

Minuut

OPTA
Vestiging Babylon
De heer College
Postbus 90420
2509 LK 'S-GRAVENHAGE

2 5 0 9 L K 9 0 4 2 0

Contactpersoon	Ons kenmerk	Uw kenmerk	Doorkiesnummer
mw. mr.dr. J.H. Verweij	OPTA/IBT/2003/200936		9235
Datum	Onderwerp		Bijlage(n)
	BESLUIT inzake rapport informatievoorziening RA ULL		1

Getipt door/paraaf

mw. mr.dr. J.H. Verweij

Ondertekening door/paraaf

prof.dr. J.C. Arnbak

Medewerking van/paraaf

Medewerking 2

Medewerking 3

Vergeleken door

Afschrift aan

Archief

Awb-besluit: opnemen in database

Ja / Nee

Afschrift aan NMa

Ja / Nee

Vervolg op

Rappeldatum

Verzenddatum

Verzendwijze

Adres Afschrift

BESLUIT inzake rapport informatievoorziening RA ULL

OPTA/IBT/2003/200936

1. Inleiding

1. Dit besluit tot oplegging van een boete ter hoogte van €375.000 is door het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) genomen op basis van artikel 15.4, tweede lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Aanleiding vormt het rapport van een toezichthoudend ambtenaar d.d. 18 december 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/204429 (hierna: het rapport). KPN Telecom B.V. heeft haar zienswijze schriftelijk (hierna: de zienswijze) en mondeling, in een hoorzitting op 27 januari 2003 (hierna: de hoorzitting), naar voren gebracht ten aanzien van het rapport.
2. Na weergave van de feiten en het juridisch kader wordt in onderdeel 2.3 een kwalificatie van de feiten als overtreding gegeven. Vervolgens komen de bevoegdheid en waarborgen (onderdeel 3), de belangenafweging en bijzondere omstandigheden (onderdeel 4) en de hoogte van de boete (onderdeel 5) aan de orde.

2. Overtreding en overtreden voorschrift

2.1 Feiten

3. Ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk ten behoeve van het aanbieden van xDSL-diensten wordt binnen de onderneming KPN Telecom B.V. feitelijk verleend door de Business Unit Carrier Services (hierna: CS), na ontvangst en verwerking van orders van aanbieders van xDSL-diensten. Voor de dienst "ADSL van KPN Telecom" geven internet service providers (hierna: ISP's) de klantorder via de Business Unit Internet Protocol Services (hierna: IPS) door aan Business Unit CS. Orders voor xDSL-diensten van andere aanbieders dan KPN Telecom B.V. (hierna: de andere aanbieders) worden door ISP's via de andere aanbieders aan de Business Unit CS verstrekt.
 - (1) Business Unit IPS krijgt wekelijks een selectie van gegevens uit de databestanden van KPN Telecom B.V. ten behoeve van het order- en leveringsproces van de dienst ADSL van KPN Telecom (hierna: de dump);
 - (2) Business Unit IPS heeft toegang tot vier informatiesystemen: Automatisering Werk Orders (hierna: AWO), Klant Interactie Ondersteunend Systeem KPN (hierna: KIOSK), Centrale Klanten Registratie (hierna: CKR) en Kabel Ader Netwerk Verbinding Adresregistratie Systeem (hierna: KANVAS), waarin onder meer infrastructuur gerelateerde gegevens alsmede klantgegevens zijn opgenomen.
4. Business Unit IPS gebruikt de dump en de toegang tot de vier systemen om de gegevens noodzakelijk voor een order tot ontbundeling van een aansluitlijn ten behoeve van de levering van een xDSL-dienst te controleren en zo nodig aan te vullen of te corrigeren. Dit gebeurt vanaf

23 juni 2000, de introductiedatum van de ADSL-dienst door KPN Telecom B.V. De andere aanbieders krijgen de dump niet en hebben evenmin toegang tot de infrastructuur gerelateerde gegevens alsmede klantgegevens in de vier systemen c.q. toegang tot die systemen.

5. De volgende beschrijving van het proces van ordering door Business Unit IPS vormt een samenvatting van hetgeen uit de gezamenlijke bijlagen bij het rapport naar voren komt, in het bijzonder en meer in detail in bijlage 6 bij het rapport, bijlage 2 bij de brief van KPN Telecom B.V., d.d. 9 oktober 2002.
6. Voor de eerste fase in het proces van ordering, de controle en aanvulling van de order, is geen handmatig ingrijpen door medewerkers van Business Unit IPS nodig. De eindgebruiker voert gegevens in welke automatisch worden vergeleken met de dump. De order wordt gecontroleerd op telefoonnummer, postcode en conflicterende diensten met ADSL (bijvoorbeeld een belbudget-abonnement). Aansluittype, contractant en adresgegevens worden automatisch aangevuld. In de tweede fase in het proces van ordering, de correctie van orders voor eerste plaatsing bij Business Unit CS, worden afzonderlijke orders handmatig door medewerkers van Business Unit IPS behandeld. Dit zijn orders die op basis van de controle aan de hand van de dump als niet te verwerken order zijn gesignaleerd. In de derde fase behandelen medewerkers van Business Unit IPS handmatig de orders die door Business Unit CS zijn afgewezen.
7. In het orderingsproces spelen de zogenaamde blocking codes een belangrijke rol, omdat op basis daarvan kan worden vastgesteld om welke reden de order niet kan worden verwerkt. Het college heeft vastgesteld wat de werkwijze van Business Unit IPS is per blocking code (de flowcharts in bijlage 11 bij het rapport, document 2,Q,GB0,33p, tweede serie). In veel gevallen worden de informatiesystemen geraadpleegd. De infrastructuur gerelateerde gegevens staan in KANVAS. Het college heeft geconstateerd welke functie van KANVAS Business Unit IPS gebruikt en welke gegevens uit dit systeem Business Unit IPS dan kan zien (bijlage 11 bij het rapport, document 5,Q,GB0,8p, eerste serie). Een voorbeeld van een gegeven waarvoor Business Unit IPS toegang tot CKR kan gebruiken is de 'contractnaam'. Dit is van belang omdat de gebruikersnaam anders kan zijn dan de contractnaam en een order zonder de juiste contractnaam door Business Unit CS niet kan worden verwerkt (bijlage 11, document 33,Q,GB0,1p en document 34,Q,GB0,1p).
8. Voor Business Unit IPS en de andere aanbieders zijn de blocking codes gelijk. De blocking codes staan in appendix VI van de Reference Offer for MDF Access Services Operations and Maintenance Manual (2001_3-0 15sep2001) van het referentieaanbod voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten (hierna: RA ULL) dat KPN Telecom B.V. op 17 september 2001 aan het college heeft overgelegd. Over de betekenis en het gebruik van blocking codes zijn nadere afspraken gemaakt in aanbod Service Niveaus voor ordering en levering van KPN, definitieve versie van 28 maart 2003 (hierna: SNO O&L). In het proces van ordering van de andere aanbieders komt geen afzonderlijke fase van controle en aanvulling van de order aan de hand van de dump voor. De andere aanbieders zouden hun orders

geautomatiseerd kunnen controleren en aanvullen, maar beschikken niet over de infrastructuur gerelateerde gegevens en klantgegevens waarover BU IPS beschikt. Voor zover een order onvolledig is, of de gegevens daarin afwijken van de gegevens die voorkomen in de systemen van KPN Telecom B.V. volgt een afwijzing door Business Unit CS met de bijbehorende blocking code. Voor een deel dienen de andere aanbieders de gegevens bij eerste plaatsing van de order bij Business Unit CS in te vullen, voor een deel worden deze gegevens later aangevuld.

- I. De eerste categorie gegevens wordt aangeduid als de gegevens die een voorwaarde vormen voor een clean order. Een clean order is een begrip uit de SNO O&L en betekent kortweg dat die gegevens waarover een telco kan beschikken, correct zijn ingevuld. De andere aanbieders vullen deze gegevens zelf in en ontleen deze aan de klant en aan openbare informatiebronnen. De eindgebruikersfactuur of de eigen administratie van de andere aanbieder kan de bron zijn van een bepaald gegeven. De andere aanbieder dient de order zelf te voorzien van de gegevens uit deze categorie bij eerste plaatsing van de order bij Business Unit CS.
 - II. Naast de hierboven beschreven categorie gegevens is er een categorie gegevens waarvoor geldt dat de andere aanbieders deze niet zelf kunnen verbeteren in, of kunnen toevoegen aan de order. Deze gegevens zijn ook noodzakelijk voor de verwerking van de order door Business Unit CS, maar vormen geen voorwaarde voor een clean order. Na eerste plaatsing van de order bij Business Unit CS door de andere aanbieders komt deze terug onder vermelding van de blocking codes die horen bij de gegevens uit de tweede categorie. Voor een deel voorziet Business Unit IPS de order van het juiste gegeven, dat de andere aanbieder vervolgens kan overnemen. Voor het andere deel dient de andere aanbieder deze gegevens per geval en per blocking code op telefonische of op elektronische wijze op te vragen bij Business Unit CS. In beide gevallen geldt dat vervolgens voor het opnieuw indienen van de order bij Business Unit CS de order door de andere aanbieder zelf per geval en per blocking code wordt aangepast.
9. Bijlage 1 bij dit besluit bevat een overzicht van de beschikbaarheid van gegevens voor Business Unit IPS enerzijds en voor de andere aanbieders anderzijds.
 10. KPN Telecom B.V. heeft in haar schriftelijke en mondelinge zienswijze de feiten zoals gesteld in het rapport niet betwist, met uitzondering van twee onderdelen die zij als feitelijk onjuist aanmerkt. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de definitie van de term 'dump' (welke hiervoor is aangepast aan de definitie die KPN Telecom B.V. hier zelf voor hanteert) en in de tweede plaats om de stelling dat KPN Telecom B.V. een concurrentieel voordeel heeft bij de gestelde overtreding (zie hierna bij onderdeel 6). Op de argumenten die KPN Telecom B.V. aanvoert bij de betwisting van de kwalificatie van de feiten als overtreding wordt hierna bij onderdeel 2.3 ingegaan.

2.2 Juridisch kader

11. Het college heeft KPN Telecom B.V. en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor zover zij aanbieder is van een vast openbaar telefoonnetwerk in Nederland, aangewezen als aanbieder van een vast openbaar telefoonnetwerk, die over een aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 6.4, eerste lid, van de Tw beschikt.
12. In de Richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn ("MDF-access")¹ en de Beleidsregels inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk² heeft het college vastgesteld dat een verzoek om volledig ontbundelde respectievelijk gedeelde toegang tot het aansluitnetwerk is aan te merken als een verzoek om bijzondere toegang. Op grond van artikel 6.9, eerste lid, jo. artikel 6.5, sub b, van de Tw dienen partijen die zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht te voldoen aan redelijke verzoeken tot bijzondere toegang en deze toegang onder gelijke voorwaarden te verstrekken als onder gelijke omstandigheden gelden voor henzelf of hun dochtermaatschappijen.
13. Artikel 3, tweede lid, van de 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), hierna: de Verordening, bepaalt het volgende:

"Per 31 december 2000 willigen de aangemelde exploitanten³ elk redelijk verzoek van een ontvanger om ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten in, onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden (...). De aangemelde exploitanten leveren aan ontvangers faciliteiten die gelijkwaardig zijn aan die welke zij aan hun eigen diensten of hun geassocieerde ondernemingen leveren, en dit volgens dezelfde voorwaarden en binnen dezelfde termijnen."

Uit de definitie in artikel 2, sub a, van de Verordening volgt dat KPN Telecom B.V. als de exploitant met aanmerkelijke macht op de markt van levering van vaste openbare telefoonnetwerken de aangemelde exploitant is.
14. Artikel 4, derde lid, van de Verordening geeft aan dat de nationale regelgevende instantie, indien dit gerechtvaardigd is, op eigen initiatief kan optreden om non-discriminatie, eerlijke concurrentie, economische doeltreffendheid en maximaal nut voor de gebruikers te waarborgen. Artikel 6.10, tweede lid, van de Tw, geeft aan dat het college de instantie is als bedoeld in artikel 4 van de Verordening.
15. Overweging 12 van de Verordening bepaalt het volgende:

"Aangemelde exploitanten die informatie en ontbundelde toegang leveren aan derden dienen daarbij de voorwaarden en kwaliteiten te betrachten die zij in acht nemen wanneer zij leveren aan hun eigen diensten of aan met hen geassocieerde ondernemingen."

¹ Richtsnoeren van 12 maart 1999, kenmerk OPTA/J/99/1443.

² Beleidsregels van 2 juli 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/201182.

³ Aanbieders aangewezen door het college krachtens artikel 6.4, eerste lid, van de Tw, in casu onder meer KPN Telecom B.V.

2.3 Beoordeling

16. Zoals ook uit het rapport naar voren komt, valt hetgeen is geconstateerd uiteen in twee onderdelen, de dump en de toegang tot de informatiesystemen. Naar het oordeel van het college vormen deze tezamen het feitencomplex waarvan dient te worden vastgesteld of dit een overtreding oplevert van het non-discriminatiebeginsel zoals in artikel 6.5, sub b, van de Tw en artikel 3, tweede lid, van de Verordening neergelegd.
17. KPN Telecom B.V. voert aan dat de feiten naar haar oordeel geen overtreding opleveren van het non-discriminatiebeginsel voor zover zij voldoet aan de minimumeisen die de Verordening stelt aan het RA ULL. Verder voert zij aan dat er geen "wezenlijk verschil" lijkt te bestaan tussen hetgeen KPN Telecom B.V. onder non-discriminatoire voorwaarden dient te verschaffen op grond van artikel 3, tweede lid, van de Verordening en de informatiediensten die KPN Telecom B.V., in de visie van OPTA, ten minste zou moeten opnemen in het RA ULL (brief van KPN Telecom B.V. aan OPTA, van 31 januari 2003, kenmerk: AMCP:16094.1). In reactie op hetgeen hierover ter hoorzitting is opgemerkt door de hoorcommissie heeft zij aangegeven dat het bestaan van de eis van non-discriminatie bij de levering van ontbundelde toegang en bijbehorende faciliteiten naast de eisen aan het RA ULL voor haar onvoldoende kenbaar is geweest.
18. De Verordening maakt een duidelijk onderscheid tussen de eisen aan het RA ULL enerzijds en het vereiste van non-discriminatie anderzijds. Dit blijkt in het bijzonder uit de omschrijving van de verplichtingen van de aangemelde exploitant ten aanzien van het RA ULL (art. 3 lid 1 Verordening) en ten aanzien van non-discriminatoire levering (art. 3 lid 2 Verordening). Zo maakt ook de Tw onderscheid tussen enerzijds de verplichting om referentie-interconnectie-aanbieding bekend te maken (art. 6.7 Tw) en het non-discriminatiebeginsel (art. 6.5 sub b Tw). In het document "Visie op informatiediensten" van het college van 25 februari 2002 gaat het college in op de informatiediensten die aan Telco's ter beschikking moeten staan. Hetgeen KPN Telecom B.V. terzake opmerkt gaat ten onrechte voorbij aan het feit dat het college in dat document onder "Telco's" expliciet ook Business Unit IPS begrijpt.
19. KPN Telecom B.V. voert daarnaast aan dat zij om redenen van privacybescherming, het verbod van artikel 6 Mededingingswet en het risico van aanwending voor oneigenlijke doelen informatie niet op volledig identieke wijze ter beschikking kan stellen als zij doet aan Business Unit IPS. Voorts stelt KPN Telecom B.V. dat, gelet op de doelstelling van de Verordening en de specifieke omstandigheden van het geval, een niet geheel identieke maar wel gelijkwaardige behandeling gerechtvaardigd is. KPN Telecom B.V. wijst daarnaast op de noodzaak van een specifiek informatieproduct waardoor gegevens die noodzakelijk zijn voor de aanvraag en afwikkeling van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk op een functioneel gelijkwaardige wijze aan andere aanbieders ter beschikking komt.
20. Het college is met KPN Telecom B.V. van oordeel dat het non-discriminatiebeginsel niet strekt tot het moeten bieden van een geheel identieke informatievoorziening aan andere aanbieders.

Het non-discriminatiebeginsel, in het bijzonder artikel 3, tweede lid, van de Verordening, verplicht immers tot het leveren van *gelijkwaardige* faciliteiten volgens dezelfde voorwaarden en binnen dezelfde termijnen. Voor zover voor de informatievoorziening aan andere aanbieders een specifiek informatieproduct dient te worden ontwikkeld, dient dit aan deze eisen te voldoen. Voor zover nog van belang merkt het college op dat KPN Telecom B.V. haar argumenten met betrekking tot privacybescherming, het verbod van artikel 6 Mededingingswet en het risico van aanwending voor oneigenlijke doelen niet heeft onderbouwd. Deze argumenten kunnen er naar het oordeel van het college niet toe leiden dat KPN Telecom B.V. zichzelf bepaalde faciliteiten mag leveren zonder aan de andere aanbieders faciliteiten te hoeven leveren die daaraan gelijkwaardig zijn en dit volgens dezelfde voorwaarden en binnen dezelfde termijnen.

21. KPN Telecom B.V. voert verder aan dat de in het rapport genoemde bepalingen uitsluitend betrekking hebben op wholesalediensten. Informatie die binnen KPN Telecom B.V. beschikbaar is en die uitsluitend betrekking heeft op het verlenen van retailediensten valt volgens haar buiten deze verplichting. KPN Telecom B.V. maakt verder onderscheid in verschillende categorieën gegevens in het kader van de levering van retailediensten waarop het non-discriminatieverbod wel, niet of afhankelijk van het feitelijk gebruik van toepassing is. KPN Telecom B.V. meent dat uit het rapport niet blijkt welke gegevens onder het non-discriminatieverbod vallen.
22. Het college overweegt dat de Verordening geen aanknopingspunten biedt om de reikwijdte van het non-discriminatiebeginsel te beperken zoals door KPN Telecom B.V. betoogd. De Verordening beoogt met behulp van asymmetrische verplichtingen te bewerkstelligen dat de aangemelde exploitant als verticaal geïntegreerde onderneming onder billijke voorwaarden concurreert met de andere aanbieders in de concurrentieslag op de lokale toegangsmarkt. Daartoe dient niet alleen de verplichting om een referentieaanbod te publiceren dat aan bepaalde eisen voldoet, maar ook de verplichting om faciliteiten te leveren die gelijkwaardig zijn aan de faciliteiten die deze onderneming in concreto levert aan haar eigen diensten. Het non-discriminatiebeginsel kan in concreto betekenen dat de voordelen die KPN Telecom B.V. voor zichzelf ontleent aan de combinatie van retail- en wholesaledienstverlening ook moeten gelden voor de andere aanbieders waarmee KPN Telecom B.V. concurreert. De wijze waarop KPN Telecom B.V. haar eigen onderdeel Business Unit IPS toegang tot relevante informatietechnologiesystemen biedt, vormt dan het uitgangspunt voor de levering van deze faciliteiten aan de andere aanbieders. Aangezien het onderscheid tussen diverse soorten gegevens zoals door KPN Telecom B.V. in de zienswijze aangevoerd, zich niet vertaalt in een onderscheid in gegevens die al dan niet aan Business Unit IPS worden geleverd of in de wijze waarop deze eigen dienst toegang heeft tot de relevante informatietechnologiesystemen, komt aan deze onderscheidingen naar het oordeel van het college in dit verband geen betekenis toe.
23. Een vergelijking van de faciliteiten die KPN Telecom B.V. aan Business IPS levert en de faciliteiten die de andere aanbieders ter beschikking staan op het punt van

informatievoorziening, leidt naar het oordeel van het college tot de volgende belangrijkste verschillen:

- A. Vóór eerste plaatsing van de order bij Business Unit CS kan Business unit IPS de order geautomatiseerd controleren en aanvullen op basis van gegevens in categorie I en II.
 - B. Nadat geautomatiseerd is gesignaleerd dat aanvulling of verbetering nodig is, kan Business Unit IPS de order (vóór eerste plaatsing van de order bij Business Unit CS) handmatig aanvullen en verbeteren op basis van gegevens in categorie I en II. Indien de andere aanbieders de order vóór eerste plaatsing bij Business Unit CS controleren, beperkt de mogelijkheid tot controle zich tot de gegevens in categorie I en vindt geen geautomatiseerde signalering plaats.
 - C. Ingeval van uitval van de order bij Business Unit CS kan Business Unit IPS de order zelf handmatig corrigeren aan de hand van gegevens in categorie I en II. De andere aanbieders corrigeren in geval van uitval de gegevens in categorie I en II handmatig, waarbij in ieder geval voor de gegevens in categorie II per order en per gegeven Business Unit CS moet worden ingeschakeld.
24. In aanvulling op bovengenoemde verschillen is het volgende nog van belang.
- a. Na de hierboven onder A genoemde geautomatiseerde controle, komt 20 tot 26% van de orders in aanmerking voor een handmatige controle door Business Unit IPS zoals beschreven onder B (bijlage 6 bij het rapport, bijlage 2 bij de brief van KPN Telecom B.V., d.d. 9 oktober 2002). Dit betekent dat op snelle en betrouwbare wijze een eerste controle plaatsvindt tegen relatief lage kosten en aan de hand van gegevens waarover de andere aanbieders niet beschikken.
 - b. De controle zoals hierboven onder B en C beschreven kan Business Unit IPS vervolgens sneller, betrouwbaarder, actueler en vollediger uitvoeren, zonder daarbij afhankelijk te zijn van Business Unit CS en de eindgebruiker.
 - c. De andere aanbieders dienen bepaalde gegevens te ontlenen aan de eindgebruikersfactuur, welke 2 maanden oud kan zijn. Business Unit IPS ontleent deze gegevens aan de dump, waarin gegevens hooguit twee weken oud zijn, of rechtstreeks aan de informatiesystemen. Dit maakt een minder omslachtige werkwijze mogelijk, waarbij het risico van verouderde gegevens bovendien aanzienlijk kleiner is.
 - d. Hoe beter de mogelijkheid om de order te controleren, aan te vullen en te verbeteren hoe kleiner het risico van één of meer afwijzingen per order en de daarmee gepaard gaande vertragingen en hoe lager de kosten per order.
 - e. Hoeveel inspanningen de andere aanbieders zich ook getroosten om het risico van afwijzing van de order te minimaliseren, zij bereiken niet dezelfde kwaliteit als de orders van Business Unit IPS.
25. Het college beoordeelt de gelijkwaardigheid van faciliteiten, overeenkomstig de invulling die de Verordening aan het non-discriminatiebeginsel geeft. In verband hiermee hoeft naar het oordeel van het college niet (primair) te worden vastgesteld welke specifieke gegevens onder het discriminatieverbod vallen, zoals KPN Telecom B.V. betoogt.

26. Het college concludeert dat KPN Telecom B.V. de faciliteiten in verband met de relevante informatietechnologiesystemen niet op gelijkwaardige wijze heeft geleverd aan de andere aanbieders en dit niet onder dezelfde voorwaarden en binnen dezelfde termijnen als zij aan Business Unit IPS heeft geleverd c.q. dat zij het non-discriminatiebeginsel heeft geschonden (hierna: de overtreding). Op de betekenis van het door KPN aangeboden informatieproduct wordt hierna in onderdeel 4 nader ingegaan. Op de concrete omstandigheden van de overtreding wordt hierna in onderdeel 6 nader ingegaan.

3. Bevoegdheid en waarborgen

27. Artikel 15.1, derde lid, van de Tw bepaalt dat met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van de Tw dan bedoeld in het eerste en tweede lid, alsmede het bepaalde bij Verordening zijn belast bij besluit van het college aangewezen ambtenaren. Op grond van artikel 15.4 van de Tw kan het college onder meer in geval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften een boete opleggen van ten hoogste € 450.000. Voor de boetebevoegdheid ten aanzien van overtredingen voor 5 oktober 2001 baseert het college zich op de artikelen 6.9 jo 6.5, sub b, van de Tw en voor overtredingen daarna baseert het college zich op de Verordening.⁴
28. Voorafgaand aan het opstellen van het rapport heeft op 8 oktober 2002 een bedrijfsbezoek plaatsgevonden en hebben toezichthoudende ambtenaren op 18 oktober 2002 een controle op locatie gehouden. Blijkens het verslag van de controle op locatie zijn betrokkenen overeenkomstig artikel 15.6 van de Tw door middel van een cautie in kennis gesteld van hun zwijgrecht. Artikel 15.8, eerste lid, van de Tw bepaalt dat wanneer een ambtenaar belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Tw vaststelt dat een overtreding is begaan deze daarvan een rapport opmaakt. Het rapport dat op 18 december 2002 aan KPN Telecom B.V. is verzonden, voldoet aan de vereisten die artikel 15.8, tweede lid, van de Tw daaraan stelt. Daarbij is KPN Telecom B.V. – zoals artikel 15.9, eerste lid, van de Tw dat voorschrijft - schriftelijk opgeroepen om naar keuze haar zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen. KPN Telecom B.V. heeft haar standpunt in de hoorzitting toegelicht, nadat opnieuw de cautie was gegeven. Deze beschikking is overeenkomstig artikel 15.10, vierde lid, van de Tw binnen 12 weken gegeven nadat het rapport is opgemaakt. De werkzaamheden in verband met het horen en de boetebeschikking zijn verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek (art. 15.11 Tw).
29. KPN Telecom B.V. voert in haar formele verweer aan dat een groot deel van het bewijsmateriaal dat aan het rapport ten grondslag ligt in diverse opzichten onrechtmatig is verkregen en dat het betreffende materiaal reeds daarom niet als bewijs kan dienen voor het vaststellen van de overtreding. Daartoe voert zij in de eerste plaats aan dat de OPTA-ambtenaren op 8 oktober 2002 geen voorafgaande rechterlijke machtiging hadden om de bedrijfsgebouwen van KPN Telecom B.V. te betreden. Ter onderbouwing van die stelling verwijst zij naar het “Colas Est”

⁴ Wet ontbundelde toegang (Stb. 2001, 431).

arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.⁵ In de tweede plaats is volgens KPN Telecom B.V. op 8 oktober 2002 ten onrechte geen cautie gegeven voordat door OPTA-ambtenaren vragen werden gesteld aan medewerkers van KPN Telecom B.V. Ten derde voert zij aan dat de bevoegdheid van OPTA-ambtenaren om op 8 en 18 oktober 2002 inlichtingen te vorderen zich niet uitstrekke tot willekeurige medewerkers en/of personen die op uitzendbasis bij KPN Telecom B.V. werkzaam zijn. Tot slot stelt KPN Telecom B.V. dat de deskundige die de OPTA-ambtenaren op 18 oktober 2002 vergezelde niet bevoegd was om gericht vragen te stellen.

30. Het college stelt in dit verband voorop dat er op 8 oktober 2002 geen sprake is geweest van de uitoefening van een bevoegdheid die aan OPTA-ambtenaren in het kader van hun toezichthoudende taak is toegekend. Een toezichthoudend ambtenaar gaat niet over tot de uitoefening van een hem toegekende bevoegdheid als de betrokkene reeds te kennen heeft gegeven vrijwillig medewerking te verlenen.⁶ In casu was er niet alleen sprake van vrijwillige medewerking, maar vond het bedrijfsbezoek bovendien plaats in nauw overleg met KPN. Dit blijkt onder meer uit de (fax)briefwisseling tussen KPN en OPTA voorafgaande aan het bedrijfsbezoek. Naar het oordeel van het college treft het argument van disproportioneel gebruik van of van het ontbreken van bevoegdheden derhalve geen doel voor zover betrekking hebbende op het bedrijfsbezoek van 8 oktober 2002 en is informatie (voor zover al gebruikt als bewijs) om die reden niet onrechtmatig verkregen.
31. Voor zover nog van belang overweegt het college verder dat bij deze gelegenheid bovendien geen sprake was van onderzoek in de zin van artikel 15.5 van de Tw. Onderzoek op locatie zal doorgaans slechts effectief zijn wanneer er een onverwacht initiatief van de toezichthouder aan ten grondslag ligt en daar was in dit geval geen sprake van. De invulling van het bedrijfsbezoek is zelfs in overleg met KPN Telecom B.V. tot stand gekomen. Artikel 15.6 van de Tw beperkt de cautieplicht expliciet tot 'het kader van het onderzoek bedoeld in art. 15.5' van de Tw. Om die reden treft ook het argument dat bij het bedrijfsbezoek op 8 oktober 2002 de cautie niet is gegeven geen doel. Het college meent daarnaast dat de stelling van KPN Telecom B.V. dat zij op haar zwijgrecht had moeten worden gewezen op gespannen voet staat met het feit dat KPN Telecom B.V. kennelijk zelf de gelegenheid heeft willen aangrijpen om informatie met OPTA-ambtenaren te delen.
32. Voor zover de formele verweren van KPN Telecom B.V. (mede) betrekking hebben op de verkregen informatie op 18 oktober 2002 merkt het college het volgende op.
33. Het college is van oordeel dat het "Colas Est" arrest niet meebrengt dat een voorafgaande rechterlijke machtiging had moeten worden gegeven. Een belangrijk verschil tussen de onderhavige zaak en de casus in dat arrest is gelegen in het feit dat in de laatstgenoemde situatie ambtenaren zijn binnengetroten zonder toestemming van de

⁵ Arrest van 16 april 2002 van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, zaak 37971/97 inzake *Colas Est e.a. vs. Frankrijk*.

⁶ MvT bij artikel 5:13 Awb; PG Awb III, p. 338.

vertegenwoordigingsbevoegden van de desbetreffende ondernemingen. In de onderhavige zaak heeft KPN Telecom B.V. de OPTA-ambtenaren toestemming gegeven om binnen te treden en de gelegenheid geboden om gegevens, bestanden en documenten in te zien. Als gevolg daarvan hebben de OPTA-ambtenaren geen (verdergaand) gebruik hoeven te maken van hun bevoegdheden en kan van onrechtmatig verkregen bewijs geen sprake zijn. Strijdigheid met artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden doet zich reeds om deze reden naar het oordeel van het college niet voor.

34. Het college deelt niet het standpunt van KPN Telecom B.V., dat op 18 oktober 2002 de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen zich niet uitstrekte tot willekeurige medewerkers en/of personen die op uitzendbasis bij KPN Telecom B.V. werkzaam zijn. Het stellen van vragen aan medewerkers is naar het oordeel van het college geoorloofd op grond van artikel 5:16 jo. 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht. Dat de toezichthoudend ambtenaar in beginsel van een ieder de nodige inlichtingen kan verlangen, volgt uit zijn bevoegdheid om van een ieder medewerking te vorderen bij het uitoefenen van zijn taak. De bevoegdheid is uitgeoefend jegens de personen die betrokken waren bij activiteiten waarop krachtens de betrokken wettelijke regeling moest worden toegezien.⁷
35. Tot slot stelt KPN Telecom B.V. dat de deskundige niet bevoegd was om gericht vragen te stellen. Het college is met KPN Telecom B.V. van oordeel dat een deskundige die een toezichthoudend ambtenaar vergezelt zelf geen onderzoeksbevoegdheden heeft.⁸ Hij kan evenwel zorgen dat de toezichthoudend ambtenaar die hij vergezelt zo nodig inlichtingen vordert. Dat is naar het oordeel van het college pas aan de orde indien op vragen van de deskundige of van de toezichthoudende ambtenaar zelf niet wordt geantwoord. Zo ver kwam het niet op 18 oktober 2002 aangezien KPN Telecom B.V. medewerking verleende. Van onrechtmatig verkregen bewijs door de gedragingen van de deskundige is derhalve naar het oordeel van het college geen sprake.
36. Het college concludeert op grond van het vorenstaande dat de formele verweren van KPN Telecom B.V. ten aanzien van de rechtmatigheid van het bewijs geen doel treffen.

4. Belangenafweging en bijzondere omstandigheden

37. Bij brief van 26 september 2002 heeft het college KPN Telecom B.V. er schriftelijk op gewezen dat zij in strijd met de Verordening handelde en geëist dat KPN Telecom B.V. met onmiddellijke ingang een einde aan deze situatie zou maken.⁹ Daarmee heeft het college KPN Telecom B.V. expliciet gewaarschuwd dat zij met de verstrekking van de dump sanctieoplegging door het college riskeerde. Het rapport strekt ertoe het college, na kennisneming van de zienswijze van KPN Telecom B.V., tot een afweging omtrent het opleggen van een boete in staat te stellen.

⁷ T&C Awb, p. 201.

⁸ MvT bij artikel 5:15 Awb; PG Awb III, p. 343.

⁹ Bijlage 3 bij het rapport.

38. De bevoegdheid om een boete op te leggen komt het college toe naast de bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen. Om een overtreding te voorkomen, beëindigen, de gevolgen ervan ongedaan te laten maken door de overtreder en naleving van de regels na overtreding te bevorderen is in het algemeen een last onder dwangsom het aangewezen middel. Alleen de oplegging van een boete kan worden ingezet om behaald voordeel te ontnemen en dient daarnaast ter speciale (en generale) preventie. De belangen van de andere aanbieders zijn gediend met de bevordering van de naleving van de Tw en de Verordening (zie ook onderdeel 5), zij het dat zij door de boeteoplegging op zichzelf niet in een betere positie komen.
39. KPN Telecom B.V. stelt dat zij sinds medio september 2002 aan partijen een informatieproduct aanbiedt onder de naam MIP 15 (aanvankelijk een handmatige versie en vanaf 1 december een geautomatiseerde versie). OPTA is hiervan op de hoogte, zo stelt KPN Telecom B.V.. Omdat het college van mening is dat MIP 15 aan de overtreding een einde kan maken, had op dit punt onderzoek moeten plaatsvinden, zo voert KPN Telecom B.V. aan. Pas na inhoudelijke discussie over de opheffing van de overtreding door MIP 15, kunnen naar haar mening handhavende maatregelen worden genomen.
40. Dat KPN Telecom B.V. sinds medio september 2002 aan alle andere aanbieders een informatieproduct zou bieden dat aan de overtreding einde maakt, wordt weerlegd door het volgende. Op 4 september 2002 richt KPN Telecom B.V. een verzoek aan andere aanbieders om haar te laten weten of er belangstelling is voor een pilot. Daarnaast vraagt zij om voor 20 september 2002 een eerste interesse in afname van de dienst kenbaar te maken (brief van KPN Telecom B.V. aan partijen, van 4 september 2002, kenmerk: 2002-01906-KTW). KPN Telecom B.V. bericht het college in reactie op vragen over de dienst MIP15 dat het aanbod dat zij op 11 november 2002 heeft toegezonden, is aangepast en voegt als bijlage een "MIP 15 interfacebeschrijving B2B koppeling" bij met als datum 12 november 2002. *"Vanaf het moment van tekening van de overeenkomst kan de dienst worden afgenomen. Wel geldt dat tot 1 december 2002 de dienst in een opstartfase verkeert en wellicht nog enige operationele onvolkomenheden aan dag zou kunnen leggen. Vanaf 1 december a.s. dient de levering conform de overeengekomen voorwaarden te geschieden."* (brief van KPN Telecom B.V. aan OPTA, van 8 november 2002, kenmerk: R/02/U/0224). Op de website van KPN Telecom B.V. zijn per 19 november 2002 inderdaad toegevoegd: "Contract MIP 15" en "Voorgestelde amendementen op RAULL documenten voortkomend uit de introductie van MIP 15".
41. Met KPN Telecom B.V. is het college van oordeel dat met name alvorens een last onder dwangsom wordt opgelegd, moet worden beoordeeld of inmiddels een einde aan de overtreding is gemaakt. Zodra KPN Telecom B.V. aanvullende informatie heeft geleverd over de informatieproducten die zij in het kader van het orderingsproces voor ontbundelde aansluitlijnen aan de andere aanbieders aanbiedt, kan het college deze informatieproducten beoordelen. In een afzonderlijk traject staan de diverse (aanvullende) informatiediensten (MIP 15, MIP15a, b, c, y, z, MIP18a, b en MIP19) centraal. Daarbij is ook van belang dat in overleg

met de andere aanbieders dient te worden vastgesteld hoe deze producten tegemoet komen aan hun behoeften. KPN Telecom B.V. heeft in dat traject een belangrijke stap gezet met haar (concept) aanbod additionele MDF informatie d.d. 20 januari 2003, welk aanbod zij aan het college heeft gericht. Dit neemt niet weg dat de overtreding vanaf 23 juni 2000 tot in elk geval tot 1 december 2002 heeft voortgeduurd. Het college is van oordeel dat de duur en de ernst van de overtreding de oplegging van een boete rechtvaardigt, hetgeen hierna in onderdeel 5.1 nader wordt onderbouwd. In dit verband wijst hij nog op de uitdrukkelijke bepaling in de Verordening (art. 4 lid 3) inzake de bevoegdheid om, indien gerechtvaardigd, op eigen initiatief op te treden om non-discriminatie te waarborgen.

42. Voordat een boete kan worden opgelegd voor de periode tot 1 december 2002 is het niet nodig dat is vastgesteld of KPN Telecom B.V. na die datum een einde heeft gemaakt aan de overtreding. Het feit dat de andere aanbieders na 1 december 2002 een of meer informatieproducten kunnen afnemen, vormt dit op zichzelf wel een factor die het college meeweegt in de boeteoplegging. Dit is naar zijn oordeel in dit geval onvoldoende reden om van boeteoplegging ten aanzien van de overtreding af te zien. Overigens laat de oplegging van een boete onverlet dat het college zo nodig in een later stadium tot oplegging van een (of meer) last(en) onder dwangsom overgaat.
43. Het feit dat de databestanden van KPN Telecom B.V. geïntegreerd zijn, staat er naar het oordeel van het college niet aan in de weg dat zij de andere aanbieders gelijkwaardige faciliteiten biedt, zo nodig door het ontwikkelen van een specifiek informatieproduct. Ook overigens is het college niet gebleken dat sprake is van bijzondere omstandigheden die aanleiding vormen om van de oplegging van een boete af te zien. KPN Telecom B.V. heeft naar het oordeel van het college niet aannemelijk gemaakt dat haar van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.

5. Hoogte van de boete

44. Artikel 15.4, derde lid, van de Tw bepaalt dat de hoogte van de boete in ieder geval wordt afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Het college legt KPN Telecom B.V. in verband met de overtreding een boete op van €375.000. De hoogte van het bedrag wordt hierna toegelicht.

5.1 Ernst en duur van de overtreding

45. Op grond van de Tw en in het bijzonder de Verordening heeft het college de taak een 'level playing field' te creëren op de xDSL-markt, met het oog op de belangen van de andere aanbieders en van de eindgebruiker. Door de overtreding is het belang van het bevorderen van concurrentie op de lokaaltoegangsmarkt geschaad. De andere aanbieders hebben niet onder billijke voorwaarden kunnen concurreren met KPN Telecom B.V. omdat zij binnen het orderingsproces niet in staat zijn gesteld dezelfde kwaliteit te bereiken als de eigen dienst van KPN Telecom B.V.. Dat informatievoorziening in dit verband een belangrijk element is, blijkt ook

uit overweging 12 van de Verordening en het feit dat het onderwerp informatiesystemen deel uitmaakt van de minimumlijst in de bijlage bij de Verordening.

46. Het college heeft geconstateerd dat de overtreding gedurende de periode van 23 juni 2000 tot in ieder geval 1 december 2002 heeft plaatsgevonden. Op 1 juni 2000 begon KPN met het verlenen van ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk. De periode van de overtreding valt derhalve samen met de eerste twee en een half jaar dat ADSL-diensten op de Nederlandse markt beschikbaar zijn. Voor de vaststelling van de ernst van de overtreding neemt het college mede in overweging dat het bestaan van een discriminatoire situatie met name in de beginfase van een dienst grote gevolgen heeft, omdat die periode zeer bepalend is voor het verwerven van marktaandeel. Het college neemt tevens in overweging dat KPN Telecom B.V. inmiddels een belangrijke stap heeft gezet in de richting van het beëindigen van de overtreding.
47. De ernst en de duur van de overtreding vragen naar het oordeel van het college om de oplegging van een boete waarvan de hoogte dicht bij het wettelijk maximum ligt. Aangezien het wettelijk maximum €450.000 bedraagt, kiest het college voor een bedrag daaronder waarin tot uitdrukking komt dat er sprake is van een ernstige en langdurige overtreding, maar ook van een omstandigheid om het maximum bedrag te matigen.
48. In de onderhavige situatie is sprake van een overtreding die alleen door KPN Telecom B.V. kan worden begaan, aangezien de overtreden norm uitsluitend geldt voor KPN Telecom B.V. Voor de bepaling van de hoogte van de boete kan het college derhalve niet aansluiten bij een vaste gedragslijn in vergelijkbare gevallen.

5.2 Overige omstandigheden

49. De ernst van de overtreding wordt mede bepaald door het berokkende nadeel bij degenen die de overtreden bepaling beoogt te beschermen en het door KPN Telecom B.V. behaalde voordeel bij de overtreding. Over het voordeel bij de overtreding bevat het rapport de volgende passage:
"het verschil in beschikbaarheid van infrastructuur gerelateerde gegevens alsmede klantgegevens tussen Business Unit IPS en andere aanbieders van xDSL heeft verschillende voor Business Unit IPS gunstige gevolgen. Zij is hierdoor in staat sneller xDSL-diensten te leveren, is betrouwbaarder voor (potentiële) klanten, is in staat meer orders te verwerken en kan, doordat haar orders sneller worden uitgevoerd en doordat de dienst feitelijk sneller kan worden geleverd, eerder en meer inkomsten genereren. Dat verschaft KPN Telecom B.V., meer specifiek de Business Unit IPS, een aanzienlijk concurrentieel voordeel." KPN Telecom B.V. betwist de conclusie die aan de aangehaalde voordelen wordt verbonden en voert aan dat het rapport het concurrentieel voordeel onvoldoende onderbouwt. De voordelen zelf weerspreekt zij evenwel niet. Bovendien merkt KPN Telecom B.V. zelf op waar zij ingaat op de effecten van het uitvallen van een order *"In het totale proces kan vastgesteld worden dat gemiddeld elke order wel een keer uitvalt. Dit is een van de grootste aandachtspunten omdat dit de klanttevredenheid en de kosten per order ernstig negatief beïnvloedt"* (bijlage 6 bij het rapport, bijlage 2 bij de brief van KPN Telecom B.V., d.d. 9 oktober 2002). Het college sluit zich terzake van de vaststelling van de

voordelen en de conclusie van een aanzienlijk concurrentieel voordeel aan bij het rapport.

50. Het college overweegt dat de voordelen voor KPN Telecom B.V. en de nadelen voor de andere aanbieders als gevolg van de overtreding moeilijk kwantitatief zijn uit te drukken. In zijn algemeenheid kan bijvoorbeeld moeilijk in geld worden uitgedrukt in hoeverre snelheid en klanttevredenheid van invloed zijn geweest op de concurrentiepositie van KPN Telecom B.V. en van de andere aanbieders en op de respectieve marktaandelen. De nadelen in de vorm van een lagere kwaliteit van de dienstverlening die aan de eindgebruiker kan worden geboden en hogere kosten per order zijn evenwel evident. Deze nadelen hebben des te sterker effect gehad, omdat, zoals hiervoor al is overwogen, de verwerving van minder marktaandeel in een beginfase van een dienst tot een moeilijk in te halen achterstand leidt.
51. Het college overweegt dat de boete zo hoog zou moeten zijn dat zij KPN Telecom B.V. van een volgende overtreding weerhoudt en potentiële overtreders afschrikt (speciale en generale preventie). Het college noemt nog twee factoren op grond waarvan hij tot de overtuiging komt dat een boete ter hoogte van €375.000 in dit geval zeker niet te hoog is. Op 1 december 2002 bedroeg het exacte aantal aansluitingen ADSL van KPN Telecom 283.340. KPN Telecom B.V. stelt in de bijlage bij het MIP 15 contract het tarief per validatie van een order, exclusief BTW, op €1,11. De gekozen hoogte van de boete vormt overigens geen vermenigvuldiging van het aantal aansluitingen met het bedrag per validatie. Naar het oordeel van het college voldoet de hoogte van de boete aan de eis dat de nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb).

6. Dictum

Het college besluit KPN Telecom B.V. een boete op te leggen van €375.000 in verband met de overtreding van de artikelen 6.9 j° 6.5, sub b, van de Tw en van artikel 3, tweede lid, van de Verordening gedurende de periode van 23 juni 2000 tot 1 december 2002, welke overtreding eruit bestaat dat

- Business Unit IPS wekelijks de dump, een selectie van gegevens uit de databestanden van KPN Telecom B.V. ten behoeve van het order- en leveringsproces van de dienst ADSL van KPN Telecom, verkrijgt en
- Business Unit IPS toegang heeft tot vier informatiesystemen waarin onder meer infrastructuur gerelateerde gegevens alsmede klantgegevens zijn opgenomen.

Aldus besloten te 's Gravenhage op 10 maart 2003.

Het college van de ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

prof.dr. J.C. 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.