

Besluit – openbare versie



Ons kenmerk: OPTA/IBT/2003/204596

Openbare versie Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) op grond van 15.4 inhoudende de oplegging van twee boetes.

1. Samenvatting

Op 30 september 2003 is een onderzoeksrapport als bedoeld in artikel 15.8 Tw opgemaakt (hierna: het Boeterapport). Daarin wordt geconstateerd dat KPN zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van artikel 6.4 jo. artikel 6.10 jo. artikel 6.9 jo. artikel 6.6 jo. artikel 6.2 Tw en artikel 3, tweede en derde lid, Verordening nummer 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van Europese Unie van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (Pb EG L 336/4; hierna: de Verordening).

Dit besluit gaat over de tarieven die KPN is overeengekomen met twee van haar afnemers van ontbundelde aansluitlijnen en bijbehorende faciliteiten, BBned en Tiscali. Met deze ondernemingen heeft KPN afspraken gemaakt over lagere tarieven voor de levering van XTL- en ASL-lijnen en voor collocaties. Deze tarieven zijn lager dan in het referentie aanbod opgenomen tarieven en tarieven die aan andere partijen in rekening zijn gebracht.

Het college komt op grond van het Boeterapport, de bij het Boeterapport gevoegde bijlagen en de schriftelijk en mondeling ingebrachte zienswijze van KPN tot het volgende besluit. Hij legt KPN een boete op van € 90.000 wegens het niet zorg dragen voor kostengeoriënteerde tarieven en een boete van € 180.000 wegens schending van het non-discriminatiebeginsel.

Dit besluit is een reactie op gedragingen die in het verleden hebben plaatsgevonden en waardoor een verstoring van de concurrentieverhoudingen op een gereguleerde markt heeft plaatsgevonden. Het gaat om welbewuste overtredingen van de peilers van het toezicht op ontbundelde toegang tot de aansluitlijn. Ongedaanmaking van dergelijke overtredingen is naar hun aard niet mogelijk: KPN heeft de netwerkuitrol door bepaalde aanbieders op een bepaald moment onomkeerbaar beïnvloed.

2. Feiten

2.1 *Totstandkoming van dit besluit*

Op basis van schriftelijke en mondelinge inlichtingen, heeft een toezichthoudend ambtenaar vastgesteld dat KPN een aantal afspraken heeft gemaakt met BBned en Tiscali. Deze constatering heeft hij vervolgens in het Boeterapport opgenomen. Op basis van het Boeterapport komt het college in dit besluit tot een vaststelling van de feiten terzake. Voor een overzicht van processtappen in de eerste fase van de totstandkoming van dit besluit verwijst het

college naar bijlage II bij het Boeterapport. Het college heeft het Boeterapport en de bij het boeterapport horende stukken op 30 september 2003 aan KPN toegezonden en KPN opgeroepen om haar zienswijze naar keuze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen. KPN heeft door middel van haar gemachtigden op 21 oktober 2003 aan het college een zienswijze toegezonden. Op 31 oktober 2003 is KPN voorts in de gelegenheid gesteld om een mondelinge zienswijze te geven. Hiervan is een verslag gemaakt. Na afronding van het onderzoek ter zitting heeft KPN op eigen initiatief op 16 december 2003 een vaststellingsovereenkomst tussen KPN en BBned ingediend. Dit document is in de besluitvorming naar aanleiding van het boeterapport niet betrokken.

2.2 *Relevante feiten*

Algemeen

- 2.2.1 In dit onderdeel worden de voor de in dit besluit genomen beslissingen relevante feiten beschreven
- 2.2.2 Bij besluit van 15 november 2000 (OPTA/EGM/2000/202722) heeft het college KPN en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 2:24b BW aangewezen als aanbieder van vaste openbare telefoonnetwerken en –diensten die over een aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6.4 Tw beschikt. Tot deze groepsmaatschappijen behoort mede KPN Telecom B.V. Als gevolg van dit besluit rusten op KPN de verplichtingen voor een partij met aanmerkelijke marktmacht op de betreffende markten. Daartoe behoren de verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven en de verplichting tot non-discriminatie. Die verplichtingen strekken zich uit tot door KPN aan marktpartijen te leveren ontbundelde toegang en daarbij behorende faciliteiten (MDF Access), zoals bijvoorbeeld collocatie.
- 2.2.3 KPN heeft in september 2001 haar referentieaanbod ontbundelde toegang gepubliceerd. Dit referentieaanbod is nadien verschillende malen gewijzigd, laatstelijk in april 2003. Het college heeft bij besluit van 27 juni 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/201682, het kostentoerekeningssysteem ter bepaling van de door KPN voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten te hanteren kostengeoriënteerde tarieven voor de periode van 1 juli 2002 tot 1 september 2003 respectievelijk 1 juli 2002 tot 1 juli 2003 goedgekeurd (het zg. EDC-V-besluit). In dat besluit is onder meer goedkeuring verleend aan de toepassing van het zogenaamde EDC-V-systeem ter bepaling van de door KPN voor de periode 1 juli 2002 tot 1 juli 2003 aangeboden toegangsdiensten, waaronder ontbundelde aansluitlijnen, te hanteren tarief. Met behulp van dit systeem kunnen kostengeoriënteerde tarieven worden vastgesteld. Bij dit besluit zijn ondermeer de tarieven voor de levering en opheffing van ontbundelde aansluitlijnen voor de periode 1 juli 2002 tot 1 juli 2003 vastgesteld.
- 2.2.4 KPN, BBned en Tiscali zijn aanbieders van openbare telecommunicatiediensten en openbare telecommunicatienetwerken. BBned en Tiscali nemen van KPN wholesalediensten af, waaronder

ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten zoals collocatie. Tussen KPN enerzijds en BBned en Tiscali anderzijds is een aantal afspraken gemaakt die ten dele zijn vastgelegd in schriftelijke overeenkomsten en voor het overige mondeling zijn gemaakt. Relevant zijn de volgende afspraken.

Afspraken KPN-BBned

- 2.2.5 Op 22 september 2000 zijn tussen KPN en BBned overeenkomsten gesloten voor de levering van ontbundelde toegang en collocatie. Op 17 september 2001 hebben KPN en BBned nadere afspraken bij deze overeenkomsten gemaakt. Deze zijn vastgelegd in een brief van KPN aan BBned van 21 mei 2002, die door beide partijen is ondertekend. Ter uitvoering van de afspraken, neergelegd in de brief van 21 mei 2002, zijn nadere afspraken gemaakt. Deze afspraken zijn neergelegd in een brief van KPN aan BBned van 17 juli 2002 die door BBned voor akkoord is ondertekend. Vervolgens zijn nadere afspraken over ontbundelde toegang en collocatie gemaakt, die zijn vastgelegd in een brief van KPN aan BBned van 27 februari 2003. Ook deze brief is door beide partijen ondertekend. In de brief van 27 februari 2003 is aangegeven dat daarmee de afspraken van 21 mei 2002 zijn vervangen.
- 2.2.6 De afspraken tussen KPN en BBned houden in dat KPN met BBned een kortingsregeling voor de levering van ontbundelde aansluitlijnen overeenkomt. Die kortingsregeling houdt in dat wanneer een "normale groei" wordt gerealiseerd, voor de extra afzet een (lager) tarief van [] per ontbundelde aansluitlijn in rekening wordt gebracht.
- 2.2.7 De kortingsregeling gold blijkens de brief van 17 juli 2002 in ieder geval voor de periode juli 2002 tot en met december 2002. Deze kortingsregeling is in het eerste kwartaal van 2003 gecontinueerd, zoals blijkt uit de bijlage bij de brief van 27 februari 2003.
- 2.2.8 In de maanden september, oktober, november en december 2002 zijn door KPN aan BBned aansluitlijnen boven het in de brief van 17 juli 2002 genoemde aantal in rekening gebracht. Dat heeft geresulteerd in een kortingsbedrag van € 111.987,48 exclusief BTW.
- 2.2.9 In het EDC-V-besluit is voor de levering van ontbundelde aansluitlijn van het type XTL (hierna: XTL-lijn) het kostengeoriënteerde tarief vastgesteld op € 79,01 en voor de levering van de ontbundelde aansluitlijn van het type ASL (hierna: ASL-lijn) op € 89,19. KPN heeft deze tarieven aan andere aanbieders in rekening gebracht.
- 2.2.10 KPN is voorts met BBned overeengekomen dat [] nieuw te bouwen collocaties tegen een "verlaagde projectprijs" van [] worden geleverd. Dat blijkt uit de brief van 27 februari 2003. Het tarief dat KPN voor een fysieke halve collocatie in haar referentie aanbieding heeft opgenomen en aan aanbieders in rekening brengt is € 32.040,--. KPN heeft feitelijk één fysieke halve collocatie aan BBned geleverd en gefactureerd. Dit betekent een voordeel voor BBned van [] exclusief BTW.

2.2.11 KPN is met BBned voorts mondeling overeengekomen om [] collocaties te leveren tegen een eenmalig tarief van [] per locatie. Deze [] collocaties zijn alle aan BBned in de periode geleverd ([] collocaties in halve configuratie en [] collocaties in een adjacent configuratie in combinatie met een streetkabinet). Voor de [] locaties is een factuur tegen het overeengekomen tarief van [] verzonden. Het totale voordeel, dat BBned hierdoor heeft behaald, bedraagt € 295.680,-- exclusief BTW. Het totaal door BBned genoten voordeel bedraagt [] € 424.707,-- exclusief BTW.

Afspraken met Tiscali

- 2.2.12 KPN heeft op 9 juni 2000 met Tiscali (destijds nog BaByXL genaamd) een overeenkomst voor de levering van ontbundelde toegang gesloten. Op 11 februari 2002 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten. Op 29 mei 2002 hebben KPN en Tiscali een hernieuwde overeenkomst MDF Acces Services gesloten. In een brief van 15 augustus 2002 van KPN aan Tiscali zijn nadere afspraken ten aanzien van de levering van ontbundelde aansluitlijnen vastgelegd. Deze brief is door beide partijen ondertekend.
- 2.2.13 In de brief van 15 augustus 2002 zijn KPN en Tiscali voor de levering van ASL- en XTL-lijnen een kortingsregeling overeengekomen. Deze kortingsregeling hield in dat voor aansluitlijnen boven de [] een tarief van € 70,-- zou gelden, boven de [] een tarief van € 50,-- en boven de [] een tarief van € 30,--.
- 2.2.14 Voor deze diensten gold evenzeer het door het college vastgestelde kostengeoriënteerde tarief van € 79,01 voor een XTL-lijn en € 89,19 voor een ASL-lijn.
- 2.2.15 De betreffende overeenkomst is gesloten onder voorwaarden dat Tiscali een minimale omzet van [] geleverde lijnen per 31 december 2002 zou garanderen. Niet is komen vast te staan dat dit aantal is gehaald.
- 2.2.16 In de brief van 15 augustus 2002 is voorts de afspraak vastgelegd dat KPN aan Tiscali voor de periode van 1 september tot 31 december 2002 voor het opheffen van ontbundelde aansluitlijnen [] in rekening zal brengen. In het desbetreffende periode zijn door Tiscali zowel XTL-lijnen als ASL-lijnen opgezegd.
- 2.2.17 Het in het EDC-V-besluit vastgestelde kostengeoriënteerde tarief voor het opheffen van ontbundelde aansluitlijnen bedraagt € 79,01 voor een XTL-lijn en € 89,19 voor een ASL-lijn. KPN heeft, ter uitvoering van de overeenkomst van 15 augustus 2002, in de periode september tot en met december 2002 zowel XTL-lijnen als ASL-lijnen opgeheven. Voor XTL-lijnen is tot een bedrag van [] in rekening gebracht; voor ASL-lijnen een bedrag van []. Het totaalbedrag dat voor Tiscali als voordeel heeft genoten is € 10.676,07.
- 2.2.18 Bij brief van 26 september 2002 en bij brief van 23 oktober 2002 heeft KPN kortingsregelingen ter beoordeling aan OPTA voorgelegd. Het college heeft bij brief van 23 oktober 2002, kenmerk

OPTA/IBT/2002/203501 en bij brief van 6 november 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/203718 de kortingsvoorstellen van KPN afgewezen. De reden hiervoor was dat de kortingsregelingen niet voldeden aan de beginselen van kostenoriëntatie en non-discriminatie. Tegen de brieven van 23 oktober 2002 en 6 november 2002 is door KPN geen rechtsmiddel aangewend. De met BBned en Tiscali overeengekomen kortingsregelingen wijken in detail af van deze afgewezen kortingsvoorstellen, maar komen hier in grote lijnen mee overeen.

3. Wettelijk kader

- 3.1 Op 2 januari 2001 is de Verordening van kracht geworden. Op 5 oktober 2001 is door middel van de wet van 14 september 2001 tot wijziging van de Tw en de Wet OPTA artikel 6.10 Tw van kracht geworden. Artikel 6.10 Tw bepaalt onder andere dat het college de nationaal regelgevende instantie is bedoeld in artikel 4 Verordening.
- 3.2 Artikel 3, eerste lid, Verordening bepaalt dat aangemelde exploitanten (hier: KPN) per 31 december 2000 een referentieaanbod voor ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerken en bijbehorende faciliteiten publiceren dat ten minste de in de bijlage genoemde punten bevat, en werken dit regelmatig bij. Het aanbod is in voldoende mate ontbundeld, zodat de ontvanger niet hoeft te betalen voor onderdelen of faciliteiten van het netwerk die niet nodig zijn om zijn diensten te verlenen, en bevat een beschrijving van de verschillende onderdelen en de respectieve voorwaarden en tarieven.
- 3.3 Artikel 3, tweede lid, Verordening stelt het bieden van ontbundelde toegang tot het aansluitnet verplicht voor die netwerkexploitanten, die zijn aangewezen als exploitanten met een aanmerkelijke macht op de markt van vaste openbare telefoonnetwerken. Vanaf 31 december 2000 dienen aangemelde exploitanten (aanbieders aangewezen door het college krachtens artikel 6.4, eerste lid, Tw) elk redelijk verzoek om ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerken en bijbehorende faciliteiten, onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden in te willigen.
- 3.4 Artikel 3, derde lid, Verordening bepaalt dat een dergelijke aanbieder de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten op basis van kostenoriëntatie moet aanbieden. Op grond van artikel 6.10, derde lid, Tw dient KPN ter zake een systeem voor de toerekening van de kosten van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten op te stellen. Dit systeem behoeft de goedkeuring van het college.
- 3.5 Artikel 6.6, eerste lid, Tw bepaalt: 'Aanbieders van vaste openbare telefoonnetwerken, vaste openbare telefoondiensten en van huurlijnen, aangewezen door het college krachtens artikel 6.4, eerste lid, alsmede aanbieders van mobiele telefoondiensten aangewezen krachtens artikel 6.4, tweede lid, dragen er zorg voor dat de tarieven voor interconnectie op transparante wijze worden bepaald en op kosten zijn georiënteerd.'

3.6 Artikel 6.9, derde lid, Tw bepaalt:

‘Onverminderd het eerste en het 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.’

3.7 Artikel 15.1, derde lid, Tw bepaalt:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van dez wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid, alsmede het bepaalde bij Verordening (EG) nummer 2887/2000 van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (PB EG L 336/4) zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”

3.8 Artikel 15.4 Tw bepaalt:

“In geval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste €450.000,--.”

4. Beoordeling van de feiten

Kostenoriëntatie

- 4.1 Zowel op grond van artikel 3, derde lid, van de Verordening als de artikelen 6.6, eerste lid, jo. 6.9, derde lid, Tw dient KPN er voor zorg te dragen dat haar tarieven voor ontbundelde toegang tot het aansluitnet c.q. voor bijzondere toegang op kosten te zijn georiënteerd. KPN is met BBned een kortingsregeling overeengekomen inhoudende dat KPN bij het overschrijden van een overeenkomen minimumafzet van lijnen voor ontbundelde toegang voor de overige lijnen een tarief van [] (in plaats van € 79,01 respectievelijk € 89,19) rekent. Daarmee heeft KPN het bepaalde in artikel 3, derde lid, van de Verordeningen artikel 6.6, eerste lid, jo. 6.9, derde lid, Tw overtreden. In de periode september 2002 tot en met december 2002 heeft BBned meer lijnen dan het drempelbedrag van KPN afgenomen.
- 4.2 KPN stelt zich op het standpunt dat de betreffende kortingsregeling met BBned niet is uitgevoerd. Zij stelt dat zij steeds, derhalve ook in de periode september 2002 tot en met december 2002, de door OPTA goedgekeurde tarieven aan BBned in rekening heeft gebracht en dat BBned deze tarieven heeft voldaan.
- 4.3 Deze stelling van KPN is niet relevant omdat ingevolge artikel 3, derde lid, van de Verordening en artikel 6.6, eerste lid, jo. 6.9, derde lid, Tw op KPN de verplichting rust ervoor zorg te dragen

dat haar tarieven op kosten zijn georiënteerd. Voor overtreding van deze artikelen is het sluiten van een overeenkomst met een kortingsregeling voldoende. Wanneer KPN een niet kostengeoriënteerd tarief aanbiedt en dat bod wordt geaccepteerd is reeds sprake van het niet zorgdragen voor tarieven die op kosten zijn georiënteerd. Daarmee verbindt KPN zich immers tot een prestatie die in strijd is met de eis van kostenoriëntatie.

- 4.4 Bovendien ontbeert de stelling van KPN dat de kortingsregeling niet is toegepast feitelijke grondslag nu KPN deze stelling uitsluitend baseert op het feit dat zij zich ten opzichte van BBned eenzijdig op het standpunt heeft gesteld dat BBned alsnog het kostengeoriënteerde tarief verschuldigd is. KPN heeft voor de beëindiging (van de rechtsgevolgen) van deze overeenkomst de instemming van BBned nodig. Een tussen partijen gemaakte afspraak, waardoor alsnog een kostengeoriënteerd tarief wordt overeengekomen, ontnemt bovendien aan een eerdere afspraak niet het karakter van een verboden afspraak, zeker in het geval dat wel is geleverd onder de "oude" afspraak.
- 4.5 KPN heeft voorts gesteld dat het overeenkomen van lagere dan door OPTA goedgekeurde tarieven geen strijd oplevert met de verplichting tot kostenoriëntatie. Die stelling is onjuist, zoals ook blijkt uit de uitspraak van het college van Beroep voor het bedrijfsleven van 28 mei 2003, nr. Awb 02/711 (vgl. rov. 5.5, derde alinea).
- 4.6 KPN is met Tiscali op 15 augustus 2002 een kortingsregeling overeengekomen. Deze regeling voorzag in een kwantumkorting die zou worden verleend wanneer Tiscali het basisaantal van [] lijnen had overschreden. Naar mate het aantal geleverde aansluitlijnen hoger is, wordt de korting eveneens hoger. Door deze overeenkomst aan te gaan heeft KPN artikel 3, derde lid, jo 6.6, eerste lid, jo. 6.9, derde lid, Tw overtreden.
- 4.7 KPN stelt zich op het standpunt dat de kortingsregeling nooit is uitgevoerd en dat het kostenoriëntatiebeginsel niet uitsluit dat KPN lagere tarieven hanteert dan de door OPTA vastgestelde tarieven voor aansluitlijnen. Dienaangaande geldt in de eerste plaats hetgeen hiervoor met betrekking tot de overeenkomst voor de levering van aansluitlijnen met BBned is gesteld. Voorts doet zich hier de situatie voor dat de leveringen aan Tiscali hebben plaatsgevonden onder voorwaarden die mede een kwantumkorting inhielden. Dat die kwantumkorting, doordat Tiscali haar afname tot minder dan [] aansluitlijnen heeft beperkt, niet is uitbetaald, doet hier niet aan af.
- 4.8 In de overeenkomst van 15 augustus 2002 tussen KPN en Tiscali is voorts de afspraak neergelegd dat KPN gedurende de periode 1 september 2002 tot en met 31 december 2002 [] voor het opzeggen van nieuwe abonnementen voor zowel ASL- en XTL-lijnen. KPN heeft aan Tiscali in de betreffende periode een opzegvergoeding van [] in rekening gebracht.
- 4.9 KPN stelt zich op het standpunt dat het vragen van lagere tarieven dan de door OPTA goedgekeurde kostengeoriënteerde tarieven niet noodzakelijkerwijs een overtreding van de verplichting tot kostengeoriënteerde tarieven in rekening brengt. Dat dit verweer geen hout

snijdt, blijkt uit de hiervoor genoemde uitspraak van het college van Beroep voor het bedrijfsleven van 27 mei 2003.

- 4.10 Samengevat heeft KPN zich schuldig gemaakt aan overtreding van artikel 3, derde lid, Verordening en artikel 6.6, eerste lid, Tw jo. 6.9, derde lid, Tw door:
- in de periode september 2002 tot en met maart 2003 geen zorg te dragen voor een op kosten georiënteerd tarief terzake van de levering van ontbundelde aansluitlijnen aan BBned (**overtreding A**);
 - op 15 augustus 2002 geen zorg te dragen voor een op kosten georiënteerd tarief door overeen te komen dat KPN aan Tiscali aansluitlijnen zal leveren met tarieven die een kwantumkorting bevatten, op grond van welke overeenkomst leveringen hebben plaatsgevonden in de periode van 15 augustus 2002 tot en met 31 december 2002 (**overtreding B**);
 - eveneens op 15 augustus 2002 geen zorg te dragen voor een op kosten georiënteerd tarief door overeen te komen dat KPN in de periode 1 september 2002 tot en met 31 december 2002 Tiscali voor het opzeggen van ontbundelde aansluitlijnen [] in rekening zal brengen op grond van welke overeenkomst in de betreffende periode leveringen hebben plaatsgevonden (**overtreding C**).

Non-discriminatie

- 4.11 Artikel 3, tweede lid, Verordening legt op KPN de verplichting toegang onder niet-discriminerende voorwaarden te verlenen. Ingevolge artikel 6.5, onder a, jo. 6.9, derde lid, Tw is KPN gehouden aan andere aanbieders bijzondere toegang te verlenen "onder gelijke voorwaarden onder gelijke omstandigheden". KPN heeft op 27 februari 2003 met BBned de afspraak gemaakt een eenmalig tarief van [] voor [] nieuw te bouwen collocaties te leveren. Eén collocatie is in mei 2003 geleverd; facturering heeft in juni 2003 plaatsgevonden. Het in de referentie aanbieding opgenomen bedrag voor dit type locatie bedraagt € 32.040,-. Daarmee heeft KPN in strijd met het beginsel van non-discriminatie gehandeld.
- 4.12 KPN stelt zich, zoals aangegeven, op het standpunt dat hier weliswaar sprake is van een afwijkend tarief, maar dat dit wordt gerechtvaardigd door de bijzondere omstandigheid dat BBned akkoord was gegaan met een (over een periode van vijf jaar) gespreide terugbetaling van de door KPN verschuldigde geldsom zonder dat KPN daarvoor wettelijke rente zou dienen te betalen. Dat doet aan de overtreding van KPN niet af. Dat er zakelijke redenen bestonden om de betreffende afspraak te maken is geen rechtvaardiging om BBned andere tarieven in rekening te brengen dan aan andere aanbieders. Evenmin kan hier worden gesproken van een situatie, waarin binnen het wettelijk kader en met inachtneming van de vastgestelde tarieven een maatwerkovereenkomst is gesloten. Artikel 3, tweede lid, Verordening en artikel 6.5, onder a, jo. 6.9, derde lid, Tw verzetten zich ertegen dat uitsluitend om bedrijfsmatige redenen een discriminatoir tarief wordt gehanteerd.

- 4.13 Het feit dat KPN inmiddels alsnog een factuur voor het non-discriminatoire tarief aan BBned heeft verzonden, leidt niet tot een andere kwalificatie van de feiten.
- 4.14 Uit het voorgaande blijkt dat KPN in strijd met artikel 3, tweede lid, van de Verordening en evenzeer in strijd met artikel 6.5, onder a, jo. 6.9, derde lid, Tw heeft gehandeld door:
- met BBned in de periode van oktober 2002 tot en met mei 2003 de afspraak te maken en gedeeltelijk uit te voeren om [] collocaties tegen een afwijkend tarief van [] te leveren (**overtreding D**);
 - met BBned in de periode van 27 februari 2003 tot en met juni 2003 de afspraak te maken en gedeeltelijk uit te voeren om [] locaties tegen een afwijkend tarief van [] te leveren (**overtreding E**).

5. Overwegingen met betrekking tot de ernst en aard van de overtreding

Algemeen

- 5.1 De aanwijzing van KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht op grond van artikel 6.4 Tw leidt ertoe dat voor KPN een asymmetrisch stelsel van rechten en plichten geldt. Zowel de Europese als de nationale wetgever hebben voorzien in maatregelen die bijdragen aan een level playing field voor aanbieders op de verschillende telecommunicatiemarkten. Een van die maatregelen is de verplichting, die aan KPN is opgelegd, om toegang tot zijn aansluitnet te bieden teneinde een dergelijk gelijk speelveld op de markt te creëren.
- 5.2 Ten aanzien van ontbundelde toegang is daarnaast van belang dat de Europese wetgever – gebruik makend van het instrument van een verordening – rechtstreeks werkende verplichtingen in het leven heeft geroepen, juist om het belang van ontbundelde toegang onder de in de Verordening genoemde voorwaarden zeker te stellen. Het betreft hier overigens verplichtingen die grotendeels ook al in de vigerende Tw-regelgeving waren vastgelegd.
- 5.3 Tot de voor KPN geldende regels behoren de verplichtingen ten aanzien van kostenoriëntatie, non-discriminatie en transparantie. Dit zijn de in het ONP-kader (Open Network Provision) van de Europese Unie steeds weer terugkerende beginselen, aan de hand waarvan de voorwaarden worden geschapen voor daadwerkelijke mededinging tijdens de overgang van een monopolistische situatie naar volledige mededinging. Onder het nieuwe ONP kader blijven deze verplichtingen bestaan, zij het dat deze in beginsel niet meer generiek worden opgelegd. Het is van groot belang dat KPN zich aan de gestelde regels houdt. Schending van een of meer van die regels betekent een inbreuk op de wezenskenmerken van het wettelijke systeem dat ter waarborging van het eerdergenoemde level playing field is vastgesteld.

Verwijtbaarheid

- 5.4 Zoals in het bovenstaande is aangegeven, is KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht verplicht toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen. Daarbij zijn aan KPN specifieke

verplichtingen opgelegd, waaronder het hanteren van kostengeoriënteerde en non-discriminatoire tarieven en voorwaarden. KPN heeft de betreffende afspraken met BBned en Tiscali welbewust gemaakt. De door KPN begane overtredingen zijn dan ook zonder meer aan haar te wijten.

- 5.5 Het handelen van KPN is voor wat betreft de overeengekomen kortingsregelingen temeer verwijtbaar nu zij tot twee maal toe aan het college zeer vergelijkbare voorstellen voor kortingsregelingen heeft voorgelegd, welke voorstellen door het college zijn afgewezen. Op grond van deze expliciete afwijzingen kon KPN volgens het college niet tot een andere conclusie komen dan dat de overeengekomen kortingsregelingen evenmin de toets van het college zouden doorstaan.

*Ernst van de overtredingen
Algemeen*

- 5.6 Kostenoriëntatie en non-discriminatie vormen de basiselementen van het wettelijk systeem. Het bewust negeren van deze regels beschouwt het college als ernstig omdat KPN aldus voorbij gaat aan deze kernnormen waaraan KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht moet voldoen. Het enkele feit dat KPN met sommige marktpartijen afwijkende afspraken maakt waar dat wettelijk niet is toegestaan, is op zichzelf reeds een ernstige inbreuk op het door de wetgever voorgeschreven stelsel. Het verschaffen van voordelen aan bepaalde afnemers leidt tot verstoring van concurrentieverhoudingen op de markt, waar juist door middel van een zorgvuldig gereguleerd proces concurrentie moet worden gestimuleerd. Deze verstoring bestaat in de eerste plaats uit het feit dat bepaalde aanbieders een financieel voordeel in de vorm van een korting genieten. Dit voordeel kunnen zij omzetten in een bredere of snellere uitrol van hun netwerk in vergelijking met de situatie waarin zij kostengeoriënteerde c.q. non-discriminatoire tarieven in rekening gebracht krijgen. Deze verstoring leidt er derhalve toe dat de aanbieders die voor lagere tarieven konden afnemen, een voordeliger positie krijgen ten opzichte van hun (potentiële) concurrenten die uitgaan van de tarieven in het referentie aanbod. Deze verstoring is ook gelegen in het feit dat aanbieders voor de tarieven die aan henzelf en aan hun (potentiële) concurrenten in rekening worden gebracht, niet meer kunnen vertrouwen op een referentie aanbod van KPN.

Overtredingen A, B en C (kostenoriëntatie)

- 5.7 Bij de beoordeling van een voorgelegd tarief op basis van kostenoriëntatie neemt het college de aan de betreffende dienst ten grondslag liggende kosten in aanmerking. Door niet op kostenvoordelen berustende kortingen te verlenen neemt KPN welbewust afstand van de eis dat haar tarieven op kosten zijn gebaseerd.
- 5.8 De ernst van de overtredingen bestaat voorts in de benadeling van andere aanbieders dan BBned en Tiscali. Het door KPN in strijd met de wet selectief aanbieden van gereguleerde diensten tegen een ander tarief dan het door college vastgestelde tarief impliceert dat andere aanbieders zijn gedupeerd. Andere aanbieders hebben immers meer beslag op hun vermogen

moeten leggen dan BBned en Tiscali of ervoor gekozen hun netwerk minder ver of minder snel uit te rollen dan zij zouden hebben gedaan indien dit tegen gunstiger voorwaarden mogelijk was. KPN heeft BBned en - in mindere mate - Tiscali een (financieel) voordeel geboden ten opzichte van bestaande concurrenten en ondernemingen die overwegen de markt te betreden.

- 5.9 Door haar handelswijze heeft KPN de concurrentie beïnvloed. Zij kon immers kiezen welke aanbieder wel en welke aanbieder niet voor lagere tarieven en kortingen in aanmerking kon komen. Ook dat element rekent het college KPN aan. Daarnaast zijn andere marktpartijen hierdoor niet in de gelegenheid geweest om – voor zover wettelijk mogelijk – met KPN vergelijkbare afspraken te maken.
- 5.10 Gelet op het bovenstaande zijn de door KPN begane overtredingen als een ernstige inbreuk op de Tw en de Verordening te beschouwen
- 5.11 Bij de vaststelling van hierna op te leggen boete voor de overtredingen A, B en C heeft het college in de volgende feiten aanleiding gezien tot matiging van de boete over te gaan:
- De hoogte van het door BBned terzake van de kortingsregeling voor XTL- en ASL-lijnen genoten voordeel (€ 111.987,48) en de duur. Dit relatief geringe voordeel houdt mede verband met de relatief beperkte periode waarin de kortingsregeling gold.
 - De hoogte van het door Tiscali terzake van [] voor het opzeggen van ontbundelde aansluitlijnen genoten voordeel (€10.676,07), welk voordeel relatief gering kan worden genoemd alsmede de relatief geringe duur van de regeling.
 - Het feit dat de kortingsregeling voor XTL- en ASL-lijnen voor Tiscali feitelijk niet tot financieel voordeel van Tiscali heeft gestrekt, hetgeen impliceert dat Tiscali hierdoor geen direct feitelijk voordeel heeft genoten.
 - Het feit dat KPN de gevolgen van de overtreding tracht te beperken door alsnog het door het college vastgestelde tarief aan BBned in rekening te brengen, hoewel de overtreding en de als gevolg daarvan opgetreden verstoring daarmee niet ongedaan kan worden gemaakt.

Overtredingen D en E

- 5.12 De ernst van de overtredingen bestaat voorts in de benadeling van andere aanbieders dan BBned en Tiscali. Het door KPN in strijd met de wet aanbieden van gereguleerde diensten tegen een ander tarief dan het door KPN bekendgemaakte (markt)tarief impliceert dat andere aanbieders meer beslag op hun vermogen hebben moeten leggen dan BBned en Tiscali dan wel hun netwerk minder (snel) hebben uitgerold dan zij tegen gunstiger voorwaarden zouden hebben gedaan. BBned en Tiscali hebben hierdoor een (financieel) voordeel gehad ten opzichte van hun concurrenten, hetgeen tot een verstoring van de markt heeft geleid.
- 5.13 Door haar handelswijze is KPN daarnaast in staat geweest de concurrentie te beïnvloeden. Zij kon immers kiezen wie wel en wie niet voor lagere tarieven en kortingen in aanmerking kon komen. Ook dat element rekent het college KPN aan.

- 5.14 Gelet op het bovenstaande zijn de door KPN begane overtredingen als een ernstige inbreuk op de Tw en de Verordening te beschouwen
- 5.15 Bij de vaststelling van hierna op te leggen boete voor de overtredingen D en E heeft het college in de hoogte van het door BBned als gevolg van de lagere collocatietarieven genoten voordeel (€ 312.720), welk voordeel gelet op het totaal aantal in de betreffende periode geleverde collocaties aanzienlijk kan worden genoemd, geen reden tot matiging gezien. Wel is reden tot matiging geweest het feit dat KPN de gevolgen van de overtreding tracht te beperken door alsnog het door het college vastgesteld tarief aan BBned in rekening te brengen, hoewel de overtreding en de als gevolg daarvan opgetreden verstoring daarmee niet ongedaan kan worden gemaakt.

6. Conclusie

- 6.1 KPN heeft zich schuldig gemaakt aan drie overtredingen van de eisen van kostenoriëntatie (overtredingen A, B en C) en twee overtredingen van het non-discriminatiebeginsel (overtredingen D en E). Welbewuste overtredingen van deze peilers van het toezicht op ontbundelde toegang tot de aansluitlijn, zijn naar het oordeel van het college aan te merken als overtredingen van de ernstigste soort en rechtvaardigen in beginsel de oplegging van een boete ter hoogte van het maximum bedrag. Ongedaanmaking van dergelijke overtredingen is naar hun aard niet mogelijk, aangezien KPN de netwerkuitrol door bepaalde aanbieders op een bepaald moment positief heeft beïnvloed. Dit dient in de hoogte van de op te leggen boetes tot uitdrukking te komen. In de onderhavige situatie zijn het de concrete omstandigheden van het geval die nopen tot boetes die lager zijn dan het maximum bedrag. Voor de gedragingen zoals hierboven onder A, B en C beschreven zijn dat de geringe betrokken bedragen in samenhang met de geringe duur alsmede de gedeeltelijke beperking van de gevolgen van de overtreding. Voor de gedragingen zoals hierboven onder D en E beschreven is dat de omstandigheid dat KPN alsnog poogt de gevolgen van de overtreding te beperken. Ook dit dient in de hoogte van de op te leggen boetes tot uitdrukking te komen.
- 6.2 Er bestaan geen redenen om niet tot boeteoplegging over te gaan. Bij de nader op te leggen boetes heeft het college meegewogen in hoeverre het gaat om vergelijkbare overtredingen, begaan tijdens dezelfde periode en binnen twee dezelfde klantrelaties. Gelet op het feit dat kostenoriëntatie en non-discriminatie te onderscheiden normen zijn met een eigen doelstelling gaat het college over tot de oplegging van twee boetes.

7. Besluit

7.1 Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit besluit aan KPN Telecom met toepassing van art. 15.4 Tw een boete op te leggen:

- voor de hiervoor als overtredingen A, B en C omschreven gedragingen gezamenlijk van € 90.000
- voor de hiervoor als overtredingen D en E omschreven gedragingen gezamenlijk van € 180.000.

Hoogachtend,

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

Prof. Dr. J. Arnbak, voorzitter

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.