

Minuut

Allen & Overy
De heer S.J. van der Voorde
Postbus 75440
1070 AK AMSTERDAM

1 0 7 0 A K 7 5 4 4 0

Contactpersoon mr. C.A. Vesseur	Ons kenmerk OPTA/JUZ/2003/204112	Uw kenmerk	Doorkiesnummer 0703153590
Datum	Onderwerp Zaak JB 03033: Beslissing op bezwaar inzake boetebesluit KPN informatievoorziening RA ULL		Bijlage(n) 1 (verslag hoorzitting)

Getypt door/paraaf mr. C.A. Vesseur	Vervolg op
Ondertekening door/paraaf College	Rappeldatum
Medewerking van/paraaf Janine Verweij	Verzenddatum
Medewerking 2 Peter Schnezler	Verzendwijze Aangetekende post
Medewerking 3 Hans Bakker	
Vergeleken door	

Afschrift aan Archief, JZ, JVE, MPIJ	Adres Afschrift
--	------------------------

Awb-besluit: opnemen in database
Nee

2003204112 *2003204112*

Afschrift aan NMa
Nee

Besluit

Beslissing op de bezwaren van KPN Telecom B.V. (hierna: KPN) tegen het besluit van het college van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) van 11 maart 2003 met kenmerk OPTA/IBT/2003/200936 (hierna ook: het bestreden besluit).

1. SAMENVATTING

- 1.1 KPN heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van het college van 11 maart 2003 waarbij aan KPN Telecom BV een boete van €375.000 is opgelegd. Aanleiding voor de boete was een door OPTA geconstateerde overtreding van de regels zoals neergelegd in de Telecommunicatiewet en de Europese Verordening inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.
- 1.2 Ontbundelde toegang is een wettelijke verplichte methode waarbij KPN bepaalde voorzieningen aan zijn concurrenten aanbiedt zodat deze concurrenten hun eigen digitale diensten aan consumenten en kleine bedrijven kunnen opbouwen. Deze ADSL-diensten, waarbij KPN's aansluitlijn van het huis tot de wijkcentrale geheel of gedeeltelijk geëxploiteerd wordt door een concurrent, kunnen concurreren met de ADSL-diensten van KPN. De overtreding betreft het bevoordelen van KPN's eigen Business Unit 'Internet Protocol Services', de aanbieder van ADSL-diensten van KPN, ten opzichte van andere marktpartijen. Het gaat hierbij om het ter beschikking stellen van wekelijkse informatie en de toegang tot informatiesystemen. Dit maakt het voor KPN's eigen Business Unit mogelijk om eenvoudiger, accurater en sneller orders te controleren en daarmee het risico van afwijzing te minimaliseren. Dit betekent voor KPN's eigen Business Unit een concurrentieel voordeel, omdat het plaatsen van orders een beduidend lagere administratieve belasting (en daarmee kostenbesparing) met zich brengt dan bij andere, concurrerende aanbieders. De boete heeft betrekking op de periode 23 juni 2000 tot 1 december 2002.
- 1.3 KPN heeft in bezwaar een aantal punten tegen het besluit aangevoerd. In de eerste plaats komt KPN met formele bezwaren tegen de (onrechtmatigheid van de) voorbereiding van het primaire besluit. In de tweede plaats richten de materiële bezwaren zich tegen de wijze waarop het college het discriminatieverbod hanteert. Tenslotte is een aantal bezwaren gericht tegen de hoogte van de opgelegde boete. In het onderhavige besluit worden de bezwaren van KPN besproken en weerlegd. Het college concludeert tenslotte dat de bezwaren van KPN ongegrond zijn.

2. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

- 2.1 Bij brief van 8 april 2002 heeft het college aan Koninklijke KPN N.V. een aantal vragen gesteld met betrekking tot de informatieverschaffing van KPN aan Business Unit Broadband Networks (thans Business Unit Internet Protocol Services, hierna: BU IPS).

Besluit

- 2.2 Op 26 september 2002 heeft een overleg plaatsgevonden tussen Business Unit Carrier Services (hierna: BU CS) en BU IPS, onder meer over de rapportages van BU CS aan BU IPS. Dit gesprek werd bijgewoond door een aantal medewerkers van het bureau van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA). Tijdens dit gesprek werd van de zijde van BU IPS de mededeling gedaan dat KPN iedere twee weken aan BU IPS een "dump" van de billinggegevens van klanten van KPN (thans KADO genoemd) verstrekt. Daarbij werd aangegeven dat andere aanbieders van xDSL deze informatie niet op deze manier krijgen. Bij brief van eveneens 26 september 2002 heeft het college die mededeling schriftelijk vastgelegd en erop gewezen dat KPN daarmee handelt in strijd met de Verordening ontbundelde toegang EG 2887/2000 van 18 december 2000 (hierna: de Verordening). Daarbij is KPN erop gewezen dat zij met onmiddellijke ingang een einde dient te maken aan die situatie.
- 2.3 Bij brief van 30 september 2002 heeft KPN gereageerd op de brief van het college van 26 september 2002. Daarin heeft KPN uiteengezet dat de BU IPS de gegevens uit de billingsystemen van KPN gebruikt naast andere, algemeen beschikbare gegevens. De gegevens worden gebruikt om de kwaliteit van de verwerking van aanvragen voor xDSL-diensten te verhogen. KPN wijst erop dat andere xDSL-aanbieders zelf ook mogelijkheden hebben om de slaagkans van hun orderproces te verhogen, mede door gebruik van informatie uit openbare bronnen. In de brief van 30 september 2002 erkent KPN dat gebruik van de klantgegevens uit de billingsystemen van KPN ervoor zorgt dat het aantal afgewezen orders dat BU IPS plaatst, lager ligt dan het aantal afgewezen orders dat wordt geplaatst door andere xDSL-aanbieders.
- 2.4 Daarop heeft het college bij brief van 2 oktober 2002 te kennen gegeven dat het zich, naar aanleiding van de brief van 30 september 2002, op locatie op de hoogte wil stellen van de feitelijke informatievoorziening waarover BU IPS beschikt, nu gebleken was dat de eerdere mededeling van KPN, dat BU IPS over dezelfde gegevens beschikt als marktpartijen, naar alle waarschijnlijkheid onjuist was.
- 2.5 Bij brief van 7 oktober 2002 hebben mr. P.V. Eijvoogel en mr. S.J. van der Voorde bericht dat zij KPN als advocaat/gemachtigde bijstaan in verband met het door het college aangekondigde bedrijfsbezoek. Daarbij is aangegeven dat KPN alle medewerking verleent aan de wens van het college om inlichtingen te verzamelen over de informatievoorziening van KPN aan BU IPS.
- 2.6 Op 8 oktober 2002 hebben medewerkers van OPTA een bedrijfsbezoek gebracht aan BU IPS. Daarbij is door medewerkers van BU IPS uitleg gegeven over het leveringsproces van de "dump" van billinggegevens (hierna ook: de "dump" of KADO) en inzicht gegeven in het ordering en leveringsproces van xDSL. Medewerkers van BU IPS hebben daarbij uiteengezet dat de billinggegevens één keer per week worden verstrekt. Daarnaast is op 8 oktober 2002 geconstateerd dat BU IPS, naast dat het kan beschikken over gegevens uit de billingsystemen

Besluit

van KPN, ook toegang heeft tot een viertal informatiesystemen van KPN, te weten de systemen 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) (hierna tezamen ook: de informatiesystemen).

- 2.7 Naar aanleiding van die constatering is OPTA een onderzoek gestart in het kader van de naleving van de bepaling van de Verordening en de artikelen 6.9 jo. 6.5 van de Telecommunicatiewet (hierna ook: Tw). Daartoe is door medewerkers van OPTA op 18 oktober 2002 een, daags tevoren telefonisch aangekondigd, bedrijfsbezoek gebracht aan BU IPS. Daarbij is onderzoek gedaan bij de verschillende onderdelen van de leverstraat van BU IPS. Op verzoek van medewerkers van OPTA is een aantal documenten in kopievorm verstrekt, waaronder uitdraaien uit geautomatiseerde systemen. Vervolgens is per emailbericht van 21 oktober 2002 en per (ongedateerde) post nog enige nadere informatie verstrekt.
- 2.8 Van het bedrijfsbezoek van 18 oktober 2002 is op 5 november 2002 een verslag opgesteld, dat bij brief van 11 november 2002 aan KPN is verzonden.
- 2.9 De bevindingen zijn door een medewerker van OPTA neergelegd in een rapport als bedoeld in artikel 15.8 Tw, gedateerd 18 december 2002 (hierna: het rapport). In het rapport is geconstateerd dat KPN zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van artikel 3 Verordening jo. artikel 6.10 Tw, respectievelijk artikelen 6.5 jo. 6.9 Tw. Het rapport is – tezamen met de daarbij behorende stukken – door het college op 18 december 2002 bekend gemaakt aan KPN. KPN is daarbij in de gelegenheid gesteld om, naar keuze schriftelijk of mondeling, haar zienswijze naar voren te brengen omtrent het gestelde in het rapport.
- 2.10 Bij brief van 20 januari 2003 heeft KPN aan het college bericht dat zij voornemens is een aantal aanvullende informatieproducten aan marktpartijen aan te bieden, waarmee de door OPTA geconstateerde strijd met het discriminatieverbod naar de mening van KPN geheel zou worden weggenomen.
- 2.11 Eveneens bij brief van 20 januari 2003 heeft KPN haar zienswijze op het rapport schriftelijk ingediend. Deze schriftelijke zienswijze is in een (besloten) hoorzitting van het college, op 27 januari 2003, nader toegelicht. Het verslag van deze hoorzitting is bij brief van 12 maart 2003 aan KPN verzonden.
- 2.12 Bij brief van 31 januari 2003 heeft KPN, overeenkomstig een daartoe strekkend verzoek gedaan op de hoorzitting, aanvullende informatie verstrekt en haar zienswijze op het rapport van 18 december 2002 andermaal toegelicht.
- 2.13 Bij het bestreden besluit van 11 maart 2003 heeft het college aan KPN een boete opgelegd van € 375.000,-- in verband met de overtreding van de artikelen 6.9 jo. 6.5, aanhef en onder

Besluit

b, Tw en van artikel 3, tweede lid, Verordening in de periode 23 juni 2000 tot 1 december 2002. Dit besluit is op dezelfde dag bekend gemaakt.

- 2.14 Bij brief van 22 april 2003 heeft de gemachtigde van KPN, mr. S.J. van der Voorde, namens KPN bezwaar op nader aan te vullen gronden gemaakt tegen het besluit van 11 maart 2003. De gronden van het bezwaar zijn aangevuld op 4 juni 2003. Naar aanleiding daarvan heeft op 18 juni 2003 een hoorzitting plaatsgevonden. Het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij het onderhavige besluit gevoegd.
- 2.15 Naar aanleiding van de hoorzitting is aan (de gemachtigde van) KPN bij brief van 26 juni 2003 een aantal nadere vragen gesteld met het verzoek die vragen schriftelijk te beantwoorden.
- 2.16 Bij brief van 14 augustus 2003 heeft KPN een reactie gegeven.

3. FEITELIJKE GRONDSLAG VAN HET GESCHIL; HET BESTREDEN BESLUIT

- 3.1 Bij het bestreden besluit is aan KPN een boete opgelegd van € 375.000,-- in verband met overtreding van de artikelen 6.5, aanhef en onder b, jo. 6.9 Tw en artikel 3 Verordening. De overtreding bestaat eruit dat BU IPS in de periode van 23 juni 2000 tot 1 december 2002 wekelijks een selectie van billinggegevens uit de databestanden van KPN, ten behoeve van het order- en leveringsproces van de dienst ADSL van KPN heeft verkregen. Daarnaast heeft BU IPS toegang tot een viertal informatiesystemen van KPN, waarin onder meer infrastructuur gerelateerde gegevens en klantgegevens zijn opgenomen. BU IPS gebruikt de "dump" van billinggegevens en de toegang tot de vier informatiesystemen om infrastructuurgerelateerde gegevens en klantgegevens (die noodzakelijk zijn voor een order voor de levering van een ontbundelde aansluitlijn) bij BU CS te verifiëren en zonodig aan te vullen of te verbeteren. Door de "dump" en toegang tot de informatiesystemen is BU IPS in staat om snel en eenvoudig de gegevens van een nieuwe klant te verifiëren. Slechts in geval van een orderprobleem worden de informatiesystemen (handmatig) geraadpleegd door medewerkers van BU IPS.
- 3.2 Gedurende de genoemde periode heeft KPN aan andere aanbieders van xDSL-diensten (zoals Versatel, BabyXL en BB-ned) waarmee KPN concurreert, geen faciliteiten geleverd die gelijkwaardig zijn aan de faciliteiten die zij BU IPS ter beschikking stelt. Daardoor zijn deze andere aanbieders, in vergelijking met BU IPS, niet in staat om de ordering van ontbundelde aansluitlijnen op een even efficiënte en eenvoudige en snelle wijze af te handelen. Zij dienen de, voor het plaatsen van een order noodzakelijke, gegevens uit hun eigen administratie of die van de eindgebruiker te verkrijgen en deze handmatig in te voeren in het ordersysteem. Vervolgens moet KPN hun op grond van die informatie nog andere gegevens verstrekken die ook weer door de andere aanbieder handmatig moeten worden ingevoerd

Besluit

voordat de order door KPN in behandeling kan worden genomen. De orders van KPN zijn daardoor betrouwbaarder en behoeven niet zo vaak te worden aangepast. Dat betekent niet alleen dat BU IPS in staat is om sneller orders succesvol te plaatsen, maar ook dat het plaatsen van die orders een beduidend lagere administratieve belasting (en daarmee kostenbesparing) met zich brengt dan bij andere aanbieders. Door de andere aanbieders geen faciliteiten aan te bieden die gelijkwaardig zijn aan de faciliteiten die zij aan haar eigen onderdeel BU IPS levert, en volgens dezelfde voorwaarden en binnen dezelfde termijnen, handelt KPN in strijd met de non-discrimatieverplichting als neergelegd in de artikelen 6.9 jo. 6.5 Tw, respectievelijk artikel 3 Verordening.

- 3.3 Het college heeft geconstateerd dat de overtreding gedurende de periode van 23 juni 2000 tot in ieder geval 1 december 2002 heeft plaatsgevonden. Het bestaan van de discriminatoire situatie valt samen met de eerste tweeënehalf jaar dat xDSL-diensten op de Nederlandse markt beschikbaar zijn gekomen. De ernst en de duur van de overtreding hebben het college ertoe gebracht over te gaan tot oplegging van een boete waarvan de hoogte dicht bij het wettelijk maximum ligt. Het college is van oordeel dat sprake is van een ernstige en langdurige overtreding die oplegging van een hoge boete rechtvaardigt. De omstandigheid evenwel dat KPN op het moment van het nemen van het primaire besluit, stappen heeft gezet die mogelijk leiden tot beëindiging van de overtreding, is aanleiding geweest om de boete te matigen.

4. BEZWAREN

- 4.1 In het aanvullend bezwaarschrift, gedateerd 4 juni 2003, heeft KPN een aantal (groepen van) bezwaren tegen het bestreden besluit geformuleerd. In de eerste plaats komt KPN met een aantal formele bezwaren op tegen de voorbereiding van het primaire besluit. De tweede groep van bezwaren richt zich tegen de wijze waarop het college het discriminatieverbod hanteert. Tenslotte is een aantal bezwaren gericht tegen de hoogte van de opgelegde boete.

Formele bezwaren

- 4.2 KPN is van mening dat de bedrijfsbezoeken van 8 oktober 2002, respectievelijk 18 oktober 2002, onrechtmatig zijn en dat bij die gelegenheid verzamelde documenten en opgedane indrukken onrechtmatig zijn. Het verzamelde materiaal had om die reden niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd mogen worden. In dit verband heeft KPN een beroep gedaan op het arrest Colas Est van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof of EHRM) en stelt dat de toezichthoudende ambtenaren van OPTA hadden moeten beschikken over een rechterlijke machtiging, alvorens zij de bedrijfsbezoeken aflegden. KPN betwist dat zij vrijwillig aan het onderzoek op locatie heeft meegewerkt (bezwaarschrift, randnummers 5-17). Voorts is KPN van mening dat de toezichthoudende ambtenaren van OPTA ook bij het bezoek aan BU IPS op 8 oktober 2002 de cautie hadden moeten geven,

Besluit

voordat zij vragen stelden aan KPN-medewerkers. Nu dit niet is gebeurd, zijn de verklaringen van KPN-medewerkers, onrechtmatig verkregen, hetgeen volgens KPN tot gevolg heeft dat het hele onderzoek dat aan boeteoplegging ten grondslag ligt, onrechtmatig is (bezwaarschrift, randnummers 18-26). Verder heeft het college volgens KPN miskend dat artikel 5:16 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna ook: Awb) de toezichthoudende ambtenaren niet de bevoegdheid geeft om inlichtingen te vorderen van willekeurige medewerkers van de onderneming en/of van personen die op uitzendbasis bij de onderneming werkzaam zijn. De toezichthoudende ambtenaren hadden zich moeten beperken tot het vragen van inlichtingen van die personen die door KPN waren aangewezen als vertegenwoordigers van de onderneming (bezwaarschrift, randnummers 27-31). Het laatste formele bezwaar geldt de rol die de door de toezichthoudende ambtenaren meegenomen deskundige heeft gespeeld bij het bedrijfsbezoek van 18 oktober 2002. KPN stelt zich op het standpunt dat deze deskundige in het geheel geen (rechtstreekse) vragen had mogen stellen aan medewerkers van KPN, nu zijn bevoegdheid beperkt blijft tot assistentie van OPTA-ambtenaren (bezwaarschrift, randnummers 33-34). Nu het merendeel van het bewijsmateriaal onrechtmatig is verkregen, kan de (sanctionering van de) overtreding volgens KPN niet worden gebaseerd op het tijdens de onderzoeken vergaarde materiaal. Hetzelfde geldt voor materiaal dat in een later stadium op grond van die onderzoeken is verkregen.

Materiële bezwaren: invulling van de non-discriminatieverplichting

- 4.3 KPN beroept zich erop dat het college het non-discriminatiebeginsel te ver zou oprekken. KPN voert daartoe aan dat uit de ratio en de tekst van de Verordening volgt dat uitsluitend die informatie die noodzakelijk is voor marktpartijen om de betreffende retail-dienst in concurrentie met andere marktpartijen te kunnen bieden en waarvoor de marktpartij is aangewezen op de netwerkexploitant door de netwerkexploitant beschikbaar moet worden gesteld. Gegevens die uitsluitend gerelateerd zijn aan de verschillende retail-diensten van KPN zouden buiten de non-discriminatieverplichting vallen. KPN beroept zich hiervoor onder meer op de leer van de "essentiële faciliteiten". KPN heeft zich op het standpunt gesteld dat zij uitsluitend gehouden is om die informatie beschikbaar te stellen aan andere aanbieders van xDSL-diensten, die voor die anderen noodzakelijk is om xDSL-diensten in concurrentie met andere marktpartijen te kunnen aanbieden en waarvoor geen alternatieve bronnen bestaan. KPN stelt zich op het standpunt dat OPTA het non-discriminatiebeginsel te ruim uitlegt, op een wijze die niet in overeenstemming is met de Verordening en/of met het algemene mededingingsrecht. Het college zou ten onrechte hebben geoordeeld dat het non-discriminatiebeginsel bij verticaal geïntegreerde ondernemingen anders ingevuld zou moeten worden dan in situaties waarin geen sprake is van verticale integratie. Het college zou verder ten onrechte oordelen dat KPN de voordelen die zij vanwege haar schaalgrootte heeft aan haar concurrenten zou moeten doorgeven. Ter ondersteuning van haar standpunt verwijst KPN naar de beslissing van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) in de zaak tussen Pretium Telecom B.V. (hierna: Pretium) en KPN. Daaruit zou volgen dat de d-g NMa geen bijzondere consequenties verbindt aan de verticale

Besluit

integratie van KPN. Als gevolg van het gegeven dat het college het non-discriminatiebeginsel te ruim zou uitleggen, zou het college ten onrechte geen onderscheid hebben gemaakt tussen de gegevens die wel verstrekt en de gegevens die niet verstrekt moeten worden. De uitleg van het college zou bovendien onevenredig zijn, omdat deze ertoe leidt dat KPN ofwel haar eigen dienst geen toegang tot de informatiesystemen kan geven ofwel dat zij haar concurrenten volledige toegang tot haar informatiesystemen moet geven. Daarnaast heeft het college het effect van de overtreding niet kunnen vaststellen, zodat het college niet zou hebben kunnen meten wat de ernst van de overtreding is. Tot slot voert KPN aan dat uit de geringe interesse in de markt voor de MIP-15- en de MIP-15+-diensten blijkt, dat de gegevens niet noodzakelijk zijn om xDSL-diensten onder billijke voorwaarden te kunnen aanbieden. Dit zou tot gevolg hebben dat de non-discriminatieverplichting uit de Verordening niet op de gegevens van toepassing is.

De hoogte van de boete

- 4.4 De laatste groep van bezwaren van KPN richt zich tegen de motivering van de hoogte van de boete (bezwaarschrift, randnummers 61 – 91). In dit verband heeft KPN in de eerste plaats de aanvangsdatum van de overtreding aan de orde gesteld. KPN stelt zich op het standpunt dat het college bij vaststelling van de hoogte van de boete geen acht had mogen slaan op de periode van 23 juni 2000 tot 5 oktober 2001. Gelet op het moment van inwerkingtreding van artikel 6.10 Tw, op 5 oktober 2001, was het college voordien niet bevoegd tot oplegging van een sanctie (bezwaarschrift, randnummers 62-65). Daarnaast meent KPN dat het college door zijn handelwijze voorafgaand aan het bestreden besluit de indruk heeft gewekt dat het handhavingsonderzoek uitsluitend betrekking had op handhaving van de verordening. Dat staat er thans aan in de weg dat ook ter zake van overtreding van de artikelen 6.5, aanhef en onder b, jo. 6.9 Tw een boete wordt opgelegd voor de periode van 23 juni 2000 tot 5 oktober 2001 (bezwaarschrift, randnummers 65 – 70). Verder is het college bij vaststelling van de einddatum van de overtreding volgens KPN ten onrechte voorbijgegaan aan het feit dat KPN sinds 13 september 2002 het informatieproduct MIP-15 aanbiedt, waarmee mogelijk een eind wordt gemaakt aan de overtreding. Mede gelet op de onschuldpresumptie komt het college volgens KPN niet het recht toe om ter zake van de periode 13 september 2002 tot 1 december 2002 een boete op te leggen (bezwaarschrift, randnummers 71 – 72). Verder is in de motivering van de hoogte van de boete onvoldoende ingegaan op de schadelijke effecten van de handelwijze van KPN op de concurrentie. Het college had die nadelen van de andere xDSL-aanbieders behoren te kwantificeren in verband met bepaling van de hoogte van de boete (bezwaarschrift, randnummers 75 – 83). Daarnaast wijst KPN erop dat zij reeds de nodige inspanningen heeft verricht om met haar concurrenten tot overeenstemming te komen over de invulling van het onderdeel “informatievoorziening” in het referentieaanbod ontbundelde toegang. Dit boetematigend gegeven had OPTA zwaarder moeten laten meewegen bij de vaststelling van de hoogte van de boete dan in het primaire besluit tot uitdrukking is gebracht (bezwaarschrift, randnummers 84 – 86). KPN vindt in het bestreden besluit geen overwegingen met betrekking tot de mate van verwijtbaarheid terug. KPN wijst erop dat zij

Besluit

erop mocht vertrouwen, onder meer vanwege het overleg dat werd gevoerd met betrekking tot de minimumeisen aan het referentieaanbod betreffende informatiesystemen, dat zij niet in overtreding was, zoals zij ook al in haar mondelinge zienswijze van 27 januari 2003 (onderdelen 5-11) had aangegeven (bezwaarschrift, randnummers 87 – 88). Resumerend is KPN van mening dat de aan haar opgelegde boete onevenredig hoog is.

5. JURIDISCH KADER

- 5.1 Op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw jo. artikel 15 van de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit is het college onder meer belast met het toezicht op de naleving van de regels met betrekking tot de Verordening alsmede op de bepalingen over interconnectie en bijzondere toegang, neergelegd in hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet.
- 5.2 Het college heeft bij besluit van 15 november 2000 KPN 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, Tw beschikt. Ingevolge artikel 3, tweede lid, Verordening dienen aanbieders met aanmerkelijke marktmacht elk redelijk verzoek om ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten in te willigen, onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden. De aangemelde exploitanten leveren aan de 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.
- 5.2 Onder “bijbehorende faciliteiten” moet ingevolge artikel 2, aanhef en onder i, Verordening worden verstaan: “de faciliteiten die behoren bij het verlenen van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, met name collocatie, aansluitkabels en de relevante informatie technologiesystemen waartoe een ontvanger toegang moet hebben om onder billijke concurrentievoorwaarden de diensten te kunnen verlenen”.
- 5.3 Overweging 12 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”.
- 5.4 Artikel 4, derde lid, Verordening geeft aan dat de nationale regelgevende instantie, indien dit

Besluit

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, Tw, stelt buiten twijfel dat het college de instantie is als bedoeld in artikel 4 Verordening.

- 5.5 Uit artikel 6.5, aanhef en onder b, jo. artikel 6.9 Tw volgt dat aanbieders met een aanmerkelijke marktmacht andere aanbieders, die verzoeken om bijzondere toegang, deze toegang onder gelijke voorwaarden en onder gelijke omstandigheden dienen te verstrekken.
- 5.6 In de richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn en de beleidsregels inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk 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.
- 5.7 Artikel 15.6 Tw bepaalt dat indien de ambtenaren van OPTA een redelijk vermoeden hebben dat een bepaalde rechtspersoon een overtreding heeft begaan, er geen verplichting aan de zijde van de rechtspersoon is om ter zake een verklaring af te leggen. De betrokkenen worden hiervan in kennis gesteld voordat hun mondeling ter zake om informatie wordt gevraagd.
- 5.8 Artikel 15.8, eerste lid, Tw bepaalt dat wanneer een ambtenaar, belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Telecommunicatiewet, vaststelt dat een overtreding is begaan, deze daarvan een rapport opmaakt.
- 5.9 Artikel 15.10, tweede lid, Tw schrijft voor dat een boetebeschikking in ieder geval vermeldt de te betalen geldsom, alsmede een toelichting op de motivering daarvan, de overtreding ter zake waarvan zij is gegeven, alsmede het overtreden voorschrift.

6. OVERWEGINGEN VAN HET COLLEGE

Ten aanzien van de formele bezwaren

- 6.1 Het college is van oordeel dat de door KPN naar voren gebrachte bezwaren met betrekking tot de bewijsvergaring geen doel treffen.
- 6.2 Het college stelt voorop dat artikel 5:15 Awb toezichthouders de bevoegdheid verschaft tot het betreden van plaatsen, waaronder ook bedrijfspanden. Op grond van artikel 5:17 Awb kunnen toezichthouders inzage vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën maken. In het bezwaarschrift (randnummer 15) erkent KPN dat zij zich niet tegen de uitoefening van de toezichthoudende bevoegdheden heeft verzet. Daarvoor bestond voor de toezichthoudende ambtenaren van OPTA geen aanleiding om gebruik te maken van hun bevoegdheden om medewerking af te dwingen. De vergelijking van het onderhavige geval met c.q. het beroep van KPN op het arrest van het Hof (EHRM) van 16 april 2002 (AB 2002, 277; Colas Est) gaat niet op. Anders dan in het Franse geval, is in het onderhavige geval geen

Besluit

sprake van schending van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Evident is dat bedrijfsbezoeken als aan BU IPS zijn gebracht een wettelijke basis en een legitiem doel kennen, zodat inmenging op het recht op onschendbaarheid van de woning in beginsel is toegestaan. Voorts noopt het arrest Colas Est geenszins tot de algemene en zeer vergaande conclusie dat OPTA – en andere toezichthouders – geen bedrijfsbezoeken meer zouden mogen verrichten zonder een voorafgaande rechterlijke machtiging. Het college wijst erop dat de jurisprudentie van het Hof casuïstisch is en dat het Hof zich in het Colas Est-arrest gebogen heeft over een Frans onderzoek dat qua omvang en bevoegdheden niet vergelijkbaar is met het bedrijfsbezoek aan KPN. Bovendien waren de Franse acties gebaseerd op regelgeving uit 1945, die ten tijde van het wijzen van het arrest reeds was vervangen door nieuwe regelgeving, waarover het Hof zich niet heeft uitgelaten. Anders dan in de Telecommunicatiewet en de Algemene wet bestuursrecht, waarin de bevoegdheden van toezichthouders nauwkeurig zijn omschreven, kende de Franse regeling uit 1945, waarop de acties bij Colas Est waren gebaseerd, nauwelijks begrenzings van de bevoegdheden van de onderzoeksambtenaren. Dat maakt dat de oordelen van het Hof in het Colas Est-arrest, over een ander rechtsstelsel, niet kunnen worden betrokken op de Nederlandse toezichtspraktijk die – in dit geval - is gebaseerd op de Telecommunicatiewet, respectievelijk de Algemene wet bestuursrecht. Een derde relevant verschil met de bedrijfsbezoeken aan KPN was dat de desbetreffende Franse ambtenaren waren binnengetreten zonder toestemming van de (vertegenwoordigers van de) betrokken ondernemingen. In de onderhavige zaak heeft KPN de OPTA-ambtenaren toestemming gegeven om binnen te treden en de gelegenheid geboden om gegevens, bestanden en documenten in te zien, zoals ook blijkt uit de hiervoor reeds aangehaalde brief van de advocaat/gemachtigden van KPN, gedateerd 7 oktober 2002, naar aanleiding van het aangekondigde bezoek aan BU IPS. In die brief is vooropgesteld dat KPN *“alle medewerking wil verlenen aan de wens van het College om inlichtingen te verzamelen over (kortweg) de informatievoorziening aan KPN BU IPS”*.

- 6.3 Ook het bezwaar dat de OPTA-ambtenaren op 8 oktober 2002 geen cautie hebben gegeven voordat vragen worden gesteld aan KPN-medewerkers, slaagt niet. De gang van zaken was dat het college bij brief van 2 oktober 2002 heeft medegedeeld dat het op locatie inzicht wil verkrijgen in het operationele proces bij het ordenen van aansluitlijnen door KPN BU IPS en in de feitelijke informatievoorziening waarover BU IPS in dat verband de beschikking had. Aan KPN is daarbij verzocht aan te geven of aan het verzoek tot medewerking ter plaatse zal worden voldaan. Bij de hiervoor reeds aangehaalde brief van 7 oktober 2002 hebben de advocaat/gemachtigden van KPN laten weten dat zij KPN bijstaan in verband met het bedrijfsbezoek dat in de brief van 2 oktober 2002 is aangekondigd. Het college wijst erop dat in de toezichtbepalingen van de Algemene wet bestuursrecht en de Telecommunicatiewet het zwijgrecht - en ter waarborging daarvan: de cautieplicht - niet bestaat ten aanzien van de uitoefening van reguliere toezichtbevoegdheden. Uitsluitend indien OPTA een handeling verricht, waaraan degene jegens wie die handeling wordt verricht in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat OPTA hem wegens een overtreding een boete zal opleggen,

Besluit

bestaat niet (langer) de verplichting om terzake daarvan enige verklaring af te leggen. Zulke handelingen waren op 8 oktober 2002 in ieder geval nog niet aan de orde: er was geen sprake van een onderzoek in de zin van artikel 15.5 Tw. Artikel 15.6 Tw beperkt (de mededeling van) het zwijgrecht uitdrukkelijk tot het kader van het onderzoek bedoeld in artikel 15.5 Tw. Het bezoek op 8 oktober 2002 vond plaats in het kader van het reguliere nalevingstoezicht. De enige aanleiding voor dat bezoek was immers verificatie van het vermoeden dat de eerdere mededelingen van KPN omtrent de feitelijke informatievoorziening aan BU IPS, niet juist waren. Met het oog daarop wilde het college zich op locatie op de hoogte stellen van de feitelijke informatievoorziening waarover BU IPS beschikt.

- 6.4 De brief van 2 oktober 2002 waarin het bedrijfsbezoek werd aangekondigd, noch de gang van zaken bij dit bedrijfsbezoek zelf, kunnen dan ook gelden als handeling waaruit KPN redelijkerwijs de gevolgtrekking kon verbinden dat haar wegens overtreding van de bepalingen uit de Verordening, respectievelijk de Telecommunicatiewet een boete boven het hoofd hing. Op het moment van (de aankondiging van) het op 8 oktober 2002 gehouden bedrijfsbezoek, was uitsluitend sprake van regulier nalevingstoezicht op de feitelijke informatievoorziening waarover BU IPS beschikt. Op dat moment kon nog niets worden gezegd over de uitkomst van deze toezichtsactie. Op generlei wijze stond vast óf het nalevingstoezicht zou leiden tot de constatering dat van een overtreding van de Verordening, respectievelijk de Telecommunicatiewet door KPN sprake was en, zo ja, of dit zou leiden tot boeteoplegging, dan wel tot andere handhavingsmaatregelen.
- 6.5 Volgens KPN heeft OPTA miskend dat hij niet bevoegd is inlichtingen te vorderen van een ieder en in elk geval tot personen die betrokken zijn bij de activiteiten waarop OPTA krachtens wettelijk voorschrift toezicht houdt. Naar aanleiding van dit bezwaar merkt het college op dat uit (de totstandkomingsgeschiedenis van) artikel 5:20 Awb niet blijkt dat de wetgever de plicht tot medewerking aan toezicht heeft willen beperken tot een specifieke groep van personen. Het college is van mening dat niet valt in te zien waarom de naleving van de bestuursrechtelijke inlichtingenplicht als onder andere vervat in artikel 5:20 Awb, beperkt zou zijn tot degenen die civielrechtelijk gezien als wettelijke vertegenwoordiger van de rechtspersoon moeten worden aangemerkt, zoals KPN – onder meer in haar brief van 7 oktober 2002 – heeft gesuggereerd. Dit wordt bevestigd door de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 7 augustus 2003 (www.rechtspraak.nl, LJN: A11062). Daarin heeft de rechtbank geoordeeld dat de memorie van toelichting bij de artikelen 5:16 en 5:20 Awb geen aanknopingspunten biedt voor de stelling dat inlichtingen slechts gevraagd kunnen worden van de van overtreding verdachte rechtspersoon, dan wel van haar wettelijke vertegenwoordigers. De inlichtingen die OPTA-ambtenaren tijdens de bedrijfsbezoeken van 8 oktober en 18 oktober 2002 hebben gevorderd (en verkregen) van medewerkers van KPN, zijn dan ook niet onrechtmatig verkregen.
- 6.6 Ook de bezwaren over de handelwijze van de meegebrachte deskundige treffen geen doel. Deze deskundige had volgens KPN niet rechtstreeks vragen mogen stellen aan KPN-

Besluit

medewerkers. KPN verwijst naar de memorie van toelichting op artikel 5:15, derde lid, Awb, waaruit dat zou blijken. Het college kan in de aangehaalde passage uit de memorie van toelichting geen steun vinden voor de opvatting van KPN. In die passage is slechts tot uitdrukking gebracht dat deskundigen niet beschikken over de bevoegdheden die wel in de artikelen 5:16 tot en met 5:19 Awb aan toezichthoudende ambtenaren zijn toegekend. Dat laat echter onverlet dat deskundigen wél vragen mogen stellen, in het kader van de door hen geleverde bijstand aan toezichthoudende ambtenaren. Met KPN is het college van mening dat, indien op vragen van de deskundige niet wordt geantwoord, de deskundige de toezichthoudende ambtenaar dient te verzoeken om (uit hoofde van de in artikel 5:16 Awb aan de toezichthouder toegekende bevoegdheid) de gewenste inlichtingen te vorderen.

Ten aanzien van de materiële bezwaren: de verplichtingen op basis van non-discriminatie

- 6.7 De materiële bezwaren van KPN die zijn gericht tegen de toepassing van het non-discriminatiebeginsel, kunnen evenmin slagen. KPN meent dat het college de non-discriminatieverplichting te ver zou hebben opgerekt. De leer van de “essentiële faciliteiten” zou naar de mening van KPN met zich brengen dat het college op het gedetailleerde niveau van de gegevens zelf per gegeven dient te onderzoeken of dat specifieke gegeven noodzakelijk is voor marktpartijen om de betreffende retail-dienst in concurrentie met andere marktpartijen aan te kunnen bieden en of voor dit gegeven geen alternatieve bron bestaat. Pas als dat het geval is, zou het betreffende gegeven onder gelijke voorwaarden zowel aan de concurrenten als aan BU IPS van KPN verstrekt dienen te worden.
- 6.8 Het college volgt KPN hierin niet. De non-discriminatieverplichting die de Verordening en artikel 6.9 jo. 6.5 Tw aan KPN opleggen, beperkt zich niet tot uitsluitend die gegevens die noodzakelijk zijn om de desbetreffende retail-dienst in concurrentie met andere marktpartijen aan te kunnen bieden. De non-discriminatieverplichting houdt daarentegen in dat KPN de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en de toegang tot de bijbehorende faciliteiten – waaronder informatiesystemen – dient te verlenen op een wijze die gelijkwaardig is aan de wijze waarop die toegang aan haar eigen diensten wordt verleend. Het college licht dit als volgt nader toe.
- 6.9 In haar Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector (Pb EG 22 augustus 1998, C 265/2; hierna: de Bekendmaking) is de Europese Commissie ingegaan op de zogenaamde essentiële faciliteiten. Daaruit volgt dat er sprake kan zijn van misbruik van een machtspositie indien een partij toegang tot een essentiële faciliteit weigert. Misbruik vindt slechts plaats als de toegang tot de betrokken faciliteit in het algemeen noodzakelijk is voor ondernemingen om te kunnen concurreren op de verwante markt (Bekendmaking, nummer 87 e.v.). Dit is het noodzakelijkheids criterium waar KPN in haar bezwaarschrift op doelt. Ten aanzien van de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk heeft de Europese Commissie vervolgens onderzocht of in die situatie van misbruik van machtspositie sprake kan zijn. De uitkomsten van dit onderzoek zijn vastgelegd in de Mededeling van de Commissie

Besluit

"Ontbundelde toegang tot het aansluitnet: De voorwaarden scheppen voor een volledig gamma elektronische communicatiediensten waaronder breedbandmultimediasdiensten en snelle internetdiensten" (Pb EG 23 september 2000, C 272/55; hierna: de Mededeling). Daarin merkt de Europese Commissie onder meer op dat *"het aansluitnet van de gevestigde exploitanten de essentiële infrastructuur vormt die de gevestigde exploitanten geprivilegieerde toegang tot de eindgebruikers biedt voor de levering van telecommunicatie-eindgebruikersdiensten"* (Mededeling, onder 3 "de concurrentiesituatie op de markten"). Vervolgens stelt de Europese Commissie vast dat *"een weigering van de gevestigde exploitant om concurrenten toegang te verlenen tot zijn aansluitnet (...) dus waarschijnlijk nieuwe aanbieders de mogelijkheid (zal) ontnemen om überhaupt te concurreren op de nationale markt (...)"* (Mededeling, onder 3.2 "Marktanalyse Marktmacht van gevestigde exploitanten – Essentiële rol van het aansluitnet"). Gevestigde exploitanten zullen daarom toegang tot het aansluitnetwerk dienen te verlenen. Daarbij is het van essentieel belang dat die toegang onder billijke, niet-discriminerende voorwaarden wordt verleend (Mededeling, onder 7 "conclusie").

- 6.10 De Verordening is vastgesteld op basis van dezelfde analyse van de toegang tot het aansluitnetwerk als waarover in de Mededeling verslag wordt gedaan. In de overwegingen van de Verordening wordt nogmaals aangehaald dat er geen alternatieven voor het aansluitnetwerk bestaan en dat ontbundelde toegang voor andere aanbieders daarom noodzakelijk is voor concurrentie. Eveneens wordt aangehaald dat de toegang tot het aansluitnetwerk en de bijbehorende faciliteiten – waaronder informatiesystemen - onder gelijke voorwaarden dient te worden verleend. In artikel 3, tweede lid, Verordening is de consequentie van deze analyse vastgelegd: aangemelde exploitanten dienen elk redelijk verzoek om ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten in te willigen onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden. Met andere woorden, de Europese wetgever heeft in de Verordening reeds vastgesteld dat toegang tot het aansluitnetwerk en de bijbehorende faciliteiten essentiële faciliteiten zijn. De uitkomst van de toets aan het noodzakelijkheids criterium is in de Verordening vastgelegd. Ook de consequentie hiervan – de toegang tot het aansluitnetwerk en tot de bijbehorende faciliteiten dient onder gelijke voorwaarden te worden verstrekt – ligt reeds in de Verordening besloten. Ten aanzien van bijzondere toegang is eveneens in artikel 6.9 jo. 6.5 Tw vastgelegd dat aan alle redelijke verzoeken tot bijzondere toegang moet worden voldaan *en dat die toegang onder gelijke voorwaarden verstrekt dient te worden*. Het college dient er slechts toezicht op te houden of dit gebeurt. Voor een eigen toets aan het noodzakelijkheids criterium door het college is geen plaats meer. OPTA kan slechts controleren of de bijzondere toegang op non-discriminatoire wijze wordt verleend. Dat staat verder los van de – reeds door de wetgever uitgevoerde – toets aan het noodzakelijkheids criterium. KPN ziet dit in haar bezwaarschrift over het hoofd.
- 6.11 Kortom, de Verordening en de Telecommunicatiewet bepalen reeds dat KPN toegang tot het aansluitnetwerk en onder meer tot de relevante informatiesystemen dient te verstrekken. De Verordening en de wet stellen vervolgens buiten twijfel dat de non-discriminatieverplichting met zich brengt dat de aangemelde exploitanten aan concurrente aanbieders faciliteiten

Besluit

moeten aanbieden die gelijkwaardig zijn aan hetgeen zij hun eigen bedrijfsonderdelen leveren. Vast staat dat concurrente xDSL-aanbieders, aanspraak maken op ontbundelde toegang tot het netwerk van KPN. Het college is van oordeel dat het vereiste van non-discriminatie met zich brengt dat die aanbieders moeten beschikken over gelijkwaardige informatie als waarover BU IPS beschikt, volgens dezelfde voorwaarden en binnen dezelfde termijnen. Uit de even bedoelde bepalingen uit Verordening en Telecommunicatiewet volgt naar het oordeel van het college gehoudenheid voor KPN om aan andere aanbieders faciliteiten te leveren die gelijkwaardig zijn aan de toegang tot de vier informatiesystemen en de "dump" van billinggegevens waarover BU IPS beschikt.

- 6.12 De beslissing van de d-g NMa in de zaak tussen Pretium en KPN van 21 mei 2003 (zaaknummer 3251/35) – waar KPN zich op beroept - is in de onderhavige procedure dan ook niet relevant. Daarin stelde de d-g NMa vast dat KPN niet verplicht was zijn klantenbestand te leveren aan andere aanbieders, omdat die levering niet essentieel was voor de activiteiten op de markt voor telefoondiensten van andere carrier preselect aanbieders zoals Pretium. In de onderhavige situatie heeft de Europese wetgever echter al vastgesteld dat er wel degelijk sprake is van een essentiële faciliteit waartoe toegang dient te worden geboden. Dat de d-g NMa in een andere situatie tot de conclusie komt dat KPN geen misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie is daarom hier niet van belang.
- 6.13 Toegang tot informatiesystemen dient te worden verleend voor zover deze systemen onder de definitie van "bijbehorende faciliteiten" uit artikel 2, aanhef en onder i, Verordening vallen. Het dient derhalve te gaan om relevante informatietechnologiesystemen, waartoe een ontvanger toegang moet hebben om onder billijke concurrentievoorwaarden de diensten te kunnen verlenen. Dit is niet, zoals KPN aanvoert, een uitwerking van het noodzakelijkheids criterium uit de essentiële faciliteitenleer. Het criterium is immers niet dat concurrentie onmogelijk wordt gemaakt als geen toegang wordt verleend. Het criterium is daarentegen dat toegang tot de systemen nodig is *om onder billijke concurrentievoorwaarden te kunnen opereren bij* – in dit geval – het aanbieden van xDSL-diensten.
- 6.14 Het college is van oordeel dat de informatie uit de systemen van KPN, evenals de billinggegevens moet worden gerekend tot de "bijbehorende faciliteiten", waartoe concurrente aanbieders op grond van artikel 3, tweede lid, Verordening eveneens (op non-discriminatoire wijze) toegang behoren te krijgen. Artikel 2, aanhef en onder i, Verordening definieert "bijbehorende faciliteiten" immers als "*relevante informatietechnologiesystemen, waartoe een ontvanger toegang moet hebben om onder billijke concurrentievoorwaarden de diensten te kunnen verlenen*". Van dergelijke systemen is hier sprake. De systemen en gegevens waarover BU IPS kan beschikken bevatten namelijk gegevens waarmee een order geverifieerd en zonodig aangevuld en verbeterd kan worden.
- 6.15 Toegang tot de systemen is nodig om onder billijke concurrentievoorwaarden diensten aan te kunnen bieden. Het ordersysteem van KPN houdt in dat op een elektronisch orderformulier

Besluit

verschillende gegevens ingevuld dienen te worden. Indien het formulier niet juist is ingevuld volgt een foutmelding en dient het formulier handmatig gecorrigeerd te worden. Het belangrijkste verschil tussen de positie van KPN en de posities van de andere aanbieders heeft betrekking op de gegevens die de andere aanbieders van de klant uit openbare informatiebronnen kunnen verkrijgen. Zeer belangrijk daarbij is dat de gegevens zoals die in de systemen van KPN zijn opgenomen, leidend zijn. Dat betekent bijvoorbeeld dat als de naam van de klant niet juist in het systeem van KPN is opgenomen een foutmelding zal volgen. Die foutmelding zal slechts opgelost kunnen worden door de naam van de klant in overeenstemming te brengen met de naam die in de systemen van KPN is opgenomen. Zonder toegang tot de systemen van KPN kunnen andere aanbieders er derhalve nimmer vanuit gaan dat hun gegevens juist -dat wil zeggen hetzelfde als de gegevens van KPN- zijn. Daarnaast geldt dat openbare informatiesystemen, waarop andere aanbieders aangewezen waren, in actualiteit en volledigheid van de gegevens achterblijven bij de systemen van KPN; in ieder geval bestaat geen enkele zekerheid dat de gegevens die in de openbare systemen zijn opgenomen overeenstemmen met de (voor verwerking van xDSL-orders leidende) gegevens zoals opgenomen in de systemen van KPN. Evenmin zijn alternatieve informatiebronnen, anders dan de gegevens en de informatiesystemen die door BU IPS van KPN geraadpleegd kunnen worden, (mede) opgezet of bijzonder geschikt voor het in-, respectievelijk aanvullen van orderformulieren. Dit betekent dat veel van dergelijke gegevens handmatig opgezocht zullen worden. Dat illustreert naar het oordeel van het college het tweede verschil dat tussen KPN en andere aanbieders bestaat. Een medewerker van KPN kan als hij één gegeven van een aanvrager heeft ingevuld, de overige voor de order benodigde gegevens, met behulp van de informatiesystemen, geautomatiseerd aanvullen. Medewerkers van andere aanbieders beschikken niet over deze mogelijkheid. Het derde verschil bestaat erin dat er gegevens zijn waarover uitsluitend KPN en niet de andere aanbieders de beschikking hebben. Deze gegevens kunnen niet uit (andere, openbare) informatiebronnen worden betrokken. Deze gegevens zijn in het bestreden besluit (randnummer 8) aangeduid als categorie II gegevens. In het overzicht in de bijlage bij het bestreden besluit zijn onder meer deze gegevens opgenomen. Deze gegevens worden of door BU CS ingevuld en kunnen vervolgens door de aanbieder worden overgenomen, dan wel dienen andere xDSL-aanbieders deze gegevens bij BU CS op te vragen en (handmatig) te verwerken.

- 6.16 Tot slot is volgens het college nog van belang dat andere, met BU IPS concurrerende, xDSL-aanbieders zelfs niet (indirect) via BU CS toegang hebben tot de gegevens uit alle informatiesystemen (AWO, KANVAS, CKR, KADO en KIOSK) om deze vervolgens (handmatig) te kunnen verwerken. Ter hoorzitting heeft KPN immers verklaard dat alleen BU IPS rechtstreeks toegang heeft tot gegevens uit alle informatiesystemen en dat BU CS daarentegen slechts de beschikking heeft over gegevens uit twee van de systemen (te weten AWO en KANVAS). BU CS en daarmee de andere xDSL-aanbieders kunnen dus niet beschikken over gegevens uit de systemen CKR, KIOSK en KADO (voorheen de "dump") waar BU IPS wel direct toegang toe heeft.

Besluit

- 6.17 Naar het oordeel van het college leidt dit tot de conclusie dat andere aanbieders ten opzichte van KPN belangrijk nadeel ondervinden bij de levering van orders ten gevolge van het feit dat zij niet beschikken over gelijksoortige informatie(systemen) als waarover BU IPS van KPN beschikt. Billijke concurrentievoorwaarden betekenen daarom dat toegang tot de informatiesystemen dient te worden verleend, althans dat andere aanbieders toegang krijgen tot gelijkwaardige informatie(systemen).
- 6.18 Dat de vier systemen van KPN systemen in de zin van artikel 2, aanhef en onder i, Verordening zijn, wordt daarnaast bevestigd door de minimumlijst van punten die in het referentieaanbod voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk opgenomen dienen te worden, overeenkomstig (onderdeel C van) de bijlage bij de Verordening. Daarin wordt immers geëist dat het referentieaanbod ook *“voorwaarden voor toegang tot de operationele ondersteunende systemen, informatiesystemen of databases voor reservering, levering, bestelling, onderhouds- en herstelverzoeken en facturering”* dient te bevatten. Tot slot verwijst het college naar randnummer 58 van zijn oordeel inzake het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnet en bijbehorende faciliteiten van 28 juni 2001, waarin eveneens tot uitdrukking is gebracht dat de informatie waarover BU IPS - in tegenstelling tot andere aanbieders van xDSL-diensten - beschikt, moet worden aangemerkt als *“bijbehorende faciliteiten”* in de zin van de Verordening.
- 6.19 De bezwaren van KPN dat het college ten onrechte verticaal geïntegreerde ondernemingen anders zou beoordelen en dat KPN ten onrechte verplicht zou worden schaalvoordelen aan haar concurrenten door te geven, treffen geen doel. Het college heeft slechts getoetst of aan artikel 3, tweede lid, Verordening is voldaan. Dat artikel laat er geen twijfel over bestaan dat sprake moet zijn van niet-discriminerende voorwaarden en/of gelijkwaardige faciliteiten. Daarvan is hier geen sprake.
- 6.20 KPN voert eveneens aan dat het college ten onrechte geen onderscheid heeft gemaakt tussen gegevens die wel en die niet verstrekt moeten worden. In feite verlangt KPN dat het college per gegeven onderzoekt of het betreffende gegeven op zichzelf aan het zogenoemde noodzakelijkheids criterium voldoet. Het college kan KPN hierin niet volgen. Zoals hierboven uiteen is gezet is in de eerste plaats het oordeel dat gelijkwaardige, non-discriminatoire toegang dient te worden verleend reeds in Verordening en wet vastgelegd. Los daarvan volgt ook uit de theorie van de essentiële faciliteiten niet dat op het niveau van elk gegeven afzonderlijk onderzoek moet plaatsvinden naar het antwoord op de vraag of dat gegeven noodzakelijk is om concurrentie mogelijk te maken. Uit die theorie volgt daarentegen dat de toegang tot de essentiële faciliteit (hierna: het aansluitnetwerk) noodzakelijk dient te zijn teneinde concurrentie mogelijk te maken. De voorwaarden waaronder toegang vervolgens dient te worden verleend (zoals hier: het verstrekken van de voor levering van xDSL-diensten relevante gegevens) dienen dan gelijkwaardig te zijn. Dat KPN vervolgens dient te kiezen tussen het ontzeggen van toegang tot de informatiesystemen aan haar eigen dienst of het verlenen van die gelijkwaardige, non-discriminatoire toegang aan andere aanbieders is niet

Besluit

geheel volledig. Vereist is dat KPN gelijkwaardige toegang biedt en geen onderscheid maakt tussen haar eigen dienst en de diensten van anderen. Dat kan worden bereikt door aan haar eigen dienst de toegang tot de systemen te ontfemen of door andere aanbieders volledige toegang te bieden. Er zijn echter ook andere mogelijkheden denkbaar. De enige voorwaarde is dat die gelijkwaardig zijn.

- 6.21 Voor de bezwaren van KPN inzake het effect van de overtreding verwijst het college naar de randnummers 6.29 tot en met 6.31 van het onderhavige besluit.
- 6.22 KPN voert eveneens aan dat uit de geringe interesse in de markt voor MIP-15- en MIP-15+-diensten zou blijken dat toegang tot de systemen niet noodzakelijk is om onder billijke voorwaarden xDSL-diensten aan te bieden. Wat hier ook van zij, de vastgestelde overtreding ziet slechts op de periode tot 1 december 2002. De geautomatiseerde versie van het product MIP 15 is eerst op die datum voor andere marktpartijen beschikbaar gekomen en derhalve voor het onderhavige besluit op dit punt niet relevant. Voor de bezwaren van KPN in dezen verwijst het college voorts naar randnummer 6.26 van het onderhavige besluit.

Ten aanzien van de (hoogte van de) boete

- 6.23 De derde groep bezwaren heeft betrekking op de hoogte van de opgelegde boete. Naar aanleiding van die bezwaren, merkt het college het volgende op.
- 6.24 Wat betreft de aanvangs- en einddatum van de overtreding overweegt het college het volgende.
Het bezwaar dat het college bij vaststelling van de aanvangsdatum heeft miskend dat het pas met ingang van 5 oktober 2001 (het moment van inwerkingtreding van artikel 6.10 Tw) bevoegd was om een overtreding van de Verordening te sanctioneren, gaat eraan voorbij dat de implementatiewet op geen enkele manier afbreuk doet aan de handhavingsbevoegdheid (waaronder de bevoegdheid tot oplegging van boetes) die OPTA met betrekking tot (hoofdstuk 6 van) de Telecommunicatiewet reeds had voor de inwerkingtreding van artikel 6.10 Tw. Voor de periode tussen 23 juni 2000 tot 5 oktober 2001 geldt dat KPN zich heeft schuldig gemaakt aan overtreding van de artikelen 6.5 jo. 6.9 Tw, ter zake waarvan OPTA ook voor inwerkingtreding van artikel 6.10 Tw, handhavend kon optreden. Overtreding van de artikelen 6.5 jo. 6.9 Tw staat verder los van de overtreding van de Verordening (zoals de regering ook heeft opgemerkt in de nota naar aanleiding van het verslag, TK 2000-2001, 27 695, nr. 5, p. 3).
- 6.25 In de Richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn ("MDF-access"; Richtsnoeren van 12 maart 1999, kenmerk OPTA/J/99/1443) en de Beleidsregels inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (Beleidsregels van 2 juli 2002, kenmerk OPTA/IBT/2002/201182) 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. OPTA kan in gevallen als de onderhavige op grond van

Besluit

artikel 6.9, eerste lid, jo. artikel 6.5, sub b, van de Tw handhavingsmaatregelen treffen. Dat in de correspondentie van OPTA aan KPN voorafgaand aan het rapport van 18 december 2002 (met name in de brief van 26 september 2002) uitsluitend wordt verwezen naar de Verordening, doet dan ook op geen enkele wijze af aan de handhavende bevoegdheid van OPTA ter zake van overtredingen van hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet die reeds voor inwerkingtreding van artikel 6.10 Tw zijn aangevangen. In de brief van 26 september 2002 gelast het college KPN een einde te maken aan de met de Verordening strijdige situatie, bij gebreke waarvan het college overweegt handhavingsmaatregelen te treffen. Deze aanzegging had derhalve de strekking om een geconstateerde overtreding te beëindigen. Naar zijn aard staat een dergelijke aanzegging (evenals eventueel daarop volgende, reparatoire handhavingsmaatregelen) dan ook verder los van de bevoegdheid tot boeteoplegging die het college daarnaast op grond van artikel 15.4 Tw heeft. Er kan dan ook niet worden gezegd dat het college bij KPN enige gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat het onderzoek (c.q. de daarop volgende boeteoplegging) beperkt zou blijven tot overtreding van de Verordening. Uit de aanmaning om aan een met de Verordening (en overigens ook: met hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet) strijdige situatie een einde te maken, kan niet het vertrouwen worden ontleend dat een eventuele sanctieoplegging beperkt zal blijven tot die met de verordening strijdige situatie. Ook de omstandigheid dat het handhavingsonderzoek werd gestart, terwijl nog werd gecorrespondeerd over de invulling van het RA ULL kan dergelijke gerechtvaardigde verwachtingen niet hebben gewekt. Bij brief van 2 oktober 2002 heeft OPTA er immers op gewezen dat de mededelingen die KPN in dat verband heeft gedaan, te weten dat BU IPS over dezelfde gegevens beschikt als de marktpartijen, onjuist is. Die constatering heeft KPN niet weersproken. Overigens is in het rapport zowel de overtreding van de Verordening als de overtreding van de bijzondere toegangsverplichtingen die in de Telecommunicatiewet zijn vastgelegd, opgenomen. Resumerend is het college van oordeel dat noch de aanleiding van het onderzoek, noch het rapport van 18 december 2002 dat naar aanleiding van het onderzoek is uitgebracht, aanknopingspunten bieden voor de zienswijze van KPN dat zij erop mocht vertrouwen dat het college hooguit een boete zou opleggen terzake van overtreding van de Verordening.

- 6.26 De stelling van KPN in bezwaar, dat het college er bij zijn boetebesluit ten onrechte aan voorbijgegaan is dat KPN sinds 13 september 2002 het (handmatige) informatieproduct MIP-15 aanbiedt, waarmee mogelijk een eind wordt gemaakt aan de overtreding, mist feitelijke grondslag, zo blijkt uit randnummers 40 en 41 van het bestreden besluit. Daarin is immers tot uitdrukking gebracht dat het college de ontwikkeling van het informatieproduct MIP 15 wel degelijk bij zijn overwegingen omtrent de hoogte van de op te leggen boete heeft betrokken. Uit informatie van KPN blijkt evenwel dat KPN de marktpartijen op 3 oktober 2002 een eerste formeel aanbod heeft gedaan voor het informatieproduct MIP 15, waarna de geautomatiseerde versie van de dienst eerst vanaf 1 december 2002 kon worden afgenomen. Ook in het overzicht van tot nu toe geboden MIP diensten, dat KPN aan het college zond bij brief van 14 augustus 2003, wordt vastgesteld dat (de geautomatiseerde versie van) MIP 15 eerst vanaf 1 december 2002 is ingevoerd. Het boeterapport dateert van 18 december 2002 en op 20 januari

Besluit

2003 heeft KPN een additioneel aanbod geleverd voor een nieuwe informatiedienst. Bij vaststelling van de einddatum van de overtreding heeft het college dan ook terecht aansluiting gezocht bij het moment waarop KPN een begin heeft gemaakt voor het aanbieden van de dienst MIP 15 met ingang van 1 december 2002. Op dat moment was de overtreding van KPN *mogelijk* beëindigd, zodat KPN voor de periode na 1 december 2002, in overeenstemming met de onschuldpresumptie, het voordeel van de twijfel is gegeven.

6.27 Resumerend was het college ook bevoegd om ter zake van de periode 13 september 2002 tot 1 december 2002 een boete op te leggen. Daarmee heeft de overtreding *in ieder geval* circa tweeënhalf jaar geduurd. De duur van de overtreding is meegewogen bij de bepaling van de hoogte van de boete, evenals de omstandigheid dat de overtreding is begaan in de cruciale beginfase van de markt voor de levering van xDSL-diensten.

6.28 Wat betreft de overige bezwaren tegen de motivering van de hoogte van de boete overweegt het college het volgende. De stelling van KPN dat het college volstrekt niet inzichtelijk heeft gemaakt hoe het tot de hoogte van de opgelegde sanctie is gekomen, mist feitelijke grondslag. In het primaire besluit wordt uitvoerig ingegaan op de onderscheiden aspecten die hebben geleid tot vaststelling van de hoogte van de boete. Het college is van oordeel dat de hoogte van de opgelegde boete op een adequate en consistente wijze is gemotiveerd. In het primaire besluit heeft het college tot uitdrukking gebracht dat de hoogte van de boete in de eerste plaats is afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding. Daarnaast ("overige omstandigheden") zijn bij de vaststelling van de boete betrokken ook het berokkende nadeel en het behaalde voordeel, alsmede op de mate waarin de KPN terzake van die overtreding een verwijt kan worden gemaakt meegewogen. Ook voor ieder van deze overige aspecten (die dus minder gewicht in de schaal hebben gelegd dan de ernst en de duur van de geconstateerde overtreding) heeft het college toegelicht op welke wijze deze hebben bijgedragen aan de totstandkoming van de uiteindelijke beslissing omtrent de hoogte van de boete. De motivering maakt inzichtelijk op welke wijze het college zich ervan heeft vergewist dat de op te leggen boete evenredig is met de daarmee te dienen doelen. De verschillende onderdelen van de motivering zijn door KPN in bezwaar aan de orde gesteld. De bezwaren van KPN geven het college echter geen aanleiding tot wijziging van de hoogte van de opgelegde boete.

6.29 Het college benadrukt de ernst van de overtreding. De overtreding heeft plaats gevonden in een zich ontwikkelende en groeiende markt. Daarbij geldt dat klanten een eenmaal gekozen aanbieder redelijk trouw zullen zijn. Slechts als zij ontevreden zijn over hun huidige aanbieder of als andere aanbieders substantieel betere voorwaarden bieden zullen zij van aanbieder wisselen. Een eenmaal opgedane voorsprong wordt niet makkelijk ongedaan gemaakt of ingehaald. Dat de overtreding van KPN zich juist in de eerste jaren van de ontwikkeling van xDSL-diensten heeft voorgedaan vergroot de ernst van de overtreding in hoge mate.

Besluit

6.30 KPN is van mening dat het college onvoldoende is ingegaan op de omvang van de schadelijke effecten op concurrente aanbieders van xDSL-diensten. Naar het oordeel van het college treft die kritiek geen doel. De ernst van de overtreding kan mede worden bepaald door het berokkende nadeel bij degenen die de overtreden bepaling beoogt te beschermen en het door KPN behaalde voordeel bij de overtreding. De omvang van het nadeel dat KPN andere aanbieders van xDSL-diensten heeft berokkend kan als zodanig van invloed zijn op de vaststelling van de hoogte van de boete. Zoals het college in het bestreden besluit overweegt zijn de voordelen voor KPN en de nadelen voor de andere aanbieders als gevolg van de overtreding echter moeilijk kwantitatief, dat wil zeggen in geld, uit te drukken. De nadelen voor de andere aanbieders in de vorm van een lagere kwaliteit van de dienstverlening en hogere kosten 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. In het bestreden besluit is voorts tot uitdrukking is gebracht, dat de hoogte van de boete dusdanig moet zijn dat zij KPN van een volgende overtreding weerhoudt (speciale preventie) en potentiële overtreders afschrikt (generale preventie). Het daarmee te dienen belang is gelegen in naleving van de verplichting tot non-discriminatoire behandeling van andere xDSL-aanbieders, ongeacht de omvang van het concurrentiële nadeel dat die andere aanbieders van de (met de Verordening en de Telecommunicatiewet strijdige) handelwijze van KPN ondervinden. KPN gaat eraan voorbij dat op haar de wettelijke verplichting rust om partijen non-discriminair te behandelen. Met het boetebesluit beoogt het college te bewerkstelligen dat de verplichting tot non-discriminatoire behandeling van marktpartijen, neergelegd in de Verordening en (hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet), wordt nageleefd.

6.31 Of schoon de exacte omvang van het berokkende nadeel, respectievelijk het behaalde voordeel niet te kwantificeren is, is duidelijk dat de (zoals hiervoor uiteengezet: verboden) handelwijze van KPN, leidt tot een verschil in concurrentiepositie tussen BU IPS en de andere xDSL-aanbieders. Van enige tegenstrijdigheid is hier, anders dan KPN in bezwaar stelt, geen sprake. Immers: als gevolg van de KPN verweten gedragingen is BU IPS in staat het order- en leveringsproces van ADSL-aansluitingen sneller, accurater en tegen lagere kosten te realiseren dan concurrente xDSL aanbieders. KPN erkent dit overigens ook (bezwaarschrift; randnummers 81 en 82). Dat de argumentatie met betrekking tot de toelaatbaarheid van die handelwijze - die ook in dit verband naar voren wordt gebracht - geen doel treft, is reeds hiervoor in randnummer 49 van dit besluit uiteengezet.

6.32 Tenslotte is het college van oordeel dat het niet gehouden is de exacte omvang van het concurrentievoordeel van KPN, c.q. het concurrentienadeel van de andere aanbieders "onomstotelijk te bewijzen", alvorens de hoogte van de boete kan worden vastgesteld. De (exacte) omvang van de schade doet niet ter zake bij beantwoording van de vraag of de voor KPN nadelige gevolgen van de boeteoplegging niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, te weten handhaving van de naleving van Verordening en Telecommunicatiewet.

Besluit

6.33 Met betrekking tot de evenredigheid van de opgelegde sanctie heeft het college – bij wijze van proef op de som - aansluiting gezocht bij het aantal ADSL-aansluitingen van KPN, respectievelijk het tarief per validatie van een order dat KPN aan concurrente xDSL-aanbieders in factureert. Deze vergelijking maakt inzichtelijk dat de hoogte van het opgelegde boetebedrag in redelijke verhouding staat tot uitgaven die BU IPS zou hebben moeten doen indien zij voor haar informatievoorziening in verband met de voorbereiding van ADSL-aansluitingen aangewezen was geweest op de MIP 15 dienst van KPN, ervan uitgaande dat die dienst gelijkwaardig is met de informatiestromen waarover BU IPS, anders dan concurrenten van KPN, beschikte. Dat vormt, naast de wezenlijke belangen waaraan de boeteoplegging beoogt recht te doen, een (aanvullende) aanwijzing dat de opgelegde boete evenredig is. Ten slotte valt niet in te zien – KPN heeft dit in bezwaar ook niet gesteld – dat de hoogte van de boete leidt tot onevenredige gevolgen.

6.34 Wat betreft de verwijtbaarheid overweegt het college het volgende. In haar bezwaren (en onder meer ook in de bijlage bij de brief van 14 augustus 2003) wijst KPN erop, dat zij - veel langer dan OPTA heeft erkend - inspanningen heeft verricht gedaan om met haar concurrenten tot overeenstemming te komen over de invulling van het onderdeel "informatievoorziening" in het referentieaanbod ontbundelde toegang. OPTA had dit – boetematigend gegeven – zwaarder moeten laten meewegen bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Hierover overweegt het college dat de omstandigheid dat vanaf februari 2002 overleg werd gevoerd over de opname van het onderdeel "informatievoorziening" in het referentieaanbod ontbundelde toegang tot het netwerk van KPN, niet met zich brengt dat KPN zich vanaf dat moment ontslagen kon achten van de verplichting om op gelijkwaardige, non-discriminatoire wijze toegang te verlenen tot haar netwerk. Het college rekent het KPN aan dat zij dat niet heeft gedaan en daarover aanvankelijk ook onjuiste, althans onvolledige mededelingen aan OPTA heeft gedaan.

7. **BESLUIT**

Het college verklaart het bezwaar van KPN ongegrond.

Aldus besloten te 's Gravenhage op 12 november 2003.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
overeenkomstig een door het college genomen besluit,

Besluit

drs. H.C. Bakker, secretaris

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden, die zich met de bijgaande beslissing niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken, aanvangende met ingang van de dag na die waarop de beslissing is bekendgemaakt, daartegen een beroepschrift indienen bij de Rechtbank, sector Bestuursrecht, te Rotterdam. Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift dient te zijn ondertekend en dient ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht, alsmede de gronden van het beroep te bevatten. Zo mogelijk dient bij het beroepschrift tevens een afschrift van het besluit, waarop het beroepschrift betrekking heeft, te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie kan worden ingewonnen bij de griffie van de rechtbank.