden moet worden beschouwd. Elke andere uitlegging zou afdoen aan het nuttig effect van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn.

87. Omtrent het tweede onderdeel van de tweede vraag meen ik – met KPN en de Nederlandse regering – dat de nationale rechter de bevoegdheid heeft om te beoordelen of de toepassing van een tariefverplichting in een concrete situatie onredelijk bezwarend is voor de betrokken exploitant. Volgens mij maakt dat onderzoek een integraal deel uit van de toetsing van de evenredigheid van een dergelijke verplichting die de nationale rechter verricht.

88. De nationale rechter zou dus moeten onderzoeken of de doelstellingen die door de tariefmaatregel van de bevoegde nationale instanties worden nagestreefd, in overeenstemming zijn met die in artikel 28 van de universeledienstrichtlijn, te weten toegang tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers en de mogelijkheid gebruik te maken van die diensten.

25 — Zie overweging 46 van richtlijn 2009/136.

26 — Zie overweging 38 van de universeledienstrichtlijn.

89. Als deze doelstellingen in overeenstemming zijn met die in de Unieregeling, is het vervolgens aan de nationale rechter om te toetsen of de maatregel geschikt, noodzakelijk en evenredig in enge zin is. Ten eerste zal de nationale rechter beoordelen of de maatregel objectief geschikt is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Ten tweede zal hij bepalen of er andere, voor de betrokken exploitant minder beperkende middelen zijn om die doelstellingen te bereiken. Ten derde brengt toetsing van de evenredigheid in enge zin met zich dat de in geding zijnde belangen tegen elkaar worden afgewogen. [27]

90. In het kader van die evenredigheidstoetsing moet de nationale rechter dus bepalen of de bevoegde nationale instanties het gewicht van de tariefmaatregel voor de betrokken exploitant naar behoren hebben afgewogen tegen de voordelen die eruit voortvloeien voor de eindgebruikers om te beoordelen of de maatregel moet worden beschouwd als onredelijk bezwarend voor de betrokken exploitant. [28]

91. Derhalve moet artikel 28 van de universeledienstrichtlijn volgens mij aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen de vaststelling van een tariefmaatregel zoals in het hoofdgeding aan de orde wanneer de invloed van hogere tarieven op het belvolume naar niet-geografische nummers slechts beperkt is. Het is aan de nationale rechter te beoordelen, in het kader van de toetsing van de evenredigheid van de maatregel die nodig is in de zin van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn of het opleggen van een tariefmaatregel als in het hoofdgeding aan de orde onredelijk bezwarend is voor de betrokken exploitant.

C – *Derde vraag: uitlegging van de uitdrukking „bevoegde nationale instanties" in artikel 28 van de universeledienstrichtlijn*

92. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de in dat artikel bedoelde nodige maatregelen kunnen worden uitgevaardigd door een andere instantie dan de NRI die de in artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn genoemde bevoegdheid uitoefent.

93. In haar schriftelijke opmerkingen stelt KPN dat op basis van het NRK, inzonderheid artikel 13 van de toegangsrichtlijn, enkel een NRI bevoegd is een tariefmaatregel als in het hoofdgeding aan de orde op te leggen. Volgens KPN kan de Nederlandse regering niet worden gezien als een NRI omdat deze functie haar nooit is toegekend en zij voorts niet voldoet aan de in overweging 11 van de kaderrichtlijn genoemde voorwaarden voor onafhankelijkheid. [29] Bovendien beschikt zij niet over de discretionaire bevoegdheid die een NRI onder artikel 13 van de toegangsrichtlijn heeft om op basis van een marktanalyse al of niet tot regulering over te gaan.

94. Anders dan KPN geven de Nederlandse en de Italiaanse regering en de Commissie in overweging te antwoorden dat artikel 28 van de universeledienstrichtlijn de vaststelling van de daarin bedoelde nodige maatregelen door een andere instantie dan de NRI toestaat.

95. Voordat ik begin met het onderzoek van de derde vraag, kunnen twee voorafgaande opmerkingen dienstig zijn.

96. Ten eerste komt uit de verwijzingsbeslissing naar voren dat de Nederlandse regering als wetgevend lichaam de nationale tariefmaatregel heeft vastgesteld en de ACM als NRI deze daarna heeft gehandhaafd door een last aan KPN op te leggen.

27 — Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak TDC (C-556/12, EU:C:2014:17, punten 41 en 42).

28 — Ibidem, punten 43 en 44.

29 — Die overweging 11 verklaart onder meer: „Overeenkomstig het beginsel van scheiding van regelgevende en operationele functies moeten de lidstaten de onafhankelijkheid van de [NRI of NRI's] waarborgen teneinde ervoor te zorgen dat hun besluiten onpartijdig zijn. Deze eis van onafhankelijkheid doet niet af aan de institutionele autonomie en de constitutionele verplichtingen van de lidstaten."

97. Ik begrijp hieruit dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een tariefmaatregel zoals aan de orde in het hoofdgeding wordt vastgesteld door de Nederlandse regering, als „andere" instantie dan de NRI.

98. Ten tweede meen ik – zoals ik heb uiteengezet tijdens het onderzoek van de eerste vraag – dat onder bepaalde voorwaarden een tariefverplichting die vergelijkbaar is met de verplichting die door een NRI op de grondslag van artikel 13 van de toegangsrichtlijn kan worden opgelegd, in het bestek van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn kan worden opgelegd.

99. In dat verband wil ik er nog eens op wijzen dat de regelgevingstaken van de NRI's op basis van artikel 13 van de toegangsrichtlijn gekoppeld zijn aan de voorwaarde dat een of meerdere exploitanten beschikken over een aanmerkelijke marktmacht op de betrokken markt. Het optreden van de NRI is daadwerkelijk noodzakelijk om ervoor te zorgen dat deze exploitant(en) hun marktmacht niet kan of kunnen gebruiken om de mededinging op de relevante markt te beperken of te verstoren of om marktmacht op naburige markten te verkrijgen. Het gaat dus om een ex ante-regeling vastgesteld door een NRI jegens een of meer exploitanten met marktmacht op de betrokken markt.

100. De tariefverplichting die door de bevoegde nationale instanties kunnen worden vastgesteld in het bestek van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn zijn niet afhankelijk gesteld van een marktanalyse waaruit naar voren komt dat een of meerdere exploitanten beschikken over een aanmerkelijke marktmacht op de betrokken markt. Zij moeten nodig zijn om de rechten te waarborgen die eindgebruikers ontlenen aan de interne Europese markt, met name het recht van toegang van eindgebruikers tot diensten met gebruikmaking van niet-geografische nummers. Het gaat om tariefverplichtingen vastgesteld door bevoegde nationale instanties jegens een groep exploitanten zonder marktmacht.

101. Hoewel zij dus kunnen worden opgelegd op de grondslag van artikel 13 van de toegangsrichtlijn en de artikelen 17 en 28 van de universeledienstrichtlijn, streven deze soortgelijke tariefverplichtingen verschillende doelstellingen na en zijn zij gericht tot verschillende categorieën exploitanten. [30]

102. In het licht van deze gegevens zal ik de derde vraag onderzoeken.

103. Om een zinvol antwoord te kunnen geven op deze derde vraag is uitlegging van de uitdrukking „bevoegde nationale instanties" in artikel 28 van de universeledienstrichtlijn nodig. Moet deze uitdrukking worden opgevat als een aanduiding van de NRI's met uitsluiting van elke andere nationale instantie?

104. Om te beginnen constateer ik dat deze uitdrukking in het NRK niet is omschreven, in tegenstelling tot een NRI, die in artikel 2, onder g), van de kaderrichtlijn is omschreven. Volgens deze bepaling is een NRI een of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in de kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd. Deze omschrijving geldt voor de toepassing van de bijzondere richtlijnen, met name de universeledienstrichtlijn. [31]

105. Uit deze omschrijving volgt dat een NRI een bevoegde nationale instantie is. Niettemin meen ik dat de in artikel 28 van de universeledienstrichtlijn genoemde bevoegde nationale instanties niet mogen worden beperkt tot enkel de NRI's, en wel om meerdere redenen.

30 — Overweging 5 van de universeledienstrichtlijn maakt melding van dit onderscheid tussen twee categorieën exploitanten. Zij luidt namelijk: „In een concurrerende markt moeten bepaalde verplichtingen gelden voor alle ondernemingen die openbare telefoondiensten op vaste locaties aanbieden, terwijl andere verplichtingen alleen moeten gelden voor ondernemingen die aanzienlijke macht op de markt hebben of die als exploitant van de universele dienst zijn aangewezen."

31 — Artikel 2, eerste alinea, van de universeledienstrichtlijn bepaalt: „Voor de toepassing van deze richtlijn zijn de in [de kaderrichtlijn] gegeven definities van toepassing."

106. Ten eerste lijkt het erop dat de Uniewetgever welbewust de uitdrukking „bevoegde nationale instanties" heeft gebruikt in plaats van „NRI". Deze uitdrukking is namelijk pas vastgesteld in de loop van de wetgevingsprocedure die heeft geleid tot de wijziging van het regelgevingskader in 2009.

107. Zowel het voorstel voor een richtlijn van de Commissie [32] als het standpunt in eerste lezing van het Europees Parlement [33] bevatten nog „NRI". Dat de definitieve tekst uitdrukkelijk bevoegdheid toewijst aan „bevoegde nationale instanties" getuigt er op het eerste gezicht van dat de Uniewetgever er bewust voor heeft gekozen zich niet enkel op de NRI's te richten, maar te opteren voor een ruimer begrip.

108. Ten tweede blijkt uit de bewoordingen van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn dat deze uitdrukking niet beperkt kan zijn tot enkel de NRI's. In feite kent artikel 28 geen enkele bijzondere bevoegdheid toe aan de NRI's en legt het geen enkele bijzondere verplichting aan hen op, anders dan andere bepalingen van die richtlijn. Die bepaling legt enkel verplichtingen op aan de lidstaten als zodanig en aan de „bevoegde nationale instanties".

109. Ten derde heeft het Hof al de gelegenheid gehad zich uit te spreken over de vraag of een andere nationale instantie dan een NRI kon optreden als NRI of naast een NRI om de taken uit te voeren die door het NRK uitdrukkelijk aan de NRI zijn toebedeeld.

110. Zo heeft het in het arrest Base e.a. [34] overwogen dat de universeledienstrichtlijn „er in beginsel op zich niet aan in de weg staat dat de nationale wetgever optreedt als [NRI] in de zin van de kaderrichtlijn, voor zover hij in het kader van de uitoefening van deze functie voldoet aan de in deze richtlijnen gestelde voorwaarden inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie en tegen de besluiten die hij in het kader van deze functie neemt een effectief beroep kan worden ingesteld bij een lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de betrokken partijen". [35]

111. Evenzo heeft het Hof geoordeeld dat de kaderrichtlijn zich er niet tegen verzet dat een lidstaat de functies die deze richtlijn aan de NRI's toevertrouwt, toebedeelt aan onderscheiden organen, in casu de NRI en de ministeriële autoriteiten, mits de lidstaat verzekert dat deze regelgevende instanties functioneel onafhankelijk zijn ten opzichte van de exploitanten van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten en op toegankelijke wijze de door die regelgevende instanties uit te voeren taken bekendmaken en de Commissie daarvan onverwijld in kennis stellen. [36]

112. Tot slot heeft het Hof in het arrest Commissie/Duitsland [37] verklaard dat taken die de richtlijnen uitdrukkelijk aan de NRI opdragen, niet mogen worden beperkt of tenietgedaan, wil de ingreep van het wetgevende lichaam in overeenstemming zijn met de richtlijnen. [38] De nationale wetgever kan de NRI's niet uitsluiten van de definitie en analyse van nieuwe markten, want zodoende zou hij hun bevoegdheden ontnemen die de richtlijnen uitdrukkelijk aan de NRI's hebben toegekend. [39] Ook uit recentere rechtspraak volgt dat een nationale regeling geen inbreuk mag maken op de bevoegdheden die de NRI's rechtstreeks aan de bepalingen van het NRK ontlenen. [40]

32 — Zie blz. 32 van het voorstel van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2002/22, richtlijn 2002/58 en verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming [COM(2007) 698 definitief].

33 — Zie blz. 46 van het standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing vastgesteld op 24 september 2008 met het oog op de aanneming van richtlijn 2008/.../EG van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2002/22, richtlijn 2002/58 en verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming [document P6_TC1-COD(2007) 248, PB 2010, C 8 E, blz. 360].

34 — C-389/08, EU:C:2010:584.

35 — Punt 30.

36 — Zie arrest Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, EU:C:2008:143, punten 24-26).

37 — C-424/07, EU:C:2009:749.

38 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Base e.a. (C-389/08, EU:C:2010:360, punt 46).

39 — Ibidem, punt 41. Zie tevens arrest Commissie/Duitsland (C-424/07, EU:C:2009:749, punten 74-78).

40 — Zie arrest Deutsche Telekom (C-543/09, EU:C:2011:279, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

113. Voor de zaak in het hoofdgeding kunnen uit deze oplossingen in de rechtspraak twee lessen worden getrokken.

114. Ten eerste stel ik vast dat het Hof onder bepaalde voorwaarden niet uitsluit dat een andere instantie dan een NRI – namelijk een wetgevend lichaam of een ministeriële autoriteit – als NRI of naast een NRI kan optreden, overeenkomstig het NRK.

115. Nu deze nationale instanties die optreden als NRI met inachtneming van de bovengenoemde voorwaarden taken kunnen uitvoeren die door het NRK aan een NRI zijn toegekend, meen ik dat deze nationale instanties a fortiori zouden moeten kunnen optreden ingeval het NRK de regelgevende functie uitdrukkelijk aan „bevoegde nationale instanties" toekent.

116. Ten tweede denk ik niettemin dat deze in artikel 28 van de universeledienstrichtlijn bedoelde bevoegde nationale instanties, als zij een tariefverplichting zouden opleggen die vergelijkbaar is met de verplichting die door de NRI's kan worden opgelegd overeenkomstig artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn en artikel 17, lid 1, van de universeledienstrichtlijn, zij het met andere doelstellingen, dezelfde vereisten in acht moeten nemen als door het NRK aan de NRI's zijn gesteld, met name het vereiste van functionele onafhankelijkheid van de exploitanten.[41] Daarnaast moet tegen besluiten die de bevoegde nationale instanties nemen, een effectieve beroepsweg openstaan bij een lichaam dat onafhankelijk is van de betrokken partijen.[42]

117. Daaruit volgt dat de lidstaten op dit gebied weliswaar beschikken over een institutionele autonomie bij de organisatie en de structurering van hun bevoegde nationale instanties in de zin van artikel 28 van de universeledienstrichtlijn, maar zij van deze autonomie gebruik dienen te maken met inachtneming van de door het NRK vastgelegde doelstellingen en verplichtingen.[43]

118. In het bestek van het hoofdgeding is het derhalve aan de verwijzende rechter om in concreto te beoordelen of de Nederlandse regering, die heeft gehandeld als bevoegde nationale instantie overeenkomstig artikel 28 van de universeledienstrichtlijn, beantwoordt aan de vereisten op het punt van bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie in het NRK.

119. Op dat punt heeft de Nederlandse regering ter terechtzitting toegelicht dat KPN ten tijde van de feiten van het hoofdgeding al door het Koninkrijk der Nederlanden was geprivatiseerd. Hoewel dat erop wijst dat de Nederlandse regering kan worden gezien als juridisch en functioneel onafhankelijk van deze vennootschap, is dit gegeven volgens mij niet toereikend om te kunnen concluderen dat deze bevoegde nationale instantie aan de bovengenoemde vereisten beantwoordt. Het is aan de verwijzende rechter om deze situatie te beoordelen op basis van alle gegevens waarover hij in deze zaak beschikt.

120. Ter afsluiting van mijn analyse meen ik overigens dat het tevens aan de verwijzende rechter is om na te gaan of de ACM, als NRI die verantwoordelijk is voor de handhaving van de nationale tariefmaatregel die door de Nederlandse regering is vastgesteld, van haar kant aan de in het NRK genoemde vereisten heeft voldaan. Een dergelijk onderzoek brengt met name mee dat moet worden bepaald of de NRI beschermd was tegen externe interventie of politieke druk die haar onafhankelijke oordeel over de vraagstukken die haar worden voorgelegd in gevaar zouden kunnen brengen.[44]

41 — Zie overweging 11 en artikel 3, lid 2, van de kaderrichtlijn.

42 — Zie artikel 4, lid 1, van de kaderrichtlijn.

43 — Zie in die zin arrest Base e.a. (C-389/08, EU:C:2010:584, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 — Zie overweging 13 van richtlijn 2009/140 en, eveneens in die zin, artikel 3 bis van de kaderrichtlijn.

121. Gelet op al het voorgaande ben ik van mening dat de Nederlandse regering een tariefmaatregel als in het hoofdgeding kon vaststellen, op voorwaarde dat deze ertoe strekt de door artikel 28 van de universeledienstrichtlijn nagestreefde doelstelling te waarborgen en dat de vereisten op het punt van bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie in acht zijn genomen, hetgeen aan de nationale rechter ter beoordeling staat.

122. Derhalve moet artikel 28 van de universeledienstrichtlijn aldus worden uitgelegd dat een tariefmaatregel als in het hoofdgeding kan worden vastgesteld door een andere instantie dan de NRI die de in artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn genoemde bevoegdheid uitoefent, op voorwaarde dat de vereisten op het punt van bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie in acht zijn genomen, hetgeen aan de nationale rechter ter beoordeling staat.

IV – **Conclusie**

123. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het College van Beroep voor het bedrijfsleven te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 28 van richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (universeledienstrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een tariefverplichting als die in het hoofdgeding wordt vastgesteld, zonder dat een marktanalyse heeft uitgewezen dat een exploitant over een aanmerkelijke marktmacht op die markt beschikt en ingeval de belemmering van de toegang tot niet-geografische nummers van andere dan technische aard is, mits deze tariefverplichting nodig is om de toegang van eindgebruikers tot diensten met gebruikmaking van die nummers te waarborgen, hetgeen aan de nationale rechter ter beoordeling staat.

2) a) Artikel 28 van richtlijn 2002/22, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136, moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen de vaststelling van een tariefmaatregel zoals in het hoofdgeding aan de orde wanneer de invloed van hogere tarieven op het belvolume naar niet-geografische nummers slechts beperkt is.

b) Het is aan de nationale rechter te beoordelen, in het kader van de toetsing van de evenredigheid van de maatregel die nodig is in de zin van artikel 28 van richtlijn 2002/22, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136, of het opleggen van een tariefmaatregel als in het hoofdgeding aan de orde onredelijk bezwarend is voor de betrokken exploitant.

3) Artikel 28 van richtlijn 2002/22, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136, moet aldus worden uitgelegd dat een tariefmaatregel als in het hoofdgeding kan worden vastgesteld door een andere instantie dan de nationale regelgevende instantie die de bevoegdheid van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, uitoefent, op voorwaarde dat de vereisten op het punt van bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie in acht zijn genomen, hetgeen aan de nationale rechter ter beoordeling staat."