

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2012/201513_OV

Zaaknummer: 12.0113.37

Datum: 4 oktober 2012

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet tot oplegging van een boete ter zake van overtreding van de verplichting die uit hoofde van artikel 6a.2 jo. 6a.8 van de Telecommunicatiewet in de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang is opgelegd.

1 Samenvatting

1. In dit besluit stelt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) vast dat Koninklijke KPN N.V en haar groepsmaatschappijen (hierna: KPN) in strijd hebben gehandeld met de non-discriminatieverplichting. De overtreding bestaat eruit dat KPN haar eigen retailorganisatie de mogelijkheid heeft geboden om een monteur van KPN-Retail handelingen te laten verrichten in het wholesaledomein, zonder dat andere potentiële wholesale-afnemers van deze mogelijkheid gebruik hebben kunnen maken. KPN-retailmonteurs hebben deze handelingen in het wholesaledomein vanaf 30 november 2011 tot en met 4 januari 2012 ook daadwerkelijk verricht ten behoeve van het in één monteurgang leveren van de retaildienst VDSL Pair Bonding aan **[vertrouwelijk]** premium klanten van KPN. Vanwege deze overtreding legt het college KPN een boete op van € 22.443.
2. Dit besluit is als volgt opgebouwd. Allereerst beschrijft het college de achtergrond van de zaak en het verloop van de procedure (§ 2). Vervolgens geeft hij een samenvatting van het boeterapport (§ 3) en beschrijft hij het toepasselijke juridische kader (§ 4). Daarna volgen een weergave van de relevante feiten (§ 5), een samenvatting van de zienswijze van KPN en de overwegingen van het college met betrekking tot de vaststelling van de overtredingen (§ 7). Vervolgens stelt het college de hoogte van de boete vast (§ 8) en neemt hij een beslissing over de publicatie van het besluit (§ 9).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

3. De procedure tot aan het uitbrengen van het boeterapport is beschreven in § 2 van het boeterapport. Daar is tevens een overzicht gegeven van de bronnen die zijn gebruikt in het aan dit besluit ten grondslag liggende onderzoek. Hierna volgt in randnummers 4 tot en met 9 een weergave van het verloop van de procedure vanaf het moment van uitbrengen van het boeterapport.
4. Toezichthoudende ambtenaren van het college hebben in deze zaak een concept opgemaakt van een rapport, zoals bedoeld in artikel 5:48 jo. artikel 5:53, eerste en tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).
5. Bij brief van 12 april 2012¹ is KPN in de gelegenheid gesteld te reageren op het feitencomplex uit het concept boeterapport.

¹ Kenmerk: OPTA/AM/2012/201121, d.d. 12 april 2012

Besluit Openbaar

6. Bij brief van 26 april 2012² heeft KPN op het toegezonden feitencomplex gereageerd.
7. Op 11 mei 2012 is het boeterapport door toezichthoudende ambtenaren van het college uitgebracht. Bij brief van dezelfde datum³ is dit boeterapport aan KPN toegezonden.
8. KPN heeft bij e-mail van 25 mei 2012 te kennen gegeven kennis te hebben genomen van het boeterapport. KPN heeft hierin tevens aangegeven geen behoefte te hebben om haar zienswijze ten aanzien van het boeterapport op een hoorzitting mondeling toe te lichten. Wel wenst zij gebruik te maken van de mogelijkheid een schriftelijke zienswijze in te dienen. Bij brief van 5 juni 2012⁴ heeft college de daarvoor door hem reeds eerder telefonisch gestelde termijn tot 11 juni 2012 einde van de dag bevestigd.
9. Bij brief van 11 juni 2012⁵, heeft KPN haar zienswijze ingediend ten aanzien van het boeterapport.

3 Samenvatting van het onderzoeksrapport

10. In het boeterapport concluderen de toezichthoudende ambtenaren van het college dat KPN bij het aanleggen van zogenoemde dubbele aansluitlijnen ('pair bonding') voor **[vertrouwelijk]** premium klanten van KPN in strijd heeft gehandeld met de non-discriminatieverplichting, zoals aan KPN opgelegd in het Marktanalysebesluit Breedband ontbundelde toegang op wholesaleniveau⁶ en het Marktanalysebesluit Ontbundelde toegang⁷ (hierna ook tezamen: de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang) op grond van artikel 6a.2 jo. 6a.8 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Door monteurs van KPN-Retail zijn handelingen verricht in het wholesaledomein, waaronder het vervangen van het ISRA-punt, ten behoeve van de retaildienst VDSL Pair Bonding, zonder dat andere potentiële wholesale-afnemers van deze mogelijkheid gebruik hebben kunnen maken.
11. Deze overtreding heeft vanaf 30 november 2011 plaatsgevonden in het kader van een interne pilot, waarbij **[vertrouwelijk]** geselecteerde premiumklanten zouden worden aangesloten (hierna: de **[vertrouwelijk]**pilot. In het kader van beantwoording van vragen van medewerkers van OPTA over de wholesaledienst MDF Pair Bonding, de combimonteur, het gepubliceerde referentietaanbod en de pilot MDF Pair Bonding, heeft KPN geconstateerd dat bij het aansluiten van klanten in de **[vertrouwelijk]**pilot door de retailmonteur ook handelingen zijn verricht in het wholesaledomein, waaronder het vervangen van het ISRA-punt. En dat deze mogelijkheid (nog) niet beschikbaar was voor wholesale-afnemers. KPN heeft de **[vertrouwelijk]**pilot op 4 januari 2012 stopgezet. Naar aanleiding van voormelde vragen heeft KPN intern een onderzoek ingesteld, waaruit naar voren komt dat zij van mening is dat zij door haar handelwijze de non-discriminatieverplichting heeft overtreden.
12. De toezichthoudende ambtenaren van het college hebben vastgesteld dat de omzet die KPN met het aanleggen van zogenoemde dubbele aansluitlijnen voor **[vertrouwelijk]** premium klanten

² Kenmerk: CLR-2007-5941, d.d. 26 april 2012

³ Kenmerk: OPTA/AM/2012/201227, d.d. 11 mei 2012

⁴ Kenmerk: OPTA/AM/2012/201506, d.d. 5 juni 2012

⁵ Kenmerk: CLR-2007-5941, d.d. 11 juni 2012

⁶ Kenmerk: OPTA/AM/2010/201285, d.d. 27 april 2010

⁷ Kenmerk: OPTA/AM/2011/202886, d.d. 29 december 2011

Besluit Openbaar

gedurende de duur van de overtreding heeft behaald € 23.759 bedraagt⁸.

4 Juridisch Kader

4.1 Ten aanzien van de overtreding

13. Bij de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang heeft het college KPN aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM) op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnet. In dat kader zijn aan KPN verplichtingen opgelegd om de door het college op deze markt geconstateerde mededingingsproblemen te adresseren.
14. Relevant voor dit besluit is de aan KPN opgelegde non-discrimatieverplichting (artikel 6a.8 van de Tw). Artikel 6a.8 Tw luidt:

“Het college kan op grond van artikel 6a.2, eerste lid, voor door het college te bepalen vormen van toegang de verplichting opleggen om deze toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat de onderneming gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen”.

15. In dictumonderdeel iv van het Marktanalysebesluit Breedband ontbundelde toegang op wholesaleniveau van 27 april 2010 is aan KPN een non-discrimatieverplichting opgelegd. Dit onderdeel luidt als volgt:

“KPN dient op grond van artikel 6a.2 van de Tw juncto artikel 6a.8 van de Tw ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van KPN en bijbehorende diensten en faciliteiten onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN gelijke voorwaarden toepast bij levering aan externen als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochtermaatschappijen of haar partnerondernemingen.”

16. In dictumonderdeel vi van het Marktanalysebesluit Breedband ontbundelde toegang op wholesaleniveau is verder bepaald dat de non-discrimatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op, onder andere:

- *“De beschikbaarheid van de diensten en netwerken;”*

17. In dictumonderdeel IX van het Marktanalysebesluit Ontbundelde toegang van 29 december 2011 is aan KPN een non-discrimatieverplichting opgelegd. Dit luidt als volgt:

“Op grond van artikel 6a.2 juncto artikel 6a.8 van de Tw legt het college aan KPN de verplichting op om toegang onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden te verlenen (non-discrimatieverplichting)”

18. In dictumonderdeel X van het Marktanalysebesluit Ontbundelde toegang van 29 december 2011, is verder bepaald dat de non-discrimatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op, onder

⁸ KPN heeft deze omzet opgegeven bij e-mail van 9 februari 2012

Besluit Openbaar

andere:

“ a. de beschikbaarheid van de diensten en netwerken;”

4.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

19. Artikel 15.1, derde lid, van de Tw luidt:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid en met het toezicht op de naleving van de bepalingen van de roamingverordening zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren. De vorige volzin is niet van toepassing op het bepaalde bij of krachtens de artikelen 5.1, 5.4, 5.5, 5.6, tweede, derde lid, vierde en vijfde lid, 5.7, 5.13 en 5.14 van deze wet.”

20. Artikel 15.4, tweede lid, van de Tw luidt, voor zover thans relevant:

*“Het college kan aan een onderneming een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000, of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland, ter zake van:
a. overtreding van de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde voorschriften, met uitzondering van artikel 6a.20;”*

21. Artikel 5:41 van de Awb luidt:

“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”

22. Artikel 5:46, tweede lid, van de Awb luidt:

“Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

23. Het college heeft door middel van boetebeleidsregels invulling gegeven aan zijn beleid ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete. Tevens verschaft het college in deze boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete. In casu zijn relevant de Boetebeleidsregels OPTA 2010 (hierna: Boetebeleidsregels).⁹

4.3 Ten aanzien van de openbaarmaking

24. Op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) verschaft het college uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

25. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef

⁹ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), Stcr. 2010, nr. 5163, d.d. 2 april 2010

Besluit Openbaar

en onder c, van de Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.

26. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
27. Op grond van artikel 18.7, zesde lid, Tw maakt het college met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 van de Tw opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wob wordt geen mededeling gedaan.

5 Relevante feiten

28. Bij de dienst Pair Bonding worden twee koperen aansluitlijnen (twee koperparen) gecombineerd tot één aansluiting, waarmee een hogere up- en downloadsnelheid kan worden gehaald. In Nederland is een groot percentage van de klantaansluitingen (~90% aangelegd en ~60% volledig voorbereid)¹⁰ aangelegd (op voorraad) met twee koperparen.
29. Op de KPN Investor Day van 10 mei 2011 heeft KPN aangekondigd om in het vierde kwartaal van 2011 grootschalig te starten met het gebruiken van deze VDSL Pair Bonding techniek.¹¹
30. Naast het verhogen van de snelheid heeft KPN tijdens de Investor Day ook aangekondigd om het proces van aansluiten van klanten verder te verbeteren (kwaliteit), de kosten hierop te verlagen (in één keer goed) en het aanbieden van ‘in-home integration services’¹². Eén van de invullingen hiervan betreft de keuze van KPN om voor het aansluitproces te werken met een zogenaamde “één monteurgang”. Hierbij worden alle noodzakelijke monteurhandelingen door één monteur van KPN uitgevoerd, en hoeft dus niet – zoals tot nu toe gebruikelijk – een aparte monteur te komen voor het uitvoeren van de werkzaamheden in het KPN-wholesaledomein.
31. KPN heeft besloten om voor de dienst VDSL Pair Bonding het aansluitproces zodanig in te richten dat met één monteurbezoek bij de klant de dienst volledig wordt aangesloten en getest. Om dit te kunnen doen is het noodzakelijk dat de monteur die naar de klant gaat zowel handelingen kan verrichten in het klantdomein (installatie klantmodem, aanleg inhouse-bekabeling, etc.) als ook in het wholesaledomein (aanleggen nieuw ISRA-punt, testen- en labelen van de verbindingen, en optioneel het trekken van kruisdraden in de straatkast en/of wijkcentrale). Voorheen werden handelingen in het wholesaledomein alleen uitgevoerd door (speciaal opgeleide) KPN-wholesalemonteurs. KPN stond niet toe dat andere monteurs deze handelingen konden

¹⁰ Zie [1] presentatie “KPN Investor Day: Consumer wireline”, London, 10 mei 2011, sheet 17 (rechter kolom, 2^e bullit)

¹¹ Zie [1] presentatie “KPN Investor Day: Consumer wireline”, London, 10 mei 2011, sheet 15 (5^e bullit, 1^e gedachtestreepje) en sheet 22 (bovenste linker kolom, 1^e bullit, 2^e gedachtestreepje)

¹² Zie [1] presentatie “KPN Investor Day: Consumer wireline”, London, 10 mei 2011, sheet 18, 2^e linker kolom, onder 2, en sheet 21 (1^e linkerkolom, 3^e gedachtestreepje)

Besluit Openbaar

verrichten. Naar aanleiding van het besluit om met één monteurgang de retaildienst VDSL Pair Bonding te realiseren, heeft KPN (Wholesale) besloten deze mogelijkheid ook voor niet KPN-wholesalemonteurs te ontwikkelen en aan te bieden als onderdeel van het gereguleerde Wholesale-aanbod. Deze dienst wordt door KPN aangeduid als MDF Pair Bonding Combimonteur.

32. KPN heeft in het kader van de één monteurgang voor de dienst VDSL Pair Bonding de **[vertrouwelijk]**Pilot ontwikkeld. Het voornemen in deze pilot was voor **[vertrouwelijk]** geselecteerde premiumklanten van KPN een VDSL Pair Bonding aansluiting met één monteurgang te realiseren.
33. Vanaf 30 november 2011 is begonnen met het daadwerkelijk aansluiten van de **[vertrouwelijk]** geselecteerde premiumklanten in het kader van de **[vertrouwelijk]**-pilot. Hierbij werden door de retailmonteur van KPN ook handelingen in het wholesaledomein uitgevoerd, waaronder in ieder geval het vervangen van het ISRA-punt.
34. De wholesaledienst MDF Pair Bonding Combimonteur heeft KPN als pilot aangekondigd op 16 december 2011. Met als beoogde ingangsdatum van de pilot 20 februari 2012.
35. Naar aanleiding van de aankondiging op 16 december 2011 heeft het college op 20 december 2011 per brief¹³ vragen gesteld aan KPN over de invulling van verschillende pilots en het gebruik van combimonteurs door KPN.
36. KPN heeft op 3 januari 2012 geconstateerd dat bij het aansluiten van de klanten in de **[vertrouwelijk]**pilot door de retailmonteur ook handelingen in het wholesaledomein werden uitgevoerd en dat deze mogelijkheid (nog) niet beschikbaar was voor andere wholesale-afnemers. Hierop heeft KPN op 4 januari 2012 de **[vertrouwelijk]**pilot stopgezet. Na die datum zijn geen nieuwe VDSL Pair Bonding klanten meer aangesloten.
37. KPN heeft de overtreding op 5 januari 2012 telefonisch aan het college gemeld. Voorts heeft KPN de overtreding op 11 januari 2012 op de issuerijst opgenomen.
38. KPN heeft na het constateren van de overtreding een intern onderzoek ingesteld hetgeen op 17 februari 2012 is afgerond.
39. De conclusie van KPN in het rapport van het interne onderzoek is dat er in **[vertrouwelijk]** gevallen sprake is geweest van het discriminatoir leveren van ontbundelde toegang, doordat haar retailmonteurs handelingen hebben verricht in het wholesaledomein, terwijl deze mogelijkheid (nog) niet beschikbaar was voor andere wholesaleaanbieders. Het betreft hier volgens KPN een overtreding van de non-discriminatie verplichting zoals opgelegd in de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang. De overtreding heeft vanaf 30 november 2011 tot en met 4 januari 2012 plaatsgevonden. De omzet van de **[vertrouwelijk]** premium klanten van KPN betreft gedurende de duur van de overtreding € 23.759¹⁴.
40. Uit de interne projectdocumentatie van de **[vertrouwelijk]**pilot is gebleken dat het uitgangspunt het hanteren van de één monteurgang is geweest. Binnen de projectorganisatie van de

¹³ Kenmerk: OPTA/AM/2011/202952, d.d. 20 december 2011

¹⁴ Eigen opgave van KPN

Besluit Openbaar

[**vertrouwelijk**]pilot was onvoldoende geborgd wie de verantwoordelijkheid had voor het laten uitvoeren van een regelgevingtoets. Met als gevolg dat KPN de betrokken wholesaledienst niet heeft geboden aan andere wholesale-afnemers van ontbundelde toegang.

6 Zienswijze KPN

41. KPN erkent de weergave van de relevante feiten in het boeterapport Pair Bonding en erkent eveneens dat zij de non-discrimatieverplichting heeft overtreden.
42. Volgens KPN suggereert randnummer 40 van het boeterapport ten onrechte dat de gehele [**vertrouwelijk**]pilot niet was geoorloofd. Volgens KPN was de combimonteur wel degelijk aangekondigd en aan wholesaleklanten aangeboden. Volgens haar zou de overtreding bestaan uit het feit dat KPN in het kader van [**vertrouwelijk**]pilot door de servicemonteur het ISRA-punt heeft laten vervangen waar dat pas had gemogen vanaf 20 februari 2012 als onderdeel van de pilot Combimonteur. Het wisselen van de randapparatuur bij klanten valt volgens KPN niet onder de overtreding. Daarom is volgens KPN ook de stelling in randnummer 50 van het boeterapport dat KPN aan wholesaleklanten niet dezelfde toegangsmogelijkheid heeft geboden als in de [**vertrouwelijk**]pilot, onjuist. Dit gold enkel voor een klein onderdeel daarvan, het waar nodig vervangen van het ISRA-punt door de servicemonteur.
43. KPN ontkent ook dat het potentiële effect van de overtreding op de concurrentie groot is. Het potentiële effect is volgens haar klein omdat de [**vertrouwelijk**]pilot aan [**vertrouwelijk**] bestaande klanten is aangeboden waarbij de retailpropositie niet is veranderd. Er zijn slechts [**vertrouwelijk**] klanten aangesloten voor de stopzetting op 4 januari 2012, zodat het potentiële en het werkelijke effect van de overtreding volgens KPN niet wezenlijk van elkaar verschillen.
44. KPN betoogt dat de door haar gehanteerde compliancemaatregelen hebben gewerkt. In dit kader stelt zij dat een effectieve compliance-organisatie niet slechts is gericht op het voorkomen van overtredingen, maar ook op het effectieve beëindigen daarvan. KPN heeft de overtreding op 3 januari 2012 geconstateerd, waarna de overtreding op 4 januari 2012 is beëindigd, hetgeen op 5 januari 2012 aan het college is gemeld. De stelling in randnummer 62 van het boeterapport dat de beheersmaatregelen van haar complianceprogramma niet hebben geleid tot zelfstandige detectie en melding van de overtreding neemt, aldus KPN, niet weg dat haar complianceprogramma heeft gewerkt, nu detectie ook door nader onderzoek naar aanleiding van vragen van het college kan plaatsvinden.
45. KPN bestrijdt de conclusie in randnummer 57 van het boeterapport ten aanzien van het vooronderstellen van verwijtbaarheid van KPN. Van vooronderstelling van verwijtbaarheid kan geen sprake zijn nu verwijtbaarheid een zelfstandig element is voor het bepalen of een boete wordt opgelegd, dan wel bij het bepalen van de hoogte daarvan. Voorts betekent het enkele feit dat de overtreding is begaan, volgens KPN nog niet dat automatisch sprake is van verwijtbaarheid. Daarvoor is volgens haar een zekere mate van opzet vereist, welke in dit geval ontbreekt.
46. KPN stelt dat de in randnummer 63 van het boeterapport genoemde besluiten geen vergelijkbare gedragingen betreffen, omdat de overtreding van de non-discrimatieverplichting in alle gevallen van geheel andere aard was. De besluiten waren ook gericht op andere bedrijfsonderdelen van KPN. Daarom kan volgens haar niet worden gesproken van eenzelfde overtreding door eenzelfde overtreder, zoals wordt vereist voor recidivevaststelling. Volgens KPN zijn een aantal van de in

Besluit Openbaar

randnummer 63 genoemde besluiten in (hoger)beroep vernietigd dan wel gewijzigd.

47. Gelet op hetgeen KPN heeft aangevoerd en gelet op het feit dat de betrokken omzet € 23.759,- bedroeg, concludeert KPN dat in het onderhavige geval geen boete moet worden opgelegd. Indien het college toch zou besluiten een boete op te leggen, dient deze aldus KPN laag te zijn. Dit omdat, aldus KPN, sprake is van een minder zware overtreding. Voorts ziet zij geen reden voor het aannemen van boeteverhogende omstandigheden, omdat het complianceprogramma effectief heeft gewerkt. Daarnaast heeft KPN de overtreding zelfstandig en onverwijld beëindigd en is zij een intern onderzoek gestart, waarvan de conclusies met het college zijn gedeeld. Door een dergelijke handelwijze is KPN verder gegaan dan waartoe zij wettelijk verplicht is, hetgeen dient te worden aangemerkt als boeteverlagende omstandigheid.

7 Overwegingen van het college

7.1 Inleiding

48. In het onderzoek van de toezichthoudend ambtenaren is komen vast te staan dat KPN tijdens de **[vertrouwelijk]** pilot vanaf 30 november 2011 tot en met 4 januari 2012 haar eigen retailorganisatie de mogelijkheid heeft gegeven om een retailmonteur handelingen te laten verrichten in het wholesaledomein. Monteurs van KPN-Retail hebben deze handelingen - waaronder het vervangen van het ISRA-punt - in het wholesaledomein verricht ten behoeve van het in één monteurgang leveren van de retaildienst VDSL Pair Bonding aan **[vertrouwelijk]** premium klanten van KPN. Deze mogelijkheid heeft KPN niet als onderdeel van de toegangsdienstverlening aan andere wholesale-afnemers van ontbundelde toegang geboden.
49. Het college stelt dan ook vast dat KPN met het aansluiten van **[vertrouwelijk]** klanten tijdens de **[vertrouwelijk]** pilot op basis van één monteurgang een overtreding van de non-discriminatieverplichting heeft begaan, zoals deze aan KPN is opgelegd op grond van artikel 6a.2 jo. artikel 6a.8 van de Tw in de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang.
50. Het college zal hierna (in § 7.2) allereerst toelichten waarom naar zijn oordeel sprake is van de hiervoor genoemde overtreding. Vervolgens zal hij ingaan op het boeterapport en de zienswijze van KPN daarop voor zover deze zienswijze betrekking heeft op de vaststelling van de overtreding (§ 7.3).

7.2 De overtreding van de non-discriminatieverplichting

51. In de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang is aan KPN onder andere de non-discriminatieverplichting opgelegd. Met deze verplichting beoogt het college een level playing field op de downstreammarkten te waarborgen: aanbieders die (mede) afhankelijk zijn van de wholesalediensten van KPN, moeten in staat zijn om op de downstreammarkten op gelijke voet met (het retailbedrijf van) KPN te (blijven) concurreren. Dat is in lijn met de wettelijke ratio van de non-discriminatieverplichting.¹⁵ Voorts verhindert de non-discriminatieverplichting dat KPN haar eigen retailonderneming bevoordeelt ten opzichte van andere (externe) afnemers van haar wholesalediensten.¹⁶ Op grond van de non-discriminatieverplichting is KPN - als aangewezen onderneming met AMM - gehouden al haar afnemers onder gelijke omstandigheden en onder

¹⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2002/2003*, 28851, nr. 3, p. 23-24

¹⁶ Marktanalysebesluit Breedband ontbundelde toegang op wholesaleniveau van 27 april 2010, randnummer 917 e.v. en Marktanalysebesluit Ontbundelde toegang van 29 december 2011, randnummer 486 e. v.

Besluit Openbaar

gelijke voorwaarden wholesalediensten aan te bieden. Meer specifiek houdt dit in dat KPN haar externe afnemers (minimaal) gelijk aan haar eigen retailbedrijf dient te behandelen.

52. In het onderzoek is vastgesteld dat KPN tijdens de **[vertrouwelijk]**pilot vanaf 30 november 2011 haar eigen retailorganisatie de mogelijkheid heeft gegeven om een retailmonteur handelingen te laten verrichten in het wholesaledomein. Monteurs van KPN-Retail hebben deze handelingen tot en met 4 januari 2012 ook verricht ten behoeve van het in één monteurgang leveren van de retaildienst VDSL Pair Bonding aan **[vertrouwelijk]** premium klanten van KPN. Deze dienst heeft KPN niet aangeboden aan andere wholesale-afnemers van ontbundelde toegang.

7.3 Reactie op de zienswijze van KPN

53. Het college zal hierna ingaan op de zienswijze van KPN voor zover deze ziet op de vaststelling van de overtreding. De stellingen van KPN die betrekking hebben op de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding, alsmede die ten aanzien van recidive neemt het college mee bij zijn beoordeling van de hoogte van de boete in het volgende hoofdstuk (§ 8).
54. KPN stelt dat het boeterapport het doet voorkomen alsof de gehele **[vertrouwelijk]**pilot niet was geoorloofd. Naar de mening van KPN is een dergelijke conclusie onjuist, omdat slechts een onderdeel van de pilot, te weten de inzet van een servicemonteur voor het waar nodig vervangen van het ISRA-punt, niet was toegestaan. Daarom is volgens KPN, de door de toezichthoudend ambtenaren ingenomen stelling dat KPN aan wholesaleklanten niet dezelfde toegangsmogelijkheid heeft geboden als die voor KPN-Retail in de **[vertrouwelijk]**pilot beschikbaar was niet juist. Dit gold enkel voor het vervangen van het ISRA-punt door de servicemonteur.
55. Het college deelt de zienswijze van KPN niet. De toezichthoudende ambtenaren hebben geconcludeerd dat uit de interne projectdocumentatie van de **[vertrouwelijk]**pilot is gebleken dat hierbij het hanteren van één monteurgang het uitgangspunt is geweest. Het vervangen van het ISRA-punt binnen het kader van de **[vertrouwelijk]**pilot is in ieder geval aan te merken als een handeling die door een retailmonteur in het wholesaledomein is uitgevoerd, terwijl deze mogelijkheid door KPN niet werd geboden aan andere wholesale-afnemers. Dat er in het kader van de **[vertrouwelijk]**pilot ook andere handelingen zijn verricht die niet in strijd zijn met wet- en regelgeving, leidt er echter niet toe dat de conclusie dat er door KPN-Retail monteurs in het kader van de **[vertrouwelijk]**pilot handelingen in het wholesaledomein zijn verricht, onjuist is.

8 Vaststelling van de hoogte van de boete

8.1 Boetebeleidsregels OPTA 2010

56. De geconstateerde overtreding is begaan gedurende een periode die volledig wordt bestreken door de Boetebeleidsregels OPTA 2010. Volgens deze beleidsregels wordt de ernst van de overtreding bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding *in abstracto* vast te stellen en deze vervolgens te bezien in het licht van de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval (zie hoofdstuk 3 van de Boetebeleidsregels).
57. Voor zover het gaat om overtredingen in de zin van artikel 15.4, tweede lid, van de Tw wordt daarbij de hoogte van de boete vastgesteld met toepassing van de volgende formule (zie hoofdstuk 5 van de Boetebeleidsregels):

Besluit Openbaar

Boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden

58. Daarbij wordt de boetegrondslag gebaseerd op de betrokken omzet. In de betrokken omzet komt de weerslag op de economie die de overtreding mogelijk kan hebben tot uitdrukking waaronder het in het algemeen mogelijk te behalen voordeel voor de overtreder(s). Het college hanteert een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet.
59. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor:
- Bij een minder ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 1;
 - Bij een ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2;
 - Bij een zeer ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van tussen 1,5 en 5.

Bij een zeer ernstige overtreding kan de boete derhalve – nog afgezien van boeteverhogende omstandigheden– oplopen tot 50% van de betrokken omzet.

60. Voorts kan het college op grond van de Boetebeleidsregels bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden betrekken (zie hoofdstuk 6 van de Boetebeleidsregels).
61. Uit artikel 5:46 van de Awb volgt tot slot dat het college de boete niet alleen dient af te stemmen op de ernst van de overtreding, maar ook op de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Artikel 7.1 van de Boetebeleidsregels bepaalt in dit verband dat het college geen boete oplegt, indien de overtreder aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.
62. Het college stelt in het navolgende eerst conform zijn Boetebeleidsregels de ernst van de overtredingen vast (§ 8.2). Vervolgens gaat hij achtereenvolgens in op de aanwezigheid van eventuele boeteverhogende of -verlagende factoren (§ 8.3) en de verwijtbaarheid van de overtreder (§ 8.4). Tot slot stelt het college, met inachtneming van zijn conclusies ten aanzien van de ernst, verwijtbaarheid en de aanwezigheid van eventuele boeteverhogende of -verlagende omstandigheden, de hoogte van op te leggen boete vast (§ 8.5).

8.2 Ernst van de overtreding: de zwaarte, de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval

63. Uit hoofdstuk 3 van de Boetebeleidsregels volgt dat de eerste stap voor het bepalen van de uiteindelijke boetehoogte het vaststellen van de zwaarte van de overtreding *in abstracto* is (zie artikel 3.2 van de Boetebeleidsregels). De ernst van de overtreding dient vervolgens *in concreto* te worden gezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden, alsmede bijzondere omstandigheden van het geval (zie artikel 3.3 van de Boetebeleidsregels).

Zwaarte van de overtreding

64. Op grond van artikel 3.2 van de Boetebeleidsregels kan een overtreding worden ondergebracht in een van de volgende categorieën: zeer zwaar, zwaar en minder zwaar. Een overtreding van de non-discrimatieverplichting wordt als een zeer zware overtreding aangemerkt. Anders dan KPN

Besluit Openbaar

in haar zienswijze heeft betoogd, ziet het college geen aanleiding om in het onderhavige geval de overtreding – in afwijking van de Boetebeleidsregels – als ‘minder zwaar’ te kwalificeren. Het college concludeert dat in het onderhavige geval sprake is van een zeer zware overtreding.

De economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval

65. Naast de zwaarte van de overtreding worden ook de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden en de bijzondere omstandigheden van het geval betrokken bij de bepaling van de ernst van de overtreding.
66. Ten aanzien van de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden verwijst het college in eerste instantie naar de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang, waarin het college heeft vastgesteld dat de wholesalemakkt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk niet daadwerkelijk concurrerend is. Op die markt is KPN aangewezen als onderneming met AMM. Naar aanleiding hiervan heeft het college de non-discriminatieverplichting opgelegd, die een cruciale rol vervult bij de verwezenlijking van de beoogde effecten van de aan KPN opgelegde toegangsregulering.
67. Het niet voldoen aan de non-discriminatieverplichting door KPN moet worden gezien als een belangrijke beperking van de concurrentie, gelet op het grote belang dat blijktens de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang verbonden is aan de effectieve werking van de toegangsverplichtingen op de wholesalemakkt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Indien deze toegangsverplichtingen niet het beoogde effect sorteren, heeft KPN namelijk aanzienlijk meer ruimte om zich onafhankelijk op deze wholesalemakkt te gedragen, hetgeen negatieve gevolgen heeft voor de concurrentie op de onderliggende retailmarkt voor internettoegang.
68. Door haar handelwijze heeft KPN daadwerkelijk door middel van het gebruik van een Combimonteur klanten kunnen voorzien van een dubbele aansluitlijn, terwijl andere wholesale-afnemers de mogelijkheid om klanten op deze wijze aan te sluiten niet hebben gehad. Hierbij speelt mee dat er sprake was van een pilot, die bedoeld is om een nieuwe dienst uit te proberen. De informatie die door het uitvoeren van de pilot beschikbaar komt, kan bij de daadwerkelijke uitrol van de dienst worden gebruikt. Andere wholesale-afnemers hebben – voordat zij eventueel grootschalig zouden gaan uitrollen – geen ervaring op kunnen doen met het testen van de dienst vanuit een pilotsituatie. KPN heeft met het uitvoeren van de **[vertrouwelijk]**pilot hiermee bepaalde voordelen behaald ten opzichte van andere wholesale-afnemers. Anders dan KPN meent, heeft het effect van de overtreding zich daarom naar het oordeel van het college verder uitgestrekt dan de **[vertrouwelijk]**pilot.
69. Het college stelt tot slot - in lijn met de zienswijze van KPN - vast dat het aantal in het kader van de **[vertrouwelijk]**pilot aangesloten klanten, de duur van de overtreding en de behaalde omzet relatief beperkt is gebleven. In het kader van de **[vertrouwelijk]**pilot heeft KPN uiteindelijk bij **[vertrouwelijk]** klanten een dubbele aansluitlijn aangelegd ten behoeve waarvan monteurs van KPN-Retail handelingen in het wholesaledomein hebben verricht. Hiermee is een totale omzet behaald van € 23.759. Het college stelt daarbij vast dat het beperkte effect in de praktijk een gevolg is van de omstandigheid dat 1) OPTA kort na de start van de pilot vragen heeft gesteld over het de wholesaledienst MDF Pair Bonding, de combimonteur, het gepubliceerde referentieaanbod en de pilot MDF Pair Bonding¹⁷ 2) KPN in het kader van de beantwoording van

¹⁷ Brief van het college van 20 december 2011, kenmerk OPTA/AM2011/202952

Besluit Openbaar

deze vragen van het college de overtreding heeft geconstateerd¹⁸ en deze onverwijld heeft beëindigd en 3) KPN onder druk van het college de grootschalige introductie van de retaildienst VDSL Pair Bonding tot nader bericht heeft uitgesteld.

Conclusie met betrekking tot de ernst van de overtreding

70. Om te komen tot de bepaling van de ernst van de overtreding dienen de zwaarte van de overtreding en de economische context en bijzondere omstandigheden van het geval in samenhang bezien te worden. Het college betreft hierbij dat een overtreding van de non-discriminatieverplichting een zeer zware overtreding betreft door een partij met AMM waarvan het effect zich verder heeft uitgestrekt dan de [vertrouwelijk]pilot. Nu het effect in het kader van de [vertrouwelijk]pilot uiteindelijk – mede door toedoen van OPTA – beperkt is gebleven, kwalificeert het college de overtreding niet als zeer ernstig, maar als ernstig.

8.3 Boeteverlagende of -verhogende omstandigheden

71. Uit hoofdstuk 6 van de Boetebeleidsregels blijkt verder dat het college boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden kan betrekken bij de vaststelling van de boete. De toepasselijkheid van een boeteverhogende of -verlagende omstandigheid kan leiden tot verhoging of verlaging van de boete, indien onverkorte handhaving van de boetemaxima onvoldoende recht zou doen aan het gewicht van de betrokken omstandigheid (zie artikel 6.1 Boetebeleidsregels).

Recidive

72. Ten behoeve van de beantwoording van de vraag of sprake is van recidive als boeteverhogende omstandigheid, dient te worden vastgesteld of het college eerder, voorafgaand aan de in dit besluit vastgestelde overtreding, KPN boetes heeft opgelegd ten aanzien van hetzelfde type overtreding.
73. Het college stelt vast dat aan KPN in het verleden meermaals een boete is opgelegd voor overtreding van aan KPN opgelegde non-discriminatieverplichtingen. Het gaat om de volgende besluiten:
- Besluit van het college van 11 maart 2003 inzake informatievoorziening RA-ULL¹⁹;
 - Besluit van het college van 19 december 2003 inzake kortingen ontbundelde lijnen²⁰;
 - Besluit van het college van 28 november 2005 inzake individuele kortingen en BasicLine²¹;
 - Besluit van het college van 15 december 2006 inzake SNT²²;
 - Besluit van het college van 9 juli 2007 inzake Bocchi en WorldLine XL²³;
 - Besluit van het college van 8 oktober 2007 inzake KLM/Philips²⁴;

¹⁸ Rapport KPN "Bevindingen naar aanleiding onderzoek Pair Bonding / Combimonteur", bijlage bij e-mail KPN van 1 februari 2012 aan de toezichthoudende ambtenaren van het college

¹⁹ Kenmerk OPTA/IBT/2003/201325

²⁰ Kenmerk OPTA/IBT/2003/204596

²¹ Kenmerk OPTA/TN/2005/203364

²² Kenmerk OPTA/TN/2006/203208

²³ Kenmerk OPTA/TN/2007/201448

²⁴ Kenmerk OPTA/TN/2007/202036

Besluit Openbaar

- Besluit van het college van 10 oktober 2008 inzake BVI²⁵;
 - Besluit van het college van 10 oktober 2008 inzake CVN²⁶;
 - Besluit van het college van 30 december 2009 inzake AI²⁷;
 - Besluit van het college van 8 februari 2010 inzake TCO²⁸.
74. Alle genoemde besluiten dateren van vóór de onderhavige overtreding en betreffen overtreding door KPN van de non-discrimatieverplichting. KPN stelt in haar zienswijze dat de overtreding van de non-discrimatieverplichting in alle gevallen van geheel andere aard was en dat de besluiten waren gericht op andere bedrijfsonderdelen van KPN. Naar het oordeel van het college doet dit niets af aan de relevantie van deze besluiten in het onderhavige geval. In alle gevallen is immers sprake van overtreding van verplichtingen die aan KPN en haar groepsmaatschappijen in hun hoedanigheid van partij met AMM zijn opgelegd en wordt met deze verplichtingen beoogd te voorkomen dat KPN en haar groepsmaatschappijen door middel van discriminatoir gedrag de totstandkoming of instandhouding van effectieve concurrentie frustreren. Daarmee staat voor het college vast dat sprake is van eenzelfde type overtreding door dezelfde overtreder.²⁹
75. Het college stelt vast dat de besluiten (1) WPS Nummerinformatiediensten, (2) Belzakelijk en (3) KPP in beroep zijn vernietigd dan wel gewijzigd. Gelet hierop betreft het college deze besluiten niet bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van recidive. Uit bovenstaande volgt dat ook zonder deze besluiten voldoende basis bestaat voor de conclusie dat sprake is van recidive.

Compliance

76. KPN en OPTA hebben in het Compliance Handvest (hierna: Handvest) van 24 april 2008 een aantal basisafspraken opgenomen met betrekking tot de wijze waarop KPN daadwerkelijk en effectief invulling geeft aan haar eigen verantwoordelijkheid om de Tw na te leven. Hieronder valt mede de afspraak dat door KPN zelf geconstateerde overtredingen onverwijld en op eigen initiatief aan OPTA worden gemeld en beëindigd en dat vermoedens van overtredingen onverwijld worden gemeld.
77. KPN heeft in haar zienswijze op het boeterapport gesteld dat ook als er overtredingen plaatsvinden nog steeds sprake is van een effectieve compliance-organisatie, mits deze overtredingen wel worden gedetecteerd, beëindigd en gemeld bij het college.
78. Het college merkt allereerst op dat compliance inhoudt dat de betreffende organisatie intern zodanig is ingericht dat de naleving van de bij en krachtens de telecomunicatieregelgeving gestelde verplichtingen wordt bevorderd en geborgd. Hij stelt vast dat in het voorliggende geval de beheersmaatregelen van het complianceprogramma van KPN er niet toe hebben geleid dat KPN de aan haar opgelegde non-discrimatieverplichting effectief heeft nageleefd. Hij stelt verder vast dat KPN de overtreding niet zelfstandig heeft gedetecteerd. De overtreding is immers pas aan het licht gekomen doordat toezichthoudende ambtenaren van het college vragen hebben gesteld over de wholesaledienst MDF Pair Bonding, de combimonteur, het gepubliceerde referentieaanbod en

²⁵ Kenmerk OPTA/AM/2008/202097

²⁶ Kenmerk OPTA/AM/2008/202273, betreft een waarschuwing

²⁷ Kenmerk OPTA/AM/2009/203754

²⁸ Kenmerk: OPTA/AM/2010/200514

²⁹ Rb. Rotterdam 15 september 2011, LJN: BT1902

Besluit Openbaar

de pilot MDF Pair Bonding³⁰. Naar het oordeel van het college is daarom wel degelijk sprake van een ineffectieve compliance-organisatie.

79. Nadat de overtreding aan het licht was gekomen, heeft KPN deze aan OPTA gemeld en is vervolgens een onderzoek gestart. Uit dat onderzoek blijkt ook dat in casu geen sprake was van een effectief compliancemechanisme, nu binnen de projectorganisatie van de **[vertrouwelijk]**pilot onvoldoende was geborgd wie de verantwoordelijkheid had voor het laten uitvoeren van een regelgevingtoets. Het college merkt hierbij op dat de borging van de regelgevingtoets temeer verwacht had mogen worden bij een pilot die de opmaat moest worden voor de grootschalige introductie van een dienst in de consumentenmarkt.
80. Gelet op het vorenstaande ziet het college dan ook aanleiding om de omstandigheid dat het KPN complianceprogramma onvoldoende is geïmplementeerd, dan wel onvoldoende in de praktijk is toegepast en derhalve in het voorliggende geval in onvoldoende mate effectief is gebleken, als een boeteverhogende omstandigheid mee te nemen.

Beëindiging overtreding uit eigen beweging

81. Als boeteverlagende omstandigheid kan de omstandigheid in aanmerking worden genomen dat de overtreder de overtredingen uit eigen beweging heeft beëindigd voor of bij de eerste bekendwording met het onderzoek van het college.
82. KPN meent dat sprake is van boeteverlagende omstandigheden omdat zij zelfstandig de overtreding onverwijld heeft beëindigd en gemeld bij het college en een intern onderzoek is begonnen waarvan ze de conclusie vervolgens met het college heeft gedeeld.
83. In het voorliggende geval heeft KPN op 3 januari 2012 geconstateerd dat bij het aansluiten van deze klanten in de **[vertrouwelijk]**pilot door de retailmonteur ook handelingen in het wholesaledomein werden uitgevoerd, waaronder het vervangen van het ISRA-punt en dat deze mogelijkheid (nog) niet beschikbaar was voor wholesale-afnemers als gevolg van vragen van het college daarover. Als gevolg van deze constatering heeft KPN de **[vertrouwelijk]**pilot stopgezet op 4 januari 2012 en zijn daarna geen VDSL Pair Bonding klanten meer aangesloten.
84. Het college ziet aanleiding om de omstandigheid dat het KPN de overtreding uit eigen beweging heeft beëindigd, als een boeteverlagende omstandigheid mee te nemen.

Medewerking onderzoek

85. KPN heeft aan de informatieverzoeken van het college voldaan. KPN heeft haar medewerking aan het onderzoek niet geweigerd en/of anderszins belemmerd. Anderzijds blijkt uit het boeterapport evenmin van een daadwerkelijk verdergaande medewerking aan het onderzoek dan waartoe zij was gehouden. Het intern onderzoek dat KPN is gestart, heeft het college reeds besproken bij de overwegingen ten aanzien van de effectiviteit van het complianceprogramma. Gelet hierop ziet het college dan ook geen aanleiding om de mate van medewerking aan het onderzoek als een boeteverhogende dan wel boeteverlagende omstandigheid mee te nemen.

Conclusie boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

86. Het college concludeert dat in het onderhavige geval sprake is van recidive, alsmede dat niet gebleken is van een effectief complianceprogramma bij KPN. Deze omstandigheden zal het

³⁰ Zie de voetnoten 17 en 18

Besluit Openbaar

college dan ook meenemen als boeteverhogende omstandigheden. Voorts heeft KPN de overtredingen uit eigen beweging beëindigd, hetgeen het college aanmerkt als boeteverlagende omstandigheid. Voor het aannemen van andere boeteverhogende of -verlagende omstandigheden ziet het college geen aanleiding.

8.4 Verwijtbaarheid

87. Uit artikel 5:46 van de Awb volgt dat het college bij het vaststellen van de boete de hoogte daarvan dient af te stemmen op de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten. Artikel 7.2 van de Boetebeleidsregels bepaalt dat het college geen boete oplegt, indien de overtreder aannemelijk weet te maken dat hem van de overtreding geen verwijt valt te maken.
88. KPN stelt in reactie op randnummer 57 van het boeterapport dat het enkele feit dat de overtreding is begaan nog niet betekent dat sprake is van verwijtbaarheid, omdat daarvoor een zekere mate van opzet nodig is.
89. Het college volgt KPN hierin niet. Schuld in de zin van verwijtbaarheid is bij bestuursrechtelijke gesanctioneerde overtredingen doorgaans – evenals in het onderhavige geval – geen bestanddeel van het delict. Dit betekent dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet hoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat. Om aan het opleggen van een boete te ontkomen, zal de overtreder dan een beroep moeten doen op afwezigheid van alle schuld en deze afwezigheid aannemelijk dienen te maken.³¹
90. Het college merkt ten aanzien van de voorliggende overtreding op dat KPN zelf heeft toegegeven de non-discriminatieverplichting te hebben overtreden. Hiermee staat het daderschap vast en mag het college de verwijtbaarheid van KPN derhalve vooronderstellen. Het college merkt verder op dat bij de beoordeling of aan KPN een verwijt kan worden gemaakt niet noodzakelijk is dat sprake is van opzet. Ook andere elementen spelen een rol, zoals de vraag of de overtreder in staat is geweest, dan wel zich voldoende heeft ingespannen om de overtreding te voorkomen.
91. Het college heeft de non-discriminatieverplichting in het Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang aan KPN, een partij met AMM, opgelegd. KPN heeft ten aanzien van het conceptbesluiten Ontbundelde toegang haar zienswijze gegeven en was als zodanig bekend met de op haar rustende verplichtingen. Het is vervolgens aan de partij op wie een dergelijke verplichting rust om te waarborgen dat de betreffende verplichting wordt nageleefd.
92. In het boeteonderzoek is geconstateerd en uit het interne onderzoek van KPN is naar voren gekomen dat de interne procedures niet hebben voorkomen dat deze overtreding heeft plaatsgevonden. Binnen de projectorganisatie van de **[vertrouwelijk]**pilot was onvoldoende geborgd wie de verantwoordelijkheid had voor het laten uitvoeren van een regelgevingtoets.
93. Op grond van het vorenstaande acht het college de overtreding van de non-discriminatieverplichting volledig verwijtbaar. Het college laat daarbij in het midden of de door hem geconstateerde overtredingen al dan niet opzettelijk zijn begaan.

³¹ Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de 4^e tranche van de Awb, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 702, nr. 3, blz. 134

Besluit Openbaar

8.5 Vaststelling van de hoogte van de boete

94. In deze paragraaf stelt het college op basis van bovenstaande overwegingen ten aanzien van de ernst, de aanwezigheid van boeteverhogende en -verlagende factoren en de verwijtbaarheid de hoogte van de boete vast.

95. Op grond van de Boetebeleidsregels wordt de hoogte van de boete vastgesteld met toepassing van de volgende formule:

Boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden

96. Het college zal hierna eerst vaststellen wat de verschillende variabelen van de formule zijn.

Boetegrondslag

97. Op grond van artikel 5.4 van de Boetebeleidsregels hanteert het college een boetegrondslag van 10% van de bij de overtreding betrokken omzet van de desbetreffende onderneming.

98. In het onderhavige geval geeft het boeterapport aan dat volgens opgave van KPN de omzet van de **[vertrouwelijk]** premium klanten gedurende de duur van de overtreding € 23.759 betrof. 10% van deze omzet bedraagt € 2.375.

Ernstfactor

99. Het college is tot het oordeel gekomen dat de overtreding van de non-discriminatieverplichting (artikel 6a.8 van de Tw) moet worden gekwalificeerd als een ernstige overtreding.

100. Wat betreft de in casu te hanteren ernstfactor, heeft het college overwogen dat dit een overtreding van de non-discriminatieverplichting betreft in het kader van een pilot, waarvan de gevolgen zich verder hebben verstrekt dan de pilot. De informatie die door het uitvoeren van de pilot beschikbaar komt, kan bij de daadwerkelijke uitrol van de dienst worden gebruikt. Concurrenten van KPN is niet de mogelijkheid gegeven om voorafgaand aan een eventuele grootschalige uitrol de dienst in een pilotsituatie uit te proberen. KPN heeft deze mogelijkheid wel aan haar retailorganisatie geboden en deze heeft ook daadwerkelijk klanten aangesloten met behulp van een Combimonteur. Bij de vaststelling van de ernstfactor betreft het college eveneens dat het aantal aangesloten klanten en de daarmee behaalde omzet uiteindelijk beperkt is gebleven. Het vorenstaande afwegende, concludeert het college in het onderhavige geval tot een ernstfactor 1,5.

Gewicht van de onderneming

101. Met de Boetebeleidsregels heeft het college niet alleen beoogd om geconstateerde overtredingen te bestraffen, maar bovendien en juist om nieuwe overtredingen zoveel mogelijk te voorkomen. Dat blijkt (onder meer) uit artikel 1.2 van de Boetebeleidsregels dat nadrukkelijk bepaalt dat de hoogte van de op te leggen boete toereikend moet zijn om volgende overtredingen door dezelfde overtreder te voorkomen (speciale preventie), alsmede om potentiële overtreeders te weerhouden van nieuwe, soortgelijke overtredingen (generale preventie).

102. Op grond van artikel 5.10 van de Boetebeleidsregels kan uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking het verkregen resultaat worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming. Dit kan leiden tot een verveelvoudiging van het resultaat dat op basis van (een berekening) van de betrokken omzet en de factor wordt bereikt. Het college acht het in dit specifieke geval passend om een boete op te leggen waarvan de hoogte de bij de overtreding

Besluit Openbaar

betrokken omzet benadert. Het college past daarom het verkregen resultaat aan met een factor 3.

Boeteverhogende en boeteverlagende factoren

103. Het college heeft in dit besluit (zie § 8.3) twee boeteverhogende omstandigheden en één boeteverlagende omstandigheid geconstateerd.
104. Het college heeft geconstateerd dat in het onderhavige geval sprake was van recidive. Op grond van artikel 6.3 van de boetebeleidsregels is een boeteverhogende omstandigheid in ieder geval de omstandigheid dat er sprake is van recidive door dezelfde overtreder ten aanzien van eenzelfde type overtreding. Het college acht het passend om in het onderhavige geval een verhoging wegens recidive, die onderdeel uitmaakt van een doorlopende reeks van hetzelfde type overtredingen, op te leggen. Hij verhoogt de op te leggen boete, conform het bepaalde in artikel 6.3 van de Boetebeleidsregels met 100%.
105. Tevens heeft het college geconstateerd dat sprake was van een ineffectieve compliance-organisatie. Op grond van artikel 6.2 jo. 6.1 van de Boetebeleidsregels kan het college in redelijkheid de mate bepalen waarin deze omstandigheid leidt tot verhoging van de boete. In dit verband wijst het college in eerste instantie op het belang van een onverkorte naleving van de afspraken uit het Handvest voor de effectiviteit van het toezicht door het college en daarmee uiteindelijk voor de totstandkoming van effectieve concurrentie op de markt. Hoewel KPN de overtreding aan OPTA gemeld heeft en een intern onderzoek is gestart, heeft KPN's compliance-organisatie de overtreding niet voorkomen. Daarnaast heeft KPN de overtreding eerst naar aanleiding van vragen van het college – en dus niet zelfstandig – gedetecteerd. Het college is van oordeel dat om die redenen een boeteverhoging van 20% redelijk is.
106. De boeteverlagende omstandigheid die het college heeft geconstateerd, betreft de omstandigheid dat de overtreder de overtredingen uit eigen beweging heeft beëindigd. Het college overweegt dat de overtreding door KPN eerst naar aanleiding van vragen van het college is gesignaleerd en vervolgens is beëindigd. Gelet op artikel 6.2 jo. 6.1 van de Boetebeleidsregels is het college daarom van oordeel dat een verlaging van de boete met 10% redelijk is.

Conclusie boetehoogte

107. Toepassing van de Boetebeleidsregels en de daarin opgenomen formule leidt tot de volgende boete:

$$(\text{€ } 2.375 \times 1,5) \times 3 + 110\% = \text{€ } 22.443$$

9 Publicatie

108. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhaving-)besluiten op haar website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking. Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd. Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.

Besluit Openbaar

109. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van concurrenten, afnemers en eindgebruikers om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien van KPN is vastgesteld dat deze in strijd heeft gehandeld met het in hoofdstuk 6a van de Tw bepaalde en dat aan hem een sanctie is opgelegd.
110. Afnemers worden zo gewaarschuwd en concurrenten komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan het belang van KPN. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

10 Besluit

111. Op grond van het vorenstaande besluit het college het navolgende:
- Het college legt aan de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V een boete op van € 22.443 in verband met de overtreding van de non-discriminatieverplichting uit de Marktanalysebesluiten Ontbundelde toegang; en
 - Het college zal een openbare versie van dit besluit publiceren op zijn website.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het college van de OPTA.

Het postadres is: college van de OPTA, Postbus 90420, 2509 LK Den Haag.

Het bezwaarschrift 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 bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

Het college wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift het college te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien het college uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien het college uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door het college worden behandeld.