

**BESLUIT tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN Telecom B.V.
inzake Bitstroomtoegang**

OPTA/IBT/2002/202894

I - INLEIDING

1. Naar aanleiding van een gezamenlijk handhavingverzoek van MCI WorldCom B.V. h.o.d.n. WorldCom (hierna: WorldCom), Energis N.V. (hierna: Energis), Colt Telecom B.V. (hierna: Colt), BT Ignite Nederland B.V (hierna: BT Ignite) en VersaTel Nederland N.V. (hierna: VersaTel) neemt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) in het navolgende een besluit, waarin hij overgaat tot het opleggen van een last onder dwangsom aan KPN Telecom B.V. (hierna KPN) met betrekking tot het onderwerp 'bitstroomtoegang'.
2. Kort samengevat komt het college in dit besluit tot de conclusie dat de bitstroom toegangsdienst een dienst is die zowel valt onder het begrip bijzondere toegang als onder het begrip huurlijn. Dit brengt mee dat KPN met betrekking tot deze dienst moet voldoen aan onder meer de norm van non-discriminatie. Nu KPN een dergelijke dienst aan zichzelf levert en niet aan anderen overtreedt zij deze norm. Het college legt daarom een last onder dwangsom op om een aanbod te doen dat de discriminatie op genoegzame wijze wegneemt. Gedurende de periode dat dit aanbod wordt ontwikkeld en zes weken daarna is het KPN verboden een dergelijke dienst aan zichzelf leveren.

II - VOORGESCHIEDENIS

3. Begin 2002 heeft KPN onder de productnaam "Ecapacity" twee diensten, te weten 'Ecapacity Office' en 'Ecapacity for ISP's' (hierna genoemd: Ecapacity diensten), op de Nederlandse markt geïntroduceerd.
4. In het 'Oordeel Interconnecterende huurlijnen', d.d. 26 april 2002 (kenmerk: OPTA/IBT/2002/200705), is door het college aangegeven (onder punt 127) dat het onderzoek zal doen naar de inhoud van Ecapacity diensten van KPN, waarbij wordt opgemerkt dat de aandacht in ieder geval uit zou gaan naar de mogelijkheden van andere aanbieders om wholesale diensten af te nemen tegen dezelfde voorwaarden als KPN zelf.
5. Het college heeft op 28 maart 2002 schriftelijk vragen gesteld aan KPN met betrekking tot het onderwerp bitstroomtoegang (kenmerk: OPTA/IBT/2002/200772) en KPN heeft schriftelijk geantwoord op 4 april 2002 (kenmerk: R/02/U/055). De beantwoording bevat onder meer de mededeling door KPN dat de diensten 'Ecapacity Office' en 'Ecapacity for ISP's' zogenaamde bitstroomdiensten zijn zoals beschreven in de definitie van het college.
6. WorldCom, Energis, Colt, BT Ignite en VersaTel, verenigd in de Associatie voor Competitieve Telecom Operators, (hierna: ACT-partijen), hebben op 26 april 2002 gezamenlijk een schriftelijk

handhavingverzoek ingediend bij het college. Zij verzoeken het college KPN te dwingen per onmiddellijk met haar discriminerend gedrag te stoppen en het aanbod van Ecapacity diensten terug te trekken totdat KPN een bitstroomtoegangsdienst, die voldoet aan de gezamenlijke eisen van de marktpartijen, beschikbaar heeft gesteld en deze volledig geïmplementeerd is.

7. Bij brief van 31 mei 2002 (kenmerk: OPTA/IBT/2002/201388) heeft het college een vooraankondiging last onder dwangsom aan KPN verzonden, waarin het voornemen tot het opleggen van de last onder dwangsom wordt aangekondigd. In deze vooraankondiging is aan KPN de mogelijkheid geboden zijn zienswijze te geven.
8. Bij brief van 17 juni 2002 (uw kenmerk: R/02/U/096) heeft KPN zijn zienswijze kenbaar gemaakt.
9. Om een beter beeld te verkrijgen van de feitelijke marktsituatie heeft het college een hoorzitting georganiseerd op 4 juli 2002. Hiervoor zijn KPN en de ACT-partijen uitgenodigd. Daarnaast zijn ook vier aanbieders die zelf een eigen DSL-netwerk hebben uitgenodigd, te weten BBNed N.V. (hierna: BBNed), Tiscali B.V. (voorheen: BabyXL Broadband DSL B.V.), Inovara B.V. (hierna: Inovara) en NovaXess B.V. (hierna: NovaXess). Op deze hoorzitting heeft KPN zijn zienswijze toegelicht. Ook hebben de ACT-partijen hun verzoekschrift toegelicht.
10. Bij brief d.d. 10 juli 2002 (kenmerk: R/02/0113) heeft KPN een aanvullende reactie gegeven naar aanleiding van de hoorzitting. Deze bevat onder meer een aanvulling op de zienswijze, alsmede een reactie op de pleitnota van de ACT-partijen.
11. Inovara (d.d. 26 juni 2002 en 10 juli 2002), BBNed (d.d. 26 juni 2002) en NovaXess (d.d. 9 juli 2002) hebben hun schriftelijke reacties gegeven.
12. Op verzoek van het college heeft KPN een meer uitgebreidere beschrijving van de netwerk-topologie van Ecapacity diensten en de relatie van deze met die van Mxstream doen toekomen via een E-mail, d.d. 15 juli 2002.¹
13. Bij brief d.d. 17 juli 2002 hebben de ACT-partijen een aanvullende reactie gegeven naar aanleiding van de hoorzitting. Deze bevat onder meer een aanvulling op het verzoekschrift en op de pleitnota, die op de hoorzitting is gepresenteerd, alsmede een reactie op de zienswijze van KPN en de bijbehorende toelichting op de hoorzitting.
14. Bij brief d.d. 18 juli 2002 hebben de ACT-partijen een vertrouwelijk stuk ingezonden naar aanleiding van het handhavingsverzoek. Dit bevat per individuele partij informatie over de vraag of er volwaardige alternatieven bestaan in de markt voor de (momenteel niet aangeboden) bitstroomtoegangsdienst van KPN.

¹ Gestuurd door KPN via e-mail d.d. 15 juli 2002, met als bijlagen network topology 101.doc en presentatie bitstream (3)1.ppt

15. Bij brief d.d. 9 juli 2002 (kenmerk: OPTA/IBT/2002/201852) heeft het college de presentaties van KPN die tijdens de hoorzitting zijn overgelegd, het Stratix rapport: Differentiatie binnen de productgroep "PVC's" van 3 juli 2002 (hierna: het Stratix Rapport) en de pleitnota van de ACT-partijen verstuurd aan KPN, de ACT-partijen, Novaxess, BBned en Inovara (hierna: de genodigden van de hoorzitting).
16. Bij brief d.d. 19 juli 2002 (kenmerk: OPTA/IBT/2002/201852) heeft het college het verslag van de hoorzitting, alsmede de nagezonden schriftelijke reacties van KPN, de ACT-partijen en NovaXess verstuurd aan de genodigden van de hoorzitting.
17. Bij brief van 2 augustus 2002 hebben de ACT-partijen een gezamenlijk standpunt geformuleerd omtrent de gewenste invulling van de bitstroomtoegangsdienst.

III – Wat is bitstroomtoegang?

18. Het college sluit aan bij de definitie die hij in zijn consultatiedocument 'Collocatie en eenmalige kosten met betrekking tot toegang tot de aansluitlijn' d.d. 2 oktober 2000 heeft gegeven. Er kan van bitstroomtoegang gesproken worden "wanneer KPN, onder gebruikmaking van eigen modems, een breedbandige verbinding realiseert tussen de centrale en de eindgebruiker, en deze verbinding vervolgens (eventueel partieel) ter beschikking stelt aan derden om breedbanddiensten over aan te bieden. Een dergelijke verbinding zal in de praktijk veelal gebaseerd zijn op xDSL-technologieën. Daarbij is het denkbaar dat KPN ook zorg draagt voor het transport van de data van een andere aanbieder naar een hoger punt in het netwerk van KPN, waar vervolgens de overdracht van de data aan deze andere aanbieder kan plaatsvinden. "

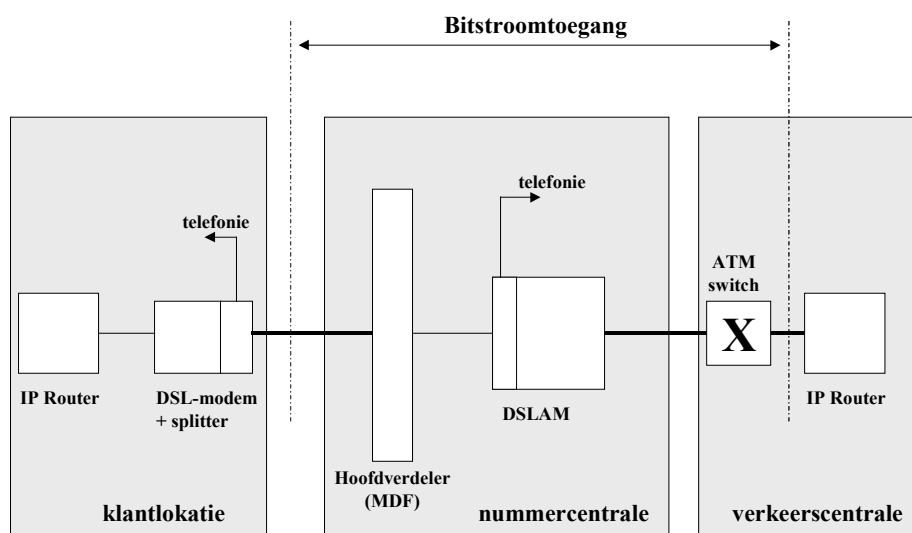
Globale omschrijving van de dienst Ecapacity

19. Hieronder beschrijft het college globaal de Ecapacity diensten van KPN en de relatie met bitstroomtoegang. Naar het college begrijpt biedt 'Ecapacity Office' klanten beveiligde IP connectiviteit tussen Local Area Networks (LAN's) in verschillende (bedrijfs-)vestigingen. De breedband toegang tot deze IP-service kan gerealiseerd worden met een xDSL-verbinding (ADSL of SDSL) of een ander type vaste verbinding.² Deze vorm van dienstverlening wordt ook wel een Virtual Private Network genoemd (hierna: VPN).
20. Naar het college begrijpt wordt bij de speciaal voor Internet Service Providers (hierna: ISP's) ontwikkelde variant van Ecapacity diensten(Ecapacity for ISP's) de mogelijkheid geboden aan andere aanbieders om met behulp van een netwerkkoppeling op het IP-netwerk van KPN (via een zogeheten IP-handover) een 'eigen' VPN te realiseren, in combinatie met een breedband toegang voor de eindgebruikers. In dit aanbod wordt enkel de breedbandtoegang op basis van een xDSL-verbinding

² Deze informatie is o.a. gebaseerd op www.kpn.com (-netwerken – vestigingen koppelen – Ecapacity Office), d.d. 24 mei 2002

(ADSL of SDSL) aangeboden.

21. Naar het college begriipt wordt er bij beide diensten gebruik gemaakt van een breedbandtoegang op basis van xDSL-technologie. Om de bitstroom naar een op een hoger netvlak gelokaliseerde IP-netwerkaansluiting te transporteren wordt gebruik gemaakt van een zogenaamde DSLAM (DSL Access Multiplexer) in combinatie met transmissiecapaciteit tussen de nummercentrale en een ATM-centrale in de verkeerscentrale³. Functioneel wordt er per individuele breedbandtoegang een Permanent Virtual Circuit⁴ (hierna: PVC) gerealiseerd tussen de IP-netwerkaansluiting op klantlokatie en de IP-netwerkaansluiting in de verkeerscentrale. In onderstaand plaatje is dit schematisch weergegeven:



Figuur 1: Schematische weergave KPN Implementatie breedbandtoegang voor de Epacity diensten

22. Op basis van de door het college gehanteerde definitie van bitstroomtoegang alsmede op basis van de mededeling in het schrijven van KPN d.d. 4 april 2002, constateert het college dat er voor de Epacity diensten sprake is van een bitstroomtoegang tussen de netwerkaansluiting van het telecommunicatienetwerk van KPN en de aansluiting op het IP-netwerk in de verkeerscentrale van KPN (zoals aangeven in figuur 1).

³ Deze informatie is o.a. gebaseerd op een door KPN op verzoek van het college geleverd overzicht van de netwerktopologie van Epacity, via e-mail d.d. 15 juli 2002.

⁴ PVC staat voor permanent virtual circuit, oftewel een huurlijn met instelbare capaciteit.

23. Deze vorm van bitstroomtoegang, waarbij gebruik gemaakt wordt van een ATM-centrale (of in meer algemene zin van een ATM-netwerk) voor de overdracht van de informatie, wordt “bitstroomtoegang met ATM-handover” genoemd. Deze vorm van bitstroomtoegang met ATM-handover is de toegang die de ACT-partijen in een eerder stadium hebben verzocht aan KPN en ook hebben verzocht in hun handhavingsverzoek. Deze vorm van bitstroomtoegang wordt door KPN gebruikt bij de realisatie van haar eigen Ecapacitydiensten. Bitstroomtoegang is, anders gezegd, een bouwsteen voor de Ecapacity diensten, die aan (eind)gebruikers worden aangeboden.

IV - JURIDISCH KADER

24. Het college dient bij zijn beoordeling van het handhavingverzoek uit te gaan van het juridisch kader zoals dat in de wet en de daarop gebaseerde besluitvorming is neergelegd. In het bijzonder betreft het de bepalingen inzake de handhavingbevoegdheid, bijzondere toegang en huurlijnen.

Handhavingbevoegdheid

25. Het college is ingevolge artikel 15.2, tweede lid, Tw bevoegd tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, Tw bedoelde bepalingen. De bepalingen uit hoofdstuk 6 vallen hieronder. Artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt dat een bestuursorgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen, in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom op kan leggen.

Bijzondere toegang

26. Op grond van artikel 6.4 Tw is KPN door het college aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke macht op de markt voor telefonienetwerken⁵. Door deze aanwijzing is artikel 6.9 Tw van kracht.
27. Om vast te stellen of de bitstroomtoegang een bijzondere toegang betreft is de wettelijke definitie van bijzondere toegang zoals gegeven in artikel 1.1, onder j, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) in dit kader van belang:
'Toegang tot een telecommunicatienetwerk op andere punten dan de netwerkaansluitpunten die aan de meeste gebruikers worden aangeboden.'
Uit de memorie van toelichting blijkt dat het begrip bijzondere toegang ruim is gedefinieerd om de ontwikkeling van nieuwe diensten te stimuleren.⁶

⁵ AMM-aanwijzing vaste openbare telefonie (artikel 6.4 Tw), OPTA/EGM/2000/202722, datum 15 november 2000, welke is gecontinueerd in Continuering AMM-aanwijzing vaste openbare telefonie, OPTA/EGM/2001/203016, datum 10 december 2001.

⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, blz. 31.

28. Bepalingen met betrekking tot bijzondere toegang, zoals vastgelegd in artikel 6.9, eerste, tweede en derde lid Tw, zijn:
- ' – 1. Aanbieders, aangewezen door het college krachtens artikel 6.4, eerste lid Tw, voldoen aan alle redelijke verzoeken tot bijzondere toegang.
 - 2. De artikelen 6.2, 6.3 en 6.5 Tw zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat het in artikel 6.5, onderdelen a en b, vastgelegde vereiste van non-discriminatie, behoudens het bepaalde in het derde lid, mede ziet op de ten behoeve van de totstandbrenging van interconnectie als bedoeld in artikel 6.1 geboden bijzondere toegang.
 - 3. Onverminderd het eerste en tweede lid, is voor aanbieders van vaste openbare telefoonnetwerken of vaste openbare telefoondiensten die zijn aangewezen krachtens artikel 6.4, eerste lid, artikel 6.6 van overeenkomstige toepassing ten aanzien van verzoeken om bijzondere toegang gedaan door hen die in of buiten Nederland openbare telecommunicatiediensten aanbieden.
29. De bepalingen voor non-discriminatie, die zijn vervat in artikel 6.5 Tw zijn:
- ' Aanbieders, aangewezen door het college krachtens artikel 6.4, eerste lid Tw:
 - a. verstrekken aan andere aanbieders, die krachtens artikel 6.1 Tw verzoeken om interconnectie, deze onder gelijke voorwaarden onder gelijke omstandigheden;
 - b. verstrekken aan andere aanbieders, die krachtens artikel 6.1 Tw verzoeken om interconnectie, deze onder gelijke voorwaarden als die welke gelden voor henzelf of hun dochtermaatschappijen.'
30. Het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in artikel 16, zeventiende lid, van Richtlijn 98/10/EG en artikel 6, onder a), van Richtlijn 97/33/EG en het in artikel 4, tweede lid, van Richtlijn 97/33/EG bedoelde principe dat, indien redelijk, toegang moet worden verleend op een willekeurig netwerkaansluitpunt, geldt ook voor bitstroomtoegang. Dit is bevestigd in de mededeling van de Commissie van 26 april 2000 (2000/C272/10) inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet.
31. Verordening (EG) Nr. 2887/2000 van het Europees parlement en de raad van 18 december 2000, inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (hierna: de Verordening) artikel 1, derde lid, inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk bepaalt dat het aanbieden van volledige ontbundelde toegang tot het aansluitnet 'niet afdoet aan de verplichting voor aangemelde exploitanten die het vaste openbare telefoonnetwerk gebruiken voor het leveren van snelle toegangs- en transmissiediensten aan derden, om – in overeenstemming met het non-discriminatiebeginsel – deze diensten te leveren onder dezelfde voorwaarden als die waaronder zij leveren aan zichzelf of aan met hen geassocieerde ondernemingen, overeenkomstig de communautaire voorschriften'.
32. Op grond van artikel 6.4 en artikel 7.2 Tw is KPN door het college aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke macht op de markt voor huurlijnen.⁷ Met de aanwijzing op grond van artikel 6.4 (hierna: de AMM-aanwijzing) Tw worden de verplichtingen ten aanzien van de levering van

⁷ AMM-aanwijzing huurlijnen (artikel 6.4 Tw), OPTA/EGM/2000/202723, datum 15 november 2000 en AMM-aanwijzing huurlijnen (artikel 7.2 Tw), OPTA/EGM/2002/200667, datum 27 maart 2002.

huurlijnen van toepassing. Met de aanwijzing op grond van artikel 7.2 Tw worden de verplichtingen van het BOHT met betrekking tot huurlijnen van toepassing. KPN is bij de aanwijzing op grond van artikel 7.2 Tw niet langer aangewezen op de markt van huurlijnen groter dan 2 Mbit/s. De bepalingen van het BOHT zijn daarmee van toepassing op door KPN geleverde huurlijnen met een capaciteit tot en met 2 Mbit/s en derhalve ook voor PVC's.⁸

33. De wettelijke definitie van huurlijn is gegeven in artikel 1.1, onder i, Tw:
'Aan het publiek ter beschikking stellen van transparante transmissiecapaciteit tussen twee netwerkaansluitpunten van een telecommunicatienetwerk, zonder routeringsfuncties waarover gebruikers kunnen beschikken als onderdeel van de geleverde huurlijn.'
34. In het Information Society DG (toen DGXIII) working document van 31 augustus 1999 inzake "Commission Recommendation on leased line interconnect pricing" is op pagina 5 aangegeven dat:
"In the case of low speed leased lines (eg 64kbit/s and below), the total access circuit may be provided using the copper pairs used for normal telephone connections. With the development of xDSL technologies, it has become possible to use the same copper pairs for the provision of 2 Mbit/s leased lines."
Een koperen aansluitlijn kan dus met behulp van xDSL-technieken worden gebruikt voor de levering van een huurlijn. In deze situatie gelden de bepalingen van de Huurlijnen- en Interconnectierichtlijn. Artikel 8, tweede lid, van de Huurlijnenrichtlijn verplicht aangewezen aanbieders om bij het verschaffen van huurlijnen het non-discriminatiebeginsel in acht te nemen. Dit artikel is geïmplementeerd in Artikel 14 van het 'Besluit ONP Huurlijnen en telefonie' (hierna: BOHT) dat stelt:
'Een aanbieder van huurlijnen stelt huurlijnen onder dezelfde voorwaarden en tarieven ter beschikking aan zichzelf, zijn dochtermaatschappijen of onderdelen als aan derden.'

V – OVERWEGINGEN

Het college overweegt het volgende:

Bitstroomtoegang is bijzondere toegang

35. Naar het oordeel van het college is bitstroomtoegang aan te merken als bijzondere toegang in de zin van artikel 1.1., onderdeel j, Tw. Er wordt toegang gegeven tot het telefoonnetwerk van KPN op een andere plaats dan aan de meeste andere gebruikers. Daarnaast worden er met het leveren van bitstroomtoegang netwerken gekoppeld om te kunnen communiceren of toegang tot diensten te kunnen krijgen. In het voorliggende geval is er sprake van twee aanbieders van telecommunicatienetwerken en -diensten, waarbij de ene partij wel en de andere partij geen eigen aansluitnet heeft. Dit aansluitnet is noodzakelijk voor de realisatie van eindgebruikersdiensten die de verzoekers om handhaving willen aanbieden. Een van de wijzen waarop toegang kan worden verkregen tot dit aansluitnet is bitstroomtoegang.

⁸ Tegen dit besluit heeft KPN bezwaar aangetekend op 8 mei 2002.

36. Het college voelt zich in haar benadering gesteund door de Europese Commissie, die in de Mededeling van de Commissie (2000/C272/10) bij paragraaf 2 "Vormen van toegang tot het aansluitnet" de verschillende vormen van toegang tot het aansluitnet zeer duidelijk uiteenzet. Hieronder wordt Bitstroomtoegang bij punt 3 expliciet vermeld. Bovendien wordt in dit zelfde punt 3 gesteld dat de commissie van mening is dat "deze drie vormen van toegang tot het aansluitnet als complementair moeten worden beschouwd. Het volstaat niet dat slechts één of twee van deze vormen beschikbaar zijn. Samen zorgen zij ervoor dat er meer concurrentie komt en dat alle gebruikers een ruimere keuze krijgen, doordat de markt kan beslissen welk aanbod het best tegemoet komt aan de behoeften van de gebruikers, rekening houdend met de gebruikersbehoeften en de technische eisen die aan de marktspelers wordt gesteld en de van hen gevergde investeringen."
37. KPN stelt in haar zienswijze dat gebruik wordt gemaakt van ontbundelde aansluitlijnen. Dergelijke lijnen maken geen deel meer uit van het vaste telefonienet van KPN. KPN meent dat deze visie wordt ondersteund door de Europese Commissie. Deze stelde een Verordening inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnet vast omdat dit niet zou vallen onder het bijzondere toegangsbegrip. Het college is – zoals reeds eerder in zijn besluiten uitgebreid is uiteengezet – een andere mening toegedaan. In dit kader is de relevantie van deze discussie echter dermate beperkt dat het college er verder niet op ingaat.
38. KPN voert in haar zienswijze tenslotte aan dat OPTA in eerdere documenten een andere mening zou zijn toegedaan over de status van bitstroomtoegang. Het college wijst er in dit verband op dat KPN dit afleidt uit een consultatiedocument, dat als zodanig geen besluit van OPTA bevat.⁹ Daarnaast dateert het document uit 1998. Sinds die tijd is de onderhavige technologie tot wasdom gekomen en heeft het college (evenals de Europese Commissie) zijn inzichten in dezen verder ontwikkeld. Uit de overige door KPN genoemde documenten kunnen geen standpunten van het college inzake bitstroomtoegang worden afgeleid. Het college concludeert aldus thans anders dan het volgens KPN in het verleden heeft gedaan.

KPN dient aan te bieden

39. Het college constateert dat KPN onder de productnaam Ecapacity eindgebruikersdiensten levert, welke gebaseerd zijn op respectievelijk gebruik maken van bitstroomtoegang. Op grond van artikel 6.4 Tw is KPN door het college aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke macht op de markt voor vaste openbare telefonie. Dat betekent dat de verplichting van non-discriminatoire levering op KPN van toepassing is voor bijzondere toegangsdiensten.
40. Op basis van bovenstaande overwegingen, zijnde dat
- bitstroomtoegang is een bijzondere toegang op het vaste openbare telefonienetwerk van KPN;
 - KPN is aangewezen als AMM voor de markt van vaste openbare telefonie;
 - KPN levert zichzelf bitstroomtoegang;

⁹ Consultatiedocument Bijzondere toegang uit 1998.

concludeert het college op grond van artikel 6.5, jo. artikel 6.9 Tw dat KPN de bitstroomtoegangsdienst, waar zijzelf gebruik van maakt, op grond van het non-discriminatiebeginsel tevens moet aanbieden aan andere aanbieders.

Redelijkheid van een verzoek om bitstroomtoegang

41. Hoewel het bij de beoordeling van non-discriminatie in beginsel geen rol speelt, zou volgens KPN alsnog afgezien kunnen worden van het opleggen van de verplichting om een aanbod te doen op grond van de (on)redelijkheid van het verzoek om bitstroomtoegang. De redelijkheid van een verzoek om bijzondere toegang is in dit verband echter naar het oordeel van het college nagenoeg vanzelfsprekend. KPN levert immers zichzelf deze bitstroomtoegang. Argumenten tegen redelijkheid op basis van technische haalbaarheid en netwerkintegriteit zijn daarmee op voorhand niet valide. KPN stelt in haar zienswijze dat het verzoek om deze dienst desalniettemin niet als redelijk moet worden beschouwd. Hiervoor wordt aangedragen dat

- a) andere aanbieders niet afhankelijk zijn van KPN voor de realisatie van een IP-VPN dienst;
- b) partijen over de bouwstenen beschikken om een eigen bitstroomtoegang te realiseren;
- c) KPN, gezien haar uitrol van Ecapacity, niet beschikt over de capaciteit om bitstroomtoegang ook aan andere aanbieders te bieden.

42. sub a) De redelijkheid van een verzoek is – aldus het college - niet volledig afhankelijk van de vraag of een aanbieder op andere wijze dan via bijzondere toegang tot het netwerk van KPN de bitstroomtoegangsdiensten kan aanbieden. Allereerst geldt dat zodra KPN zichzelf bitstroomtoegang verleent, zij als aanbieder met AMM op basis van het non-discriminatiebeginsel deze toegang ook desgevraagd aan andere aanbieders dient te verlenen. Deze verplichting rust niet op andere aanbieders. Dat een aanbieder bitstroomtoegang van een ander dan KPN *zou kunnen* afnemen impliceert niet dat eerstgenoemde aanbieder deze vorm van toegang ook daadwerkelijk en onder redelijke voorwaarden kan afnemen. Om die reden is dan ook in de interconnectierichtlijn voorgeschreven dat lidstaten ten minste één organisatie aanwijzen die verplicht is om aan redelijke verzoeken om bijzondere toegang te voldoen en die toegang te verlenen.

Het enkele feit dat een aanbieder ook bij een ander dan KPN bitstroomtoegang kan afnemen vormt dan ook onvoldoende grond om een verzoek aan KPN niet als redelijk aan te merken.

43. Bijzondere toegang tot het aansluitnetwerk van KPN dient voor de afnemer wel noodzakelijk te zijn om zijn diensten te kunnen aanbieden. Daarbij spelen zaken als kosten en mogelijkheden (waaronder geografische dekking) een grote rol. KPN heeft een wijdverbreid netwerk en beheert daarmee de toegang tot de meeste eindgebruikers in Nederland. Bitstroomtoegang tot het netwerk van KPN is voor een andere aanbieder noodzakelijk om op iedere gewenste locatie zijn diensten aan eindgebruikers te kunnen aanbieden. Weliswaar heeft KPN op dit moment nog geen landelijke dekking met zijn bitstroomtoegangsdienst, maar gezien de voornemens tot uitrol van KPN¹⁰ is het geen gewaagde conclusie om te stellen dat zij nog dit kalenderjaar de grootste landelijke dekking

¹⁰ In het vertrouwelijke deel van de hoorzitting heeft KPN aangegeven nog dit jaar naar 300 centrales uit te rollen.

zal hebben van alle aanbieders.

44. Verder wordt de noodzaak om bitstroom toegang bij KPN te kunnen afnemen vergroot doordat de voorwaarden waaronder, en met name de kosten, andere aanbieders bitstroom toegang aanbieden een drempel voor aanbieders kunnen vormen om tot de markt toe te treden. Door de verplichting tot non-discriminatoire toegang voor KPN kunnen aanbieders onder gelijke voorwaarden met haar concurreren en wordt een gelijk speelveld op de DSL-breedbandmarkt daadwerkelijk bevorderd. Bitstroom toegang tot het netwerk van KPN is dan ook voor andere aanbieders noodzakelijk om op en binnen die termijn met KPN te kunnen concurreren en wel onder gelijke non-discriminatoire voorwaarden.
45. Sub b) De stelling van KPN dat andere aanbieders het aanbod zelf kunnen bouwen, of hadden kunnen bouwen, door de aanwezigheid van de bouwstenen MDF-access, Collocation en MDF-backhaul is in theorie juist. Toch treft deze stelling geen doel. Allereerst dient verwezen te worden naar artikel 1, derde lid, van de Verordening, waarin – kort gezegd – staat dat het leveren van ontbundelde toegang de AMM-partijen niet ontslaat van de verplichting om andere toegangsdiensten non-discriminatoire te leveren. Daarnaast is door het college vastgesteld dat KPN gedurende een lange periode de indruk heeft gewekt bij de andere partijen dat zij de dienst “Bitstream Access” zou gaan leveren. Op basis hiervan hebben deze partijen klaarblijkelijk een keuze hebben gemaakt om dit af te nemen, in plaats van het zelf te realiseren. Daarnaast geldt dat het momenteel niet mogelijk is voor deze partijen om dit alsnog te realiseren op dezelfde voorwaarden als KPN, noch in termen van realisatiesnelheid als kosten. Bovendien lijkt het gezien de bestaande positie van deze andere aanbieders niet haalbaar om op dezelfde schaal als KPN hiervoor financiële middelen ter beschikking te stellen. Het is vanuit deze positie van de andere aanbieders alleszins redelijk om bitstroomtoegang te verzoeken.
46. Sub c) Het door KPN niet beschikbaar kunnen stellen van een aantal ATM-poorten op de ATM-centrale lijkt vooralsnog geen belemmering. Het eventueel uitbreiden van deze capaciteit op een dergelijke ATM-centrale (in het geval er daadwerkelijk geen enkele poort beschikbaar is) is ook mede voorzien in de periode waarin partijen en KPN tot het afsluiten van het contract en de levering van Bitstroom kunnen komen. Deze capaciteitstekorten zijn dus eenvoudig te verhelpen. Het lijkt ook niet aannemelijk dat een ATM-centrale slechts uitgerust is met één enkele 155 Mbit poort. Wat hiervan ook zij, het kan gelet op het verbod op discriminatie niet zo zijn KPN zichzelf een dienst levert die zij niet aan anderen levert *omdat* zij zelf al haar capaciteit wenst te gebruiken.
47. In haar zienswijze stelt KPN verder dat zij moet investeren in bitstroomtoegang en het bijbehorende risico moet dragen. Het college is van oordeel dat de investeringen die KPN ten behoeve van het aanbieden van de bitstroomtoegang dienen te worden gedaan beperkt zijn en weinig tot geen investeringsrisico inhouden. KPN maakt gebruik van ATM-centrales voor het leveren van de dienst Ecapacity. Hiervoor worden

poorten (155Mbit) beschikbaar gesteld op een ATM-centrale in de verkeerscentrale voor de koppeling met het IP-netwerk van KPN (zie figuur 1). Een dergelijke poort dient ook beschikbaar te worden gesteld aan andere aanbieders. De noodzakelijke additionele investeringen hiervoor zijn beperkt. KPN heeft ook de basisinvestering gepleegd door de realisatie van de ATM-centrales. Het nog te realiseren deel betreft slechts de additionele ATM-poort. Ook betreft dit geen groot investeringsrisico, omdat hier direct de omzet van de dienst bitstroomtoegang tegenoverstaat.

Deelconclusie

48. Het college constateert dat het niet beschikbaar zijn van een aanbod voor bitstroomtoegang voor andere aanbieders dan KPN:
- een overtreding vormt van artikel 6.5 Tw, jo. artikel 6.9 Tw;
 - KPN de overtreder is en er geen omstandigheden zijn die aanleiding geven om de overtreding niet aan KPN toe te rekenen;
 - KPN degene is die de overtreding kan wegnemen.

Bitstroom toegang is ook een huurlijn

49. Het college is van oordeel dat de bitstroomtoegangsdiensd waarop KPN haar Ecapacity dienstverlening heeft gebaseerd tevens binnen de wettelijke definitie van een huurlijn (artikel 1.1, onder i, Tw) valt. Hoewel het op het eerste gezicht niet beoogd lijkt door de wetgever, voldoet de dienst Bitstroomtoegang zowel aan de wettelijke definitie van bijzondere toegang, als aan de wettelijke definitie voor huurlijn. Dat dit geen probleem oplevert en in de praktijk ook juist uitpakt blijkt uit het hierna volgende.
50. Voor het transport van de bitstroom (waarbij gebruik gemaakt is van xDSL-technologie) wordt gebruik gemaakt van PVC's. In zijn besluit inzake AMM-huurlijnen (OPTA/EGM/2002/200667), paragraaf 199, heeft het college reeds gesteld dat PVC's te beschouwen zijn als huurlijnen zoals bedoeld in de Tw. In dit oordeel wordt uitgebreid ingegaan door het college op de definitie van een PVC (paragraaf 173 t/m 189) en de zienswijze van KPN terzake. KPN heeft bezwaar gemaakt tegen deze AMM-aanwijzing. Relevant in dit kader is het bezwaar met betrekking tot de AMM-aanwijzing voor de deelmarkt nationale PVC's. Dit bezwaar is momenteel in behandeling bij het college. Het vertoont grote overeenkomsten met de zienswijze van KPN, zoals deze is verwoord als reactie op de vooraankondiging van de last onder dwangsom voor bitstroomtoegang. Daarnaast heeft KPN tijdens de hoorzitting, alsmede in een nadere schriftelijke reactie hierop, aanvullend hierop een speciaal voor Bitstroomtoegang gemaakt rapport (het Stratix Rapport) overlegd. Dit rapport wordt door het college als meest actueel beschouwd en toegespitst op bitstroomtoegang.

51. Naar aanleiding van deze rapportage heeft het college, naast de reeds in algemene zin van PVC's geformuleerde stellingname van het college in het besluit AMM-huurlijnen, de volgende aanvullingen hierop, die specifiek gelden voor bitstroomtoegang.
52. KPN stelt in haar zienswijze dat bitstroomtoegang geen zelfstandige dienst is, maar onderdeel van de geschakelde IP-VPN dienst. KPN levert bitstroomtoegang niet als zelfstandige dienst. Daarom kan bitstroomtoegang niet als huurlijn worden aangemerkt.
Allereerst wijst het college erop dat het zijn van een zelfstandige dienst geen wettelijk vereiste is volgens de definitie van huurlijn. Daarnaast merkt het college op dat KPN de bitstroomtoegangsdiens weliswaar niet zelfstandig aan anderen levert, maar dat dit geen doorslaggevend criterium kan zijn. Zij levert zichzelf wel een identificeerbaar product dat hiermee gelijk te stellen is. Daaruit blijkt dat deze dienst als zelfstandige dienst geleverd kan worden. Dit oordeel wordt versterkt door het feit dat andere aanbieders een dergelijke dienst wel als zelfstandige dienst aanbieden. Dit wordt ook door KPN zelf aangegeven.
53. KPN stelt in haar zienswijze dat bitstroomtoegang niet als transparante transmissiecapaciteit kan worden beschouwd. Hiervoor worden de volgende redenen aangedragen:
- Er worden overboekingen gehanteerd, waardoor de capaciteit niet permanent aan de eindgebruiker ter beschikking staat.
Het college is van oordeel dat door het leveren van een PVC in combinatie met een zogenaamde overboekingsfactor er juist altijd sprake is van gegarandeerde minimale bandbreedte. Het beschikbaar zijn van de maximale bandbreedte is afhankelijk van de feitelijke bezetting in het netwerk en kan daarmee worden beïnvloed door anderen. In de service-beschrijving van Bitstream Access ¹¹wordt door KPN dit mechanisme duidelijk beschreven. Er is zelfs de mogelijkheid om te kiezen voor een overboekingsfactor 1 waarbij de maximale capaciteit altijd ter beschikking staat aan de eindgebruiker. Het niet gegarandeerd beschikbaar zijn van een gedeelte van de capaciteit wordt door het college beschouwd als een kwaliteitsniveau van dit type huurlijn. De eindgebruiker kiest duidelijk vooraf voor een bepaald kwaliteitsniveau van de breedbandtoegang.
 - De capaciteit is afhankelijk van de signaal/ruis verhouding, welke samenhangt met de lengte van de aansluitlijn en het aantal en de aard van de actieve DSL-lijnen in dezelfde bundel
Het college is van oordeel dat dit wederom geldt voor de maximale capaciteit. Wanneer bepaalde capaciteiten niet geleverd kunnen worden, dan is de dienst (voor het gekozen kwaliteits- en capaciteitsniveau) in dat bijzondere geval niet leverbaar.
 - In het Stratix Rapport wordt de emulatie van een huurlijn door middel van allerlei netwerk-technieken geanalyseerd, in het bijzonder de oplossing die gebruikt is door KPN voor de realisatie van bitstroomtoegang. Samenvattend wordt geconcludeerd door KPN dat de gebruikte oplossing voor bitstroom niet over de middelen beschikt om een huurlijn te emuleren. Wat betreft

¹¹ Zie de bijlage bij dit besluit: "Het aanbod Bitstroomtoegang".

transparantie wordt door KPN gesteld dat dit gelijk is aan: de garantie van geen delay-variantie en geen verlies van informatie.

Het college is van oordeel dat deze stringente garantie van delay-variantie niet als een minimale eigenschap beschouwd dient te worden voor elke huurlijn. Deze eigenschap dient te worden beschouwd als een extra technische eis die optioneel aan een huurlijn kan worden gesteld voor de realisatie van bepaalde specifieke netwerk-oplossingen (bijv. vaste verbinding koppeling ten behoeve van spraaknetwerken), die minder relevant zijn voor IP-netwerken.

54. Voor wat betreft het verlies van informatie geldt dit in het geval van bitstroomtoegang slechts voor de capaciteit die boven het gegarandeerde minimum door de eindgebruiker wordt gestuurd. Voor deze verstuurd informatie bestaat er een kans dat deze informatie verloren gaat, of anders geformuleerd: bestaat er een kans dat op dat moment die (extra) capaciteit niet beschikbaar is. Het wel of niet beschikbaar zijn van de capaciteit (en de kans daarop) is een typische kwaliteitsniveau ("QoS-level") van de dienst. De beschikbaarheid van de dienst, veelal uitgedrukt in een percentage (bijv 99.2%) van de tijd, is een veelgebruikte methode voor allerlei soorten huurlijnen. Naar het oordeel van het college is dit dus geen onderdeel van het begrip transparante transmissiecapaciteit.
55. KPN stelt in haar zienswijze dat bitstroomtoegang geen verbinding tussen twee netwerkaansluitpunten betreft, en daardoor geen huurlijn kan zijn.
Het college is van oordeel dat Bitstroomtoegang bestaat uit een verzameling van geleverde PVC's. Elke individuele PVC wordt beschouwd als een huurlijn. Het is natuurlijk mogelijk dat verschillende PVC's gerealiseerd worden via hetzelfde netwerkaansluitpunt. Echter, elke individuele PVC wordt altijd gerealiseerd tussen twee netwerkaansluitpunten.
56. KPN stelt in haar zienswijze dat eindgebruikers per sessie kunnen kiezen uit verschillende diensten; hierdoor beschikt de eindgebruiker over routerings- of schakelfuncties. Hierdoor kan de dienst geen huurlijn zijn.
Het college is van oordeel dat een gerealiseerde PVC, dat wil zeggen door de netwerkbeheerder geconfigureerd in het PVC-netwerk, altijd gerouteerd is tussen twee vaste netwerkaansluitpunten. Natuurlijk kan de eindgebruiker (of een bepaalde ICT-applicatie van de eindgebruiker) verschillende PVC's aankiezen als een huurlijn met een bepaalde bestemming. Dit in analogie met het kiezen van een bepaalde vaste verbinding. Bijvoorbeeld PVC-1 heeft een vaste routing naar netwerkaansluiting-B en PVC-2 heeft een vaste routing naar netwerkaansluiting-C. De eindgebruiker kan niet actief beschikken of invloed uitoefenen over de routing van de PVC.
57. Op basis van bovenstaande constatering is het college van mening dat een bitstroomtoegangsdienst voldoet aan alle door de wet gestelde criteria van een huurlijn.
58. KPN is aangewezen als AMM voor huurlijnen. Het college acht in dit verband de aanwijzing op de deelmarkt "nationale PVC's" van bijzonder belang. Het college beschouwt Bitstroomtoegang namelijk als een verzameling PVC's.

KPN dient huurlijnen aan te bieden

59. Op basis van bovenstaande constatering in de punten 49, 50 en 51 is het college van oordeel dat bitstroomtoegang ook als een huurlijn dient te worden beschouwd. Daarenboven is KPN aangewezen als partij met AMM voor huurlijnen.

Als direct gevolg hiervan dient KPN op basis van artikel 14 BOHT dit type huurlijn non-discriminatoir te leveren aan andere aanbieders. KPN levert deze huurlijn echter niet aan andere aanbieders.

Deelconclusie

60. Gezien het bovenstaande concludeert het college dat het niet beschikbaar zijn van een aanbod voor bitstroomtoegang voor andere aanbieders dan KPN:

- een overtreding vormt van artikel 14 BOHT;
- KPN de overtreder is en er geen omstandigheden zijn die aanleiding geven om de overtreding niet aan KPN toe te rekenen;
- KPN degene is die de overtreding kan wegnemen.

Handhavingsoverwegingen

Waarom handhavend optreden?

61. In het voorgaande is het college tot de conclusie gekomen dat sprake is van een overtreding door KPN van artikel 6.5 Tw, jo 6.9 alsmede van artikel 14 BOHT.

Het college heeft tevens vastgesteld dat hij bevoegd is om ter handhaving van de verplichting die voortvloeit uit voornoemde bepaling, bestuursdwang toe te passen of een last onder dwangsom op te leggen.

62. Het college heeft besloten om handhavend op te treden. Allereerst is het een algemeen uitgangspunt in een democratische rechtsstaat dat normovertreding dient te worden tegengegaan door handhaving. De vraag rijst dan of er in het concrete geval desondanks redenen zijn om van handhaving af te zien. Dat is niet het geval. Dit wordt hierna uiteengezet.

63. KPN stelt in haar zienswijze dat de marktsituatie waar het onderhavige handhavingsverzoek op ziet aanleiding geeft om van handhavend optreden af te zien. In de markt voor zakelijke eindgebruikers - door KPN wel de IP-VPN markt genoemd, waarin Ecapacity concurrerend met de diensten van andere aanbieders wordt aangeboden - is KPN een relatief nieuwe toetreder. Er kan dus volgens KPN geen sprake zijn van een machtpositie in deze markt.

Het college heeft geen uitgebreide kwalitatieve of kwantitatieve marktanalyse gemaakt van deze markt en kan hierover dus geen uitspraak doen.

64. Dit hoeft echter ook niet, want het gaat niet om de (mogelijke) marktmacht positie in de eindgebruikersmarkt waarin Ecapacity wordt geleverd. De relevante markten voor het handhavend optreden – waar eventuele aanmerkelijke marktmacht bepalend is – zijn immers de markt van toegang tot het aansluitnetwerk van telefonie en de markt van (interconnecterende) huurlijnen. Op beide markten is KPN aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht.
65. Het college is van oordeel dat KPN zijn aanmerkelijke marktmacht op onrechtmatige wijze gebruikt op deze groothandelsmarkt om een positie te veroveren op de eindgebruikersmarkt waarin door KPN ondermeer Ecapacity wordt geleverd. Deze handelswijze wordt door het college, mede gelet op de doelstellingen van de wet – in het bijzonder de bevordering van duurzame concurrentie – vanzelfsprekend als ontoelaatbaar beschouwd.

Omschrijving van het voordeel voor KPN

66. Het resultaat van het verkregen voordeel is dat KPN overeenkomsten afsluit ten behoeve van de Ecapacity diensten. Deze overeenkomsten betreffen regelmatig vele aansluitingen en vertegenwoordigen daarmee een grote bron van inkomsten. Als recent voorbeeld is hiervan het contract met Rabo¹². In de meeste gevallen zijn dit ook langdurige verbintenissen (2 tot 5 jaar). Het ‘zo maar’ overstappen naar een andere aanbieder nadat de overeenkomst is gesloten, is niet eenvoudig en vaak ook niet gewenst door de klant. Eenmaal verkregen marktaandeel is dus vaak blijvend van aard. Het voordeel dat KPN zich thans kan verschaffen op de IP-VPN markt kan zo aanzienlijk worden.

Inhoud van de last

67. Het college ziet zich, gelet op het voorgaande, genoodzaakt een last onder dwangsom op te leggen. In deze last wordt KPN opgedragen het aanbod voor bitstroomtoegang, dat KPN in een eerder stadium reeds heeft aangeboden, gestand te doen aan andere aanbieders. Dit aanbod kan als start dienen voor de onderhandelingen. Tot het moment dat dit aanbod beschikbaar is gesteld aan andere aanbieders wordt het KPN verboden nieuwe aansluitingen waarbij gebruik wordt gemaakt van bitstroomtoegang, of soortgelijke toegangsdiensten, voor zichzelf te realiseren in verband met Ecapacity diensten. Een aansluiting wordt in dit kader altijd gerealiseerd via een ontbundelde aansluitlijn (PSTN of ISDN). Met soortgelijke toegangsdiensten wordt bedoeld vormen van bitstroomtoegang, zoals beschreven in de definitie (paragraaf 18), waarbij er sprake is van een ontbundelde aansluitlijn, xDSL-technologie, het multiplexen van de bitstromen naar een hoger gelegen netwerkniveau en een handover op basis van ATM.

¹² Zie persbericht KPN Telecom, nieuwsbericht d.d. 1 augustus 2002, Business Nieuws, http://bn.nl/news/oth_news_fullarticle/0,3046,74252,00.html

68. Vanwege het zeer zwaarwegend belang van de eindgebruikers die reeds gebruik maken van de dienst Ecapacity van KPN is het college van oordeel dat hiervoor de onderliggende bitstroomtoegang dienstverlening niet hoeft te worden beëindigd of stilgezet. Het is in dit verband wel toegestaan allerlei verschillende handelingen uit te voeren voor reeds gerealiseerde aansluitingen (zoals bijvoorbeeld het upgraden van capaciteit, of het toevoegen van een nieuwe PVC op een bestaande aansluiting). Het is niet toegestaan nieuwe aansluitingen te realiseren naast de reeds gesloten overeenkomsten.
69. Het handhavingsverzoek van de ACT-partijen bevat het verzoek om de dienst Ecapacity te stoppen, en daarmee het discriminerend gedrag van KPN te stoppen, totdat dezelfde bitstroomtoegangsdienst aan deze partijen ter beschikking is gesteld. Ook in de vooraankondiging van de last onder dwangsom kondigt het college het voornemen aan om de dienst Ecapacity te stoppen. In algemene zin is het college van oordeel dat het discriminerende gedrag van KPN dient te worden gestopt. Mede daarom heeft het college besloten de verkoop en levering van de dienst Ecapacity op zichzelf niet te verbieden. Het college heeft besloten de 'interne levering' (of het gebruik maken van) bitstroomtoegang, zoals dit momenteel door KPN wordt gebruikt, te verbieden in plaats van de eindgebruikersdienst Ecapacity. Hiermee wordt indirect wellicht hetzelfde bereikt, maar het college laat hiermee KPN vrij om op alternatieve manieren de dienst Ecapacity samen te stellen. Dit vindt momenteel al gedeeltelijk plaats door het realiseren van (interconnecterende) huurlijnen in plaats van bitstroomtoegang. Het (tijdelijk) verbieden van de levering van Ecapacity door het college zou KPN daarmee ook verbieden dergelijke oplossingen te gebruiken. Dat is in het kader van dit handhavingstraject niet de doelstelling. Op de thans gekozen wijze is de last optimaal gericht op het wegnemen van de discriminatie.

Inhoud van de last: het aanbod

70. Het college is van mening dat het aanbod dat KPN dient te doen aan de andere aanbieders relatief eenvoudig tot stand kan komen, aangezien het aanbod door KPN reeds in een eerder stadium is ontwikkeld. Daarbij is het wel noodzakelijk dat het aanbod op enkele punten wordt geactualiseerd. Ten eerste dient de geografische dekking te worden geboden die KPN zichzelf biedt.¹³ Ten tweede dienen de functionaliteiten SDSL¹⁴ en transitservice¹⁵ te worden geleverd. Ten derde dienen de service niveaus ten aanzien van beschikbaarheid, levering en instandhouding te worden aangepast aan het niveau dat KPN zichzelf levert.
71. Het aanbod is zo opgesteld dat het volgens het college en de andere aanbieders voldoende het probleem van discriminatie wegneemt. Het college erkent dat het niet volledig hetzelfde is als hetgeen KPN zichzelf levert. Zo is het tarief bijvoorbeeld anders dan de kosten die KPN zelf maakt,

¹³ In annex 1, paragraaf 2.4 van de bijlage wordt een geografische dekking gehanteerd die thans is achterhaald.

¹⁴ Tarieven staan genoemd in annex 4, onder tarieven SDSL.

¹⁵ Genoemd in annex 1, paragraaf 2.5 van de bijlage.

zoals hierna nog zal worden aangegeven. Het college meent evenwel dat op deze wijze vooralsnog afdoende tegemoet wordt gekomen aan het doel van de non-discriminatie verplichting, namelijk een gelijk speelveld voor de andere aanbieders. Deze andere aanbieders hebben zelf ook aangegeven op deze wijze met het aanbod te kunnen werken.

72. Een periode van 4 weken voor de totstandkoming van het nieuwe aanbod acht het college redelijk. Het is KPN natuurlijk toegestaan dit in een kortere periode te realiseren. Het belang van het snel tot een aanbod komen is in dezen niet alleen van belang voor de verzoekers van de dienst, maar ook voor KPN zelf.
73. Het college gaat ervan uit dat met het doen van het aanbod zoals vervat in de bijlage bij dit besluit de discriminatie is weggenomen. De informatie die KPN en de andere aanbieders in de ingebrachte stukken en tijdens de hoorzitting heeft gegeven, heeft voor het college geen aanleiding gegeven om aan dit uitgangspunt te twijfelen. Niettemin acht het college het wenselijk KPN de ruimte te geven om een ander aanbod te doen, indien KPN van oordeel is en kan aantonen dat een ander aanbod meer overeenkomt met de bitstroomtoegang die zij zichzelf levert. Het is dan wel noodzakelijk dat KPN - per onderdeel van het alternatieve aanbod dat afwijkt van het aanbod in de bijlage - aangeeft dat de afwijking gerechtvaardigd is in het licht van het beginsel van non-discriminatie.

Kostenoriëntatie

74. Een AMM-partij dient een bijzondere toegangsdienst, evenals een huurlijn, tegen kostengeoriënteerde tarieven aan te bieden. Kostenoriëntatie is evenwel een open norm, die invulling behoeft per concrete situatie, aan de hand van de doelstellingen van de wet. In dit geval heeft dat het college ertoe geleid aan te sluiten bij het eerder door KPN gedane aanbod van de bitstroomtoegangsdienst, ook op punt van het tarief.
75. Het aanbod is destijds door KPN aangeboden in een commerciële marktomgeving. Hierbij gaat het college ervan uit dat deze tarieven niet onder "de kostprijs" of tegen een onredelijk hoog tarief zijn aangeboden door KPN. ACT-partijen hebben aangegeven in de hoorzitting dat met een dergelijk aanbod en tarieven wat hun betreft de ongelijke situatie vooralsnog wordt opgeheven en op een gelijkwaardige manier kan worden geconcurrereerd met KPN in de eindgebruikersmarkt van IP-VPN diensten. Het mogelijkere nog lager vaststellen van deze tarieven, bijvoorbeeld door het toepassen van specifieke kostmodellen (EDC, BULRIC) en de uitkomsten daarvan, is naar het oordeel van het college in dit geval en op dit moment niet noodzakelijk en ook niet wenselijk. Het zou onnodig de belangen van andere aanbieders van bitstroomtoegang schaden. Daarmee wordt de groothandelsmarkt voor toegang juist minder in plaats van meer concurrerend.

Bovendien zou het beoordelen van een tarief altijd dienen plaats te vinden op basis van een uitgewerkt kostenmodel en hiervoor zou aanzienlijk onderzoek gepleegd moeten worden; zowel door het college als ook voor de verschillende marktpartijen.

76. Het college wil hierop nog iets nader ingaan. Beide geschetste markten, de zakelijke eindgebruikersmarkt voor IP-VPN diensten alsmede de breedbandtoegangsmarkt, worden gekenmerkt door een grote dynamiek. Zowel qua technologische innovaties als qua marktontwikkelingen (nieuwe toetreders, fusies, faillissementen, algemene financiële marktsituatie). Gezien de huidige marktsituatie, in het bijzonder de verslechterde financiële positie van aanbieders, is de verwachting van het college dat er door deze aanbieders aanzienlijk minder zal worden geïnvesteerd in extra infrastructuur. Toch is het in de lijn van het beleid van het college dat er ook concurrentie ontstaat op infrastructuur. Echter, de huidige marktomstandigheden maakt het voor een groot aantal aanbieders alleen mogelijk te investeren in infrastructuur als hiermee direct kostenbesparingen kunnen worden gerealiseerd. Het college is van mening dat de stimulans voor aanbieders om deze eigen investeringen te doen, in plaats van het inkopen van complete (halffabriek) diensten, zoveel mogelijk moet blijven bestaan. Het vaststellen van het aanbod van bitstroomtoegang op basis van stringente kostenoriëntatie kan er toe leiden dat deze stimulans niet of in onvoldoende mate blijft bestaan.

Zoals is vastgesteld door het college biedt KPN thans geen bitstroomtoegangsdienst aan. Een aantal andere marktpartijen biedt een dergelijke dienst wel aan als onderdeel van hun groothandelsaanbod.

Het vaststellen van het aanbod van bitstroomtoegang op basis van een stringente kostenoriëntatie zou kunnen leiden tot de situatie waarbij deze andere aanbieders aanzienlijk minder marge zouden overhouden aan de verkoop van hun groothandelsdiensten. Er hierbij van uitgaande dat de kostengeoriënteerde tarieven lager zouden uitvallen dan de bestaande markttarieven voor deze dienst. Indirect zou ook minder geld overblijven om te investeren in bijvoorbeeld een verdere infrastructuur-uitrol of verdere innovatie van de portfolio.

77. Ten slotte wijst het college er op dat KPN in haar zienswijze een vorm van ingrijpen "die de concurrentie niet in de kiem smoort" ondersteunt, in het geval dat het college bevoegd zou zijn. Het college is zich hierbij overigens wel bewust van het feit dat de voorwaarden waaronder de andere aanbieders de dienst af kunnen nemen niet exact gelijk zijn aan de omstandigheden waaronder KPN het zichzelf levert, zoals hierboven reeds is gezegd.

Hoogte van de dwangsom

78. Bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom heeft het college het volgende overwogen. Met deze bedragen beoogt het college enerzijds een afdoende prikkel te geven om de overtreding te beëindigen. Anderzijds dient het ingezette middel evenredig te zijn aan het te bereiken doel. Ook is de ernst van de overtreding meegewogen. Het betreft een in potentie forse dwangsom, die echter gelet op het totale belang van KPN in dezen als proportioneel kan worden aangemerkt. Voor het

Dictum van het besluit

81. Hierboven heeft het college geconstateerd dat KPN in strijd handelt met of bij krachtens de Tw gestelde verplichtingen. Het college legt daarmee aan KPN een last onder dwangsom op met de volgende inhoud:

- a) KPN dient binnen 4 weken na dagtekening van de last onder dwangsom het aanbod bitstroomtoegang, welke is bijgevoegd in bijlage: "Het aanbod Bitstroomtoegang", te doen en openbaar te maken. Hiervan dient een afschrift aan het college gezonden te worden. Het in de bijlage vervatte aanbod dient te worden geactualiseerd ten aanzien van de geleverde functionaliteiten, het geleverde service niveau en de geografische dekking, zoals hierboven is beschreven in paragraaf 70.
- b) Indien KPN meent dat zij zichzelf de bitstroomtoegangsdienst levert onder andere voorwaarden dan opgenomen in het aanbod, bedoeld onder a) , kan zij in plaats van het onder a) bedoelde aanbod, een aanbod doen dat gelijk is aan hetgeen zij zichzelf levert. KPN dient bij het doen van het aanbod per onderdeel waarbij wordt afgeweken van het onder a) bedoelde aanbod schriftelijk gemotiveerd aan te geven dat dit gelijk is aan hetgeen zij zichzelf levert. Dit aanbod dient – indien wordt afgezien van het aanbod, bedoeld onder a) – binnen 4 weken na dagtekening van de last onder dwangsom te worden gedaan.
- c) KPN dient met ingang van de derde dag na dagtekening van de last onder dwangsom te stoppen met het realiseren van nieuwe aansluitingen waarbij gebruik gemaakt wordt van bitstroomtoegang, die zij voor zichzelf realiseert ten behoeve van Ecapacity diensten tot 6 weken na de openbaarmaking, bedoeld onder a) of b).
- d) KPN verbeurt een dwangsom van € 1000,= per iedere nieuw gerealiseerde aansluiting, welke in strijd met de onder c) geformuleerde verplichting geleverd wordt, met een maximum van € 5.000.000,=.
- e) KPN dient uiterlijk 4 weken na het verstrijken van de termijn, bedoeld onder c) een verklaring te overleggen van een onafhankelijke accountant. Uit deze verklaring moet blijken dat KPN in de periode dat het haar niet toegestaan was aansluitingen van bitstroomtoegang voor zichzelf te realiseren, inderdaad geen nieuwe aansluitingen heeft gerealiseerd, zoals omschreven in c).

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

Prof. Dr. J.C. Arnbak

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken, aanvangende met ingang van de dag na die waarop dit besluit is bekendgemaakt, daartegen een bezwaarschrift indienen bij de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.

Het bezwaarschrift moet worden gericht aan:

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Postbus 90240
2509 LK Den Haag

onder vermelding van 'Bezwaarschrift'. Het bezwaarschrift dient te zijn ondertekend en dient in ieder geval de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, alsmede de gronden van het bezwaar te bevatten. Zo mogelijk dient een afschrift van het besluit en de overige op het bezwaar betrekking hebbende stukken te worden meegezonden.

Bijlage: Het aanbod Bitstroomtoegang.

Dit aanbod is samengesteld door het college op basis van al eerder door KPN aangeboden "Bitstream Access" aanbiedingen, zijnde:

- i) "Overeenkomst voor de Pilot Bitstream Access tussen KPN Telecom B.V. en BT Ignite Nederland B.V." (Versie 0.6 van 26 november 2001; Annexen 1,2,3,5,7,8)
- ii) "Tarieven Bitstream van 7 december 2001"
- iii) "Overeenkomst voor de dienst Bitstream Access tussen KPN Telecom en <wholesale klant> van 17 juli 2001 versie 0.4.22.